



Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 sierpnia 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232), która obowiązuje od 19 października br., nie jest zbyt obszerna porównując do wcześniej wprowadzanych zmian do tej regulacji. Dotyka jednak kilku istotnych kwestii.

Pierwsza istotna zmiana dotyczy sposobu wyjaśniania ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 1 i 2).

Daje ona wsparcie zamawiającym w badaniu cen ofert, które budzą takie zastrzeżenia. Oznacza też zwiększenie wymagań wobec oferentów. Druga zmiana to wprowadzenie fakultatywnej przesłanki wykluczenia z powodu zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych (art. 24 ust. 1 pkt. 1 i 1a). Poniekąd wiąże się ona z problemem rażąco niskiej ceny. W kryzysie firmy ratowały się oferując niskie ceny, nieraz rażąco niskie ceny. Zamawiający z kolei entuzjastycznie je przyjmowali, ciesząc się z oszczędności w budżetach inwestycyjnych. Niestety, skutkowało to niewykonaniem umowy albo jej nienależytym wykonaniem. Następna zmiana w ustawie również dotyczy „gorącego” problemu: zatrzymania wadium (art. 46 ust. 4a).

Zagadnienia te omawiali przedstawiciele Grupy Doradczej KZP podczas seminarium „Nowelizacja prawa zamówień publicznych w praktyce”, które zorganizowała Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa. Seminarium towarzyszyło XII Międzynarodowym Targom Infrastruktura 2014 (23 października br.).

Wsparcie procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny

Zamawiający musi zweryfikować, czy oferowana cena jest bardzo niska czy rażąco niska, czy marża uwzględniona w cenie jest na niskim poziomie czy może w ogóle

nie została ujęta, czy ryzyka są skalkulowane czy nie. - Pomimo tego obowiązku w praktyce bardzo ciężko było udowodnić zarówno zamawiającemu, jak też innym wykonawcom atakującym takie konkurencyjne oferty, że doszło do złożenia oferty z rażąco niską ceną. Zmiany wprowadzone nowelą zatem mają za zadanie doprecyzować zagadnienie tak, by cena rażąco niska rzeczywiście była eliminowana z postępowań – podkreślała Żaklina Ossowska z Grupy Doradczej KZP.

Nowa regulacja w art. 90 ust. 1 i 2 prawa zamówień publicznych jest więc szczegółowa. Z niej wynika, że zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować wszystkich ofert z niską ceną. Jest zobowiązany do jej zweryfikowania. Jednak dość obszerny nowy zapis art. 90 nie daje na to całościowej recepty. Ustawa bowiem nadal nie definiuje ceny rażąco niskiej. Wszelkie ścisłe i ostre zapisy mogłyby bowiem prowadzić do tego, że jakaś cena zostanie pominięta w takiej definicji. Niestety w przepisach prawa trudno przewidzieć wszystkie sytuacje, a w tym przypadku wymienić wszelkie możliwości cenowe. Wskutek tego, stworzenie definicji nie daje gwarancji, że byłaby ona funkcjonalna. - Dlatego, w rozstrzygnięciach tego zagadnienia trzeba będzie badać każdą sprawę indywidualnie i posłkować się doktryną i orzecznictwem, które wskazują, kiedy badana cena jest nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu do cen podobnych zamówień na rynku – zaznaczała Żaklina Ossowska.

Zamawiający, podejrzewając, że zlecenie zamówienia danemu wykonawcy grozi nienależytym jego wykonaniem lub w ogóle niewykonaniem, podobnie jak regulowała to poprzednio ustawa, zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy z wnioskiem o wyjaśnienia. Choć ten obowiązek jest sformułowany tak samo jak w poprzednim brzmieniu ustawy, to jednak istnieje nadzieja, że w przypadku tej nowelizacji uda się wyeliminować sytuacje jakie do tej pory zdarzały się w Krajowej Izbie Odwoławczej. Mianowicie, jej pojedyncze orzeczenia wskazywały, że jeśli zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy po wyjaśnienie ceny, która w opinii konkurenta była rażąco niska, to KIO nie wskazywała, że wykonawcy nie mają prawa żądać od zamawiającego, by wzywał do wyjaśnienia elementów cenotwórczych zaoferowanej ceny. Nowelizacja reguluje bowiem przypadki, w których obowiązek wyjaśniania ceny potencjalnie rażąco niskiej jest weryfikowalny zero-jedynkowo.

