

Warszawa, 13 listopada 2020 r.
KL/534/370/KK/2020

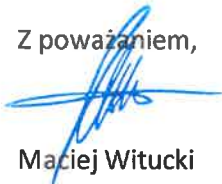
Pan
Jarosław Gowin
Wiceprezes Rady Ministrów
Minister Rozwoju, Pracy i Technologii

Szanowny Panie Premierze,

W związku z nowym prawem zamówień publicznych, które wejdzie w życie 1 stycznia 2021 r., w załączeniu przesyłam propozycję Konfederacji Lewiatan dotyczącą wykreślenia jednej z przesłanek wykluczenia z zamówienia publicznego na okres 3 lat – zawarcia układu z wierzycielami.

W związku z przedłużającą się pandemią Covid-19 należy spodziewać się, iż wiele przedsiębiorstw w Polsce zostanie dotkniętych trudnościami finansowymi skutkującymi koniecznością przeprowadzenia restrukturyzacji sądowej zakończonej układem z wierzycielami. Wydaje się, że będzie to dotyczyć w szczególności małe i średnie przedsiębiorstwa.

Z poważaniem,



Maciej Witucki
Prezydent Konfederacji Lewiatan



NOWE PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH – KONTROWERSYJNA PRZESŁANKA WYKLUCZENIA

Nowe Prawo zamówień publicznych (nowe PZP) wejdzie w życie 1 stycznia 2021 r.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 4) nowego PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę w stosunku, do którego otwarcie likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, **zawarł układ z wierzycielami**, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

W przeciwieństwie do aktualnie obowiązującego PZP, przedmiotowa przesłanka wykluczenia ma zatem dotyczyć nie tylko wykonawców znajdujących się w nieodwracalnych, poważnych trudnościach finansowych skutkujących ich zejściem z rynku, ale także wykonawców, którzy z sukcesem zakończyli postępowanie restrukturyzacyjne i zawarli układ z wierzycielami.

Wykluczenie ma następować na **okres 3 lat** od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, czyli w tym przypadku od dnia zawarcia układu z wierzycielami.

SYTUACJA RYNKOWA

W związku z przedłużającą się pandemią Covid-19 należy spodziewać się, iż wiele przedsiębiorstw w Polsce zostanie dotkniętych trudnościami finansowymi skutkującymi koniecznością przeprowadzenia restrukturyzacji sądowej zakończonej układem z wierzycielami. Wydaje się, że będzie to dotyczyć w szczególności małe i średnie przedsiębiorstwa. Innymi słowy, w krótkim okresie może dojść do istotnych zmian na rynku wykonawczym w różnych sektorach gospodarki. Dotyczy to zarówno wykonawców z siedzibą w Polsce, jak i wykonawców zagranicznych, co odbije się w sposób oczywisty na polskim rynku zamówień publicznych.

NEGATYWNE SKUTKI REGULACJI (ART. 109 UST. 1 PKT 4) NOWEGO PZP)

- **zwiększona liczba upadłości na skutek braku możliwości zawarcia układu z wierzycielami** (dla przedsiębiorstw, których działalność opiera się na realizacji zamówień publicznych, przedmiotowa przesłanka wykluczenia stanowi istotne ryzyko braku możliwości wykonania układu z wierzycielami; nawet układy przegłosowane przez wierzycieli będą mogły być podważone przez sąd z uwagi na ich niewykonalność; ryzyko to będzie musiało zostać uwzględnione w planie restrukturyzacyjnym, co w konsekwencji może uniemożliwić zawarcie albo zatwierdzenie przez sąd układu z wierzycielami; biorąc pod uwagę aktualną sytuację epidemiologiczną związaną z Covid-19, w krótkim okresie możemy mieć do czynienia ze zwiększoną liczbą postępowań restrukturyzacyjnych w różnych sektorach gospodarki; dodatkowe ryzyka dla tych procesów wynikające z przepisów PZP powinny zostać wyeliminowane; w przeciwnym razie w miejsce fali restrukturyzacji będziemy mieli do czynienia z falą upadłości);



