

**Najniższa cena w
przetargach publicznych**
- gdzie naprawdę leży problem?

Witold Jarzyński

Najniższa cena w przetargach publicznych

- gdzie naprawdę leży problem?

Synteza:

1. Problem stosowania „rażąco niskich cen”

- Stosowanie „rażąco niskich cen” w przetargach publicznych jest zjawiskiem bardzo rzadkim, **porównywanym w ekonomii do częstotliwości występowania potwora z Loch Ness**. Niemniej jednak w Polsce jest to przedstawiane jako znaczący problem. Wszystko za sprawą **chińskiego** konsorcjum COVEC, które proponując najtańszą cenę za wykonanie prac na autostradzie A2, nie było w stanie ukończyć inwestycji. Wcześniej takie zarzuty kierowane były przeciwko największym **polskim i zagranicznym** firmom - np. Mostostal, czy Budimex.
- Tamte sprawy nie wzbudziły jednak takiej uwagi jak sprawa konsorcjum z Chin, która zainspirowała nawet Komisję „Przyjazne Państwo” do przygotowania projektu **nowelizacji**. Tak jak w przypadku innych „medialnych” zmian prawa, tak i w tym przypadku należy ocenić proponowane zmiany **w całości negatywnie**.
- Zamiast zmieniać przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca powinien dać możliwość wykonawcom bronięcia swoich praw przed sądem. Należy więc obniżyć maksymalną kwotę **opłaty od skargi na orzeczenia KIO** z zaporowej dla małych firm kwoty **5 mln zł** na 100 tys. zł, tak, aby orzeczenia Izby dla wykonawców nie były ostateczne a procedura odwoławcza (w wielu przypadkach) 1-instancyjna.

2. Pozacenowe kryteria wyboru

- W 2004 roku jedynie **29%** przetargów publicznych było rozstrzyganych tylko w oparciu o kryterium ceny. Dzisiaj **w 9 na 10** przetargach cena jest jedynym kryterium wyboru oferty. Znaczący skok zastosowania tego kryterium zanotowaliśmy **po wejściu Polski w struktury Unii Europejskiej**, kiedy to zwiększyła się ilość wydawanych pieniędzy za pośrednictwem systemu zamówień publicznych, co skutkowało również bardziej szczegółowymi i częstymi kontrolami. Urzędnicy zaczęli więc coraz częściej stosować obiektywne, przejrzyste a co za tym idzie i bezpieczne kryterium ceny.
- Zastosowanie kryterium ceny nie oznacza automatycznie, iż zamawiający nie zwraca uwagi na **inne czynniki (warunki)**. Tak więc jeżeli zamawiający należycie ustali warunki przetargu, to wyłączenie zastosowanie

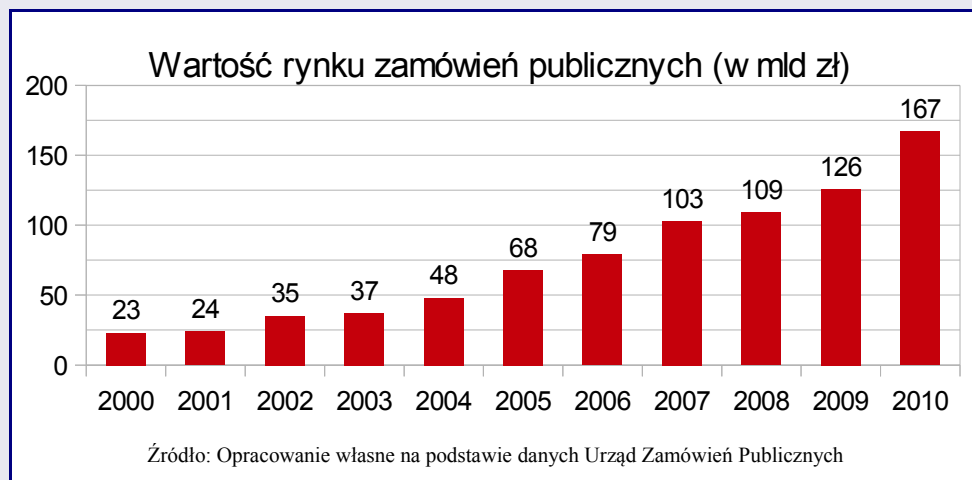
kryterium ceny nie sprawi, iż zamówienie będzie wykonywane przez podmiot nieprofesjonalny.

- Nie we wszystkich przetargach wystarczy jednak określenie warunków przetargu. W celu profesjonalizacji zamówień publicznych należy rozważyć **rozszerzenie katalogu obowiązkowych kryteriów wyboru oferty** w odniesieniu do różnego rodzaju zamówień publicznych (np. zamówienia o charakterze intelektualnym).
- Należy jednak pamiętać, iż **ustawodawca – nawet najbardziej racjonalny – nie jest w stanie wiedzieć, jakie potrzeby mają wszyscy zamawiający w różnych regionach, branżach i instytucjach**. Decyzje o rozszerzeniu katalogu powinny być podejmowane przez poszczególnych ministrów w drodze rozporządzeń, po dogłębnym przeanalizowaniu potrzeb zamawiających i skutków, przy jednoczesnej publikacji wytycznych odnośnie stosowania nowych kryteriów.
- Dodatkowo, należy być świadomym tego, iż wprowadzenie dodatkowych kryteriów wyboru oferty nie zmieni sytuacji, w której **w przetargach wygrać będzie w większości wykonawca oferujący najniższą cenę**. W 2004 roku jedynie 29% przetargów zawierało wyłącznie kryterium ceny a i tak 84% wybranych ofert to były oferty o najniższej cenie.
- W celu poprawy jakości przetargów publicznych należy wprowadzić instytucję tzw. „**success fee**”, czyli dodatkowego wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy jeśli jego praca po paru latach okaże się rzetelna i bez wad, aby zwiększyć bodźce działające na wykonawców, których interes powinien być związany z fachowym wykonaniem przedmiotu zamówienia w perspektywie długoterminowej.

1 Wstęp

W 2010 roku rynek zamówień publicznych w Polsce był wart prawie 170 mld zł, co stanowi około 12% PKB¹ i 25% całości wydatków publicznych². System zamówień publicznych, ma więc znaczący wpływ na całą gospodarkę. Profesjonalnie przeprowadzone przetargi, przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji mogą obniżyć koszty budowy i utrzymania infrastruktury, podwyższyć jakość świadczonych usług publicznych, oraz tempo modernizacji i wzrostu produktywności całej gospodarki. Międzynarodowe badania pokazują z kolei, iż mało przejrzyste zasady udzielania zamówień publicznych, poprzez ograniczenie konkurencji, mogą zwiększyć koszty przetargu o 25-50%³.

Wykres nr 1



COVEC
wzbudził
dyskusję,
jednak ...

Problem stosowania rażąco niskich cen w przetargach publicznych został zauważony przez polityków i media, za sprawą chińskiego konsorcjum COVEC, które w połowie 2011 roku przestało wypłacać wynagrodzenie swoim podwykonawcom.

... to nie tylko
chiński problem

Na marginesie należy wskazać, iż w przeszłości zarzut stosowania rażąco niskich cen kierowany był przeciwko firmom także z innych krajów (Mostostal⁴ czy Budimex⁵). **Nie jest to więc problem charakteryzujący tylko chińskie firmy, jak często przedstawiane jest to w mediach.**

GDDKiA będzie pozywać COVEC Wobec dużych opóźnień z realizacją inwestycji, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (GDDKiA) musiała w 2011 roku rozwiązać umowę z COVEC i wybrać nowego wykonawcę. GDDKiA zapowiedziała, iż wystąpi z pozwem do sądu przeciwko konsorcjum o zapłatę kar umownych w kwocie 140 mln złotych, a także odszkodowanie, m.in.

¹ Według szacunków GUS produkt krajowy brutto (PKB) w 2010 r. (w cenach bieżących) ukształtował się na poziomie 1.412,8 mld zł (Biuletyn Statystyczny Nr 2/2011).

² PKPP „Lewiatan”, Biała Księga, 35 rekomendacji dla nowego rządu, 2011.

³ Rod Falvey, Annamaria La Chimia, Oliver Morrissey, Evious Zgou, *Competition Policy and Public Procurement in Developing Countries*, 2007

⁴ Sygn. Akt KIO 1308/11

⁵ Sygn. Akt KIO 481/11

za koszty związane z nieukończeniem autostrady w terminie i różnicy pomiędzy wynagrodzeniem obecnych wykonawców a wynagrodzeniem COVEC w kwocie ok. 600 mln złotych⁶.

Wątpliwości co do wyboru oferty konsorcjum COVEC istniały już w 2009 roku, czyli jeszcze na etapie wyboru oferty. GDDKiA zażądała od konsorcjum wyjaśnień, w celu zbadania czy oferta konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia złożone przez COVEC **zostały uznane przez zamawiającego za wystarczające**⁷.

Sprawa trafiła do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), która stwierdziła, iż **brak jest w tym przypadku podstaw do odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę**, gdyż odwołujące się konsorcjum nie udowodniło, iż zaproponowana cena jest dumpingowa i nierealna⁸. Z uzasadnienia orzeczenia KIO wynika, iż odwołujące się konsorcjum: *„opiera się wyłącznie na gołosłownym twierdzeniu, że oferta Przystępującego (COVEC – przypis autora), jest rażąco niska”*.

Konflikt UE – Chiny w sprawie dostępu do zamówień publicznych

Problem z dokończeniem inwestycji przez konsorcjum COVEC jest tylko jednym z elementów szerszego sporu, który toczy się od jakiegoś czasu pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej a Chinami. Spór dotyczy m.in. ograniczania dostępu do rynku zamówień publicznych. Chińskie firmy mają nieograniczony dostęp do inwestycji infrastrukturalnych w Europie, jednak bez wzajemności w tym zakresie – i to pomimo, że Chiny należą do WTO. Karel De Gucht, komisarz do spraw handlu, niedawno zapowiedział, iż Unia Europejska podejmie „działania legislacyjne” w tym zakresie⁹. Jeżeli nie dojdzie do porozumienia, komisarz De Gucht nie wyklucza, iż dojdzie do zamknięcia europejskiego rynku zamówień publicznych dla chińskich firm.

2 Kryteria wyboru oferty

Przepisy prawa zamówień publicznych nie nakazują zamawiającemu wyboru oferty o najniższej cenie. Zamiast tego nakładają obowiązek wyboru **oferty najkorzystniejszej** na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych (u.p.z.p.) najkorzystniejszą ofertą jest oferta¹⁰:

- przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny i innych

⁶ <http://www.gddkia.gov.pl/article/9786/gddkia-pozwie-covec-chinczycy-opozniaja-wyplate-gwarancji>

⁷ Pismo z dnia 17 sierpnia 2009 roku, sygn. GDDKiA-DRI-I-AK-4441-XIX-A2_S-K/R/2/57/09.

⁸ Sygn. akt KIO/UZP/1400/09

⁹ <http://www.publictendering.com/eu-urges-china-to-open-public-contract-market/>

¹⁰ Art. 2 ust. 5 u.p.z.p.

kryteriów, albo

- oferta o najniższej cenie.

Nie istnieje zamknięty katalog kryteriów wyboru oferty. Tylko od potrzeb zamawiającego zależy, z jakiego kryterium skorzysta. W u.p.z.p. wskazano jedynie przykładowo, inne niż cena, kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, którymi może posłużyć się zamawiający, takie jak:

1. jakość,
2. funkcjonalność,
3. parametry techniczne,
4. zastosowanie najlepszych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko,
5. koszty eksploatacji,
6. serwis,
7. termin wykonania zamówienia.

Prawo zamówień publicznych nadaje cenie „szczególny” charakter, gdyż to kryterium musi być brane pod uwagę **za każdym razem**, gdy udzielanie jest zamówienie publiczne. Obowiązek oszczędzania pieniędzy publicznych wynika z ustawy o finansach publicznych (u.f.p.), zgodnie z którą, wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- w sposób celowy i oszczędny,
- z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, oraz
- optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów¹¹.

Zamawiający może żądać wyjaśnień od wykonawcy.

Zamawiający ma możliwość sprawdzenia czy oferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym celu zwraca się on **o udzielenie wyjaśnień** dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę różne obiektywne czynniki. Ustawodawca nie narzuca zamawiającemu kryteriów oceny wyjaśnień wykonawcy, oznaczając jedynie przykładowe kryteria, m.in. takie jak:

- oszczędność metody wykonania zamówienia,
- wybrane rozwiązania techniczne,
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy,

¹¹ Art. 44 ust. 3 u.f.p

- oryginalność projektu wykonawcy.

Wykonawca, aby być zakwalifikowanym do dalszego postępowania, nie wystarczy, że złoży jakichkolwiek wyjaśnienia (zamawiający ma prawo wykluczyć wykonawcę, który złoży wyjaśnienia ogólnikowe). Wykonawca musi złożyć wyjaśnienia, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej¹².

**Obowiązek
odrzućenia
rażąco niskiej
ceny.**

Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę¹³, gdy:

- na podstawie przedstawionych wyjaśnień i przedstawionych dowodów stwierdzi, iż cena jest rażąco niska,
- wykonawca nie przedstawi wyjaśnień.

3 Nowelizacja prawa zamówień publicznych

Komisja „Przyjazne Państwo” przygotowała projekt nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych (druk 4451)¹⁴. Pierwsze czytanie projektu w Sejmie odbyło się 26 lipca 2011 r.¹⁵.

Projekt zakłada wprowadzenie następujących zmian:

1. Określenie terminu na udzielenie wyjaśnień

Komisja „Przyjazne Państwo” postuluje usunąć z treści art. 90 ust. 1 u.p.z.p. zwrot „w określonym terminie”. Intencją projektodawców jest – jak czytamy w uzasadnieniu – *umożliwienie zamawiającemu wyjaśnienia wątpliwości, co do rzetelności zaproponowanej ceny poprzez **kilkukrotne** zwrócenie się do wykonawcy o ewentualne uzupełnienia wyjaśnień i bardziej precyzyjne przedstawienie sposobu kalkulacji ceny.*

Takie uzasadnienie nowelizacji przepisu art. 90 ust. 1 u.p.z.p. świadczy o tym, iż projektodawcy nie mają wiedzy o praktyce stosowania przepisów zamówień publicznych. W praktyce, zamawiający – na podstawie obecnie obowiązujących przepisów – nie mają problemu z tym, aby kilkakrotnie domagać się od zamawiającego udzielenia wyjaśnień.

