



Z NOWYM PRAWEM
ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
- STARE PROBLEMY,
NOWY BAŁAGAN

DWUZNACZNOŚĆ PRZEPISÓW WCIĄŻ PARALIŻUJE
PROCES ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
I PSUJE OTOCZENIE BIZNESOWE W POLSCE



Fundacja Warsaw Enterprise Institute
Warszawa, 2015



Spis treści

| | |
|--|-----------|
| 1. Raport WEI..... | 3 |
| 2. Intencje ustawodawcy..... | 5 |
| 3. Zmiany idące w dobrym kierunku | 6 |
| 3.1. Cena nie może być jednym kryterium | 6 |
| 3.2. Renegocjowanie umów | 7 |
| 3.3. Wadium to nie haracz | 7 |
| 4. Zapisy wymagające poprawy..... | 8 |
| 4.1. Rażąco niska cena razi dwuznacznością | 8 |
| 4.2. Regulacja płac szkodzi konkurencyjności..... | 9 |
| 4.3. Wyjaśnienia w kwestii rażąco niskiej ceny | 9 |
| 4.4. Tajemnica handlowa w mętnej wodzie | 10 |
| 4.5. Przedmiot powszechnie dostępny, powszechnie niezrozumiały | 11 |
| 5. Wniosek | 12 |



1. Raport WEI

Nowelizacja prawa zamówień publicznych potwierdza jedno z najstarszych praw fizyki – sam siebie człowiek nie podniesie. I żaden polityk nie uchwali prawa, które nakładałoby na niego nowe merytoryczne obowiązki, jednocześnie ograniczając drastycznie jego wpływ na końcowy wynik przetargu. Trzy miesiące od wprowadzenia w życie (19 października 2014 r.) długo wyczekiwanej nowelizacji **ustawy Prawo Zamówień Publicznych („PZP”)**¹ możemy powiedzieć, że zadanie przerosło rząd. Nowe prawo wprowadza szereg uproszczeń i nowych definicji, a w szczególności wymusza poszerzenie kryteriów oceny ofert. Nie rozwiązuje jednak fundamentalnego problemu, jakim jest relatywizm zapisów i brak precyzyjnych definicji, które mogłyby uchronić podmioty uczestniczące w procesie od długich przewodów odwoławczych i skomplikowanych procesów sądowych.

Ustawa w obecnym kształcie nie spełnia wszystkich oczekiwań przedsiębiorców. Nie gwarantuje podatnikowi, że wygrywać będą najlepsze oferty i że jego pieniądze będą spożytkowane w najlepszy możliwy sposób. W tym względzie WEI podziela opinie wydawane wcześniej przez Najwyższą Izbę Kontroli, która zwraca uwagę na efektywność wydatkowania pieniędzy w ramach zamówień publicznych. Kryterium legalności przestaje być już wystarczającym kryterium i z tego też powodu samo poszerzenie wyznaczników przetargu o dodatkowe kryteria może okazać się niewystarczające. Stąd nasze postulaty o poszerzenie wagi kryteriów jakościowych i innowacyjnych, ale również - rzecz, która całkowicie umknęła uwadze ustawodawcy - szerszy zakres wymagań pod adresem zamawiającego: jego ekspertyzy i znajomości przedmiotu przetargu.

Z pierwszych rezultatów przetargów publicznych, już po wprowadzeniu noweli, wynika, że odsetek ogłoszeń, w których jako jedyne kryterium wskazano cenę, spadł z 93 proc. do poziomu 33 proc. W dalszym ciągu jednak kryterium ceny pozostaje dominujące i w praktyce decydujące. Jakość realizacji zamówienia, ważyła w większości przetargów nie więcej niż 10 proc. Proporcje w miarę upływu czasu mogą ulegać ewolucji. Do tego jednak obecna nowelizacja nie wystarczy. Zamawiający ze zwykłej wygody i strachu przed oskarżeniami czy koniecznością tłumaczenia się będą dążyli do zwiększania, a nie zmniejszania roli ceny przy podejmowaniu ostatecznej decyzji. Stąd też konieczne są nowe bodźce. Tu odwołujemy się do raportu Pawła Dobrowolskiego „Przejrzystość sposobem ulepszania zamówień publicznych” przygotowanego w listopadzie ub.r. dla WEI. Dobrowolski zwracał uwagę na konieczność większej przejrzystości i kontroli publicznej przetargów. Ujawnienia zarówno treści zamówień, jak i wyciągów ofert. WEI również stoi na stanowisku, że presja społeczna jest w stanie wymóc zmianę proporcji w systemie zamówień publicznych². Wymuszać większą staranność przy konstruowaniu zamówień i większą uwagę na kryteria decydujące o jakości, czyli korzyści dla podatnika, ewentualnie dla udziałowców.

