



MINISTER
TRANSPORTU, BUDOWNICTWA
I GOSPODARKI MORSKIEJ

TA4 - 0701-49/12

Doc:1231785

GABINET MARSZAŁKA SENATU

wpłynęło dn. 13. 09. 12.
nr. 4280 podpis. Bensewicz

Warszawa, dnia 10. 09. 2012 r.

A. Bensewicz W. Ober
SEKRETARIAT
Biura Prac Senackich
Wpłynęło dn. 13. 09. 12.
nr. 7763 podpis. MB

Pan

Bogdan Borusewicz

Marszałek Senatu

Rzeczypospolitej Polskiej

Szanowny Panie Marszałku!

W odpowiedzi na pismo z dnia 7 sierpnia 2012 r., znak BPS/043-17-668/12, przy którym przekazano oświadczenia senatora Władysława Ortyła złożone podczas 17. posiedzenia Senatu RP w dniu 3 sierpnia 2012 r. w sprawie niezaspokojonych roszczeń podwykonawców robót budowlanych, realizowanych w ramach zamówień publicznych, uprzejmie przekazuję następujące informacje.

W pierwszym pytaniu senator zwrócił się o wskazanie jakie zostaną podjęte kroki „w celu zaspokojenia wierzytelności poszkodowanych przedsiębiorców wykonujących prace przy budowie dróg i autostrad realizowanych przez GDDKiA” nieobjętych uchwaloną ustawą

Odnosząc się do powyższego pytania uprzejmie informuję, iż w dniu 31 lipca br. Prezydent RP podpisał ustawę o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych, która została opublikowana w Dzienniku Ustaw i w dniu 3 sierpnia br. weszła w życie.

Ustawa odnosi się do przedsiębiorców, których definicje zawarto w art. 4 omawianej ustawy tj. mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców. Zatem ustawa nie obejmuje swym zakresem podmiotowym przedsiębiorców dużych, którzy w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych: zatrudniali średniorocznie więcej niż 250 pracowników oraz osiągnęli roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych przekraczający równowartości w złotych 50 milionów euro, lub sumy

aktywów ich bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat przekroczyły równowartości w złotych 43 milionów euro. Powyższe rozwiązanie jest wynikiem założenia, że w realiach rynku duzi przedsiębiorcy zwykle pełnią funkcję wykonawcy a nie podwykonawcy będącego przedsiębiorcą, którego należności mają być chronione niniejszą ustawą. Należy również podkreślić, iż niewątpliwie duzi przedsiębiorcy posiadają niezbędne środki do tego aby uzyskać fachową pomoc prawną zapewniającą zawarcie korzystnych umów oraz skuteczne dochodzenie wynikających z nich należności.

Natomiast rozszerzenie zakresu podmiotowego ustawy o dalszych podwykonawców, rozważane na etapie prac parlamentarnych, nie zostało uwzględnione ze względu na trudności z weryfikacją przez GDDKiA dalszych podwykonawców, realizujących dane zamówienie o roboty budowlane, jak też ze względu na ryzyko wystąpienia pomocy publicznej w sytuacji braku możliwości dochodzenia przez GDDKiA od wykonawcy zwrotu wypłaconych należności dalszym podwykonawcom. Zatem rozszerzenie zakresu ustawy o dalszych podwykonawców było rozważane przez Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej, jednakże nieuwzględnienie tej propozycji było podyktowane względami merytorycznymi i praktycznymi.

Należy mieć jednak na uwadze, że Prezydent RP po podpisaniu ustawy złożył w dniu 7 sierpnia br. do Trybunału Konstytucyjnego w trybie kontroli następczej na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji RP wniosek o zbadanie zgodności niektórych przepisów ustawy z Konstytucją RP. Prezydent podniósł m.in. zarzut niezgodności art. 1, art. 3 i art. 4 z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 oraz z art. 2 i art. 20 i 22 Konstytucji wskazując na nadmiernie ograniczony za pomocą kryterium inwestora (GDDKiA) oraz rozmiar przedsiębiorcy (średnioroczne zatrudnienie oraz roczny obrót netto), krąg podmiotów objętych ustawą. Do czasu rozpatrzenia wniosku Prezydenta RP przez Trybunał Konstytucyjny i ewentualnie orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny niezgodności niektórych przepisów ustawy z Konstytucją - wszystkie przepisy *ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych* obowiązują. Zgodnie z art. 190 ust. 3 Konstytucji RP orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego wchodzi w życie z dniem ogłoszenia, jednak Trybunał Konstytucyjny może określić inny termin utraty mocy obowiązującej aktu normatywnego. Termin ten nie może przekroczyć osiemnastu miesięcy, gdy chodzi o ustawę, a gdy chodzi o inny akt normatywny - dwunastu miesięcy.