Proponowana zmiana jest więc zbędna. Potwierdza to również Urząd Zamówień Publicznych, który stoi na stanowisku, iż w obecnie obowiązującym stanie prawnym: *„zamawiający jest obowiązany do kontynuowania wyjaśnień aż do momentu osunięcia wszelkich wątpliwości albo potwierdzenia istnienia rażąco niskiej ceny”¹⁶.*

2. Powiązanie kosztów pracy z wysokością płacy minimalnej

¹² Sygn. akt V Ca 2214/06

¹⁴ [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/A6125123A72A8B1EC12578CE001F3BE4/\\$file/4451.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/A6125123A72A8B1EC12578CE001F3BE4/$file/4451.pdf)

¹³ Art. 90 ust. 3 u.p.z.p.

¹⁵ <http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/4451.htm>

¹⁶ <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/GetFile1.aspx?attid=4074>

Kolejną propozycją komisji „Przyjazne Państwo” jest powiązania kosztów pracy przyjętych do obliczenia ceny w ofercie z wysokością obowiązującej płacy minimalnej. Ten pomysł również należy ocenić **negatywnie**. W opinii FOR będzie to rozwiązanie z jednej strony nieskuteczne a z drugiej strony szkodliwe.

Nieskuteczność takiego powiązania kosztów pracy i wysokości płacy minimalnej wynika z tego, iż:

- zgodnie z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jej przepisy stosuje się jedynie do **pracowników zatrudnionych na umowie o pracę**.
- poza tą regulacją pozostają bardzo popularne umowy cywilnoprawne (zlecenie, o dzieło);
- dodatkowo, na co zwraca uwagę Urząd Zamówień Publicznych, poza tą regulacją pozostają inne formy zatrudnienia, takie jak zatrudnienie więźniów;
- trudno uznać również, iż obliczanie wynagrodzenia w oparciu o płacę minimalną pozwoli na rynkowe wyliczenie ceny, jeżeli przedmiotem zamówienia są prace wysoko specjalistyczne, gdzie zarobki rynkowo są kilkukrotnie wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę;
- nieskuteczność takiego rozwiązania wynika również z tego, iż w proponowanym brzmieniu przepisu nie nakłada on obowiązku stosowania kosztów pracy wynikających z minimalnego wynagrodzenia, względem **podwykonawców**. Tak więc można sobie wyobrazić, iż w praktyce będzie tak, iż wykonawca wygrywający przetarg będzie otrzymywał od zamawiającego wynagrodzenie zgodnie z przepisami o płacy minimalnej, a podwykonawcom będzie wypłacał niższe wynagrodzenie. Należy ponadto wskazać, iż niezależnie od tego, czy powyższa „luka” w przepisach zostanie wypełniona na późniejszym etapie legislacyjnym, to takie rozwiązanie należy ocenić również negatywnie, jako próbę ingerencji w swobodę kontraktowania między wykonawcą i podwykonawcami.

Proponowana zmiana będzie szkodliwa na kilka sposobów:

- w pierwszym rzędzie będzie to kolejny bodziec dla pracodawców, aby zatrudniać pracowników **na podstawie umów cywilnoprawnych** kosztem umów o pracę,
- po drugie takie powiązanie sprawi, iż koszty pracy w zamówieniach zlecanych przez podmioty publiczne nie będą powiązane z rynkową ceną pracy a będą wynikać z **politycznej decyzji** podjętej przez członków Komisji Trójstronnej (należy dodać, iż w ostatnich latach płaca minimalna rosła szybciej niż wymagały tego przepisy prawa i gdyby rosła zgodnie z ustawą o płacy minimalnej, czyli o inflację i 2/3 realnego tempa PKB, to wynosiłaby dzisiaj 1209 zł, a nie 1386 zł a więc byłaby niższa o blisko 12,7%.)¹⁷.

¹⁷ <http://www.for.org.pl/upload/File/analizy/AnalizaFOR22011Placaminimalna1082011.pdf>

Na marginesie należy dodać, iż rozwiązani polegające na powiązaniu kosztów pracy wykonawców zamówień publicznych z wysokością płacy minimalnej byłoby działaniem niespójnym z polityką Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej, które to postuluje odchodzenie od takich rozwiązań¹⁸.

3. Przerzucenie ciężaru dowodu na wykonawcę

Trzecia propozycja zmiany w ustawie Prawo zamówień publicznych dotyczy przeniesienia ciężar dowodu, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny na wykonawcę. W uzasadnieniu do projektu nowelizacji czytamy, iż w „*obecnym stanie prawnym zamawiający, a także konkurenci wykonawcy nie są w zasadzie w stanie wykazać nieuczciwości ceny proponowanej przez innego wykonawcę*”.

Proponowany przepis stanowi bardzo poważne niedopatrzenie ze strony projektodawców. Należy podzielić opinię Urzędu Zamówień Publicznych, iż nowe brzmienie tego przepisu „*skutkowało będzie wyeliminowaniem przepisu stanowiącego podstawę prawną do odrzucenia oferty w przypadku niezłożenia wyjaśnień przez wykonawcę*”¹⁹. Wynika to z faktu, iż projektodawcy wyeliminują całkowicie przepis, który stanowi, iż zamawiający „*odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*”.

Na marginesie należy stwierdzić, iż to na wykonawcy ciąży ciężar dowodu na etapie wyjaśnień. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wyroków²⁰:

„z momentem powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, co do tego, czy w konkretnej sytuacji cena nie ma charakteru rażąco niskiej, i wyrażenia tej wątpliwości w formie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (...) to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cenę skalkulowano w sposób rynkowy”.

4. Uzasadnienie niezastosowania innych kryteriów

Ostatnią propozycją zawartą w projekcie nowelizacji jest pomysł, aby obciążyć zamawiającego obowiązkiem wykazania w postępowaniu, w którym jedynym kryterium wyboru oferty jest cena, iż zastosowanie innych kryteriów nie przyczyni się do obniżenia wydatków publicznych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Cel tej zmiany jest jak najbardziej godny pochwały, gdyż zamawiający powinien dbać nie tylko o wybór oferty najkorzystniejszej z punktu widzenia obecnej sytuacji budżetowej, ale także powinien brać pod

¹⁸ <http://www.mpips.gov.pl/aktualnosci-wszystkie/art,5527,4090,nowa-koncepcja-dotyczaca-wysokosci-minimalnego-wynagrodzenia.html>

¹⁹ <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1425>

²⁰ sygn. akt. KIO 586/11

uwagę przyszłe koszty eksploatacji i naprawy przedmiotu zamówienia.

Niestety, w praktyce ten pomysł może być nieskuteczny, gdyż:

1. nie można żądać od zamawiających uzasadnienia niezastosowania kryteriów pozacenowych skoro art. 91 ust. 2 u.p.z.p. daje **uprawnienie** do skorzystania z innych kryteriów wyboru oferty a nie **obowiązek**;
2. zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 u.p.z.p., istnieje **otwarty katalog pozacenowych kryteriów wyboru oferty**. Skoro katalog jest otwarty, to nie wiadomo w stosunku, do jakich kryteriów zamawiający musiałby się odnosić uzasadniając wybór oferty w oparciu o kryterium ceny²¹;
3. obowiązek analizy długoterminowych skutków niezastosowania pozacenowych kryteriów wyboru oferty może doprowadzić do kuriozalnych sytuacji, w których zamawiający, w celu „obejścia” tego przepisu, będą dodawać pozacenowe kryteria, których „waga” będzie jednak tak niewielka, że nie będzie miała realnego wpływu na końcowy efekt przetargu (np. 99% cena, 1% inne kryterium);

Według 41% przedsiębiorców w Polsce częste zmiany prawa są jedną z największych przeszkód w prowadzeniu działalności gospodarczej w Polsce²². Z tego powodu należy unikać nowelizacji, które – pod wpływem doniesień medialnych – starają się dokonać zmian w prawie, gdyż może to doprowadzić do skutków odmiennych od zamierzonych. Nowelizacja zaproponowana przez Komisję Przyjazne Państwo z pewnością nie osiągnie zakładanego celu, co oznacza, że konieczna będzie kolejna zmiana przepisów, co tylko pogłębi dezorientację na rynku. Szczególnie ostrożnym trzeba być w przypadku zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych, która jest bardzo często nowelizowana. W samym 2010 roku byliśmy świadkami 5 nowelizacji tej ustawy. W tym czasie weszło w życie również 7 rozporządzeń wykonawczych.

4 Gdzie naprawdę leży problem?

Wśród wielu propozycji reformy prawa zamówień publicznych mieszają się pomysły, które na celu mają:

- (1) walkę z praktyką stosowania rażąco niskich cen, z pomysłami, które
- (2) ukierunkowane są na częstsze stosowania pozacenowych kryteriów wyboru oferty.

Te dwie kwestie należy jednak oddzielić.

Problem stosowania „rażąco niskich cen”

²¹ Paweł Granecki, *Opinia sporządzona na zlecenie Krajowej Rady Radców Prawnych, Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji w sprawie komisyjnego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych*, 2011.

²² Business Centre Club, Instytutu GfK, *Ranking największych barier w działalności firm*, 17 października 2011 r.

***Automatyczne
wykluczanie
najniższej ceny***

Stosunkowo najprostszym sposobem na walkę z praktyką stosowania rażąco niskich cen w przetargach publicznych, jest automatyczne eliminowanie ofert z najniższą ceną. Takie rozwiązanie, chociaż bardzo proste, byłoby jednak sprzeczne z prawem europejskim.

Zgodnie z orzeczeniem ETS niedopuszczalne – jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych – jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10%²³ od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego), bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna²⁴.

Takie rozwiązanie byłoby również sprzeczne z art. 55 dyrektywy klasycznej (2004/18/WE), która przed wykluczeniem wykonawcy za stosowania rażąco niskich cen, nakazuje zażądać od niego wyjaśnień na piśmie.

Trzeba ponadto wskazać, iż porównywanie ceny oferowanej przez wykonawcę do szacowanej wartości zamówienia przez zamawiającego, może być bardzo nieskuteczne, gdyż zamawiającym bardzo rzadko jest w stanie realnie wycenić koszt zamówienia.

Według międzynarodowych badań koszty są niedoszacowane w 9 na 10 projektach budowy infrastruktury transportowej:

- w przypadku projektów kolejowych rzeczywiste koszty są średnio o 45% wyższe od zakładanych,
- w przypadku tuneli i mostów rzeczywiste koszty są wyższe średnio o 34%,
- w przypadku inwestycji drogowych rzeczywiste koszty są wyższe średnio o 20%²⁵.

Przykładem takiego niedoszacowania kosztów inwestycji jest przetarg na wybudowanie i utrzymanie drogi wojewódzkiej w formule PPP w województwie Dolnośląskim. Zarząd Dolnego Śląska na realizację przedsięwzięcia przeznaczył jedynie 12 mln zł. Tymczasem kwoty zaproponowane przez oferentów zamykały się w przedziale od 46 mln zł do ponad 115 mln zł.²⁶

Kolejny przykład – budowa stadionu w Łodzi – pokazuje jeszcze dobitniej ten problem. W przetargu złożono trzy oferty (na 218 mln zł,

²³ Również 20%, 30% a nawet 60% - patrz. wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08

²⁴ Wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, znaleziony w Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*.

²⁵ Bent Flyvbjerg, Mette Skamris Holm, Søren Buhl, *Underestimating Costs in Public Works Projects Error or Lie?, 2002*

²⁶ <http://www.umwd.dolnyslask.pl/transport/aktualnosci/artukul/o-planach-zwiazanych-z-partnerstwem-publiczno-prywatnym-1/>

322 mln zł i 317 mln zł). Różnica między najdroższą ofertą a najtańszą wynosi ponad 100 mln zł. Wydawałoby się, że jest to ogromna suma, co świadczyć może, że mamy tutaj do czynienia z rażąco niską ceną. Nic jednak bardziej mylnego, gdyż miasto na realizację inwestycji chciało przeznaczyć 201 mln zł, czyli o 17 mln mniej niż najtańsza złożona oferta²⁷.

Braki dowodowe czy brak zjawiska?

Drapieżnictwo cenowe

Zjawisko stosowania rażąco niskich cen, czyli tzw. drapieżnictwa cenowego (*predatory pricing*), jest przedmiotem dyskusji teoretyków i praktyków zarówno prawa zamówień publicznych, jak i prawa konkurencji. W obydwu dziedzinach prawa dostrzega się znaczne **problemy dowodowe** w tym zakresie.

Złe prawo?

Przyczyną takiego stanu rzeczy może być **złe prawo**. To stanowisko, chociaż zdaje się dominować w polskim dyskursie na temat stosowania ceny rażąco niskiej, wydaje się jednak niesłuszne.

Wiele wskazuje, iż jest wręcz przeciwnie, gdyż:

- jak wcześniej wskazaliśmy, zamawiający ma obowiązek domagać się wyjaśnień od wykonawcy, którego cena odbiega od pozostałych ofert;
- wykonawca ma ponadto możliwość zaskarżenia zaniechania zamawiającego zażądania wyjaśnień od wykonawcy, którego cena nosi znamiona rażąco niskiej;
- wykonawca ma także możliwość zaskarżenia decyzji o uznaniu wyjaśnień za wystarczające;
- warto również dodać, iż polskie prawo zamówień publicznych – w zakresie kryteriów wyboru oferty – jest zgodne z prawem europejskim.

Brak definicji?

Problemem nie jest również **brak ustawowej definicji** ceny rażąco niskiej (klauzule generalne są często stosowane w polskim prawie – nie ma np. legalnej definicji szkody, co nie przeszkadza przedsiębiorcom udowodniać przed sądami, że do powstania szkody faktycznie doszło).

Dokładna analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej pokazuje również, iż istnieje zasadniczy **konsensus w zakresie tego, co rozumie się pod pojęciem rażąco niskiej ceny**. Najczęściej podaje się, iż:

„cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”²⁸.

Podobnie to pojęcie definiuje Urząd Zamówień Publicznych:

²⁷http://wyborcza.pl/1,91446,10553879,Trzy_firmy_zainteresowane_budowa_stadionu_miejskiego.html#ixzz1c4ge2u18

²⁸ Sygn. akt XIX Ga 128/08

„za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźniej niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości”.

**Czy da się
zaobserwować
to zjawisko w
rzeczywistości?**

Skoro brak definicji jest pozorny, gdyż została ona wypracowana przez doktrynę i orzecznictwo prawa zamówień publicznych, a prawo pozwala na walkę z procederem stosowania ceny rażąco niskiej w przetargach, to należ zadać sobie pytanie czy przypadkiem stosowanie rażąco niskich cen nie jest tyle trudne do udowodnienia, co po prostu trudne do zaobserwowania w rzeczywistości?

Ekonomiści mają poważne wątpliwości czy proceder drapieżnictwa cenowego w ogóle ma jakieś potwierdzenie w empirii. Inaczej mówiąc, niektórzy ekonomiści uważają, że drapieżnictwo cenowe jest trochę **jak potwór z Loch Ness**, wiele się o nim mówi, ale mało kto go widział. Podkreśla się, że wytłumaczeniem takiego stanu rzeczy może być fakt, iż:

- drapieżnictwo cenowe częstokroć **przynosi większe straty „drapieżnikowi”** niż „ofierze”. Żeby odebrać rynek od konkurentów, przedsiębiorca musiałby zwiększać sprzedaż po cenach niższych niż jego własne koszty, podczas gdy jego konkurenci zmniejszają sprzedaż do poziomu minimalizującego straty;
- Amerykańska the Federal Trade Commission uważa, iż taka strategia może być tylko skuteczna w wyjątkowych przypadkach, **gdy straty są krótkoterminowe i kompensowane są wyższymi zyskami w długim terminie** i tylko w przypadku skutecznego pozbycia się konkurentów z rynku²⁹;
- ponadto, żeby pozwolić sobie na taką wojnę cenową z jakąkolwiek nadzieją na powodzenie, przedsiębiorca musi mieć **do dyspozycji znaczne fundusze**, którymi nie dysponują jego rywale;
- ponieważ koszty to także utracone korzyści, więc aby opłacało się zaangażować w wojnę cenową, oczekiwany zwrot na takiej inwestycji musiałby przekraczać możliwe zyski z wszelkich **innych możliwych inwestycjach** (np. w instrumenty finansowe);

²⁹ http://www.ftc.gov/bc/antitrust/predatory_pricing.shtm

- dalej, jeśli stopa zwrotu na inwestycji w wojnę cenową jest tak wysoka, oznacza to, że ten rynek jest bardzo lukratywny. W takiej sytuacji, **konkurenci będą mieli silną motywację**, by kredytować swoje uczestnictwo w tej wojnie cenowej – a banki i inwestorzy będą temu przychylni, co podnosi ryzyko takiego procederu³⁰.

Zjawisko drapieżnictwa cenowego zdaje się być bardzo rzadkie nie tylko na wolnym rynku, ale również na „specyficznym” rynku zamówień publicznych, gdyż:

- w 2011 roku³¹ mieliśmy 72 orzeczenia KIO, w których wykonawcy zarzucali konkurentom stosowanie rażąco niskich cen w przetargach³²;
- tylko **2 przypadkach KIO orzekła, że faktycznie mamy do czynienia z rażąco niską ceną**;
- w 10 przypadkach KIO uznała, że wykonawca niewystarczająco, lub zbyt ogólnikowo udzielił wyjaśnień, co nie pozwala stwierdzić, czy podana cena ma charakter rynkowy;
- w pozostałych 60 przypadkach KIO uznała, że zarzut stosowania rażąco niskiej ceny jest nieprawdziwy.

Tak więc jeżeli porównamy skalę tego zjawiska do wszystkich postępowań, których liczba sięga blisko 200 tys. rocznie, widać, iż:

- nie tylko sami przedsiębiorcy rzadko zarzucają konkurentom stosowanie rażąco niskich cen, ale
- dodatkowo KIO rzadko stwierdza, że dana cena, chociaż nawet bardzo różniąca się od cen oferowanych przez innych wykonawców, jest rażąco niska.

Rekomendacje:

Obniżenie opłaty od skargi do sądu

Zjawisko stosowania rażąco niskich cen w przetargach publicznych jest nie tyle trudne do udowodnienia, co bardzo rzadkie w praktyce. Niemniej jednak nie można nie zauważyć, iż w obecnym kształcie polska procedura odwoławcza ma tą wadę, iż jest faktycznie 1-instancyjna, co może utrudniać obronę swoich praw, szczególnie małym i średnim przedsiębiorstwom.

Na mocy nowelizacji przepisów z dnia 2 grudnia 2009 roku zlikwidowano możliwość składania protestu, a cała procedura odwoławcza została skrócona do dwóch instancji. Po wyborze Polski i Ukrainy na gospodarczy Mistrzostw Świata w Piłce Nożnej EURO 2012 dokonano wielu zmiany w prawie, które miały przyspieszyć proces inwestycyjny w naszym kraju. Jedną z takich zmian, która weszła w życie 22 grudnia 2009 roku³³, było podwyższenie opłaty od skargi do

³⁰ Boudreaux D.J., Kleit A.N., *How the Market Self-polices Against Predatory Pricing*, Antitrust Reform Project, June 1996; cytata za M.Barcentewi, *O potrzebie powściągliwości w prawie antymonopolowym*.

³¹ Na dzień 31 sierpnia 2011 r.

³² Indeks tematyczny orzeczeń KIO 2011

sądu na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie z art. 34 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych pobiera się opłatę stałą w wysokości pięciokrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga, z zastrzeżeniem ust. 2, który stanowi, iż jeżeli skarga dotyczy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego **podjętych po otwarciu ofert**, pobiera się opłatę stosunkową w wysokości 5 % wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż **5.000.000 złotych**.

Była to diametralna zmiana, która z jednej strony przyspieszyła proces udzielania zamówień publicznych, a z drugiej ograniczyła dostęp wykonawców do środka ochrony prawnej, jakim jest skarga na orzeczenia KIO. W poprzedniej wersji przepis art. 34 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, od takich skarg pobierało się opłatę stałą w wysokości **3.000 zł**. Obecnie tylko najbogatsi wykonawcy są w stanie pozwolić sobie na dwuinstancyjne rozpatrzenie ich sprawy (co widać po spadku ilości skarg do sądów – w 2009 r. było ich 316 a w 2010 r. już tylko 225). Dla reszty, orzeczenia KIO są ostateczne.

Obniżenie zaporowej kwoty opłaty za skargę na orzeczenie KIO wydaje się, więc niezbędne. Kwota opłaty powinna być zmniejszona, np. do 100 tys. zł – tak jak postuluje PKKP „Lewiatan”³⁴. Takie ukształtowanie kwoty opłaty od skargi wydaje się optymalne, ze względu na ochronę interesów wykonawców i szybkość procedury przetargowej.

Należy ponadto wskazać, iż polska pierwszoinstancyjna procedura odwoławcza (KIO) jest uważana przez Komisję Europejską za jedną z najszybszych w UE³⁵, tak, więc nie ma obaw, że system będzie niewydolny a proces udzielania zamówień publicznych długotrwały. W 2010 średni czas oczekiwania na rozpoznanie odwołania na posiedzeniu KIO wynosił 14 dni, natomiast na wydanie orzeczenia w sprawie wniesionego odwołania - 18 dni. Dla porównania w 2009 r. średni czas oczekiwania odwołania na posiedzenie KIO wynosił 31 dni, natomiast na wydanie orzeczenia w sprawie wniesionego odwołania - 32 dni³⁶ (we Włoszech średnio trwa to 18 miesięcy³⁷!).

³³ <http://isip.sejm.gov.pl/SearchServlet>

³⁴ Czarna lista barier dla rozwoju przedsiębiorczości 2011

³⁵ Komisja Europejska, Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, 2011

³⁶ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2010 roku.

