

Warszawa, 1 marca 2019 r.
KL/90/37/197/DG/2019

Pan
Marek Niedużak
Podsekretarz Stanu
Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii

Szanowny Panie Ministrze,

W odpowiedzi na pismo z dnia 24 stycznia 2019 r. (znak: DDR-VI.0210.1.2019.WR) i przekazany w nim projekt ustawy – Prawo zamówień publicznych (numer w wykazie prac legislacyjnych Rady Ministrów: UD472), w załączeniu przekazuję stanowisko Konfederacji Lewiatan do projektu.

Z poważaniem,



Henryka Bochniarz
Prezydent konfederacji Lewiatan

Załączniki:

Stanowisko Konfederacji Lewiatan do projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych (numer w wykazie prac legislacyjnych Rady Ministrów: UD472).



Stanowisko Konfederacji Lewiatan do projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych (numer w wykazie prac legislacyjnych Rady Ministrów: UD472)

Kluczowe wnioski:

Nie ulega wątpliwości, że część zawartych w Projekcie propozycji wychodzi naprzeciw oczekiwaniom przedsiębiorców i może służyć poprawie efektywności i jakości zamówień publicznych. Z drugiej jednak strony w dalszym ciągu pozostaje szereg zagadnień, które wymagają regulacji, a które nie zostały zaadresowane lub których propozycje zapisów uważamy za niewystarczające.

Poniżej przedstawiamy wybrane zagadnienia, które w ocenie Konfederacji Lewiatan mogą istotnie wpływać na sytuację przedsiębiorców, a tym samym na zwiększenie konkurencyjności rynku zamówień publicznych oraz poprawę efektywności wydatkowania środków publicznych i zwiększenie innowacyjności polskiej gospodarki. Prezentowane uwagi mają z jednej strony charakter rozwiązań systemowych (**A. UWAGI SYSTEMOWE**), z drugiej odnoszą się do poszczególnych instytucji lub przepisów przyjętych w Projekcie, które są równie istotne z punktu widzenia praktyki stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych (**B. UWAGI SZCZEGÓŁOWE**).

A. UWAGI SYSTEMOWE

1. Regulacje dotyczące tzw. zamówień in-house – wprowadzenie przepisów eliminujących dotychczasowe praktyki polegające na nadużywaniu i obchodzeniu przesłanek ich stosowania

Konfederacja Lewiatan konsekwentnie uważa regulacje dotyczące tzw. zamówień in-house za przeczące zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i postuluje rezygnację z tego mechanizmu udzielania zamówień publicznych.

Rozwiązania te wprowadzono do przepisów PZP na podstawie nowelizacji z 2016 r. i obowiązują one od 1 stycznia 2017 r. Ponad dwa lata doświadczeń w tym zakresie pozwoliły na identyfikację praktyk wysoce niepożądanych z punktu widzenia zachowania zasad uczciwej konkurencji, które – w naszej ocenie – stanowią o nadużywaniu pozycji dominującej przez podmioty publiczne i które wymagają interwencji ustawodawcy.

W przypadku braku rezygnacji z mechanizmu zamówień in-house postulujemy realizację zapowiedzi przedstawionych w *Koncepcji Nowego Prawa Zamówień Publicznych* i dotyczących doprecyzowania obowiązujących przepisów. Potrzebę taką wyrażono również w Uchwale nr 58 z 25 kwietnia 2018 r. strony pracowników i pracodawców Rady Dialogu Społecznego, w której wskazano, że *korzystanie z zamówień in-house było możliwe w sytuacji, gdy przynosi to korzyść dla interesu publicznego w stosunku do wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym przewidzianym w PZP.*



LEWIATAN

Tymczasem, wbrew wcześniejszym zapowiedziom, Projekt zawiera jedynie kosmetyczną i oczywistą zmianę dotyczącą obowiązku realizacji zamówienia przez podmiot in-house samodzielnie, tj. bez możliwości angażowania podwykonawców.

Konieczne jest jednak wprowadzenie dalej idących regulacji, których celem będzie wyeliminowanie lub ograniczenie identyfikowanych na rynku nadużyć w stosowaniu tego mechanizmu.

Przede wszystkim, dostrzegając słuszną ideę przygotowywania przez zamawiających tzw. analiz przedrealizacyjnych (art. 92 Projektu), należy doprecyzować, iż powinny obejmować one również kwestię zamówienia in-house. Jest to tym bardziej uzasadnione, że zamówienia in-house jako niekonkurencyjny mechanizm powinny być stosowane jedynie wyjątkowo, w jasno i ściśle określonych przypadkach, tj. wówczas gdy pozwalają na efektywniejsze wydatkowanie środków publicznych w stosunku do modelu konkurencyjnego, stanowiącego przecież podstawę rozwiązań przyjętych w przepisach dotyczących zamówień publicznych.