Wobec powyższego dyskusja na temat zasadności przyjętych w omawianej ustawie rozwiązań bądź na temat tego, czy konieczne jest dokonywanie jej zmian i w jakim zakresie (np. objęcie jej zakresem obowiązywania większego kręgu podmiotów), powinna zostać

poprzedzona analizą orzeczenia, które w tej sprawie wyda Trybunał Konstytucyjny.

W pytaniu drugim senator zapytał „*Kiedy zostaną podjęte prace nad kompleksową regulacją prawną, która będzie na równi traktowała wszystkie podmioty zajmujące się realizacją zamówień publicznych, w szczególności zaś budową dróg i autostrad, i jakie będą jej założenia?*”

Wobec powyższego pytania podkreślenia wymaga fakt, iż Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej w trakcie prac nad projektem *ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych* przewidywało również rozwiązania bardziej generalne dotyczące zamówień publicznych na roboty budowlane. Jednakże ze względu na konieczność szybkiego uchwalenia przedmiotowej ustawy, szerszy zakres oddziaływania rozwiązań generalnych i konieczność ich konsultacji z organizacjami samorządu terytorialnego Rada Ministrów podjęła w dniu 30 maja br. decyzję o zawężeniu propozycji kierowanych do Sejmu RP. Dlatego też od czerwca br. mając na uwadze generalny problem braku płatności w odpowiednim czasie podwykonawcom Rada Ministrów podjęła prace nad zmianą przepisów ustawy *Prawo zamówień publicznych. Projekt ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych* poświęcony tylko kwestii podwykonawców będący przedmiotem pogłębionych uzgodnień międzyresortowych i konsultacji społecznych jest przygotowany w Urzędzie Zamówień Publicznych

Równocześnie obok prac legislacyjnych zostały podjęte natychmiastowe działania w zakresie kontraktów zawieranych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad. W nowo ogłaszanych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na budowę dróg GDDKiA zawiera wymóg zgłaszania przez wykonawców wszystkich podwykonawców. Ponadto wprowadzono do kontraktów GDDKiA na szeroką skalę płatności zaliczkowe zabezpieczone gwarancją bankową. W takim przypadku Skarb Państwa posiada zabezpieczenie, a wykonawca uzyskuje środki, dzięki którym ma szansę na zachowanie płynności finansowej w toku realizacji kontraktu, co było najczęstszym powodem zaległości w stosunku do podwykonawców. Dodatkowo zaliczki umożliwią wzięcie udziału w postępowaniach mniejszym podmiotom, które nie są tak silne finansowo, żeby konkurować z wielkimi koncernami. Do umów o roboty budowlane wprowadzane są również postanowienia o waloryzacji cen.

Natomiast w zakresie pytania trzeciego odnoszącego się do postulatów sformułowanych przez uczestników opisaną przez pana senatora Ortyła debaty z udziałem poszkodowanych podwykonawców, która miała miejsce w dniu 5 lipca 2012 r. w Rzeszowie, przedstawiam poniższe wyjaśnienia.

Odnosząc się do postulatu dotyczącego podjęcia działań w zakresie przesunięcia terminu płatności VAT do momentu odzyskania należności za wykonane zlecenie (pkt 5) należy podkreślić, że system podatku VAT w Unii Europejskiej podlega harmonizacji, co oznacza, iż państwa członkowskie zobowiązane są do przestrzegania zgodności krajowych przepisów w zakresie podatku VAT z regulacjami wynikającymi z prawa unijnego. Oznacza to, że regulacje przyjęte w przepisach ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054), zwanej dalej „ustawą o VAT” muszą być zgodne w szczególności z przepisami dyrektywy Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE L 347 z 11.12.2006, str. 1, z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą 2006/112/WE”.