Znowelizowana ustawa podaje dwie wskazówki materializowania obowiązku weryfikacji ceny, co do której istnieje podejrzenie, iż jest rażąco niska. Jedna ma charakter subiektywny (zgodny z dotychczasowym brzmieniem ustawy), a druga obiektywny (novum). - Subiektywna wskazówka stanowi, że jeżeli zamawiający powziął przypuszczenie, że cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i równocześnie budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, to wówczas jest on zobowiązany zwrócić się o wyjaśnienia do oferującego ją wykonawcy. Tu ustawodawca nie zawęży możliwości zamawiającego w zakresie zwracania się o wyjaśnienia; wystarczą podejrzenia zamawiającego co do realności ceny, aby materializował się obowiązek wezwania do wyjaśnień elementów cenotwórczych. Ustawa wprowadza też wytyczne wskazujące te sytuacje obiektywnie weryfikowalne, które każdorazowo powinny skutkować wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień elementów cenotwórczych

zaoferowanej ceny – wyjaśniała Żaklina Ossowska. Zawarta w ustawie okoliczność obiektywna stanowi, że jeżeli cena oferty jest niższa o 30% od kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, albo cena oferty jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej wszystkich cen złożonych w ofertach, wówczas zamawiający zwraca się o wyjaśnienia. Omówione przesłanki są do alternatywnego wykorzystania.

Kolejna zmiana wzmacniająca pozycję zamawiającego dotyczy dowodów na okoliczność realności zaoferowanej ceny. Dotąd urzędnik wzywał wykonawcę do przekazania wyjaśnień, teraz jednak będzie musiał też uzyskać od wykonawcy dowody, że cena nie jest rażąco niska. Zakres badania ceny w szczególności obejmuje oszczędności z: metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wyliczenie tego zakresu jest prawie identyczne jak w poprzednio obowiązującym art. 90 ust. 2. Nowością wprowadzoną nowelizacją jest natomiast koszt pracy, której wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zamawiający w tym przypadku może na przykład sprawdzić czy dochodzi do zatrudniania na podstawie umów cywilnych w sytuacji, kiedy wymagane są umowy o pracę. Koszty umów cywilnych są niższe niż umów o pracę. - Ocena wyjaśnień wykonawcy, dokonywana przez zamawiającego, musi być rzetelna. Nie ma miejsca na sztampowe podejścia polegające na przykład na porównywaniu kosztów prac jednego wykonawcy do kosztów prac innych wykonawców. W zmieniającej się dynamicznie koniunkturze nie można polegać na porównywaniu do cen z innych, wcześniejszych przetargów. Zamawiający w badaniu musi wykazać się solidnością i determinacją. Zamawiający powinien więc zweryfikować, czy oświadczenia i dowody wykonawcy są prawdziwe i kompletne, a więc, czy wszystkie elementy cenotwórcze pozwalające na obniżenie kosztów zostały w wyjaśnieniach uwzględnione i udowodnione – zaznaczała Żaklina Ossowska.

Zatem zmieniony art. 90 ust. 2 wprost stanowi, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodowy, iż jego cena nie jest ceną rażąco niską. To jest zgodne z dotychczasowym orzecznictwem KIO w zakresie rażąco niskiej ceny, co z kolei wynika i jest wypełnieniem wyroków Trybunału Sprawiedliwości UE, które wskazują na konieczność odwrócenia ciężaru dowodowego. Odwrócenie zasady ciężaru dowodowego prowadzi do wniosku, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, który zaoferował daną cenę, oraz na zamawiającym, jeśli ten uznał daną cenę za realną, choć budzi ona wątpliwości co do jej realności u pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Pozwala to uniknąć sytuacji, w której odwołujący, nie dysponując wiedzą o możliwościach ofertowych konkurencji, obciążony był obowiązkiem wykazywania, że dana cena jest rażąco niska.

Fakultatywna przesłanka wykluczenia wykonawcy, dotycząca zawinionych i poważnych naruszeń obowiązków zawodowych

Z dniem wejścia w życie nowelizacji prawa zamówień publicznych, to jest 19 października, przestały obowiązywać przepisy art. 24 ust. 1 pkt. 1 i 1a. Pierwszy z tych przepisów nakazywał wykluczenie wykonawców, którzy wyrządzili szkodę bądź zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej czy nienależycie wykonali zamówienie. - Chodziło tu o przypadki potwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu. Takich wykluczeń w praktyce nie było wiele z uwagi na małą ilość prawomocnych orzeczeń sądów. I co za tym idzie, czarna lista prowadzona przez Prezesa UZP nie była zbyt obszerna – wyjaśniał Marek Tomasik, prezes Grupy Doradczej KZP. - Z punktu widzenia wykonawcy cieszy natomiast zmiana polegająca na usunięciu punktu 1a, którego przepis nakazywał wykluczenie wykonawcy w sytuacjach, w których z powodu nienależytego wykonania zamawiający rozwiązał bądź wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy. Ten przepis był problemem dla bardzo wielu wykonawców. Oznaczał zakaz startu przez okres trzech lat w przetargach publicznych u danego zamawiającego. Tę zmianę oceniam więc na plus – podkreślał Marek Tomasik.

Podstawą decyzji ustawodawcy o usunięciu tych punktów z ustawy był wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 13 grudnia 2012 roku, wydany w sprawie C-465/11 Forposta SA i ABC Direct Contact Sp. z o.o. przeciwko Poczta Polska SA, EU:C:2002:801. Trybunał Sprawiedliwości stanął na stanowisku, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a jest niezgodny z unijnymi dyrektywami, a dokładnie - jest zbyt rygorystyczny. Wskazywał tu na dwa elementy, które wywoływały tę niezgodność z dyrektywami. - Pierwszym elementem była kwestia automatyzmu polskich przepisów, bezwzględnie nakazujących zamawiającemu wykluczenie wykonawcy w okolicznościach w nich wskazanych. Polski ustawodawca określił bowiem sztywne kryteria wykluczenia, nie pozostawiając zamawiającym możliwości uwzględnienia indywidualnych okoliczności każdego przypadku. Nakładał w tym względzie na zamawiających obowiązek wyciągnięcia konsekwencji w razie ziszczenia się określonych w przepisie przesłanek – mówił Marek Tomasik. Druga kwestia podjęta przez Trybunał wiązała się z pewnym życiowym podejściem do etapu realizacji umowy. Otóż TS wyszedł z założenia, że każdemu z wykonawców może zdarzyć się niedotrzymanie jakości czy wykonanie czegoś nienależycie. - Czy to obniżenie jakości należy od razu uznać za poważne wykroczenie zawodowe? Dlatego Trybunał stwierdził, że należy dać szansę takim wykonawcom, którzy w jakimś niewielkim stopniu uchybili w realizacji zamówienia i umożliwić zamawiającemu możliwość dokonania oceny, dla każdego przypadku oddzielnie, wagi rzekomego zawinionego uchybienia danego wykonawcy w związku z wykonaniem wcześniejszego zamówienia – wyjaśniał Marek Tomasik.

Od wydania wyroku do zmiany w prawie zamówień publicznych minęło dwa lata. W miejsce dotychczasowych dwóch przepisów art. 24 ust. 1 pkt. 1 i 1a. ustawodawca wprowadził nowy przepis dotyczący fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. - W dalszym ciągu mówimy o naruszeniu czy złamaniu zasad umowy w okresie ostatnich trzech lat. Natomiast zupełnie nową kwestią jest definicja powodu, za który wykonawca ma być wykluczony z postępowania. W tej chwili, jak wskazano w przepisie, że podlega wykluczeniu wykonawca, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe. Zostało to doprecyzowane. Poważne naruszenie obowiązków zawodowych wiąże się albo z

zamierzonym działaniem, albo z rażącym niedbalstwem skutkującym niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zamówienia. Nigdzie jednak nie ma definicji poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz definicji zamierzonego działania przynoszącego szkody. Te kwestie są subiektywne, więc wiele będzie zależało od danego zamawiającego, jak również od orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów – podkreślał Marek Tomasik.

Zamawiający, aby móc wykluczyć wykonawcę na podstawie przepisu 24 ust. 2a musi taką przesłankę przewidzieć w swojej dokumentacji przetargowej, a więc w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bądź w zaproszeniu do negocjacji. Jeśli nie przewidział i nie ujął tej przesłanki, nie może z niej skorzystać na etapie badania i oceny ofert bądź wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. - Powstaje pytanie: czy zamawiający będą chcieli wykorzystywać tę fakultatywną przesłankę, a więc czy wezmą na siebie ciężar przeprowadzenia dowodu i wykazania, że wykonawca dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. To dopiero pokaże praktyka – zastrzegali Marek Tomasik.

Przepis znowelizowanej ustawy ponadto stanowi, że: „Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.” - Z punktu widzenia wykonawcy, jeżeli nawet dopuścił się on niewykonania bądź nienależytego wykonania zamówienia, to w obecnej sytuacji ma jeszcze możliwość poprawienia się i udowodnienia, że w przyszłości będzie zapobiegał takim wypadkom. Musi wiązać się to jednocześnie z naprawieniem powstałej szkody bądź zobowiązaniem do jej naprawienia. Należy jednocześnie pamiętać, że naprawienie szkody może nie ograniczać się wyłącznie do zapłaty kary umownej – podkreślał Marek Tomasik.

Konsekwencją wykreślenia i zmian tych dwóch przepisów ustawy jest usunięcie z systemu zamówień czarnej listy prowadzonej przez Prezesa UZP.

Zmiany w zakresie zatrzymania wadium

Dotychczasowy art. 46 ust. 4a w znowelizowanym prawie zamówień publicznych został znacznie rozszerzony, otrzymując następujące brzmienie: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeśli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej.”

- Co ciekawe, w lipcu 2013 roku, kiedy do Sejmu wpłynął projekt nowelizacji,

zakładano całkowite wykreślenie art. 46 ust. 4a. Argumentowano to potrzebą ukrócenia praktyk tzw. skrupulatnych zamawiających, którzy z zatrzymywania wadium zrobili sobie źródło dochodów. Ustawodawca uznał jednak, że całkowite wykreślenie tego przepisu będzie oznaczało wylanie dziecka z kąpielą, gdyż doprowadzi do wykreślenia przepisu chroniącego zamawiających przed znowami przetargowymi. Stąd, aby ukrócić niełojalne praktyki zamawiających bez pozbawiania ich ochrony przed znowami przetargowymi, ustawodawca z jednej strony wprowadził do przepisu zmiany polegające na rozszerzeniu przedmiotowym dokumentów, których niezłożenie może prowadzić do zatrzymania wadium, a z drugiej strony wprowadził zawężenie podmiotowe, pozwalające zamawiającemu na zatrzymanie wadium każdorazowo tylko od wykonawcy, którego oferta mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza – wyjaśniała Żaklina Ossowska.

Dodatkowymi dokumentami i oświadczeniami, których nieuzupełnienie skutkuje zatrzymaniem wadium są dokumenty i oświadczenia które już funkcjonują w ustawie, lecz dotychczas nie zostały wprost wyartykułowane w art. 46 ust. 4a, tj. lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informacja o nienależeniu do takiej grupy oraz nie wyrażenie zgody na poprawienie omyłki. Wprowadzenie dodatkowych podstaw, do zatrzymania wadium stanowi skorygowanie niedopatrzienia ustawodawcy z poprzednich noweli, które nie odzwierciedlały nowych obowiązków wykonawcy w uprawnieniu zamawiającego z art. 46 ust. 4a. W zakresie oświadczenia dotyczącego omyłek należy zaznaczyć, że oczywista omyłka pisarska i omyłka rachunkowa nie wymagają od wykonawcy zgody na ich poprawienie. „Inne pomyłki” z kolei mogą prowadzić do zmiany literalnej treści oferty, ale taka zmiana nie jest istotna. Może się jednak zdarzyć, że zamawiający błędnie odczyta intencje wykonawcy i wprowadzi do oferty zmianę, na którą wykonawca nie zechce wyrazić zgody. - Obowiązujący art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych ustanowił wymóg wyrażenia wprost – po otrzymaniu informacji o wprowadzeniu zmiany klasyfikowanej jako „inna poprawka” – iż wykonawca zgadza się na poprawienie oferty w sposób wskazany przez zamawiającego. Dotychczasowa praktyka odbiegała od literalnego brzmienia ustawy. Mianowicie, jeśli wykonawca nie reagował na taką informację, to zamawiający nie odrzucał jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7, lecz interpretował zachowanie wykonawcy jako milczące wyrażenie zgody na wprowadzenie poprawki – tłumaczyła Żaklina Ossowska.

Zawężony zakres podmiotowy oznacza, że nie uzupełnienie wskazanych w znowelizowanym przepisie dokumentów i oświadczeń powoduje zatrzymanie wadium, ale następuje to tylko w odniesieniu do wybranych wykonawców. Otóż, zatrzymanie wadium dotyczy tylko tego wykonawcy, którego oferta miała szansę stać się najkorzystniejszą. - Zatem, w praktyce może się okazać, że zamawiający będzie mógł zatrzymać tylko jedno wadium, tj. wykonawcy z pierwszej pozycji rankingu, gdy nie dopełnił on obowiązku uzupełnień dokumentów wymienionych w art. 46 ust. 4a. Wykonawca nie musi więc angażować się w postępowanie o udzielenie zamówienia do końca jego trwania, choć nie ma szans na jego wygranie, aby nie stracić wadium. Teraz, gdy uzna, iż z uwagi na odległe miejsce w skonstruowanym przez siebie rankingu nie ma szans na wygranie przetargu, może

zignorować wezwanie do uzupełnień i czekać na wykluczenie z postępowania bez ryzyka utraty wadium – podsumowała Żaklina Ossowska. Znowelizowane przepisy powinny więc w znacznym stopniu ograniczyć przypadki bezzasadnego zatrzymania wadium.

Bez zmian pozostaje przepis art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazujący na możliwość zatrzymania wadium w przypadku, gdy wykonawca odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub z uwagi na fakt, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Agnieszka Serbeńska

Na stronie internetowej Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa, pod informacją o seminarium, załączono materiał opracowany przez Grupę Doradczą KZP, zawierający szczegółowy opis wprowadzonych zmian w prawie zamówień publicznych.

http://www.oigd.com.pl/index.php?option=16&action=news_show&news_id=864