



Druk nr 4451

Warszawa, 29 czerwca 2011 r.

SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
VI kadencja
Komisja Nadzwyczajna "Przyjazne
Państwo" do spraw związanych z
ograniczeniem biurokracji
NPP-020-151-2011

Pan
Grzegorz Schetyna
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Na podstawie art. 32 ust. 2 regulaminu Sejmu Komisja Nadzwyczajna "Przyjazne Państwo" do spraw związanych z ograniczeniem biurokracji wnosi projekt ustawy:

- o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Do reprezentowania stanowiska Komisji w pracach nad projektem ustawy został upoważniony poseł Adam Szejnfeld.

Przewodniczący Komisji

(-) Adam Szejnfeld

USTAWA

z dnia 2011 r.

o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych

Art. 1.

W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) wprowadza się następujące zmiany:

1) w art. 90:

a) ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.”,

b) w ust. 2 dodaje się zdanie drugie w brzmieniu:

„Koszty pracy przyjęte do obliczenia ceny nie mogą być niższe od wynikających z minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie odrębnych przepisów.”,

c) ust. 3 otrzymuje brzmienie:

„3. Ciężar udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.”;

2) w art. 91 po ust. 2 dodaje się ust. 2a w brzmieniu:

„2a. Jeżeli jedynym kryterium oceny ofert jest cena, zamawiający jest obowiązany wykazać w protokole postępowania, że zastosowanie innych kryteriów nie przyczyni się do zmniejszenia wydatków ze środków publicznych ponoszonych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.”.

Art. 2.

Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

UZASADNIENIE

1. Wyjaśnienie celu ustawy.

Stosowanie przez zamawiającego ceny, jako podstawowego kryterium oceny oferty przedstawionej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdy jednocześnie pomija się albo minimalizuje inne kryteria oceny, takie jak w szczególności jakość wykonania przedmiotu zamówienia, funkcjonalność, parametry techniczne, rękojmia i gwarancje, czy termin wykonania zamówienia, eliminuje często z rynku oferty, które przy niewiele wyższej cenie charakteryzują się jednocześnie zdecydowanie wyższą jakością. Gdy cena jest kryterium wyłącznym albo decydującym bardzo często mamy w ofertach do czynienia ze znacznym zaniżaniem ich wartości, a niekiedy nawet z przypadkami nieuczciwej konkurencji i stosowaniem cen rażąco niskich, dumpingowych.

Projektowana nowelizacja ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa Pzp”) ma więc na celu wprowadzenie zabezpieczających mechanizmów ustawowych pozwalających na wybór oferty nie zawierającej rażąco niskiej ceny. Zmiany w art. 90 mają na celu rozwiązanie problemu składania ofert z nierzetelną, rażąco niską ceną i trudności w ich odrzucaniu jaki powstają po stronie zamawiających.

Przepisy o zamówieniach publicznych są podstawą wydatkowania w Polsce ponad 160 mld zł rocznie. Ich jakość jest ważna z jednej strony dla sektora finansów publicznych, który na ich podstawie dokonuje wydatków, z drugiej zaś dla przedsiębiorców, dla których powinny stanowić gwarancję uczciwej konkurencji podczas ubiegania się o realizację zamówień. Oba wspomniane cele doznają uszczerbku wskutek niewystarczającej ochrony przed składaniem ofert, w których cena oferty całkowicie nie odpowiada warunkom rynkowym, a co się z tym wiąże po zawarciu umowy z wykonawcą, który zaproponował taką cenę wykonanie zamówienia nierzadko okazuje się niemożliwe.

Problem ten może być obecnie rozwiązywany poprzez stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert, jednakże jak pokazuje praktyka ponad 90% postępowań o udzielenie zamówienia jest rozstrzygane w oparciu o wyłączne kryterium ceny. Wynika to z występującej w praktyce konieczności wyjaśniania, czemu zdecydowano się na wyższy wydatek związany np. z poprawą jakości.