¹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych Dz. U. 2014 poz. 1232

² Paweł Dobrowolski, Przejrzystość sposobem ulepszenia zamówień publicznych, 19 listopada 2014 r., www.wei.org.pl

Stąd wniosek WEI o poszerzenie dotychczasowych zapisów noweli o szeroki dostęp do PZP. W obecnym brzmieniu nie daje gwarancji, że z upływem czasu zobaczymy zmiany proporcji w kryteriach oceny, na korzyść jakości, czy innowacyjności. W dalszej części raportu zwracamy uwagę na kwestie konieczności dochowania tajemnicy handlowej. W naszym przekonaniu nie stoi to w sprzeczności z dostępem do informacji o wykonaniu zamówień i możliwości porównania tego z treścią ofert. Tajemnica handlowa ma obejmować szczegółowe zapisy dotyczące technologii, doświadczenia wykonawcy, a nie twarde dane o realizacji i terminach projektu. W przypadku historycznych już problemów z realizacją zamówień na budowę dróg, wyraźnie zabrakło tu publicznych informacji o stanie wykonania i odpowiedzialności zarówno zamawiających jak i zwycięzców konkursu.

Wśród zapisów budzących nasz szczególny niepokój znalazły się artykuły odnoszące się do definicji „rażąco niskiej ceny”, procesu odwoławczego i warunków, w jakich ten proces powinien zostać uruchomiony, definicji „przedmiotu powszechnie dostępnego”, która pozostaje czysto ocenna, a w nowym prawie jest niezwykle istotna z racji opisu pochodzenia ceny i przygotowania procesu odwoławczego. Z pierwszych informacji jakie docierają do nas od przedsiębiorców, wynika, że zapis ten budzi mnóstwo wątpliwości.

WEI dobrze ocenia główne założenia nowelizacji. Niemniej bez natychmiastowych zmian szczytne intencje ustawodawcy mogą doprowadzić do ponownego zbiurokratyzowania procesu, jeszcze większej przewlekłości procesów odwoławczych, a co za tym idzie otwarcie zamówień publicznych na szereg nowych manipulacji, co wykazujemy w naszym raporcie, jak i w załączonym do niego przypadku przetargu na urządzenia drukujące dla ZUS. Sprawa jest klasycznym przypadkiem niebezpieczeństw, jakie niesie ze sobą nieprecyzyjne prawo.



2. Intencje ustawodawcy

Ustawodawca postawił sobie za cel poprawę jakości i doprowadzenie do wyboru najkorzystniejszych ofert zgłaszanych w przetargach publicznych. Kryzys, bankructwa firm budowlanych zaangażowanych w budowę autostrad i mnożące się przypadki, w których zwycięzca postępowania nie wywiązywał się z założeń kontraktu, zmusiły rząd do szukania nowych rozwiązań i bardziej racjonalnych zapisów w ustawie PZP. Przy czym inspiracją miały tu być zmiany zachodzące w tej materii w Unii Europejskiej.

Na koniec 2014 roku 90 proc. wszystkich postępowań publicznych rozstrzygane było wyłącznie na podstawie ceny. Niskie ceny nie przekładały się jednak ani na jakość wykonanych prac, ani na terminowość zakończenia projektów. W rezultacie mieliśmy do czynienia z dodatkowymi kosztami koniecznymi do wykończenia prac, przy jednoczesnych zapaściach polskich przedsiębiorstw. Potrzeba zmian w zapisach o PZP artykułowana była już od ponad roku. Zarówno przez przedsiębiorców, jak i ekspertów. Zmiany były konieczne, tym bardziej, że w ostatnich latach większość państw UE odchodziła już od mechanicznych przetargów cenowych.

W Polsce zmiany były szczególnie trudne do przeprowadzenia. Bolesne doświadczenia kolejnych afer, a także częstych pomówień o korupcję, powodowały, że zamawiający obawiali się poszerzenia listy kryteriów. Strach przed odpowiedzialnością cywilną i karną to jedno, a drugie to brak odpowiedniego zaplecza merytorycznego w instytucjach państwowych. Brak ekspertyzy i doświadczenia powodował, że urzędnikom, zwłaszcza instytucji rządowych, trudno przychodziła merytoryczna ocena jakości ofert. Stąd cenowe kryterium było i wciąż jest - o czym w naszym raporcie - swoistym parasolem ochronnym.

W tej sytuacji rozumiałem było, że ustawodawca chciał wymusić pozacenowe kryteria na zamawiających. WEI ocenia to posunięcie jako krok w dobrym kierunku – coś, co w przyszłości może pomóc w uzdrowieniu zamówień publicznych. Może zapewnić lepsze wykorzystanie funduszy publicznych i uchronić firmy wygrywające przetargi przed nieuzasadnionymi roszczeniami, bezpodstawnym kwestionowaniem wyników przetargów, niejednokrotnie prowadzącymi do upadku tych podmiotów.

Przy okazji „rewolucji cenowej” ustawodawca postanowił zmierzyć się z kilkoma innymi niepokojącymi zjawiskami, które poważnie utrudniały i podważały zasady przejrzystości konkurencyjności w procesie zamówień publicznych. Z założenia uproszczeniu miały ulec rozmaite wymogi biurokratyczne i nadmierny relatywizm dotychczasowych przepisów. I choć nie sposób dyskutować ze szczytnymi założeniami, to brak precyzji w niektórych zapisach i jasnej definicji poszczególnych pojęć, powoduje, że wbrew intencjom ustawodawcy, zapisy PZP wciąż budzą spory niepokój w środowiskach biznesowych.



3. Zmiany idące w dobrym kierunku

3.1. Cena nie może być jednym kryterium

Abstrahując od wątpliwości i kontrowersji, o których w dalszej części naszego raportu, warto nadmienić, że zniesienie kryterium ceny, jako jedyne w postępowaniu przetargowym jest ważnym krokiem na rzecz poprawy systemu i rozwoju przedsiębiorczości. Co do reguły, zamawiający, obok ceny, winien przedstawić co najmniej jedno dodatkowe kryterium. W pierwszych miesiącach od wejścia nowelizacji w życie, zamawiający mieli wciąż spore problemy z doбором właściwych kryteriów. I choć z miesiąca na miesiąc pojawia się więcej kryteriów i są one coraz lepiej opisane w tekście zamówienia (SIWZ - specyfikacja istotnych warunków zamówienia), to wciąż waga dodatkowych kryteriów wydaje się niedostatecznie niska.

| Najczęściej stosowane kryteria pozacenowe | Odsetek postępowań | Średnia waga |
|---|--------------------|--------------|
| termin realizacji / czas dostawy | 31% | 11% |
| gwarancja / rękojmia (termin, warunki itp.) | 30% | 10% |
| jakość / funkcjonalność / parametry techniczne (itp.) | 8% | 19% |
| wiedza / doświadczenie | 7% | 19% |
| płatności (warunki, terminy itp.) | 6% | 7% |
| czas reakcji | 2% | 9% |
| | 85% | - |

3

Jak wynika z danych Urzędu Zamówień Publicznych (UZP), w pierwszym miesiącu od wejścia noweli, tylko w **33%** wszystkich postępowań zamawiający stosowali **wyłącznie kryterium ceny**. To oczywiście jest znaczącym postępowaniem w stosunku do sytuacji sprzed miesiąca, kiedy ta liczba wynosiła powyżej 90 proc. Pomijając fakt, że dodatkowe kryteria w dalszym ciągu koncentrowały się na dość fundamentalnych wartościach jak gwarancje bankowe, czy termin wykonania, to już w pierwszym miesiącu pojawiły się kryteria odnoszące się do jakości, a nawet innowacyjności. Z ocen napływających do UZP, jak również z danych innych państw UE, wynika, że poszerzenie tabeli kryteriów wpływa na poprawę jakości, nawet jeżeli jakość nie jest wśród najwyższej notowanych kryteriów.

³ Źródło: Urząd Zamówień Publicznych

3.2. Renegocjowanie umów

Istotną zmianą w PZP jest przyznanie prawa do renegocjowania umowy w przypadku zmiany podatku VAT, wysokości płacy minimalnej i składek na ubezpieczenia⁴. Dotychczas w przypadku nowych stawek VAT czy składek na ubezpieczenie społeczne zamawiający blokował zmiany dostosowawcze. W niepewnej sytuacji na rynkach finansowych zapis ten wydaje się szczególnie istotny dla przedsiębiorców. Zwłaszcza tam, gdzie kontrakt związany jest z ponoszeniem daleko idących inwestycji walutowych.

