Stanowisko Rządu wobec poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy

– Prawo zamówień publicznych

(druk nr 4451)

I. Projekt *ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych* (druk nr 4451) przygotowany przez Komisję Nadzwyczajną „Przyjazne Państwo", przewiduje zmiany w zakresie rażąco niskiej ceny oraz stosowania ceny jako jedynego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez nadanie nowego brzmienia przepisowi art. 90 ust. 1 – 3 i art. 91 Prawa zamówień publicznych.

W projekcie proponuje się, by z obecnego brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych usunięto zwrot: „w określonym terminie". Propozycja ta została uzasadniona przez projektodawcę koniecznością zapewniania zamawiającemu możliwości wyjaśnienie wątpliwości co do rzetelności zaproponowanej przez wykonawcę ceny ofertowej poprzez kilkukrotnie zwrócenie się do wykonawcy o ewentualne uzupełnienie wyjaśnień i bardziej precyzyjne przedstawienie sposobu kalkulacji ceny.

Poprzez zmianę przepisu art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych proponuje się wprowadzenie zasady, zgodnie z którą koszty pracy przyjęte do obliczenia ceny oferty nie mogą być niższe od kosztów wynikających z minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie odrębnych przepisów. Celem projektowanego przepisu, zgodnie z treścią uzasadnienia projektu, jest wprowadzenie nakazu respektowania, przy kalkulacji kosztorysów w ofertach, poziomu wynagrodzenia wynikającego z przepisów o płacy minimalnej, co ma szczególne znaczenie w przypadku tzw. „dumpingu socjalnego" mającego ze swej istoty charakter ponadnarodowy (transgraniczny). Ponadto w uzasadnieniu do przedmiotowego projektu stwierdzono, iż proponowane uregulowanie nie ingeruje w podstawy zatrudniania osób przez wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Jednocześnie projektodawca proponuje modyfikację przepisu art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, w ten sposób, by na wykonawcy spoczywał ciężar udowodnienia, że cena oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z tezami zawartymi w uzasadnieniu do projektu ustawy odwrócenie ciężaru dowodu powinno przyczynić się do poprawy sytuacji zarówno zamawiającego jak i wykonawców, bowiem zaproponowane sformułowanie przepisu w sposób jednoznaczny da wykonawcy informację, iż udowodnienie zamawiającemu, że nie przedstawiono oferty z rażąco niską ceną stanowi leży w gestii wykonawcy, a złożenie samych wyjaśnień może okazać się dowodem niewystarczającym dla zamawiającego.

Ponadto w projekcie ustawy *o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych* (druk 4451) zawarta jest propozycja uzupełnienia brzmienia przepisu art. 91 Prawa zamówień publicznych o obowiązek zamawiającego wykazania w protokole postępowania, w przypadku, gdy jedynym kryterium oceny ofert była cena, że zastosowanie innych kryteriów nie przyczyniłoby się do zmniejszenia wydatków ze środków publicznych ponoszonych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Celem projektowanej regulacji jest, zgodnie z tezami zawartymi w uzasadnieniu do projektu, zobowiązanie zamawiającego do dokonania przy wyborze kryteriów analizy, czy kryterium cenowe na pewno jest najbardziej opłacalne, bowiem stosowanie wyłącznie kryterium ceny prowadzi w wielu przypadkach do ponoszenia znacznie wyższych kosztów eksploatacji i użytkowania przedmiotu zamówienia oraz obniżenia jakości świadczenia.

II. Na wstępie podkreślenia wymaga, iż wprowadzenie przedstawionych powyżej zmian zawartych w projekcie ustawy *o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych* (druk 4451), polegających na wprowadzeniu mechanizmów pozwalających na wybór oferty niezawierającej rażąco niskiej ceny oraz propagowanie niestosowania ceny jako jedynego kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, należy uznać za zasadne i słuszne. Jednakże, analiza przepisów zawartych w przedmiotowym projekcie wykazuje, iż wejście w życie proponowanych zmian nie doprowadzi do osiągnięcia celów zakładanych w uzasadnieniu do ww. projektu, zauważyć bowiem należy, co następuje:

1) obowiązek określenia terminu, w którym wykonawca powinien udzielić wyjaśnień, ma na celu zapewnienie sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, usunięcie tego obowiązku spowoduje brak pewności zamawiającego co do możliwości wskazania takiego terminu, a także brak wiedzy wykonawcy co do czasu, w którym wyjaśnienia złożyć. Sytuacja taka może doprowadzić do zahamowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bowiem do momentu złożenia wyjaśnień przez wykonawcę, oferta nie będzie mogła zostać odrzucona, jak również nie będzie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Z drugiej strony, obecnie przewidziane w przepisie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych odniesienie do terminu złożenia wyjaśnień ma służyć zapewnieniu wykonawcy odpowiedniego okresu na przygotowania i złożenia przekonywujących wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonej przez niego oferty. Tym samym usunięcie z brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 zwrotu: „w określonym terminie" może pociągnąć za sobą wyznaczanie przez zamawiających terminów niewystarczających do przedstawienia odpowiednich wyjaśnień, co będzie miało szczególne znaczenie wobec proponowanych zmian przepisu art. 90 ust. 3, tj. w sytuacji przyjęcia, iż w przypadku zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy w sprawie rażąco niskiej ceny, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, iż wadą tą nie jest obarczona jego oferta. Jednakże przede wszystkim podkreślenia wymaga fakt, iż obecnie obowiązujące brzmienie przepisu art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych pozwala zamawiającemu na wielokrotne zwracanie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, co więcej zamawiający jest obowiązany do kontynuowania wyjaśnień aż do momentu usunięcia wszelkich wątpliwości albo potwierdzenia istnienia rażąco niskiej ceny;

2) nakaz respektowania poziomu wynagrodzenia wynikającego z przepisów o płacy minimalnej przy kalkulacji kosztorysów w ofertach, jest równoznaczny z ograniczeniem swobody kształtowania umów, bowiem zauważyć należy, iż przepis zobowiąże wykonawcę do określenia kosztów wynagrodzenia na ściśle określonym poziomie niezależnie od tego, czy dane zadanie będzie wykonywane na podstawie umowy o pracę, czy też na podstawie umowy cywilnoprawnej zlecenia, o dzieło itp., propozycja nie uwzględnia także sytuacji podmiotów zatrudniających określone grupy osób, do wynagrodzenia których nie mają w pełni zastosowania przepisy dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę, tj. instytucji w których podstawą wypełniania obowiązków jest stosunek służby, przedsiębiorców zatrudniających osoby pozbawione wolności lub skazane, a także przedsiębiorców otrzymujących dofinansowanie na stworzenie nowych miejsc pracy (choćby program 50+). Ponadto proponowany przepis nakazując, by koszty pracy przyjęte do obliczania ceny nie były niższe od kosztów wynikających z minimalnego wynagrodzenia za pracę, nie odnosi się do ilości czasu pracy potrzebnej do wykonania danego zadania. Projektowany przepis nie odnosi się również do kosztów pracy podwykonawców uczestniczących w realizacji zamówienia. Dodatkowo zauważyć należy, iż omawiany przepis nie spełnia wymogu określoności przepisów prawa, bowiem użyto w nim niezdefiniowanego zarówno w przedmiotowym projekcie ustawy, jak i w systemie prawa, pojęcia „koszty pracy". W potocznym rozumieniu pojęcie to może być interpretowane dwojako, albo jako koszty wynikające ze stosunku pracy łączącego pracownika i pracodawcę (rozumienie sensu stricto) albo jako generalnie koszty „siły roboczej" ponoszone w związku z wykonaniem zamówienia (rozumienie sensu

largo). W tym miejscu zauważyć należy, iż przy zastosowaniu szerokiej interpretacji ww. pojęcia pojawia się wątpliwość czy należ brać pod uwagę wartość całej umowy cywilnej czy też wyłącznie część wartości stanowiącą pokrycie kosztów „robocizny".