LEWIATAN

- **zwiększenie obciążenia sądów restrukturyzacyjnych i upadłościowych** (których funkcjonowanie już dziś pozostawia wiele do życzenia) **upadłościami wykonawców, których można by uniknąć gdyby nie nowa regulacja PZP** (zmniejszenie obciążenia sądów było celem ustawodawcy przy wprowadzeniu uproszczonego postępowania restrukturyzacyjnego – natomiast nowe PZP częściowo niweczy osiągnięcie tego celu);
- **dyskryminacja podmiotów, które zawarły układ z wierzycielami (z powodzeniem przeprowadziły restrukturyzację) w stosunku do podmiotów, które znajdują się w postępowaniu restrukturyzacyjnym, ale takiego układu jeszcze nie zawarły;**
- **negatywny wpływ na konkurencyjność w postępowaniach o zamówienie publiczne (mniejsza liczba oferentów/ofert w postępowaniach o zamówienie publiczne), co może się również przełożyć na wzrost cen ofertowych i wzrost obciążeń finansowych dla sektora finansów publicznych;**
- **zwiększone obciążenie administracyjne systemu, zarówno z punktu widzenia zamawiających, jak i wykonawców;**
- **zwiększona liczba likwidacji zakładów pracy, co może się przełożyć na wyższą stopę bezrobocia i większe obciążenie systemu opieki społecznej oraz wywołać negatywne skutki społeczne, szczególnie mocno odczuwalne w czasach pandemii COVID-19.**

CZY MECHANIZMY MITYGUJĄCE ZAWARTE W NOWYM PZP SĄ WYSTARCZAJĄCE?

Przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 4) nowego PZP jest przesłanką fakultatywną, czyli od decyzji zamawiającego będzie zależało jej zastosowanie w danym postępowaniu. Umieszczenie zawarcia układu z wierzycielami w tej samej przesłance co np. otwarcie likwidacji czy ogłoszenie upadłości wykonawcy powoduje jednak, że przesłanka ta z dużym prawdopodobieństwem będzie stosowana we wszystkich postępowaniach o zamówienie publiczne (tak jest obecnie).

W odniesieniu do omawianej przesłanki wykluczenia znajduje również zastosowanie zasada proporcjonalności. Innymi słowy, zamawiający będzie mógł odstąpić od wykluczenia danego wykonawcy z postępowania jeśli uzna, że byłoby to w konkretnej sytuacji faktycznej oczywiście nieproporcjonalne, a w szczególności, jeśli *sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.*

Zastosowanie zasady proporcjonalności w odniesieniu do tej przesłanki nie odpowiada w wystarczającym stopniu na negatywne skutki jej wprowadzenia, ponieważ:

- ocena, czy wykluczenie wykonawcy z postępowania jest oczywiście nieproporcjonalne, będzie w każdym jednostkowym postępowaniu należała do danego zamawiającego; ocena ta ma miejsce po złożeniu oferty;
- wykonawca przystępujący do postępowania (i ponoszący nakłady związane z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu) nie będzie zatem w stanie ocenić *a priori* swoich szans na skuteczny w nim udział;
- po stronie zamawiających, zastosowanie zasady proporcjonalności wiąże się z koniecznością dokonania kompleksowej oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, co może wykraczać

member of  **BUSINESSEUROPE**



Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel. (+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS



poza ich kompetencje i możliwości (w tym przypadku powinien zostać bowiem przeprowadzony specjalistyczny audyt wykonawcy);

- w wielu przypadkach wykonawca musiałby dokonywać właściwie tej samej oceny sytuacji finansowej wykonawcy, której dokonali wcześniej sąd restrukturyzacyjny i zarządca albo nadzorca w postępowaniu restrukturyzacyjnym, oraz wierzyciele głosujący za układem; trudno zaś uznać, aby zamawiający „wiedział lepiej” jakie są zdolności wykonawcy do kontynuowania działalności niż ww. podmioty, które weryfikują *standing* przedsiębiorcy w restrukturyzacji przez wiele miesięcy trwania postępowania restrukturyzacyjnego;

- po stronie wykonawcy, wykazywanie w każdym kolejnym postępowaniu, iż jego sytuacja ekonomiczna i finansowa jest w danym momencie wystarczająca do wykonania zamówienia, może okazać się dodatkowym, bardzo poważnym obciążeniem, biorąc pod uwagę, że sytuacja ta ulega zmianom na przestrzeni czasu (szczególnie uciążliwe będzie to dla wykonawców zagranicznych prowadzących w Polsce działalność poprzez oddziały);

- niezależnie od decyzji podjętej przez zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy lub uznaniu, że byłoby to oczywiście nieproporcjonalnie, z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że odpowiednio ten wykonawca lub pozostali wykonawcy (konkurenci) będą w tej sprawie odwoływali się do Krajowej Izby Odwoławczej, co dodatkowo skomplikuje sytuację i wpłynie na przedłużenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca ze swojej strony będzie również uprawniony do wykazania zamawiającemu, iż przeprowadził, w odniesieniu do przedmiotowej przesłanki, skuteczną procedurę samooczyszczenia, co umożliwi mu dalszy udział w rynku zamówień publicznych.