3.3. Wadium to nie haracz

Nowelizacja podejmuje problem zatrzymania wadium wykonawcy. Surowe przepisy były wielokrotnie krytykowane przez przedsiębiorców. Dotychczas zatrzymywane było wadium wykonawcy, który nie złożył odpowiednich dokumentów w czasie przewidzianym zapisami przetargowymi. Po stronie zamawiającego pozostawało dowiedzenie, że zwłoka czy brak dokumentacji wynikał z przyczyn nieleżących po jego stronie. Oryginalnie prawo do przejmowania wadium miało strzec zamawiającego przed znowami przetargowymi, ucieczkami oferentów, żeby oddać miejsce „konkurencji”. Ale w praktyce nieprecyzyjnie opisane wymogi po stronie zamawiającego, ukryte czy niejasne klauzule, z bliżej nieznanymi powodami bywały rozumiane wyłącznie dla jednego podmiotu ubiegającego się o kontrakt. Co mogło wskazywać na znowę oferenta z kimś po stronie zamawiającego. W odpowiednim momencie zamawiający mógł wykorzystać braki w dokumentacji jednej ze stron i strasząc utratą wadium zmusić go do oddania kontraktu innej firmie.

Wadia był również zabójcze dla firm, które w trakcie przetargu podejmowały decyzję o wycofaniu się widząc złożoność procesu, czy mocne oferty konkurentów. W efekcie wiele małych i średnich firm rezygnowało z przystępowania do przetargu, jeżeli na horyzoncie pojawiał się mocny konkurent. W znowelizowanych przepisach możliwość zatrzymania wadium została ograniczona tylko do wykonawców, którym udzielono by zamówienia, gdyby postąpili zgodnie z wezwaniem zamawiającego.

⁴ - art. 142 ust. 5 ustawy PZP



4. Zapisy wymagające poprawy

Konieczność nowelizacji Prawa Zamówień Publicznych była przedmiotem rozlicznych debat, publikacji i publicznych konsultacji. Byliśmy przekonani, że przynajmniej w zakresie najważniejszych zmian w PZP uda się wyeliminować nieściśłości i dwuznaczności, które gnębiły przedsiębiorców już od pierwszej ustawy PZP z 1994 roku, niezależnie od wielokrotnego jej nowelizowania⁵.

4.1. Rażąco niska cena razi dwuznacznością

Przynajmniej od 2010 roku dysponujemy obszerną literaturą i dziesiątkami przykładów, gdzie termin „rażąco niska cena” sprawiał zarówno przedsiębiorcom, jak i sądom czy zamawiającym multum problemów. Przeglądając orzecznictwo ostatnich lat ustawodawca mógł zauważyć ile wątpliwości i sprzecznych interpretacji tego samego terminu skutkowało rozbieżnościami w wyrokach dotyczących bardzo podobnych kwestii⁶. Definicja w dalszym ciągu pozostaje przedmiotem domysłów, spekulacji i dowolnych interpretacji. W niektórych przypadkach sądy tłumaczą „cenę rażąco niską” jako cenę niewiarygodną, w innych - niemożliwą do spełnienia w warunkach rynkowych, a w jeszcze innych jako cenę rażąco odbiegającą od pozostałych ofert. Ustawodawca powinien dołożyć znacznie większej staranności przy konstruowaniu samej definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Należałoby zapoznać się z dotychczasowym orzecznictwem i doświadczeniami przedsiębiorców⁷ i zaoferować możliwość zastosowania spójnej i jednolitej wykładni, która brałaby pod uwagę złożoność procesów przetargowych. Składają się one przecież z bardzo zróżnicowanych działań, zarówno bezpośredniego wykonawstwa, wytwórstwa jak i usług czy prac koncepcyjnych, każde dysponujące różną elastycznością marż i kosztów. Dla firm dysponujących doświadczeniem, kontaktami i bazą techniczną w całym kraju, coś co dla nowicjusza będzie „rażąco niską ceną” może być rutynowym działaniem⁸.