Ponadto, zamówienie in-house powinno być zawsze poprzedzone konsultacjami rynkowymi z potencjalnymi wykonawcami. Pozwalałoby to zamawiającemu na uzupełnienie własnych analiz i rzeczywistą ocenę tego, czy na rynku istnieją podmioty zainteresowane realizacją danego zamówienia oraz jakie są dostępne rozwiązania techniczne, jakościowe, prawne i finansowe realizacji planowanego przedsięwzięcia. To stanowiłoby materiał pozwalający zamawiającemu na porównanie modelu rynkowego z zamówieniem in-house. W ocenie Konfederacji Lewiatan zamówienia in-house powinny być bowiem modelem subsydiarnym w stosunku do konkurencyjnego modelu realizacji zadań publicznych. Jedynie takie podejście pozwala rzeczywiście realizować podstawowe cele, którym sprzyjać ma nowe Prawo zamówień publicznych, tj. zwiększeniu konkurencyjności prowadzącej do wprowadzania innowacyjności, podnoszenia jakości realizowanych zamówień publicznych i tym samym efektywności wydatkowania środków publicznych.

W celu wyeliminowania obserwowanych obecnie praktyk zamawiających mających na celu sztuczne kreowanie sytuacji rzekomo spełniających przesłanki dla zamówienia in-house, proponuje się, aby zamówienia in-house mogły być udzielane jedynie w sytuacji, gdy zamawiający sprawuje nad podmiotem in-house *bezpośrednią kontrolę*. Obserwowana praktyka pokazuje, że zamawiający lub podległe im spółki tworzą kolejne podmioty (tzw. spółki córki, spółki wnuczki), którym udziela się zamówienia in-house. Zamawiający uważają bowiem, że pozwala im na to obecne brzmienie przepisów mówiące o sprawowaniu *kontroli bezpośrednio lub pośrednio*. Taka praktyka zamawiających ma na celu przede wszystkim umożliwienie spełnienia warunku uzyskiwania 90% przychodów od zamawiającego poprzez tzw. *wiarygodne prognozy handlowe*, a nie realne badanie danych historycznych tzw. spółki matki, które ze względu na szeroki zakres prowadzonej przez nią działalności (często komercyjnej) nie potwierdzają spełnienia tej przesłanki.

member of  BUSINESS EUROPE



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





LEWIATAN

Jako że działalność podmiotu in-house ma się koncentrować i dotyczyć realizacji określonych zamówień udzielnych mu przez zamawiającego (zamawiających), jego pozostała działalność powinna być ograniczona do minimum i pozostawać rzeczywiście marginalna. Proponuje się zatem, wzorem rozwiązania przewidzianego w fińskiej ustawie o zamówieniach publicznych¹, ograniczenie działalności wykonywanej poza zamówieniem publicznym udzielonym w trybie in-house do maksymalnie 5% przychodów.

Jednym z budzących wiele wątpliwości aspektów odnoszących się do spełniania przesłanki dotyczącej uzyskiwanych przychodów jest kwestia możliwości posługiwania się w tym celu tzw. *wiarygodnymi prognozami handlowymi* zamiast danymi historycznymi. Mogą być one przedstawiane m.in. w sytuacji *reorganizacji działalności* podmiotu in-house. Pojęcie *reorganizacji działalności* wymaga doprecyzowania i uściślenia, ponieważ, jak pokazuje praktyka, jest ono jednym z istotniejszych dla oceny spełniania przesłanek dla zamówienia in-house. Proponuje się zatem wskazanie zasadniczych działań, które powinny się składać na proces, który można określić jako *reorganizacja działalności*. Istotnym jest jednoznaczne podkreślenie tego, że działania polegające wyłącznie na formalnym dostosowaniu dotychczasowej działalności do wymogów koniecznych dla spełnienia przesłanek dla zamówienia in-house nie powinno być uznawane za *reorganizację działalności*.

W zakresie dotyczącym *wiarygodnych prognoz handlowych* konieczne jest podkreślenie jej wiarygodności, co w dotychczasowych przepisach nie zostało odpowiednio zaadresowane. W konsekwencji proponuje się wprowadzenie obowiązku sporządzenia takiej analizy przez podmiot niezależny zarówno od zamawiającego, jak i od podmiotu in-house, co powinno zapewnić jej obiektywizm.

Ponadto, istotne jest aby dokumenty te łącznie z samą prognozą były publikowane tak, aby wykonawcy, którzy chcieliby kwestionować decyzję zamawiającego o zamówieniu in-house, mieli do nich dostęp. Trzeba przy tym mieć na uwadze, że podmioty in-house korzystają z daleko idącego uprzywilejowania w stosunku do innych wykonawców poddających się konkurencyjnej procedurze wyboru, co sprawia, że nałożenie na nie i na zamawiających tego rodzaju wymogów jest zasadne i proporcjonalne.