Stosownie do art. 63 dyrektywy 2006/112/WE zdarzenie powodujące powstanie obowiązku podatkowego ma miejsce, a VAT staje się wymagalny, w momencie dostarczenia towarów lub wykonania usług. Zgodnie z art. 66 dyrektywy, w drodze odstępstwa, państwa członkowskie mogą postanowić, że VAT staje się wymagalny dla określonych transakcji lub dla określonych kategorii podatników w jednym z następujących terminów:

- a) nie później niż z datą wystawienia faktury;
- b) nie później niż w momencie otrzymania zapłaty;
- c) jeżeli faktura nie została wystawiona lub została wystawiona z opóźnieniem, w określonym terminie nie później niż z upływem terminu wystawienia faktury ustalonego przez państwo członkowskie na mocy art. 222 akapit drugi lub, jeżeli państwo członkowskie nie ustaliło takiego terminu – w określonym terminie od daty zaistnienia zdarzenia powodującego powstanie obowiązku podatkowego.

Jak z powyższego wynika, przepisy dyrektywy 2006/112/WE nie przewidują możliwości powszechnego zastosowania rozwiązania, które uzależniałoby określenie momentu powstania obowiązku podatkowego u sprzedawcy od faktu odzyskania należności za dostarczony towar lub świadczoną usługę. Zatem wprowadzenie jako generalnej zasady rozwiązania polegającego na rozliczeniu podatku VAT dopiero po zapłaceniu faktury (odzyskaniu należności) stałoby w sprzeczności z prawem unijnym. W świetle prawa unijnego ustalenie momentu powstania obowiązku podatkowego stanowiącego odstępstwo od ww. generalnej zasady możliwe jest wyłącznie w odniesieniu do określonych transakcji lub do określonych kategorii podatników.

Zgodnie z ustawą o VAT, której regulacje znajdują odzwierciedlenie w powołanych przepisach dyrektywy 2006/112/WE, obowiązek podatkowy w tym podatku powstaje, co do zasady, z chwilą wydania towaru lub wykonania usługi (art. 19 ust. 1 ustawy). W przypadku gdy czynności te powinny być potwierdzone fakturą, obowiązek podatkowy powstaje z

chwila wystawienia tej faktury, nie później niż 7. dnia, licząc od dnia wydania towaru lub wykonania usługi (art.19 ust. 4 ustawy). Zasada ta jednak nie ma zastosowania w sytuacji, gdy przepisy określają odmienny moment powstania obowiązku podatkowego. Przy czym należy mieć na uwadze, że uregulowania szczególne mają pierwszeństwo przed wskazaną zasadą ogólną.

Obowiązujące regulacje w zakresie podatku od towarów i usług wykorzystują możliwość przewidzianą dyrektywą 2006/112/WE i dają podatnikom, którzy spełniają określone w art. 2 pkt 25 ustawy o VAT kryteria do uznania ich za tzw. małych podatników, prawo do stosowania kasowego, zamiast powszechnie stosowanego memoriałowego, rozliczenia tego podatku.

Powyższa metoda rozliczeń polega na tym, iż obowiązek podatkowy z tytułu wykonanych czynności powstaje u podatnika nie z chwilą wydania towaru lub wykonania usługi, lecz z dniem uregulowania całości lub części należności za sprzedane towary lub świadczone usługi, nie później jednak niż 90. dnia, licząc od dnia wydania towaru lub wykonania usługi (art. 21 ust. 1 ustawy o VAT). Istotą tej metody jest zatem przesunięcie momentu, w jakim zostaje rozpoznany obowiązek podatkowy z tytułu dokonanych przez małego podatnika transakcji, czego konsekwencją jest przesunięcie terminu, w jakim powinien zostać rozliczony od tych transakcji podatek od towarów i usług. Metodę kasową rozliczenia VAT mogą wybrać również podatnicy świadczący usługi związane z budową dróg i autostrad. Pozwoli im to znacznie wydłużyć termin rozpoznania obowiązku podatkowego w stosunku do określonego w art. 19 ustawy o VAT, jaki miałyby zastosowanie w przypadku niestosowania metody kasowej.

Należy podkreślić, że w świetle art. 2 pkt 25 lit. a ustawy o VAT przez małego podatnika należy rozumieć m.in. podatnika podatku od towarów i usług, u którego wartość sprzedaży (wraz z kwotą podatku) nie przekroczyła w poprzednim roku podatkowym wyrażonej w złotych kwoty odpowiadającej równowartości 1 200 000 euro (przeliczenia kwot wyrażonych w euro dokonuje się według średniego kursu ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski na pierwszy dzień roboczy października poprzedniego roku podatkowego, w zaokrągleniu do 1000 zł). Ustanowiony w powołanym przepisie ustawy o VAT limit umożliwia zatem skorzystanie z metody kasowej zarówno małym, jak i średnim przedsiębiorstwom (wskazania wymaga, iż w limicie tym mieści się ok. 95% zarejestrowanych podatników podatku od towarów i usług).

Zauważyć przy tym należy, iż z terminem rozpoznania momentu powstania obowiązku podatkowego u sprzedawcy skorelowany jest termin prawa do odliczenia podatku naliczonego przez nabywcę towarów lub usług dostarczonych przez małego podatnika

(określony w § 18 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług – Dz. U. Nr 73, poz. 392, z późn. zm.). Stosownie do przepisu § 18 ust. 1 ww. rozporządzenia w przypadku nabycia towarów i usług udokumentowanych fakturą oznaczoną zgodnie z odrębnymi przepisami „Faktura VAT-MP” (czyli fakturą wystawioną przez małego podatnika rozliczającego VAT metodą kasową) podatnik może obniżyć kwotę podatku należnego o kwotę podatku naliczonego określoną w tej fakturze, w rozliczeniu za okres rozliczeniowy, w którym co do zasady uregulował całość lub część należności na rzecz małego podatnika, nie później jednak niż 90. dnia od dnia otrzymania towaru lub wykonania usługi.

Powyższe unormowanie ma na celu skłonienie kontrahentów małych podatników rozliczających się metodą kasową, do szybszego regulowania należnych im należności.

Mały podatnik, stosownie do art. 86 ust. 16 ustawy o VAT, może obniżyć kwotę podatku należnego w rozliczeniu za kwartał, w którym uregulował całą należność wynikającą z otrzymanej faktury (nie wcześniej, niż z dniem otrzymania faktury).

Przedstawiając powyższe należy podkreślić, że omówione zasady funkcjonowania rozliczeń w ramach metody kasowej obejmują dopuszczalne w świetle dyrektywy przypadki, kiedy termin odliczenia podatku przez podatnika jest uzależniony od dokonania przez niego zapłaty za dostarczone mu towary lub świadczone usługi.

W oświadczeniu Pana senatora został sformułowany bardzo restrykcyjny postulat (pkt 6) dotyczący wprowadzenia przepisów prawnych uniemożliwiających odliczanie przez dłużnika podatku VAT z niezapłaconych faktur. Należy podkreślić, że taki przepis stanowiłby naruszenie przepisów dyrektywy 2006/112/WE, a zatem nie może zostać wprowadzony do krajowego porządku prawnego. Zgodnie z systemowymi założeniami podatku VAT, a zwłaszcza zasadą neutralności, podatnik ma prawo do odliczenia kwoty podatku naliczonego z tytułu nabycia towarów i usług. Prawo to jest jednym z podstawowych praw całego systemu podatku VAT i nie powinno być ograniczane w sposób nieuzasadniony (prawo do odliczenia może być ograniczone lub odebrane wyłącznie w ściśle określonych przypadkach, np. gdy wydatki nie są ściśle związane z opodatkowaną VAT-em działalnością gospodarczą).

Reasumując, w świetle powołanych regulacji unijnych, z którymi muszą być zgodne przepisy ustawy o VAT nie jest możliwe wprowadzenie postulowanych przez Pana Senatora rozwiązań w zakresie wykraczającym poza wskazane przypadki uzależnienia powstania obowiązku podatkowego u sprzedawcy od uregulowania należności przez nabywcę. Nie jest możliwe również wprowadzenie generalnego przepisu pozbawiającego podatnika, który nie zapłacił swoim kontrahentom prawa do odliczenia VAT (w ramach metody kasowej prawo do

odliczenia przez nabywcę jest co do zasady „odroczone” do momentu zapłaty przez niego należności wynikającej z faktury).