Mamy też przypadki uznania poszczególnych składowych ceny za „rażąco niskie”, podczas, gdy cena sumaryczna mieści się w średniej innych oferentów. Bywa, że sądy mechanicznie kierują się orzecznictwem zapadającym w innych branżach niż ta, której dotyczy postępowanie przetargowe, czasem wręcz przeciwnie, w oderwaniu od dotychczasowego orzecznictwa. Niejednokrotnie sądy wskazując na nieprecyzyjne zapisy prawne zmuszone są badać każdy przypadek odrębnie⁹. Pomimo znowelizowanych zapisów, wynik postępowania przetargowego pozostaje swoistą loterią, a w najlepszym razie wymaga każdorazowych uściśleń w kwestiach, które nie powinny podlegać tak rozbieżnym interpretacjom.

⁵ www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;910

⁶ Witold Jarzyński, Najniższa cena w przetargach publicznych - gdzie naprawdę leży problem?, Analiza FOR 12/2011.

⁷ Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1567/13) wskazała, że dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Sąd Okręgowy w Katowicach (sygn. akt XIX Ga 128/08) podkreślał, iż „O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.”

⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2013 r., sygn. akt KIO 364/13.

⁹ Paweł Krawiec - Prawo zamówień publicznych i nieuczciwa konkurencja,

4.2. Regulacja płac szkodzi konkurencyjności

Nowy zapis, który zdobywa sobie powszechny poklask ekspertów i nawet niektórych organizacji przedsiębiorców dotyczy kosztów pracy - nie mogą być niższe niż minimalne wynagrodzenie za prace ustalone na podstawie odrębnych przepisów¹⁰. WEI jest daleki od koncepcji wyznaczania jednolitych stawek płac, czy narzucania pracodawcom form zatrudnienia pracowników. Uważamy, że praca jest istotnym elementem konkurencyjności, a specyfika poszczególnych kontraktów jest tak złożona, że nie da się z góry przewidzieć czy dany pracownik powinien być pracownikiem etatowym, zleceniobiorcą czy wykonawcą umowy o dzieło. Dotyczy to zwłaszcza krótkoterminowych umów lub kontraktów o małej wartości.

Naszym zdaniem, ta regulacja może nie tylko podwyższyć cenę wykonawstwa, ale też wpłynąć na wzrost bezrobocia, gdzie osoby bez pracy nie mają nawet szans na podjęcie choćby prac dorywczych. Głośne swego czasu i wykpiwane przypadki osób zatrudnionych bez umów o pracę przy budowie autostrad w rzeczywistości były konsekwencją fatalnie skrojonego systemu zamówień, gdzie cena była głównym kryterium oceny ofert. Przesunięcie kryteriów w stronę jakości i terminowości wykonania zmusiłoby wykonawców do sięgania po lepiej opłacanych i wykwalifikowanych pracowników z lepszymi gwarancjami pracy.

4.3. Wyjaśnienia w kwestii rażąco niskiej ceny

Nowe prawo przewiduje, że zamawiający musi dziś zwrócić się do wykonawcy o udzielenie mu wyjaśnień, jeśli cena jest o co najmniej, 30% niższa od wartości zamówienia lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert¹¹. Dotychczas ustawa stwierdzała, że wyjaśnienia wymagane są w sytuacji, kiedy zachodzą wątpliwości. O dziwo, ten zapis nie zniknął. Zamawiający dalej ma prawo zażądać wyjaśnień. Nawet, jeżeli cena jest tylko o 10 proc. niższa od przewidzianego budżetu. Dwuznaczność tych zapisów stawia pod znakiem zapytania sens nowelizacji. Ramy zostały sztywno narzucone wykonawcom, co do tego kiedy musi wszcząć proces sprawdzający, ale nie dają oferentom żadnego punktu odniesienia co do tego jak daleko mogą się posunąć w obniżaniu ceny. Nie ograniczyły możliwości mnożenia procedur odwoławczych i tworzenia dwuznacznych sytuacji, w których wykonawca jest uzależniony od „widzimisiej” urzędnika. Utrzymanie arbitralności w kwestiach badania ceny może spowodować strach oferentów przed składaniem najlepszych możliwych cen. Co, nie musimy dodawać, odbyłoby się ze szkodą dla zamawiającego i często podatników.

Analizując ostatnie orzecznictwo można wnosić, że od zamawiającego należy się domagać podjęcia procedury wyjaśniającej nawet, jeżeli cena odbiega o 10 proc. od średniej ofert¹². Nowelizacja PZP w obecnym kształcie wprowadza spore zamieszanie, co zresztą widać na przykładach orzecznictwa.

¹⁰ art. 90 ust. 1 pkt 1 i ust 2 ustawy PZP.

¹¹ art. 90 ust. 1 pkt 1 i ust 2 ustawy PZP.

¹² Łukasz Bernatowicz, ekspert Business Centre Club, „Kryterium rażąco niskiej ceny”.

W przypadku firmy Arcus i przetargu na urządzenia drukujące dla ZUS mamy do czynienia z sytuacją, w której najniższa oferta stanowiła 71 proc. kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia i stanowiła ok. 72 proc. średniej z cen ofert złożonych w postępowaniu przetargowym. ZUS zwrócił się o udzielenie wyjaśnień do wszystkich oferentów, którzy złożyli oferty, nawet do tych, których cena stanowiła 90 proc. średniej. Otrzymał wyjaśnienia. Przyjął je do wiadomości, a mimo to sprawa stała się przedmiotem badań sądu. Przykład dobitnie pokazuje, że nowelizacja niczego tu nie zmienia. Jak już pisaliśmy, zamawiający czy inny oferent zawsze może podjąć wątpliwości, że cena jest podejrzanie „rażąco” niska i bez podawania przyczyny nakazać postępowanie sprawdzające. Pułap 30 proc. to wyłącznie ułatwienie dla zamawiającego, ale żadna pomoc dla przedsiębiorcy. Nowela nie sprawiła, że system stał się bardziej przejrzysty. Pozostawia ogromny zakres uznaniowości decyzji o badaniu wiarygodności ceny¹³.

WEI wskazuje na konieczność precyzyjnego określenia granicy „rażąco niskiej ceny” – pułapu, od którego należy podjąć działania sprawdzające. Z jednoczesnym wskazaniem czy odnosić ma się to całościowej wyceny, czy jej składowych. PZP może pozostawiać pewną swobodę zamawiającemu, nie może to jednak budzić aż tylu wątpliwości.

4.4. Tajemnica handlowa w mętnej wodzie

Coraz częstszym problem przetargów publicznych jest dochowanie tajemnicy przedsiębiorstwa. Dotyczy to w szczególności nowych technologii i skomplikowanych projektów informatycznych, w których wysokość ceny zasadza się często w know-how albo w danych, informacjach lub wynalazkach dostępnych wyłącznie danemu podmiotowi. Sądy zdają się być uodpornione na argumenty, że ujawnienie szczegółowej dokumentacji czy określonych informacji podczas postępowania odwoławczego czy przewodu sądowego może oznaczać udostępnienie najważniejszych i chronionych tajemnic uczestnika postępowania. Czegoś, na czym zasadza się istota i przewaga konkurencyjna podmiotu gospodarczego.

Z takim przypadkiem mieliśmy zresztą do czynienia w opisywanym przypadku Arcusa i firmy Galaxy. Galaxy, żądając podania szczegółowych składowych ceny przez Arcus w postępowaniu zamówieniowym, hipotetycznie mogła starać się wydobyć niedostępne dla niej technologie i tajemnice handlowe wynikające z ogromnego doświadczenia firmy, która wygrała postępowanie. Odbyłoby się to oczywiście z pogwałceniem istniejących już przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z nimi, informacja może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli spełnia trzy warunki:¹⁴

- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania jej w poufności.

Rzecz w tym, że w praktyce sądy niechętnie stosują powyższe zapisy, twierdząc, że strona może w złej wierze zasłaniać się tajemnicą handlową. W rezultacie, firmy wolą często wycofać się

¹³ Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 grudnia 2014 r., sygn. akt V Ca 3384/14.

¹⁴ art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

z przetargu, niż ujawnić swoje tajemnice. To, nie musimy dodawać, nie odbywa się z korzyścią dla przetargu i pieniędzy podatnika. Nie mówiąc już o zasadzie wolnej konkurencji wspieraniu i rozwoju najlepszych firm.

Ustawodawca usiłował naprawić sytuację zastrzegając, że jeżeli wykonawca chce zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu musi zastrzec, że konkretne informacje nie mogą być udostępniane oraz wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa spełniającą powyższe warunki¹⁵. Oznacza to, że wykonawca z góry musi zakładać, które ze składowych jego oferty mogą budzić wątpliwości i wskazywać, dlaczego są one przedmiotem tajemnicy firmy. Jednocześnie musi przewidzieć, że w trakcie postępowania odwoławczego przedsiębiorca będzie mógł zostać wezwany do ujawnienia określonych, bardziej szczegółowych informacji niż na etapie postępowania zamówieniowego.