Dotychczasowe przepisy nie regulują kwestii okresu, w którym przesłanki uprawniające zamawiającego do udzielenia zamówienia in-house powinny zostać zachowane. Zasadnym jest jednoznaczne wskazanie w ustawie, że przesłanki te powinny być spełnione nie tylko w momencie udzielenia zamówienia, ale również przez cały czas jego realizacji. W tym celu zamawiający powinien publikować coroczne informacje, z których ma wynikać, że przesłanki te pozostały w danym roku spełnione. Informacje te mogą podlegać weryfikacji w procesie odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą przewidzianym

¹ Por. Section 15 of the 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts - <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2016/en20161397>



w przepisach o zamówieniach publicznych. W sytuacji gdy przesłanki te nie są spełnione proponuje się – analogicznie jak ma to miejsce w przypadku pojawienia się kapitału prywatnego w tzw. podmiocie wewnętrznym – aby umowa zawarta w trybie in-house wygasła (art. 490 Projektu).

Ważnym elementem zamówień in-house jest obowiązek osobistego wykonania danego zamówienia przez podmiot in-house lub jego głównej części (art. 231 ust. 7 Projektu). Chodzi o to, że nie może być dopuszczalna sytuacja, w której podmiot in-house jest w zasadzie jedynie pośrednikiem w rzeczywistej realizacji zamówienia. Stąd konieczne jest wprowadzenie jednoznacznych zapisów wskazujących, że podmiot in-house ma samodzielnie dysponować zasobami niezbędnymi dla prawidłowej realizacji zamówienia. W tym celu niezbędne jest badanie przez zamawiającego już na etapie zamiaru udzielenia zamówienia proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia warunków jego realizacji dotyczących potencjału technicznego, ludzkiego, ekonomicznego i finansowego oraz doświadczenia.

Ponadto, konieczne jest wprowadzenie jednoznacznego zapisu wskazującego, że podmiot in-house nie jest uprawniony do ubiegania się o zamówienie publiczne w postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających.

2. Środki ochrony prawnej – rozszerzenie kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej przy zachowaniu jej kompetencji do orzekania w sprawach z zakresu Prawa zamówień publicznych

Jednym z zasadniczych elementów zwiększenia konkurencyjności postępowań o zamówienie publiczne jest możliwie szeroki dostęp do środków ochrony prawnej. W ocenie Konfederacji Lewiatan to bezpośrednio zainteresowani danym zamówieniem wykonawcy stanowią kluczowy element kontroli decyzji podejmowanych przez zamawiających.

W związku z powyższym postulujemy wprowadzenie do przepisów Projektu postanowień potwierdzających w sposób jednoznaczny, iż wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia do Krajowej Izby Odwoławczej odwołań od decyzji zamawiającego o udzielaniu zamówienia z pominięciem przepisów ustawy. Obecne przepisy i praktyka organów odwoławczych, a także stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych, wskazują na to, że w przypadku gdy zamawiający decyduje się na zawarcie umowy z wykonawcą, który jest wybierany zupełnie z pominięciem ustawy, inne podmioty zainteresowane zamówieniem pozbawione są drogi odwoławczej. Sytuacje te mogą dotyczyć bardzo wielu przypadków, od nieuzasadnionego udzielenia zamówień, tak aby rzekomo ich wartości nie przekraczały progu stosowania ustawy, poprzez nieuprawnione korzystanie z wyłączeń jej stosowania aż po przypadku pełnego lekceważenia jej przepisów.

Obecnie, w praktyce, jedyną drogą do próby walki z tego typu patologiami jest ewentualna interwencja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprzez kontrolę danego przypadku lub wniesienie powództwa do sądu o unieważnienie tak zawartej umowy. Są to mechanizmy dalece niewystarczające, pozbawiające



LEWIATAN

przedsiębiorców skutecznych środków ochrony prawnej ich uzasadnionych interesów i, co więcej, ewidentnie sprzeczne z wymogami prawa unijnego i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Postulat ten jest również zgodny z jednym z deklarowanych celów, któremu ma przyświecać Projekt, jakim jest skuteczne ograniczenie liczby wyłączeń stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podobnie przedstawia się sytuacja w przypadku wprowadzania zmian do zawartych umów. Nie ulega wątpliwości, że zmiany nieuprawnione, sprzeczne z przepisami prowadzą – jak na to wskazuje orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – do udzielenia nowego zamówienia. Analogicznie zatem również w stosunku do wprowadzania zmian do umowy, środki ochrony prawnej powinny tu przysługiwać innym zainteresowanym wykonawcom. Instrument ten ma również istotne znaczenie dla kontroli realizacji zamówień zgodnie z zapisami umowy. Ma to znaczenie w szczególności w sytuacjach, gdy złożona przez danego wykonawcę oferta od początku budzi wątpliwości co do jej wiarygodności. Może tu chodzić o różne jej elementy, od parametrów technicznych i jakościowych po deklarowane zatrudnienie personelu na podstawie umowy o pracę. Ewentualna kontrola realizacji zamówienia zgodnie z pierwotnymi zapisami umowy i deklaracjami zawartymi w ofercie w drodze odwołania do KIO składanego przez wykonawcę, który nie otrzymał zamówienia, będzie sprzyjała zwiększeniu przejrzystości nie tylko procedury wyboru wykonawcy, ale również sposobu realizacji umowy.

3. Izba Koncyliacyjna – propozycja alternatywna do przedstawionej w Projekcie zachowująca kompetencje Krajowej Izby Odwoławczej do orzekania w sprawach z zakresu Prawa zamówień publicznych

Jedną z przewidzianych w Projekcie zupełnie nowych instytucji jest postępowanie concyliacyjne (art. 620-655) i utworzenie w ramach Krajowej Izby Odwoławczej Izby Koncyliacyjnej, której zadaniem ma być rozstrzyganie sporów, lub raczej zaproponowanie stronom ugody w zakresie sporów powstałych na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne.

Literalna treść projektowanego art. 620 Projektu zdaje się sugerować, iż Izba Koncyliacyjna będzie rozstrzygać wszelkie spory wynikające z realizacji umowy o zamówienie publiczne, a nie tylko te dotyczące zgodności postępowania zamawiającego i wykonawców z przepisami Prawa zamówień publicznych. Innymi słowy, przedmiotem postępowania concyliacyjnego może być np. spór dotyczący praw własności intelektualnej do projektu architektonicznego, zakresu licencji do określonego oprogramowania IT czy wad w projekcie budowlanym. Spory mają być rozstrzygane szybko (w porównaniu do toczących się miesiącami lub latami postępowań sądowych), tj. co do zasady w terminie 6 miesięcy. W skomplikowanych, dużych sprawach, z często ogromną ilością materiału

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



dowodowego, lub sprawach wymagających wiedzy specjalistycznej, w której konieczny jest udział biegłego, trudno sobie wyobrazić, aby był to termin realistyczny. Oczywiście można przyjąć, że do ugody Izba będzie dochodzić prawie wyłącznie na zasadach słuszności, często z pominięciem materiału dowodowego i zasadności poszczególnych roszczeń w określonym stanie faktycznym, ale chyba nie o to tutaj chodzi. Zgodnie z projektem, strony poniosą (niemałe) koszty obligatoryjnego postępowania przed Izbą nawet wówczas, gdy z góry nie będą zainteresowane zawarciem ugody w ramach postępowania koncyliacyjnego lub nie na zasadach proponowanych przez Izbę. Koszty te nie ograniczają się do wysokości wpisu, ale obejmują również przygotowanie często obszernego materiału dowodowego i prowadzenia postępowania przynajmniej przez 6 miesięcy, jak również koszt pieniądza w czasie. W wielu bowiem przypadkach strony będą mogły wszcząć (nieuniknione w określonym stanie faktycznym) postępowanie sądowe dopiero po 6 miesiącach. O tyle zatem wydłuży się dodatkowo czas oczekiwania na prawomocny wyrok w sprawie, a tego typu rozwiązanie może być interpretowane jako ograniczenie prawa do sądu.

Wydaje się, że głównym celem proponowanej instytucji jest próba znalezienia rozwiązania problemu długoterminowych umów o zamówienie publiczne, w tym konieczności ich dostosowania do zmieniających się warunków rynkowych, szczególnie w zakresie waloryzacji wynagrodzenia, ale także w odniesieniu np. do terminu realizacji zamówienia, harmonogramu płatności czy wykonania poszczególnych kamieni milowych określonych w umowie. Konfederacja Lewiatan proponuje dwa komplementarne rozwiązania, stanowiące odpowiedź na potrzeby rynku, a jednocześnie pozwalające na uniknięcie ryzyk związanych z proponowanym postępowaniem koncyliacyjnym.

Obserwując obecną sytuację na rynku można stwierdzić, że jednym z istotnych argumentów wskazywanych przez zamawiających, które mają rzekomo blokować wszelkie próby ugodowego załatwienia powstałego problemu, jest obawa, czy ewentualne zmiany umowy są dopuszczalne na gruncie regulacji dotyczących zamówień publicznych.