2. Przedstawienie stanu obecnego.

Ustawa Pzp nakazuje odrzucanie ofert z ceną rażąco niską (art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3). Regulacja ta jest jednak nie wystarczająca. Po pierwsze nie wskazano

jakichkolwiek przesłanek do ustalania czy cena nie jest nieuczciwie zaniżona. Po drugie w orzecznictwie ciężar wykazania, że cena jest nieuczciwa obciąża konkurentów przedsiębiorcy, zarzucających taką praktykę. Wykazanie tego faktu – w szczególności w stosunku do przedsiębiorców funkcjonujących w odmiennym niż europejski systemie gospodarczym jest w praktyce niemożliwe.

W ustawie Pzp brak całkowicie wskazówek co do oceny, w jakich przypadkach cena winna być poddana szczególnej procedurze badania, czy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Brak także przepisów nakazujących uzasadnienie wyboru oferty w oparciu o jedynie cenowe kryterium.

Proponowane zmiany zmierzają do ułatwienia odrzucania ofert z nierzetelnie skalkulowaną ceną poprzez odwrócenie ciężaru dowodu. Analogicznie jak ma to miejsce w przypadku niektórych czynów nieuczciwej konkurencji (w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), to wykonawca składający ofertę z niską ceną będzie zobowiązany wykazać, że jest to cena realna - skalkulowana z uwzględnieniem realiów rynku. W szczególności obowiązkiem wykonawcy będzie udowodnienie, że uwzględnił przy ustalaniu kosztów pracy jaka będzie wykonywana przy realizacji zamówienia stawki odpowiadające minimalnemu wynagrodzeniu za pracę.

Ponadto decyzja zamawiającego o zastosowaniu wyłącznie kryterium ceny do wyboru oferty musi zostać uzasadniona korzystnością dla sektora finansów publicznych. Ta regulacja ma zapobiec nabywaniu świadczeń po bardzo niskiej cenie lecz jednocześnie niskiej jakości, co w krótkim okresie powoduje wzrost wydatków na remonty, lub wręcz wymianę złego jakościowo przedmiotu zamówienia.

3. Różnice między dotychczasowym a projektowanym stanem prawnym.

Proponowana zmiana w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykreślenie ustawowego obowiązku złożenia wyjaśnień w pierwszym wyznaczonym terminie pozwoli zamawiającemu dokładniej wyjaśnić wątpliwości co do rzetelności zaproponowanej ceny poprzez kilkakrotnie zwrócenie się do wykonawcy o ewentualne uzupełnienia wyjaśnień i bardziej precyzyjne przedstawienie sposobu kalkulacji ceny. Nie pozbawia jednak zamawiającego prawa do dotychczasowego sposobu zachowania tj. jednokrotnego wzywania i podjęcia decyzji po pierwszych wyjaśnieniach lub ich braku, gdyż ustawa nie narzuca tu żadnych rozwiązań.

Zmiana w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiających do odrzucania ofert wykonawców, którzy nie respektują zasad wynagradzania za pracę ustalonych w przepisach powszechnie obowiązujących. Zmiana nie ingerując w podstawy zatrudniania osób przez wykonawców ubiegających się o zamówienie nakazuje respektowanie poziomu

wynagrodzenia wynikającego z przepisów o płacy minimalnej przy kalkulacji kosztorysów w ofertach. Ma to szczególne znaczenie w przypadku tzw. „dumpingu socjalnego” mającego ze swej istoty charakter ponadnarodowy (transgraniczny). Zobowiązanie wówczas zarzucającego nieuczciwą konkurencję do przedstawienia dowodów z prawa kraju trzeciego i sposobu ochrony praw pracowniczych delegowanych do pracy w innym kraju czyni ochronę przed takim zjawiskiem czysto teoretyczną.