Jest to kolejny pusty zapis, poważnie wydłużający proces przetargowy i podnoszący koszty samej oferty, a jednocześnie niczego nie wnoszący do procesu doboru najlepszej firmy. Przeciwnie, strony będą teraz zastrzegały wszystkie elementy swojej działalności, co albo je zdyskwalifikuje, albo uniemożliwi ocenę oferty pod kątem wiarygodności ceny. WEI stoi na stanowisku, że najlepszym wyjściem byłoby ograniczenie badania ceny przez zamawiającego przy udziale niezależnych ekspertów, ale z wykluczeniem udziału konkurencji.

4.5. Przedmiot powszechnie dostępny, powszechnie niezrozumiały

Nowe Prawo Zamówień Publicznych przyjmuje, że kryterium ceny może być jedynym kryterium pod warunkiem, że przedmiot zamówienia jest „powszechnie dostępny” oraz ma ustalone standardy jakościowe¹⁶. Zapis jest jawnym zaproszeniem do jeszcze większej uznaniowości i zwiększania liczby postępowań odwoławczych w ramach postępowań zamówieniowych. Przywołane przez ustawodawcę przesłanki nie mają legalnej definicji w ustawie PZP, ani w żadnym innym powszechnie obowiązującym akcie prawnym. Mają one charakter oceny, w związku z czym podlegają wykładni dokonywanej przez zamawiającego, sądy, doktrynę czy też organy kontrolujące¹⁷.

Termin „powszechnie dostępne” wymaga daleko idącego doprecyzowania. WEI wskazuje na konieczność stworzenia jednoznacznych definicji. W innym razie przedsiębiorcy będą w dalszym ciągu poruszali się po opisie przedmiotu zamówienia jak we mgle, spekulując i ryzykując przegraną w postępowaniu zamówieniowym.

¹⁵ Joanna Florecka, „Najważniejsze zmiany w prawie zamówień publicznych”.

¹⁶ Art. 91 ust. 2 a ustawy Prawo zamówień publicznych.

¹⁷ Powszechna dostępność i ustalone standardy jakościowe uzasadnią stosowanie kryterium ceny, Wolters Kluwer.



5. Wniosek

Jeżeli rząd faktycznie pragnie poprawić stan zamówień publicznych i zapewnić państwowym instytucjom, że za pieniądze podatnika otrzymają możliwie najlepsze oferty w terminie i po możliwie najlepszej cenie, to obecnie obowiązujące przepisy prawa muszą zostać poddane kolejnej nowelizacji. Oprócz wymienionych już wątpliwości, WEI ponawia swój apel o wprowadzenie większej przejrzystości do całego procesu przetargowego. Nie chodzi tylko o dostępność do treści zamówienia, ale też samych ofert, a później - stałego monitoringu wykonania oferty przez podmiot wygrywający przetarg. Jesteśmy przekonani, że presja społeczna w wielu aspektach, chociażby w kontekście zaproponowanych warunków oferty, byłaby w stanie więcej zdziałać niż radykalizacja prawa. Wbrew rozmaitym głosom, uważamy, że możliwe jest takie skonstruowanie zapisów, żeby chroniąc tajemnice przedsiębiorstwa, można było poddać proces przetargowy ocenie opinii publicznej.

Dodatkowo, konieczne jest ograniczenie dwuznaczności istniejących przepisów i ograniczenie pola zamawiających do swobodnej interpretacji. Najważniejsze z postulowanych zmian dotyczą określenia granicy 30 proc. poniżej ceny zamawiającego, jako jedynej podstawy do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w sprawie „rażąco niskiej ceny”. Raport zwraca uwagę na konieczne modyfikacje dotyczące biurokracji, pustych i dwuznacznych zapisów, przewlekłość postępowania odwoławczego, wszystko to z myślą o dochowaniu naczelnej zasady zamówień publicznych – uczciwej konkurencji, bez której nie może być mowy o dobrym wykorzystaniu pieniędzy podatnika.

FUNDACJA WARSAW ENTERPRISE INSTITUTE

BIURO@WEI.ORG.PL WWW.WEI.ORG.PL