Dostrzegając potrzebę i konieczność wprowadzenia regulacji, które ułatwiałyby stronom umowy szybkie i bezpieczne rozwiązywanie problemów powstających na etapie realizacji umowy, a jednocześnie nie wprowadzały radykalnych zmian w istniejącym systemie, Konfederacja Lewiatan postuluje zamiast postępowania koncyliacyjnego doprecyzowanie istniejących przepisów poprzez jednoznaczne wskazanie, że Krajowa Izba Odwoławcza orzeka co do zgodności z prawem zamówień publicznych zmian do umów (co wyjaśniamy w pkt 2 powyżej), również tych dopiero postulowanych (na zasadzie wiążącej interpretacji). Co istotne, ta regulacja powinna, w naszej ocenie, umożliwiać wystąpienie do KIO z wnioskiem o rozstrzygnięcie kwestii dopuszczalności zmiany umowy przez każdą ze stron stosunku prawnego, tj. przez zamawiającego lub wykonawcę.





LEWIATAN

W związku z tym nowe prawo powinno przyznać stronom umowy o zamówienie publiczne uprawnienie do występowania do Krajowej Izby Odwoławczej z wnioskiem o rozstrzygnięcie tego, czy proponowana zmiana umowy (jeszcze przed jej zawarciem) jest zgodna z przepisami PZP. Chodziłoby zatem o kompetencje do oceny zmiany wyłącznie z punktu widzenia regulacji zamówieniowych, a zatem obszaru, który leży bezpośrednio w zakresie rozstrzygania Krajowej Izby Odwoławczej.

Co więcej, w celu zwiększenia bezpieczeństwa prawnego zamawiających, Konfederacja Lewiatan postuluje, aby prawomocne rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej były wiążące dla wszystkich instytucji krajowych kontrolujących działania zamawiającego z punktu widzenia zamówień publicznych. W przypadku zamówień współfinansowanych ze środków unijnych, zamawiający miałby obowiązek poinformowania o wniesieniu sprawy do Krajowej Izby Odwoławczej właściwą instytucję zarządzającą. Ta z kolei mogłaby przystąpić do postępowania prowadzonego przed Izbą, podobnie zresztą jak inni wykonawcy, którzy zamierzaliby kwestionować zgodność zmiany umowy z przepisami ustawy.

Procedura rozstrzygania tego typu spraw przez Krajową Izbę Odwoławczą powinna opierać się na identycznych zasadach jak wszelkie inne spory rozpatrywane przez Izbę. Rozstrzygnięcia Izby wprowadzałyby element pewności prawnej i pozwalały zamawiającym na podejmowanie decyzji dotyczących zmian w umowach, choć oczywiście nie rozstrzygałyby wszelkich kwestii spornych wynikających z ich realizacji. Te – podobnie jak ma to miejsce obecnie – powinny pozostawać w gestii sądów powszechnych.

Komplementarna, postulowana regulacja została opisana w punkcie B 7 niniejszego pisma.

B. UWAGI SZCZEGÓŁOWE

1. Zasady udzielania zamówień – art. 16 Projektu – wprowadzenie zasady przewidywalności

W ocenie Konfederacji Lewiatan uzupełnienia wymaga katalog zasad udzielania zamówień publicznych o zasadę przewidywalności działań zamawiającego. Obecnie dosyć powszechną praktyką zamawiających jest brak informowania wykonawców o planowanych terminach czynności podejmowanych w toku procedury udzielenia zamówienia. Często zdarza się, że wykonawcy są zaskakiwani otrzymywaną od zamawiających korespondencją mającą na celu wyjaśnienie, doprecyzowanie lub uzupełnienie informacji lub dokumentów przekazywanych w ramach procedury, co przy jednoczesnym wyznaczeniu bardzo krótkiego terminu na reakcję sprawia, że cały proces staje się iluzoryczny. Nierzadko zdarza się, że zamawiający podejmują decyzje w postępowaniu tuż przed lub w środku okresów świątecznych lub

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





LEWIATAN

tw. długich weekendów, co dodatkowo utrudnia lub wręcz uniemożliwia wykonawcom zadośćuczynienie kierowanym w ten sposób wnioskami.

Wprowadzenie zasady przewidywalności ma na celu wyeliminowanie przypadków zaskakiwania wykonawców zgłaszanymi wnioskami lub podejmowanymi decyzjami. Nie chodzi przy tym o to, aby zamawiający miał konsultować z wykonawcą dogodny dla niego termin podjęcia danej decyzji, a wyłącznie o informowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego przewidywanym harmonogramie. Pozwoli to na odpowiednie przygotowanie wykonawców i w znacznym stopniu usprawni proces udzielenia zamówienia zwiększając jego konkurencyjność. Nie będzie równocześnie prowadziło do nadmiernego obciążenia po stronie zamawiającego.