Proponowane brzmienie ust. 3 art. 90 ustawy Pzp przenosi w sposób jednoznaczny ciężar dowodu rynkowego charakteru ceny na wykonawcę, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. Taka konstrukcja prawna jest dopuszczalna i stosowana w przypadku niektórych czynów nieuczciwej konkurencji, jest również zgodna z orzecznictwem ETS, który w sprawie *Costanzo* wskazał, że wykonawca winien mieć prawo wykazania rzetelności swej ceny, dopuszczając tym samym obciążenie go dowodem. W obecnym stanie prawnym zamawiający, a także konkurenci wykonawcy nie są w zasadzie w stanie wykazać nieuczciwości ceny proponowanej przez innego wykonawcę. Odwrócenie ciężaru dowodu powinno przyczynić się do poprawy sytuacji. Zaproponowane sformułowanie w sposób jednoznaczny daje wykonawcom informację, iż udowodnienie zamawiającemu, że nie przedstawił oferty z rażąco niską ceną stanowi leży w jego gestii, a złożenie samych wyjaśnień może okazać się dowodem niewystarczającym, pozostawiając im jednak prawo wyboru, czy podeprą wyjaśnienia dokumentami czy też nie. Jednocześnie skreślono przepis o odrzuceniu oferty ze względu na brak złożonych wyjaśnień. Po pierwsze dlatego, aby umożliwić ponowne zapytanie o kalkulację, po drugie, aby mimo braku wyjaśnień zamawiający miał obowiązek oceny czy cena jest rażąco niska. Jeśli tak – odrzuca na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jeśli jednak wezwanie było np. zbyt pochopne a cena jest rzetelna odrzucenie nie będzie miało miejsca.

Projektowana zmiana polegająca na dodaniu ust. 2a w art. 91 ustawy Pzp jest związana z tym, że stosowanie wyłącznie kryterium ceny przy nabywaniu zamówień publicznych, prowadzi w wielu przypadkach do ponoszenia znacznie wyższych kosztów eksploatacji i użytkowania przedmiotu zamówienia oraz obniżenia jakości świadczenia. Należy więc zobowiązać zamawiających do dokonania przy wyborze kryteriów analizy, czy kryterium cenowe na pewno jest najbardziej opłacalne. Z tego obowiązku można zwolnić zamawiających sektorowych, co przepis czyni poprzez odwołanie do środków publicznych. Zamawiający, którzy udzielają zamówień sektorowych, działając w realiach rynkowych są w praktyce zmuszeni do oceniania wydatków nie tylko w perspektywie pojedynczego postępowania o udzielenie zamówienia, lecz także w kategorii tzw. kosztu finalnego.

4. Przewidywane skutki społeczne, gospodarcze, finansowe i prawne.

Przedłożony projekt ustawy nie spowoduje negatywnych skutków finansowych dla budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego. Wręcz przeciwnie, w swojej konsekwencji może przysporzyć zamawiającym, a więc i budżetowi samych korzyści wynikających z bardziej racjonalnych rozstrzygnięć przetargowych, niż obecnie.

Proponowane zmiany z pozoru mogą co prawda prowadzić do zwiększonych wydatków przy nabywaniu świadczeń (poprzez bardziej rygorystycznie sformułowany obowiązek eliminacji ceny rażąco niskiej), jednak tzw. koszt finalny (uwzględniający również koszty remontów, napraw, wymiany, czy eksploatacji) powinien być niższy (tak np. badania EBRD 2010 Regional Assessment of Public Procurement Legal Frameworks).

5. Konsultacje społeczne

Projektowana regulacja została przedstawiona do zaopiniowania następującym podmiotom:

- Business Centre Club,
- Krajowej Izbie Gospodarczej,
- Naczelnej Radzie Zrzeszeń Handlu i Usług,
- Polskiemu Klubowi Biznesu,
- Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych LEWIATAN,
- Polskiej Radzie Biznesu,
- Pracodawcom RP,
- Związkowi Rzemiosła Polskiego,
- Naczelnej Radzie Adwokackiej,
- Federacji Stowarzyszeń Naukowo-Technicznych – NOT,
- Polskiemu Związkowi Inżynierów i Techników Budownictwa,
- Fundacji Centrum PPP,
- Związkowi Importerów i Producentów Sprzętu Elektronicznego Branży RTV i TV,
- Francuskiej Izbie Przemysłowo – Handlowej w Polsce,
- Polsko-Niemieckiej Izbie Przemysłowo – Handlowej,
- Włosko-Polskiej Izbie Handlowo-Przemysłowej,
- Brytyjsko-Polskiej Izbie Handlowej,
- Amerykańskiej Izbie Handlowej,
- Izbie Przemysłowo – Handlowej Inwestorów Zagranicznych w Polsce.

6. Oświadczenie o zgodności projektu ustawy z prawem Unii Europejskiej.

Projekt ustawy jest zgodny z prawem Unii Europejskiej. Dyrektywy wspólnotowe, których dotyczą to Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. UE. L. 04.134.1). oraz Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE. L.04.134.114). Zapadające na ich podstawie orzecznictwo ETS konsekwentnie wskazuje na zgodność z prawem UE czynności odrzucania ofert z nienormalnie niskimi cenami. Zakazany jest jedynie uznaniowo ustalony przez zamawiającego automatyzm czynności. Wskazuje na to ETS w sprawie C – 103/88 Costanzo oraz wyroku w sprawach połączonych C - 147/06 i C - 148/06 SECAP SpA. Trybunał wskazał w nich, że Wykonawca musi mieć możliwość złożenia dodatkowych wyjaśnień, a dopiero po ich zweryfikowaniu zamawiający może podjąć decyzję czy podejrzenie nieuczciwego i nierynkowego zaniżenia ceny rzeczywiście miało miejsce. Dopuszczono więc przeniesienie dowodu na wykonawcę.

Orzecznictwo ETS wskazuje też na dopuszczalność żądania, aby wykonawca respektował lokalne przepisy o wynagrodzeniu minimalnym – wskazuje na to np. wyrok w sprawie C-346/06.

Warszawa, 6 lipca 2011 r.

BAS-WAPEiM-1627/11

Pan Grzegorz Schetyna
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

**Opinia prawna o zgodności komisyjnego projektu ustawy o zmianie ustawy
– Prawo zamówień publicznych (przedstawiciel wnioskodawców: poseł
Adam Szejnfeld) z prawem Unii Europejskiej**

Na podstawie art. 34 ust. 9 uchwały Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. – Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (M.P. z 2009 r. Nr 5, poz. 47 ze zmianami) sporządza się następującą opinię:

I. Przedmiot projektu

Projekt zakłada zmianę art. 90 i art. 91 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej: ustawa). Obydwa zmieniane przepisy dotyczą zasad wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego. Wnioskodawcy zmierzają do:

- likwidacji podstawy określenia terminu na udzielenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (zmiana brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy),
- rozbudowania zasad oceny wyjaśnień składanych przez wykonawcę – przez dodanie wymogu, by koszty pracy przyjęte do obliczania ceny nie były niższe od wynikających z minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie odrębnych przepisów (dodanie zdania drugiego w art. 90 ust. 2 ustawy),
- likwidacji podstawy odrzucenia przez zamawiającego oferty 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 (zastąpienie nowym przepisem dotychczasowego art. 90 ust. 3 ustawy),
- ustanowienia zasady, zgodnie z którą „ciężar udowodnienia, że cena oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy” (nowe brzmienie art. 90 ust. 3 ustawy),
- ustanowienia zasady, zgodnie z którą „jeżeli jedynym kryterium oceny ofert jest cena, zamawiający jest obowiązany wykazać w protokole postępowania, że zastosowanie innych kryteriów nie przyczyni się do zmniejszenia wydatków ze środków publicznych ponoszonych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia” (dodanie nowego art. 91 ust. 2a ustawy). Projektowana ustawa ma wejść w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

II. Stan prawa Unii Europejskiej w materii objętej projektem

Analiza zgodności projektu z prawem Unii Europejskiej wymaga sięgnięcia w szczególności do postanowień:

- dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, s. 114, ze zmianami; dalej: dyrektywa klasyczna),
- dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, s. 1; ze zmianami, dalej: dyrektywa sektorowa),
- dyrektywy 96/71 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz. Urz. WE L 18 z 21.1.1997, s. 1, ze zmianami, dalej: dyrektywa o delegowaniu pracowników).