Omówione regulacje ustawy o VAT dotyczące metody kasowej VAT, którą mogą również wybrać podatnicy działający w sektorze związanym z budową dróg, jeżeli spełnią kryteria uznania ich za małych podatników, pozwalają złagodzić, o czym już była mowa, problemy związane z nieterminowym wywiązywaniem się przez kontrahentów z obowiązku zapłaty za towary i usługi. Ponadto należy wskazać, że w przepisach ustawy o VAT funkcjonuje instytucja tzw. ulgi na złe długi, która umożliwia sprzedawcy podjęcie działań zmierzających do zmniejszenia trudności z zachowaniem płynności finansowej w sytuacji, gdy kupujący nie wywiązuje się z obowiązku zapłaty za otrzymane towary lub świadczone usługi. Celem tej ulgi jest zmniejszenie obciążeń podatkowych u podatnika, u którego powstał obowiązek zapłaty podatku z tytułu dostawy towarów lub świadczenia usług, w odniesieniu do których kontrahent nie uregulował należności określonych w umowie lub na fakturze.

Artykuł 89a ust. 1 ustawy o VAT dopuszcza możliwość dokonania przez podatnika podatku od towarów i usług korekty podatku należnego z tytułu dostawy towarów lub świadczenia usług na terytorium kraju, w przypadku wierzytelności, których nieściągalność została uprawdopodobniona, a za takie uważa się wierzytelności, które nie zostały uregulowane w ciągu 180 dni od upływu terminu ich płatności określonego w umowie lub na fakturze (art. 89a ust. 1a ustawy o VAT). Szczegółowe wymogi, które warunkują dokonanie korekty podatku należnego w ww. trybie zostały określone w art. 89a ust. 2 ustawy o VAT.

Z ww. ulgi na złe długi mogą skorzystać również podatnicy świadczący usługi w wymienionych branżach, jeżeli wystąpią u nich wymienione problemy oraz spełnią określone w przepisach wymogi.

Odnosząc się natomiast do zgłoszonego w pkt 5 oświadczenia Pana Senatora dotyczącego postulatu podjęcia działań w zakresie umorzenia podatku VAT należy wskazać, że dopuszczalne ulgi w spłacie zobowiązań podatkowych oraz szczegółowe warunki udzielania tych ulg przewidziane w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2012 r. poz. 749).

Zgodnie z art. 67a § 1 ustawy Ordynacja podatkowa organ podatkowy, na wniosek podatnika, w przypadkach uzasadnionych ważnym interesem podatnika lub interesem publicznym, może:

- 1) odroczyć termin płatności podatku lub rozłożyć zapłatę podatku na raty;
- 2) odroczyć lub rozłożyć na raty zapłatę zaległości podatkowej wraz z odsetkami za zwłokę lub odsetki określone w decyzji, o której mowa w art. 53a tej ustawy;

3) umorzyć w całości lub w części zaległości podatkowe, odsetki za zwłokę lub opłatę prolongacyjną.

Należy zaznaczyć, że w zakresie podatku od towarów i usług właściwym dla podatnika organem podatkowym w sprawie ww. ulg jest naczelnik urzędu skarbowego.

Odnosząc się do postulatów zwartych w oświadczeniu Pana Senatora sformułowanych w odniesieniu do przepisów o podatku dochodowym należy wskazać, co następuje.

W przypadku zagadnienia wprowadzenia kasowej zasady rozliczeń przychodów i kosztów w podatkach dochodowych, należy zwrócić uwagę, iż stosowanie zasady memoriałowej przy rozliczaniu przychodów i kosztów uzyskania przychodów jest powiązane z zasadą memoriałową wynikającą z przepisów o rachunkowości. Ewentualne wprowadzenie zasadniczo odmiennych – od tych przyjętych w rachunkowości - regulacji w tym zakresie skutkowałoby nałożeniem na podatników dodatkowych obowiązków przejawiających się w konieczności prowadzenia podwójnej ewidencji (jednej dla celów rachunkowych i drugiej dla celów podatkowych).