2. Postulat wyłączenia stosowania ustawy PZP do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi finansowe związane z pozyskaniem zwrotnego finansowania, w tym finansowania udzielonego na podstawie umów leasingu lub innych umów o podobnym charakterze

W stanie prawnym obowiązującym do dnia 28.07.2016 r. wyłączenie dotyczące usług finansowych przewidziane w PZP obejmowało wprost jedynie „usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem lub transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, w szczególności związane z transakcjami mającymi na celu uzyskanie dla zamawiającego środków pieniężnych lub kapitału” (art. 4 pkt 3 lit. j ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed 28.07.2016 r.). W odniesieniu do kredytów i pożyczek, jedynie zaciąganie ich przez Skarb Państwa objęte było wyraźnym ustawowym wyłączeniem stosowania PZP (art. 84 ustawy z 27.08.2009 r. o finansach publicznych, dalej „u.f.p.”). Z tego względu pozyskiwanie finansowania, np. przez spółki zależne Skarbu Państwa lub spółki komunalne odbywało się często w drodze emisji obligacji, co pozwalało na pominięcie procedur zamówień publicznych.

Nowelizacja PZP, która weszła w życie 28.07.2016 r., wyraźnie wyłączyła stosowanie PZP również do zamówienia, którego przedmiotem są „pożyczki lub kredyty, bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych w rozumieniu ustawy z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, z wyjątkiem kredytów zaciąganych przez jednostki samorządu terytorialnego w granicach upoważnień zawartych w uchwale budżetowej” (dodany art. 4 pkt 3 lit. ja PZP).

Przyczyną wprowadzenia do PZP ww. wyłączenia była implementacja do polskiego systemu prawnego przepisów dyrektywy „klasycznej” nr 2014/24/UE (art. 10 lit. f) oraz dyrektywy „sektorowej” nr 2014/25/UE (art. 21 lit. e), zgodnie z którymi dyrektywy nie mają zastosowania do zamówień publicznych na usługi w zakresie „pożyczek, bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, zakupem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych” (wersja

member of  BUSINESS EUROPE



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 000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS





LEWIATAN

angielska: „*loans, whether or not in connection with the issue, sale, purchase or transfer of securities or other financial instruments*”).

Dyrektywy nie zawierają definicji pojęcia „pożyczki” (*loan*), występującego w motywie (26) preambuły dyrektywy „klasycznej” i jej art. 10 lit. f oraz w motywie (34) dyrektywy „sektorowej” i jej art. 21 lit. e. Pojęcie to powinno być interpretowane w prawie unijnym celowościowo jako obejmujące różne formy zwrotnego finansowania zawierającego element kredytowania.

Wskazuje na to m.in. motyw (27) preambuły poprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/WE z 31.03.2004 r., zgodnie z którym „usługi finansowe objęte niniejszą dyrektywą nie obejmują instrumentów polityki pieniężnej, kursów wymiany, długu publicznego, zarządzania rezerwami ani innych polityk obejmujących transakcje papierami wartościowymi lub innymi instrumentami finansowymi, w szczególności transakcje zawierane przez instytucje zamawiające celem uzyskania funduszy lub kapitału”. Celem dodatkowych wyłączeń wprowadzonych dyrektywą nr 2014/24/UE oraz nr 2014/25/UE było natomiast jedynie doprecyzowanie zakresu wyłączenia usług finansowych oraz rozstrzygnięcie wątpliwości pojawiających się w państwach członkowskich UE na gruncie stosowania poprzednio obowiązujących dyrektyw – zgodnie z motywem (26) preambuły dyrektywy „klasycznej” nr 2014/24/UE „należy także ostatecznie doprecyzować, że pożyczki – bez względu na to, czy są one związane z emisją papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, czy też z innymi operacjami dotyczącymi takich papierów lub instrumentów – powinny być wyłączone z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy”.

Dla określenia zakresu wyłączenia usług finansowych istotne jest zatem odniesienie się do pojęcia „długu publicznego”. Definicję państwowego długu publicznego w prawie polskim zawierają przepisy u.f.p. i rozporządzenia Ministra Finansów z 28.12.2011 r. w sprawie szczegółowego sposobu klasyfikacji tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego. Zgodnie z tymi przepisami państwowy dług publiczny obejmuje m.in. zobowiązania z tytułu zaciągniętych kredytów i pożyczek, przy czym „do tej kategorii zalicza się również (...) umowy leasingu zawarte z producentem lub finansującym, w których ryzyko i korzyści z tytułu własności są przeniesione na korzystającego z rzeczy, a także umowy nienazwane o terminie zapłaty dłuższym niż rok, związane z finansowaniem usług, dostaw, robót budowlanych, które wywołują skutki ekonomiczne podobne do umowy pożyczki lub kredytu (...)”.

Przepis art. 11 ust.1 pkt 7 i 8 Projektu ustawy wyłącza zastosowanie przepisów PZP do zamówień i konkursów, których przedmiotem są:

- (a) usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. z 2018, poz. 2286, 2243 i 2244), oraz operacje

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



przeprowadzane z europejskim Instrumentem Stabilności Finansowej i Europejskim Mechanizmem Stabilności;

- (b) pożyczki i kredyty, bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi.