III. Analiza przepisów projektu pod kątem ustalonego stanu prawa Unii Europejskiej

Ze względu na ogólny zasięg proponowanej regulacji zmiany zawarte w projekcie podlegają ocenie przede wszystkim w świetle postanowień dyrektywy klasycznej. Problematyki rażąco niskiej ceny dotyczy art. 55 dyrektywy klasycznej. Odnosząc się do pierwszej z proponowanych zmian należy zauważyć, że zgodnie z art. 55 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy klasycznej oferty odnoszące się do świadczenia wydają się w przypadku danego zamówienia rażąco niskie, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert, powinna zwrócić się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne. W przepisie nie formułuje się wprost wymogu ustanowienia czasu, w jakim oferent powinien przedstawić instytucji zamawiającej wyjaśnienia w tej sprawie. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości wskazuje, że nie można ograniczyć terminu składania wyjaśnień do daty składania ofert (wyrok TS z 27 listopada 2001 r., *Impresa Lombardini SpA*, C-285/99 i C-286/99) oraz że niedopuszczalne – jako sprzeczne z zasadą wspierania konkurencji w zamówieniach publicznych – jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie oferty za rażąco niską i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (wyrok TS z 22 czerwca 1989 r., *Fratelli Costanzo SpA v Comune di Milano*, C-103/88). Proponowane rozwiązanie nie stoi w sprzeczności z tymi wymogami. W szczególności obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu nie powoduje, że pozbawiony jest on możliwości przedstawienia wyjaśnień na właściwym etapie procedury.

Odnosząc się do zmiany drugiej należy wskazać, że określony w art. 55 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej katalog elementów oceny oferty w trakcie wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny nie jest katalogiem zamkniętym, lecz ma charakter przykładowy. Oznacza to, że instytucja zamawiająca może – w zgodzie z dyrektywą klasyczną – brać pod uwagę również inne okoliczności. Warto także zauważyć, że jednym z elementów, które zostały wskazane przez prawodawcę unijnego, jest zgodność z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy, a także miejsca, w którym roboty budowlane, usługi lub dostawy te mają być realizowane (art. 55 ust. 1 akapit drugi lit. d dyrektywy klasycznej). Należy więc przyjąć, że wymogi ochrony zatrudnienia mają w ramach postępowania o udzielenie zamówienia szczególne znaczenie. Ustalenie to wspierają dodatkowo art. 27 ust. 1 i ust. 3 dyrektywy klasycznej, które stanowią podstawę dla zamawiających i państw członkowskich do kontroli przestrzegania obowiązków z zakresu ochrony zatrudnienia. Jednocześnie należy wskazać, że projektowany wymóg dotyczący wysokości wynagrodzenia nie wykracza poza minimum gwarantowane wszystkim pracownikom. Zgodnie z art. 3 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy o delegowaniu pracowników, państwa członkowskie zapewnią, że będą gwarantowały pracownikom delegowanym na ich terytorium warunki zatrudnienia, które ustalone są w państwie członkowskim, gdzie wykonywana jest praca, przez przepisy prawne, rozporządzenia lub przepisy administracyjne. Wymóg ten odnosi się w szczególności do minimalnych stawek płacy, wraz ze stawką za nadgodziny (art. 3 ust. 1 akapit pierwszy lit. c dyrektywy o delegowaniu pracowników). Zgodnie z art. 3 ust. 1 akapit drugi dyrektywy o delegowaniu pracowników, dla celów tej dyrektywy pojęcie minimalnej stawki płacy jest zdefiniowane przez prawo krajowe lub przez praktykę państwa członkowskiego, na którego terytorium pracownik jest delegowany. Należy przyjąć, że ujęcie krajowej stawki minimalnej w ramach gwarancji, które muszą być zapewnione przez wszystkie państwa członkowskie, powoduje, że do projektowanego postanowienia nie znajdują odniesienia zastrzeżenia dotyczące wymogów dodatkowych, które sformułował Trybunał Sprawiedliwości. W ocenie Trybunału, niedopuszczalne jest bowiem nałożenie na instytucję zamawiającą obowiązku udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane tylko takim przedsiębiorstwom, które składając oferty zobowiążą się pisemnie do wypłaty swoim pracownikom z tytułu wykonanej pracy wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej co najmniej wynagrodzeniu obowiązującemu zgodnie z układem zbiorowym pracy w miejscu realizacji zamówienia. Zbiorowy układ pracy może zaś zawierać postanowienia bardziej korzystne dla pracowników niż minimum, o którym mowa w dyrektywie o delegowaniu pracowników (wyrok TS z 3 kwietnia 2008 r., *Rüffert*, C-346/06). Wobec tych ustaleń należy uznać, że projektowana zmiana druga ustawy nie jest sprzeczna z dyrektywą klasyczną.