3) zastąpienie obecnego brzmienia art. 90 ust. 3 brzmieniem proponowanym w przedmiotowym projekcie skutkowało będzie wyeliminowaniem przepisu stanowiącego podstawę prawną do odrzucenia oferty w przypadku niezłożenia wyjaśnień przez wykonawcę, jednocześnie regulacja ta będzie stanowiła poważne obciążenia dla przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co może zniechęcić małych i średnich przedsiębiorców do składania ofert; ponadto należy zauważyć, iż Krajowa Izba Odwoławcza oraz sądy okręgowe interpretują obecne brzmienie przepisu art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w taki sposób, iż zamawiający jest uprawniony na podstawie tego przepisu odrzucić ofertę nie tylko w przypadku, gdy wykonawca nie przedstawi żadnych wyjaśnień, ale również wtedy, gdy nie wykaże w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jednocześnie należy zauważyć, iż przeniesienie ciężaru dowodu, o którym mowa w projektowanym przepisie, ma jedynie pozorny charakter, gdyż zgodnie z art. 91 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, to zamawiający w ostatecznym rozrachunku zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty;

4) odnosząc się natomiast do propozycji wprowadzenia obowiązku, zgodnie z projektowanym art. 91 ust. 2a Prawa zamówień publicznych, uzupełniania kryterium ceny o inne kryteria, zauważyć należy, iż obowiązek ten nie jest równoznaczny z obowiązkiem zastosowania przez zamawiającego kryteriów mających bezpośredni związek z kosztami eksploatacji. Jednocześnie należy zauważyć, iż nawet modyfikacja przedłożonej propozycji i wprowadzenie obowiązku zastosowania kryteriów dotyczących kosztów eksploatacji, przy jednoczesnym przypisaniu im przez zamawiającego niewielkiej wagi (np. 99,99% cena), nie przyczyni się do zmniejszenia wydatków ze środków publicznych ponoszonych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Ponadto należy zauważyć, iż w przypadku wielu zamówień proponowany przepis będzie oznaczał nałożenie na zamawiającego obowiązku niemożliwego do spełnienia. Tym samym istnieje uzasadniona obawa, iż w celu uniknięcia problemów z przeprowadzeniem dowodu, zamawiający będą stosować inne kryteria oceny ofert, np. na zasadzie przypadku, co może mieć niekorzystne przełożenie na finanse publiczne. Jednocześnie należy zauważyć, iż powodem niestosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert jest przede wszystkim niewielka wiedza zamawiających oraz brak umiejętności stosowania innych poza ceną kryteriów oceny ofert. Oznacza to, iż proponowana regulacja nałoży na zamawiających obowiązek uzasadniania niestosowania kryteriów, które często nie są im znane.

Proponowany przepis dotyczy wyłącznie zamieszczania w określonych w nim okolicznościach pewnych informacji w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym samym proponowana regulacja nie ingeruje w swobodę zamawiającego w zakresie określania kryteriów oceny w postępowaniu, polegającą na możliwości posłużenia się wyłącznie kryterium ceny albo jednocześnie tym kryterium oraz innymi, pozacenowych kryteriami oceny ofert. Tym samym proponowany przepis nie przyczyni się do realizacji celu zakładanego w uzasadnieniu do projektu. Stąd, naruszenie projektowanego przepisu sprowadzać się będzie wyłącznie do niezamieszczenia wymaganego w nim uzasadnienia na okoliczność posłużenia się przez zamawiającego wyłącznie kryterium ceny, a więc będzie miało charakter wyłącznie formalny, odnoszący się do nieprawidłowego sporządzenia protokołu. Ustalenie to nie będzie miało natomiast przełożenia na ocenę dopuszczalności posłużenia się przez zamawiającego wyłącznie kryterium ceny.

Równocześnie należy zauważyć, iż w przypadku zamówień na roboty budowlane, tj. w sytuacji gdy zamawiający dokonuje szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia i precyzyjnie określa zarówno termin wykonania zamówienia, warunki gwarancji, parametry techniczne i jakościowe, określanie dodatkowego, poza ceną, kryterium oceny ofert, jest bezprzedmiotowe – albowiem kwestie te są

bezwzględnie wymagane od każdego z wykonawców przystępujących do postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym w przedstawionej sytuacji jedynym kryterium powinna być cena. Podkreślić należy, iż dzięki dokonaniu szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia i zastosowaniu ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, tj. jeden z największych zamawiających działających w oparciu o przepisy Prawa zamówień publicznych, w ciągu ok. 3 lat zaoszczędziła (wybierając oferty z najniższą ceną) ok. 4,5 miliardów zł. Kwota ta stanowi różnicę ceny zawartej w drugiej najkorzystniejszej ofercie i ceny z oferty wybranej jako najkorzystniejsza (zawierającej cenę najniższą).