Użyte w PZP pojęcia „pożyczka” i „kredyt” powinny być interpretowane zgodnie z rozumieniem tego pojęcia na gruncie przepisów o finansach publicznych, a więc także jako inne formy pozyskania finansowania zwrotnego o cechach podobnych do umowy pożyczki lub kredytu (w tym na podstawie umowy leasingu).

Użycie ww. pojęć w PZP może powodować w praktyce wątpliwości interpretacyjne co do zakresu stosowania wyłączenia PZP wobec podmiotów innych niż Skarb Państwa, w tym prowadzić do jego stosowania wyłącznie do instrumentu pożyczki w rozumieniu k.c. lub kredytu w rozumieniu ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (na to ryzyko zwracano uwagę w toku prac legislacyjnych mających na celu transponowanie ww. dyrektyw do polskiego porządku prawnego, zob. uwaga nr 65 w tabeli rozbieżności zgłoszona przez Bank Gospodarstwa Krajowego). Takie zawężenie zakresu wyłączenia nie znajduje natomiast żadnego uzasadnienia i byłoby sprzeczne z celem i motywami dyrektyw unijnych. Mogłoby również skutkować zarzutem nieprawidłowej transpozycji dyrektyw do polskiego porządku prawnego.

Celem proponowanej zmiany w Projekcie ustawy jest wyeliminowanie wskazanych wątpliwości interpretacyjnych poprzez wyraźne objęcie wyłączeniem stosowania PZP do zamówień na usługi finansowe związane z pozyskaniem zwrotnego finansowania, również na podstawie umów leasingu lub innych umów o podobnym charakterze (tj. umów wywołujących skutki ekonomiczne podobne do umowy pożyczki oraz umowy kredytu).

Wprowadzenie tej zmiany jest konieczne z uwagi na kształtującą się już na gruncie obecnego brzmienia art. 4 pkt 3 lit. ja ustawy Prawo zamówień publicznych, niekorzystną praktykę podmiotów objętych PZP – podmioty te odnoszą wyłączenie stosowania przepisów o zamówieniach publicznych jedynie do kredytów udzielanych przez banki oraz do umów pożyczek w rozumieniu art. 720 k.c. Taka praktyka skutkuje z kolei nadmiernym uprzywilejowaniem pozycji podmiotów udzielających finansowania w postaci pożyczek oraz kredytów (w szczególności banków) względem uczestników obrotu udzielających finansowania zwrotnego w innych formach. Dotyczy to zwłaszcza leasingodawców oferujących finansowanie w formie atrakcyjnej alternatywy dla kredytu bankowego. W dalszej perspektywie może to prowadzić natomiast do całkowitego wyeliminowania leasingu jako korzystnej formy realizacji zadań publicznych (w tym w formule PPP).

W związku z powyższym postuluje się wyraźne wskazanie w Projekcie ustawy, że wyłączenie jej stosowania dotyczy wszelkich usług finansowych związanych z pozyskaniem zwrotnego finansowania, podobnych do umowy kredytu, pożyczki czy leasingu. Jednocześnie wyłączenie to nie będzie miało zastosowania do pozyskania finansowania zwrotnego przez jednostki samorządu terytorialnego, które na podstawie przepisów szczególnych zobowiązane są do zaciągania kredytów (pożyczek) w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

W konsekwencji postulujemy nadanie art. 11 ust.1 pkt 8 Projektu ustawy następującego brzmienia:

„usługi finansowe związane z pozyskaniem zwrotnego finansowania, inne niż usługi, o których mowa w art. 11 ust.1 pkt 7 powyżej, w szczególności na podstawie umowy kredytu, pożyczki, leasingu lub innej umowy o podobnym charakterze, bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, kupnem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych w rozumieniu ustawy z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, z wyjątkiem umów zawieranych przez jednostki samorządu terytorialnego w granicach upoważnień zawartych w uchwale budżetowej.”

3. Przesłanki wykluczenia – art. 122 i 123 Projektu – doprecyzowanie

a. Przesłanki obligatoryjne

Konfederacja Lewiatan pozytywnie ocenia wprowadzenie w Projekcie podziału przesłanek wykluczenia na przesłanki obligatoryjne i fakultatywne zgodnie z systematyką przepisów Dyrektywy 2014/24/UE. Jednak w celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych, w naszej ocenie konieczne jest doprecyzowanie proponowanych zapisów, w szczególności poprzez jednoznaczne wskazanie, że wykluczenie obejmuje skazanie za wskazane kategorie przestępstw niezależnie od tego, czy skazanie nastąpiło w Polsce czy w innym kraju (w UE lub kraju trzecim). Obecne brzmienie przepisów art. 122 pkt 1 lit. a) do d) sugeruje, że sankcją wykluczenia objęte są jedynie podmioty skazane wyłącznie na podstawie polskiego Kodeksu karnego. Proponujemy w związku z tym odwołanie się w przepisie do odpowiednich kategorii przestępstw z przywołaniem zapisów zawartych w art. 57 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE.