Obowiązujące przepisy ustaw o podatkach dochodowych zawierają już rozwiązania umożliwiające wierzycielom podatkowe „rozliczenie” wierzytelności, które są nieściągalne. Zgodnie bowiem z art. 16 ust. 1 pkt 25 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, kosztem uzyskania przychodów mogą być wierzytelności odpisane jako nieściągalne, jeżeli wierzytelności te uprzednio na podstawie art. 12 ust. 3 zostały zarachowane jako przychody należne i których nieściągalność została udokumentowana, np. postanowieniem o nieściągalności, uznanym przez wierzyciela jako odpowiadającym stanowi faktycznemu, wydanym przez właściwy organ postępowania egzekucyjnego. Analogiczne rozwiązanie funkcjonuje również w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych (art. 23 ust. 1 pkt 20).

Ponadto podatnicy podatków dochodowych mają prawo do zaliczania do kosztów uzyskania przychodów odpisów aktualizujących wartość należności (określonych w ustawie o rachunkowości), od tej części należności, która była uprzednio zaliczona na podstawie art. 12 ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych albo art. 14 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych do przychodów należnych, a ich nieściągalność została uprawdopodobniona, np. poprzez wszczęcie postępowania upadłościowego z możliwością zawarcia układu w rozumieniu przepisów prawa upadłościowego i naprawczego lub na wniosek dłużnika zostało wszczęte postępowanie ugodowe w rozumieniu przepisów o restrukturyzacji finansowej przedsiębiorstw i banków.

Podkreślić należy także, że zwłoka dłużnika, skutkująca powstaniem zatorów płatniczych, jest zjawiskiem regulowanym na gruncie prawa cywilnego, m.in. ustawą o

terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Zgodnie z art. 5-7 tej ustawy, jeżeli strony w umowie przewidziały termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, wierzyciel może żądać odsetek ustawowych za okres począwszy od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu dłużnikowi faktury lub rachunku - do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego. Jeżeli dłużnik, w terminie określonym w umowie, nie dokona zapłaty na rzecz wierzyciela, wierzycielowi przysługują bez odrębnego wezwania odsetki, w wysokości odsetek za zwłokę, określonej na podstawie ustawy - Ordynacja podatkowa, lub odsetki wyższe – uzgodnione między wierzycielem a dłużnikiem. Odsetki przysługują z mocy prawa (począwszy od trzydziestego pierwszego dnia po spełnieniu świadczenia) również w przypadku, gdy termin zapłaty nie został określony w umowie.

Ustosunkowując się do postulatu zmiany w ustawie o udzielaniu zamówień publicznych części dotyczącej wyboru ofert na podstawie kryterium najniższej ceny należy zauważyć, iż ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) zwana dalej „ustawą pzp” stanowi, że kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, takie jak w szczególności: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Zamawiający może zatem oprzeć wybór oferty wyłącznie na kryterium cenowym, ale może również zastosować obok ceny także inne kryteria, których przykłady podaje ustawa. W przypadku robót budowlanych, zamawiający opisując przedmiot zamówienia zwykle precyzyjnie określa termin wykonania zamówienia, warunki gwarancji, parametry techniczne i jakościowe. W takich też okolicznościach sprecyzowanie innych niż cena kryteriów oceny ofert może stać się bezprzedmiotowe, albowiem kwestie te są bezwzględnie wymagane od każdego z wykonawców przystępujących do przetargu. Zgodnie z przepisami każdy wykonawca ma obowiązek wykazać, iż posiada stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia, odpowiedni potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia, odpowiednią sytuację ekonomiczną i finansową. Ponadto wykonawca musi legitymować się odpowiednią liczbą zadań zrealizowanych, podobnych do przedmiotu zamówienia oraz udokumentować, że te zadania były wykonane w terminie i bez zastrzeżeń co do ich jakości.