Oceniając zmianę trzecią należy zauważyć, że przyjęte przez prawodawcę unijnego rozwiązanie dotyczące rażąco niskich ofert opiera się na modelu kontradyktoryjnym (por. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Zakamycze 2006, s. 435). Ustanowione w art. 55 dyrektywy klasycznej i umocnione przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości gwarancje umożliwiają złożenie przez wykonawcę – na odpowiednim etapie postępowania – wyjaśnień dotyczących zakwestionowanej oferty oraz tworzą podstawę do ich rozpatrzenia przez instytucję zamawiającą. Konstrukcja zakładająca obciążenie ciężarem dowodu wykonawcy nie jest sprzeczna z tymi założeniami.

Zmiana czwarta ustanawia nowy obowiązek sprawozdawczy, które ciążyć ma na instytucji zamawiającej. Wymogi dotyczące sprawozdawczości – związane z dokumentacją postępowania – określa art. 42 dyrektywy klasycznej. Zgodnie z jego akapitem pierwszym w odniesieniu do każdego zamówienia, umowy ramowej oraz dynamicznego systemu zakupów instytucja zamawiająca sporządza pisemne sprawozdanie zawierające co najmniej określone informacje. Zawarty w dyrektywie klasycznej katalog tych informacji nie jest zamknięty i może być przez państwa członkowskie rozszerzany. Wprowadzenie obowiązku polegającego na uzupełnieniu dokumentacji postępowania o dodatkową informację nie narusza art. 42 dyrektywy klasycznej.

Zagadnienia dotyczące rażąco niskich ofert i dokumentacji dotyczącej postępowania są uregulowane także w art. 57 i art. 50 dyrektywy sektorowej. Dyrektywa ta nie ustanawia w tej mierze wymogów, które wykraczałyby ponad standard określony w dyrektywie klasycznej. Projektowane zmiany nie są sprzeczne z postanowieniami dyrektywy sektorowej.

IV. Konkluzja

Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych nie jest sprzeczny z prawem Unii Europejskiej.

Dyrektor Biura Analiz Sejmowych

Michał Królikowski

Warszawa, 6 lipca 2011 r.

BAS-WAPEiM-1628/11

Pan Grzegorz Schetyna
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Opinia w sprawie stwierdzenia, czy komisyjny projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (przedstawiciel wnioskodawców: poseł Adam Szejnfeld) jest projektem ustawy wykonującej prawo Unii Europejskiej

Projekt zakłada zmianę art. 90 i art. 91 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej: ustawa). Obydwa zmieniane przepisy dotyczą zasad wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego. Wnioskodawcy zmierzają do:

- likwidacji podstawy określenia terminu na udzielenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (zmiana brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy),
- rozbudowania zasad oceny wyjaśnień składanych przez wykonawcę – przez dodanie wymogu, by koszty pracy przyjęte do obliczania ceny nie były niższe od wynikających z minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie odrębnych przepisów (dodanie zdania drugiego w art. 90 ust. 2 ustawy),
- likwidacji podstawy odrzucenia przez zamawiającego oferty 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 (zastąpienie nowym przepisem dotychczasowego art. 90 ust. 3 ustawy),
- ustanowienia zasady, zgodnie z którą „ciężar udowodnienia, że cena oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy” (nowe brzmienie art. 90 ust. 3 ustawy),
- ustanowienia zasady, zgodnie z którą „jeżeli jedynym kryterium oceny ofert jest cena, zamawiający jest obowiązany wykazać w protokole postępowania, że zastosowanie innych kryteriów nie przyczyni się do zmniejszenia wydatków ze środków publicznych ponoszonych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia” (dodanie nowego art. 91 ust. 2a ustawy).

Projekt nie zawiera przepisów, które mają na celu wykonanie prawa Unii Europejskiej.

Projekt nie jest projektem ustawy wykonującej prawo Unii Europejskiej.

Dyrektor Biura Analiz Sejmowych

Michał Królikowski