Jednocześnie należy zauważyć, iż w trakcie postępowania o zamówienie publiczne mogą pojawić się wątpliwości co do wiarygodności oferowanej ceny. Problem ten może dotyczyć zarówno postępowania, w którym cena jest jedynym kryterium oceny ofert, jak i postępowania, w którym zastosowano również inne kryteria oceny ofert, a fakt zastosowania innych kryteriów nie wyłącza ryzyka złożenia oferty z rażąco niską ceną.

III. Przedstawiając powyższe należy zauważyć, iż problemy poruszane w przedmiotowym projekcie ustawy *o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych* (druk nr 4451) a także usprawnienie systemu zamówień publicznych stanowią obecnie przedmiot prac Rządu. Omawiana problematyka była przedmiotem debaty o zamówieniach publicznych, która odbyła się dnia 18 lipca 2011 r. w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów. Spotkanie to było pierwszym z cyklu dyskusji na temat najlepszych praktyk w zamówieniach publicznych i wzmocnienia dialogu między Urzędem Zamówień Publicznych, organizacjami branżowymi i wykonawcami. Celem debat jest doprowadzenie do wypracowania wniosków i praktycznych wskazówek, które udoskonalą działanie systemu zamówień publicznych, szczególnie w kontekście dużych projektów infrastrukturalnych.

Zauważyć także należy, iż problemów przedstawionych w uzasadnieniu do *projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych* (druk nr 4451) nie można rozwiązywać wyłącznie poprzez wprowadzenie zmian legislacyjnych, lecz w pierwszej kolejności należy podjąć działania o charakterze pozalegislacyjnym, tj. dialog między Urzędem Zamówień Publicznych, organizacjami branżowymi i wykonawcami, który będzie prowadził do zmiany niepoprawnej praktyki stosowanej w procedurze zamówień publicznych, a także publikowanie analiz i opinii oraz dokonywanie wyjaśnień obowiązujących przepisów regulujących kwestię rażąco niskiej ceny. Podkreślić należy, iż wprowadzenie proponowanych zmian legislacyjnych w Prawie zamówień publicznych, w miejsce prób zmiany praktyki stosowania obowiązujących przepisów prawnych, nie tylko nie doprowadzi do osiągnięcia zakładanych w uzasadnieniu do przedmiotowego projektu ustawy celów (projektowane regulacje nie dotykają głównych problemów a jedynie proponują ich pozorne rozwiązanie), ale także spowoduje nadmierne obciążenie obowiązkami wykonawców (proponowane zmiany przerzucają ciężar dowodu) oraz zbiurokratyzowanie procesu udzielania zamówień publicznych.

Realizując powyższą ideę zmiany praktyki, podjęto w Urzędzie Zamówień Publicznych przygotowanie opracowania (publikacji) dotyczącej możliwości i zasad stosowania innych, poza ceną, kryteriów oceny ofert. Dokument ten będzie także zawierał informacje dotyczące możliwości zastąpienia parametrów przedmiotu zamówienia, których sztywne określanie może ograniczać konkurencję, kryteriami oceny ofert. Opracowanie to będzie służyło także instytucjom przeprowadzającym kontrolę w zakresie zamówień publicznych, bowiem wskaże, iż także inne, poza ceną, kryteria oceny ofert, mogą mieć przymiot kryterium przejrzystego i mierzalnego.

Mając na względzie powyższe, Rada Ministrów zajmuje negatywne stanowisko wobec poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk nr 4451) wskazując jednocześnie, iż w celu realizacji postulatów zawartych w uzasadnieniu projektu zostaną podjęte odpowiednie działania pozalegislacyjne.