Po pierwsze jednak trudno sobie wyobrazić, na czym powinna polegać procedura samooczyszczenia w przypadku zawarcia układu z wierzycielami (zawarcie i zatwierdzenie układu z wierzycielami same w sobie, wskazują że dłużnik w restrukturyzacji ma zdolność do kontynuowania swojej działalności i wykonania układu). Po drugie, podobnie jak w przypadku zasady proporcjonalności, ocena przeprowadzonej przez wykonawcę procedury samooczyszczenia należy w każdym, indywidualnym przypadku do zamawiającego. Wykonawca uczestniczy zatem w postępowaniu nie mając pewności, iż nie zostanie z niego wykluczony.

Wszystkie te mechanizmy są przy tym działaniami następczymi, nie wpływają zatem na (negatywną) ocenę ryzyk na etapie postępowania restrukturyzacyjnego. **Jeżeli wśród zamawiających utrże się praktyka wykluczania wykonawców po udanej restrukturyzacji, to równie szybko w postępowaniach restrukturyzacyjnych utrże się praktyka nieprzyjmowania albo odmowy zatwierdzania układów zawieranych przez dłużników działających na rynku wykonawczym.**

Powyższe mechanizmy nie są zatem wystarczające, aby wyeliminować lub skutecznie zmitygować negatywne skutki regulacji.

CO NALEŻY ZROBIĆ?

Zgodnie z art. 57 ust. 4 *in fine* Dyrektywy 2014/24/UE to do państw członkowskich należy decyzja odnośnie do wykluczania z postępowań o zamówienie publiczne podmiotów, które w sposób pomyślny



LEWIATAN

przeszły postępowanie restrukturyzacyjne i zawarły układ z wierzycielami pozwalający im na kontynuację działalności. Innymi słowy, zawarcie układu z wierzycielami nie musi stanowić podstawy wykluczenia z postępowań o zamówienie publiczne.

Co więcej, w aktualnie obowiązującym Prawie zamówień publicznych, zawarcie układu z wierzycielami nie stanowi podstawy wykluczenia¹. Wprowadzenie tej przesłanki do podstaw wykluczenia nie zostało również w żaden sposób uzasadnione przez ustawodawcę w projekcie nowego PZP. Nie istnieją też żadne wątpliwości odnośnie do tego, czy polskie i zagraniczne postępowania restrukturyzacyjne stanowią „środek dotyczący kontynuowania działalności” w rozumieniu Dyrektywy 2014/24/UE (a wręcz trudno sobie wyobrazić jakie inne środki miał na myśli prawodawca unijny).

Proponujemy zatem zmianę nowego PZP poprzez nadanie mu następującego nowego brzmienia:

z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć:

- a) wykonawcę w stosunku, do którego otwarto likwidację,*
- b) wykonawcę w stosunku, do którego ogłoszono upadłość, chyba że w postępowaniu upadłościowym wykonawca zawarł prawomocnie zatwierdzony układ z wierzycielami, który nie przewiduje likwidacji wykonawcy,*
- c) wykonawcę, którego wniosek o ogłoszenie upadłości został oddalony z uwagi na brak środków na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego,*
- d) wykonawcę, którego postępowanie upadłościowe zostało umorzone,*
- e) wykonawcę, który zawarł układ w postępowaniu restrukturyzacyjnym, który przewiduje likwidację wykonawcy,*
- f) wykonawcę, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury o charakterze likwidacyjnym przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.*

Będzie to zgodne z przepisami Dyrektywy 2014/24/UE, jak również (w tym zakresie) z obecnie obowiązującymi przepisami i ugruntowaną praktyką rynkową. Proponujemy dokonanie przedmiotowej zmiany przed 1 stycznia 2021 r., tj. przed dniem wejścia w życie nowego PZP.

Konfederacja Lewiatan, KL/534/370/KK/2020

¹ Art. 24 ust. 5 pkt 1) PZP w obowiązującym brzmieniu: *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 1) w stosunku do którego otwarto likwidację, w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. z 2019 r. poz. 243, 326, 912 i 1655) lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, chyba że sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 366 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz. U. z 2019 r. poz. 498, 912, 1495 i 1655);*

member of **BUSINESSEUROPE**



Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel.(+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS