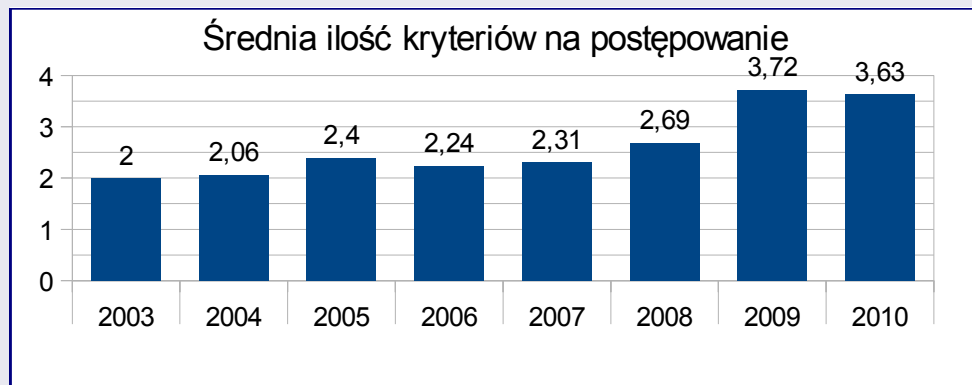
³⁷ <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1416>

Problem stosowania pozacenowych kryteriów wyboru oferty

Odmiennym problemem jest stosowanie pozacenowych kryterium wyboru oferty. Obecnie w **91%** postępowań cena jest jedynym kryterium wyboru wykonawcy. W zdecydowanej większości przetargów w Polsce ostatecznie wygrywa również ten wykonawca, który zobowiąże się do wykonania przedmiotu zamówienia po najniższej cenie. Dzieje się tak w ponad 88% przetargów.

Nie zawsze jednak tak było. W 2004 roku **29%** przetargów publicznych było rozstrzyganych jedynie w oparciu o kryterium ceny. Znaczący skok zastosowania tego kryterium, jako wyłącznego, zanotowaliśmy **po wejściu Polski w struktury Unii Europejskiej**, kiedy to zwiększyła się ilość wydawanych pieniędzy za pośrednictwem systemu zamówień publicznych, co skutkowało również bardziej szczegółowymi i częstymi kontrolami. Urzędnicy zaczęli, więc coraz częściej stosować obiektywne, jasne i przejrzyste kryterium ceny.

Wykres nr 2



źródło: Opracowanie własne na podstawie danych Urzędu Zamówień Publicznych

Ustanowienie ceny, jako jedynego kryterium wyboru oferty nie zawsze należy oceniać negatywnie, gdyż:

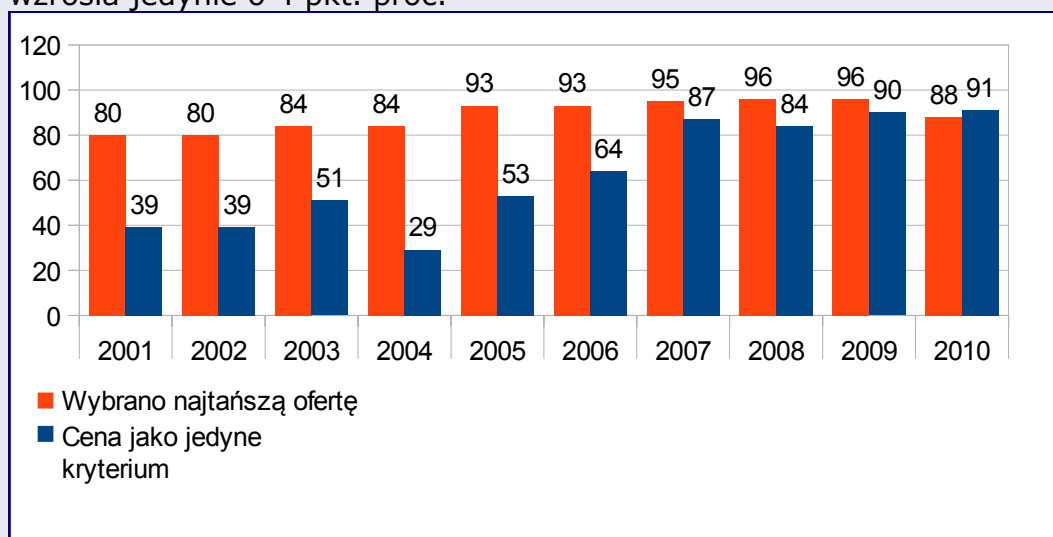
- nie oznacza to od razu, iż zamawiający nie zwraca uwagę na **inne czynniki (warunki)**. Zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, każdy wykonawca ma obowiązek wykazać, iż posiada stosowne uprawnienia (np. koncesje, zezwolenia), wiedzę i doświadczenie niezbędną do realizacji zamówienia, odpowiedni potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia, odpowiednią sytuację ekonomiczną i finansów³⁸. **Tak, więc jeżeli zamawiający należycie ustali warunki przetargu, to wyłączne zastosowanie kryterium ceny nie sprawi, iż zamówienie będzie wykonywane przez podmiot nieprofesjonalny** (Potwierdza to również Urząd Zamówień Publicznych – „Należy podkreślić, że jest możliwe przeprowadzenie postępowania, w którym opis przedmiotu zamówienia będzie na tyle precyzyjny, że decyzja o wyborze wykonawcy zamówienia będzie mogła być podjęta z korzyścią dla zamawiającego wyłącznie w oparciu o kryterium ceny”³⁹).

³⁸ Art. 22 u.p.z.p.

- stosowanie kryterium ceny **to znaczne oszczędności** dla budżetu państwa. Wystarczy tylko wspomnieć, iż sama Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, na skutek wyboru oferty o najniższe cenie, w ciągu 3 lat zaoszczędziła blisko 4,5 mld zł⁴⁰. (Zauważył to również polski rząd, który pod koniec 2010 roku powołał Centrum Usług Wspólnych, które ma realizować zamówienia, jako centralny zamawiający, dla 61 instytucji w Polsce. Jedynym celem powołania CUW-u jest właśnie osiąganie jak najkorzystniejszych cen, przy zastosowaniu efektu skali. Eksperti Deloitte obliczyli, że może to przynieść oszczędności dla sektora publicznego rządu 4 - 15 mld złotych rocznie⁴¹).

Ponadto, należy wskazać, iż zastosowanie pozacenowych kryteriów wyboru oferty nie wpływa to na ostateczny efekt przetargu (wybór oferty o najniższej cenie). Nie obserwuje się tutaj widocznej korelacji (patrz wykres nr 3). **W 2004 roku jedynie 29% przetargów zawierało wyłącznie kryterium ceny a i tak 84% wybranych ofert to były oferty o najniższej cenie.** W 2010 roku aż 91% przetargów zawierało jedynie kryterium ceny, czyli o 62 pkt. proc. więcej niż w 2004 roku a ilość wybranych ofert z najniższą ceną wzrosła jedynie o 4 pkt. proc.

Wykres nr 3



źródło: Opracowanie własne na podstawie danych Urzędu Zamówień Publicznych

Klauzule społeczne

Jednym z pomysłów na odwrócenie trendu polegającego na stosowaniu kryterium ceny, jako jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, jest popularyzacja tzw. klauzul społecznych. Zgodnie z treścią art. 29 ust. 4 u.p.z.p. zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia osób:

- **bezrobotnych lub młodocianych** w celu przygotowania zawodowego, o których mowa w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,

³⁹ http://www.piit.org.pl/_gAllery/12/75/12754/Kryteria_oceny_ofert_24.10.2011_r.pdf

⁴⁰ <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1425>

⁴¹ http://www.deloitte.com/view/pl_PL/pl/dla-prasy/71f317a8be872210VgnVCM100000ba42f00aRCRD.htm

- **niepełnosprawnych**, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,
- **innych**, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

W Senacie RP powstała inicjatywa ustawodawcza⁴², której celem jest wprowadzenie do prawa zamówień publicznych kolejnej klauzuli społecznej. W projekcie czytamy, iż zamawiający mógłby zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których średnie **zatrudnienie skazanych** stanowiło ponad 50 % ogółu zatrudnionych oraz, iż udział zatrudnienia skazanych w zatrudnieniu ogółem nie ulegnie obniżeniu w okresie realizacji zamówienia.

Jednym z problemów ze stosowaniem pozacenowych kryteriów wyboru oferty – takich jak klauzule społeczne – jest ich nieprzejrzystość. Dla zamawiającego cena jest wygodnym i zrozumiałym kryterium wyboru oferty. **Klauzule społeczne, z samej swojej definicji mają realizować cele, które nie są związane bezpośrednio z zamówieniem (np. wsparcie dla bezrobotnych)**. Trudno, więc oczekiwać, iż będą one mogły być alternatywą dla kryterium ceny, gdyż trudność w ich stosowaniu jest nieporównywalna.

Należy ponadto wskazać, iż np. we Francji, wskazywanej za wzór w stosowaniu klauzul społecznych, zaledwie 2% wszystkich przetargów zawiera klauzule społeczne⁴³. Nie jest to, więc sposób, na zauważalną zmianę praktyki stosowania wyłącznie kryterium ceny.

Edukacja

Innym pomysłem na poprawę sytuacji jest edukacja urzędników. Urząd Zamówień Publicznych stoi na stanowisku, iż powszechne stosowanie kryterium najniższej ceny, w rezultacie, czego wygrywają oferty z rażąco niską ceną, wynika nie tyle z niedoskonałości prawa, **co bariery mentalnej i konserwatywnego podejścia zamawiających do narzędzi, których to prawo dostarcza**⁴⁴. W opinii UZP problem może być rozwiązany działaniami pozalegislacyjnymi, poprzez prowadzenie dialogu, publikowanie analiz i opinii – *„Realizując powyższą idee zmiany praktyki podjęto w Urzędzie Zamówień Publicznych próbę przygotowania opracowania (publikacji) dotyczącej możliwości i zasad stosowania innych, poza ceną, kryteriów oceny oferty”*⁴⁵.

Również w opinii rządu, problem ze stosowaniem kryterium ceny, jako jedyne kryterium wyboru oferty leży „w niewielkiej wiedzy

⁴² <http://www.senat.gov.pl/k7/dok/dr/1150/1194s.pdf>

⁴³ <http://www.ngo.pl/x/686690>

⁴⁴ http://www.premier.gov.pl/premier/rada_gospodarcza/konferencje/dobre_praktyki_w_zamowieniach_7200/

⁴⁵ <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1391>

zamawiających” oraz braku „umiejętności stosowania innych poza ceną kryteriów oceny oferty”⁴⁶.

Niemniej jednak działania edukacyjne w tym zakresie podejmowane są już od kilku lat, bez większych efektów.

- W 2009 roku Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości zainicjowała program „**Nowe podejście do zamówień publicznych**”⁴⁷. Założenia projektu zostały oparte na rekomendacjach wskazanych w dokumencie rządowym przyjętym w 2008 r. „Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój”. Działania przewidziane w programie zmierzają do zmiany podejścia administracji publicznej i przedsiębiorców do procedury ubiegania się i prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Tematyka obejmuje najważniejsze aspekty nowego podejścia, m.in.: kryteria oceny ofert – różnicowanie kryteriów, dostosowanie kryteriów do przedmiotu zamówienia w kontekście nowego podejścia do zamówień publicznych;
- W połowie 2010 roku, Ministerstwo Rozwoju Regionalnego przygotowało **wytyczne w zakresie stosowania różnych kryteriów wyboru oferty**⁴⁸;
- Najnowszym (2011 r.) i jednocześnie najbardziej obszernym, opracowanie na temat zastosowania kryteriów wyboru oferty, jest opracowanie przygotowane przez Urząd Zamówień Publicznych (**Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych – przykłady i zastosowanie**⁴⁹).

Gdyby brak wiedzy zamawiających był jedynym powodem, dla którego tak powszechnie stosuje się obecnie jedynie kryterium ceny, to należałoby zadać pytanie, **co się stało z polską kadrą urzędniczą, która dzisiaj stosuje kryterium ceny, jako jedyne kryterium wyboru wykonawcy w 91% przetargów, skoro w 2004 roku działało się tak w 29% przetargów?** Czy przez ten okres tak pogorszyła się wiedza polskich urzędników?

Nie można zgodzić się z twierdzeniem, iż poprzez publikację opracowań i rekomendacji da się ten problem rozwiązać, gdyż jak pokazują statystyki to nie (tylko) brak wiedzy jest powodem powszechnego stosowania kryterium ceny, jako jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Nic więc dziwnego, że dotychczasowe próby edukowania zamawiających nie zmieniło sytuacji w stosowaniu kryterium ceny.

⁴⁶ <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1425>

⁴⁷ <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1270>

⁴⁸ Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, *Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne*, 2010

⁴⁹ http://www.piit.org.pl/_gAllery/12/75/12754/Kryteria_oceny_ofert_24.10.2011_r.pdf

Edukacja jest jednak potrzebna.

Brak wiedzy zamawiających może być jednak pewnym czynnikiem, który wpływa na stosowanie wyłącznie kryterium ceny – przede wszystkim w tzw. przetargach na prace projektowe i usług o charakterze intelektualnym. Zgodnie z art. 2 pkt 5 u.p.z.p. w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, najkorzystniejszą ofertą jest ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Mimo to, zamawiający interpretują przepisy prawa w ten sposób, iż prace projektowych nie traktują, jako działalności twórczej, dzięki czemu mogą stosować wyłącznie kryterium ceny.

Katalog obowiązkowych kryteriów.

Kolejnym pomysłem na zmniejszenie roli ceny, jako kryterium wyboru oferty jest ustawowe **narzucenie obowiązku stosowania pozacenowych kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej**. W praktyce będzie to jednak bardzo trudne do osiągnięcia.

W Polsce rocznie udziela się prawie 200 tys. zamówień w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Przetargi rozpisywane są przez tak odmienne instytucje jak urzędy administracji centralnej i samorządowej, uczelnie publiczne, samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, czy w końcu sądy i trybunały (w 2010 roku było to ponad 13,7 tys. podmiotów⁵⁰)⁵¹. Skala i zróżnicowanie zamawiających sprawia, iż odgórne narzucenie zamawiającym dodatkowych, obowiązkowych kryteriów wyboru oferty może doprowadzić do skutków diametralnie odmiennych od zamierzonych. **Ustawodawca – nawet najbardziej racjonalny – nie jest w stanie wiedzieć, jakie potrzeby mają zamawiający w różnych regionach, branżach i instytucjach.**

Rekomendacje:

1. Trudności z **rozszerzeniem katalogu obowiązkowych kryteriów wyboru oferty** nie oznaczają, iż ustawodawca nie powinien podjąć takiej próby. W poszczególnych rodzajach zamówień lub w konkretnych sektorach może to okazać się racjonalne i uzasadnione (np. prace projektowe o charakterze intelektualnym).

Takie rozwiązanie funkcjonuje już odnośnie zakupu niektórych pojazdów samochodowych⁵², gdzie oprócz ceny obowiązkowym

⁵⁰ <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/GetFile1.aspx?attid=3938>

⁵¹ Należy zauważyć, że dane dotyczące rynku nie dotyczą zamawiających objętych zakresem podmiotowym ustawy Prawo zamówień publicznych, którzy w danym roku sprawozdawczym nie udzielili zamówień o wartości przekraczającej dolny próg określony w ustawie, tzn. 14.000 euro. Liczba potencjalnych zamawiających zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest zatem z pewnością większa.

⁵² Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów

kryterium wyboru oferty są: (1) zużycie energii, (2) emisja dwutlenku węgla, (3) emisje zanieczyszczeń: tlenków azotu, cząstek stałych oraz węglowodorów.

Do tego nie trzeba jednak zmieniać przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – wystarczy, aby poszczególni ministrowie wydali rozporządzenia w oparciu o art. 91 ust. 8 u.p.z.p. Takie decyzje powinny być podejmowane jednak zawsze po dogłębnej analizie skutków regulacji.

5 **Co jeszcze można zrobić, aby poprawić, jakość polskich przetargów publicznych?**

W celu poprawy, jakości przetargów publicznych w Polsce zamawiający powinni częściej stosować tryb **przetargu ograniczonego**, gdyż pozwala on zamawiającemu dokonać prekwalfikacji, oceniając spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu zamawiający wybiera wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zaletą tego trybu jest to, iż przetarg ograniczony obok przetargu nieograniczonego jest podstawowym trybem udzielenia zamówienia, co oznacza, że uwzględniając pełną dostępność do zamówienia i konkurencyjność tego trybu, ustawodawca zdecydował się na umożliwienie zastosowania go przez zamawiającego w każdych okolicznościach, bez względu na wartość i rodzaj zamówienia⁵³. Należy jednak pamiętać, iż minusem przetargu ograniczonego jest jego długość (średnio czas trwania postępowania w przetargu ograniczonym to 91 dni wobec 33 dni w przetargu nieograniczonym⁵⁴).

Ciekawym pomysłem na większe związanie interesu wykonawcy z interesem zamawiającego jest również - postulowane m.in. przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad⁵⁵ - wprowadzenie do zamówień publicznych instytucji tzw. **success fee**. Zamawiający mógłby zastrzec w ogłoszeniu, a potem w umowie z wykonawcą, że – dla przykładu, – jeśli w ciągu 5 lat od oddania inwestycji nie pojawią się żadne poważne wady, zamawiający wypłaci wykonawcy dodatkowe wynagrodzenie. W ten sposób, wykonawcom nie opłacałoby się używać słabych materiałów lub wykonywać zamówienie w sposób niefachowy, gdyż uderzałoby to w ich własny interes. W ten sposób ograniczono by negatywne skutki zastosowania rażąco niskich cen, jakim jest niewłaściwe wykonanie przedmiotu zamówienia. Decyzja o zastosowaniu *success fee* zostałaby każdorazowo powierzona zamawiającemu, który mógłby indywidualnie decydować czy w danym zamówieniu takie zapisy są potrzebne.

⁵³ Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*.

⁵⁴ <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/GetFile1.aspx?attid=3938>

⁵⁵ http://www.premier.gov.pl/premier/rada_gospodarcza/konferencje/dobre_praktyki_w_zamowieniach_,7200/

Bibliografia

Amerykańska Izba Handlowa w Polsce, *Katalog dobrych praktyk dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, 28 kwietnia 2011 r.

Bent Flyvbjerg, Mette Skamris Holm, Søren Buhl, *Underestimating Costs in Public Works Projects Error or Lie?*, 2002

Business Centre Club, Instytutu GfK, *Ranking największych barier w działalności firm*, 17 października 2011 r.

Centrum Unijnych Projektów Transportowych, *Kryteria oceny ofert - przyjęte rozwiązania i propozycje zmian*, sierpień 2011

Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*

Izba Bawełny w Gdyni, *Opinia z dnia 9 czerwca 2011 r.*

Izba Bawełny w Gdyni, *Opinia z dnia 22 czerwca 2011 r.*

Izba Projektowania Budowlanego, *Postulaty Izby Projektowania Budowlanego w sprawie zamówień publicznych w zakresie projektowania budowlanego*, 17 sierpnia 2011 r.

Komisja Europejska, *Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, 2011

Łukasz Laszczyński, *Rażąco niska cena, Monitor Zamówień Publicznych*, Wrzesień 2007

Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, *Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne*, lipiec 2010

Narodowy Bank Polski, *Stanowisko do NBP do komisyjnego projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych*, 29 lipca 2011 r.

Paweł Granecki, *Opinia sporządzona na zlecenie Krajowej Rady Radców Prawnych, Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji w sprawie komisyjnego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych*, 2011.

PKPP „Lewiatan”, *Opinia z dnia 29 czerwca 2011 r.*

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, *Nowe podejście do zamówień publicznych – wyzwanie dla zamawiających – szansa dla małych i średnich przedsiębiorstw*, 2010

Polska Izba Gospodarcza Czystości, *Opinia z dnia 29 lipca 2011 r.*

Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji, *dokument przygotowany na spotkanie na temat dobrych praktyk funkcjonowania systemu zamówień publicznych*, 18 lipca 2011 r.

Polska Izba Inżynierów Budownictwa, *Uzasadnienie do propozycji zmian w ustawie Prawo zamówień publicznych*, 11 kwietnia 2011 r.

Polski Kongres Drogowy, *Opinia z dnia 18 lipca 2011 r.*

Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych „Lewiatan”, *Biała Księga, 35 rekomendacji dla nowego rządu*, 2011

Rada Ministrów, *Stanowisko Rządu wobec poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – prawo zamówień publicznych (druk 4451)*, 31 sierpnia 2011 r.

Rod Falvey, Annamaria La Chimia, Oliver Morrissey, Eviou Zgou, *Competition Policy and Public Procurement in Developing Countries*, 2007

Urząd Zamówień Publicznych, *Indeks tematyczny orzeczeń KIO 2011*

Urząd Zamówień Publicznych, *Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych – przykłady i zastosowanie*, 2011

Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Urzędu Zamówień Publicznych za 2010 r.*

Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Urzędu Zamówień Publicznych za 2009 r.*

Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Urzędu Zamówień Publicznych za 2008 r.*

Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Urzędu Zamówień Publicznych za 2007 r.*

Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Urzędu Zamówień Publicznych za 2006 r.*

Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Urzędu Zamówień Publicznych za 2005 r.*

Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Urzędu Zamówień Publicznych za 2004 r.*

Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Urzędu Zamówień Publicznych za 2003 r.*

Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Urzędu Zamówień Publicznych za 2002 r.*

Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Urzędu Zamówień Publicznych za 2001 r.*

Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Urzędu Zamówień Publicznych za 2000 r.*

Wiktor Piwkowski, *Uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (AS/B-213), 28 czerwca 2011 r.*

Wielkopolska Izba Budownictwa, *Opinia z dnia 21 czerwca 2011 r.*

Związek Importerów i Producentów Sprzętu Elektrycznego i Elektronicznego Branży RTV i IT, *Opinia z dnia 2 lipca 2011 r.*

Związek Rzemiosła Polskiego, *Opinia z dnia 20 czerwca 2011 r.*

Kontakt do autora:

Witold Jarzyński

e-mail: witold.jarzynski@for.org.pl

Tel.: 502 342 502

Fundacja FOR

Al. J.Ch. Szucha 2/4 lok. 20, 00-582 Warszawa

tel. +48 22 427 40 10, fax +48 22 213 37 85

e-mail: info@for.org.pl

www.for.org.pl