W przypadku inwestycji realizowanych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, GDDKiA określając jako jedyne kryterium najniższą cenę, stawia na etapie przetargu wymogi jakościowe, które jednoznacznie musi spełnić wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne. W przypadku gdy wykonawca nie spełni tych wymogów, zostaje z

danego postępowania wykluczony i nie ma szans na złożenie jakiegokolwiek oferty cenowej. Można stwierdzić, iż w ten sposób GDDKiA płaci w danym postępowaniu za wymaganą jakość w ramach ceny ofertowej. GDDKiA zwykle nie stosuje jakości oraz gwarancji jako kryteriów oceny ofert, ponieważ parametry jakościowe oraz wymagany przez Zamawiającego termin gwarancji jakości zdefiniowane są w dokumentacji przetargowej i każdy z wykonawców musi je zaoferować na etapie składania ofert oraz ich dochować podczas realizacji umowy. W skład Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wchodzi szczegółowe Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych dla poszczególnych branż, określające zarówno minimalne parametry techniczne jak i jakość z jaką ma być wykonany przedmiot zamówienia. Zapisy te zobowiązani są stosować wykonawcy na etapie realizacji robót. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w swoim komunikacie z dnia 10 czerwca 2011 r. opublikowanym na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, iż „W trakcie postępowania o zamówienie publiczne mogą pojawić się wątpliwości co do wiarygodności oferowanej ceny. Problem ten może dotyczyć zarówno postępowania, w którym cena jest jedynym kryterium oceny ofert, jak i postępowania, w którym zastosowano również inne kryteria oceny ofert. Fakt zastosowania innych kryteriów nie wyłącza ryzyka złożenia oferty z rażąco niską ceną.”. Natomiast „w przypadku robót budowlanych, zamawiający opisując przedmiot zamówienia zwykle precyzyjnie określa termin wykonania zamówienia, warunki gwarancji, parametry techniczne i jakościowe. W takich też okolicznościach sprecyzowanie innych niż cena kryteriów oceny ofert może stać się bezprzedmiotowe, albowiem kwestie te są bezwzględnie wymagane od każdego z wykonawców przystępującego do przetargu.” Zatem komunikat UZP jednoznacznie potwierdza stanowisko dotyczące stosowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego kryteriów pozacenowych.

Należy wskazać, iż przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, implementują na grunt prawa polskiego regulacje zawarte w *dyrektywie 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi* zwanej Dyrektywą klasyczną. Art. 53 ust. 1 ww. Dyrektywy wyraźnie wskazuje, iż kryteriami udzielenia zamówienia mogą być różne kryteria odnoszące się do danego zamówienia jak np. jakość, cena czy wartość techniczna, jak również wyłącznie najniższa cena. Tym samym, Dyrektywa klasyczna nie nakłada na Zamawiającego obowiązku stosowania zróżnicowanych kryteriów oceny ofert, a jedynie określa taką możliwość przy jednoczesnej wskazaniu możliwości zastosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, a także aktualny zapis art. 91 ust. 2 ustawy Pzp

zamawiający może zastosować „cenę” jako jedyne kryterium oceny ofert w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zastosowanie kryteriów innych niż cena, jest możliwe tylko w przypadku gdy odnoszą się one do przedmiotu zamówienia, w szczególności są to: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis lub termin wykonania zamówienia. W prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad opisując przedmiot zamówienia na roboty budowlane, precyzyjnie określa parametry techniczne i jakościowe, optymalny termin realizacji zamówienia oraz warunki gwarancji. Zastosowanie w takim przypadku kryterium dodatkowego poza ceną, należy uznać jako niezasadne, gdyż jak już wyżej zaznaczono wymagania opisane przez Zamawiającego są ściśle określone i wymagane w stosunku do wszystkich Wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Stosowanie przez GDDKiA w postępowaniach dotyczących robót budowlanych ceny jako wyłącznego kryterium oceny ofert przy jednoczesnym stawianiu wymogów dotyczących jakości, terminu wykonania, terminu gwarancji, jest właściwe i pozwala na zachowanie określonych prawem zasad systemu zamówień publicznych.

Wydaje się, iż najbardziej uzasadnione jest elastyczne podejście Zamawiającego i zależnie od specyfiki zamówienia publicznego stosowanie w jednych zamówieniach wyboru w oparciu o najniższą cenę a w innych przetargach cenę i inne adekwatne kryteria stosowne do danego zamówienia publicznego. Reasumując aktualnie obowiązujące przepisy nie wymagają postulowanych w interpelacji zmian.



Zapewnia
Ministerstwo Transportu,
Budownictwa i Gospodarki Morskiej
Tadeusz Jarmuziewicz
Sekretarz Stanu

Do wiadomości:

1. Departament Spraw Parlamentarnych
w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów,
2. Biuro Ministra