Ponadto, w odniesieniu do przesłanki wykluczenia w związku z orzeczeniem zakazu ubiegania się o zamówienie (art. 122 pkt 4 Projektu), postulujemy, aby podstawą wykluczenia był wyłącznie prawomocny wyrok sądu.

b. Przesłanki fakultatywne

Poniżej przedstawiamy szczegółowe uwagi dotyczące zapisów w zakresie tzw. Fakultatywnych przesłanek wykluczenia zawartych w Projekcie.

- (i) **art. 123 ust. 1 pkt 7) Projekt** – z propozycji przepisu można wnioskować, iż podstawą do wykluczenia wykonawcy może być zaniechanie zamawiającego polegające na braku zapobieżenia wystąpienia konfliktu interesów określonego w art. 61 ust. 2 Projektu. W ocenie Konfederacji Lewiatan niedopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca miałby ponosić negatywne konsekwencje działań lub zaniechań zamawiającego. W związku z powyższym rekomendujemy nadanie temu przepisowi następującego brzmienia: *„jeżeli występuje konflikt interesów w rozumieniu art. 61 ust. 1, którego nie można skutecznie wyeliminować w inny sposób, niż poprzez wykluczenie wykonawcy”*.
- (ii) **art. 123 ust. 1 pkt 9) Projekt** – rekomendujemy usunięcie pojęcia *„innych porównywalnych sankcji”* – pojęcie to jest nieostre, a tym samym budzi znaczące wątpliwości interpretacyjne oraz może prowadzić do nadużyć zarówno ze strony wykonawców jak i zamawiających. Na gruncie prawa polskiego pojęcia: *„rozwiązanie umowy przed czasem”* oraz *„prawomocnego zasądzenia odszkodowania”* są wystarczające dla określenia przypadków skutkujących wykluczeniem danego wykonawcy z postępowania. Wprowadzenie dodatkowych pojęć, w szczególności opartych o otwarty katalog bliżej nieokreślonych sytuacji (*„innych porównywalnych sankcji”*), jest nie do pogodzenia z zasadą przejrzystości i może prowadzić do patologicznych przypadków klasyfikowania każdego nienależytego wykonania umowy jako przesłanki wykluczenia z postępowania.
- (iii) **art. 123 ust. 1 pkt 10 i 11 Projekt** - konieczne jest jednoznaczne doprecyzowanie przepisów art. 123 ust. 1 pkt 10 oraz pkt 11 Projektu poprzez wskazanie, iż wykluczeniu podlega wykonawca, który w sposób bezprawny (i) wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego, lub (ii) przedstawił informacje wprowadzające w błąd, z zamiarem manipulowania przebiegiem bądź wynikiem postępowania. Powyższe pozwoli doprowadzić do zgodności z przepisem art. 57 ust. 4 lit. i) Dyrektywy 2014/2/4UE. Brzmienie przywołanych przepisów zaproponowane w Projekcie nie rozwiązuje wątpliwości interpretacyjnych, które pojawiły się na gruncie obecnie obowiązującego Prawa zamówień publicznych i wymaga jednoznacznego doprecyzowania.
- (iv) **art. 123 ust. 1 pkt 4 Projekt** - zwracamy uwagę, iż procedury upadłościowe są rządzone zazwyczaj prawem miejsca wszczęcia postępowania, a tym samym użyte w przepisie odwołanie do *„miejsca zamieszkania lub siedziby danego wykonawcy”* może skutkować tym, że pomimo wszczęcia procedury upadłościowej wobec wykonawcy nie będzie on podlegał wykluczeniu z postępowania. Wskazane jest zatem odesłanie do przepisów miejsca wszczęcia właściwego postępowania.

Dodatkowo, obecne brzmienie przepisu nie dopuszcza żadnego wyjątku dla sytuacji, w której mimo wszczęcia procedury restrukturyzacyjnej wykonawca zamierza kontynuować działalność



gospodarczą. W świetle przepisu art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE taki wykonawca powinien mieć możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Zasadne zatem wydaje się wprowadzenie wyjątków od zasady automatycznego wykluczenia wykonawcy w przypadku, gdy będzie on w stanie oraz ma zamiar kontynuować działalność, w szczególności gdy udzielenie zamówienia publicznego pozwoli takiemu wykonawcy na poprawę jego sytuacji.

- (v) **art. 124 Projektu** – wskazane jest uregulowanie terminu w jakim wykonawca może skorzystać z procedury *self-cleaning* lub co najmniej określenie warunków w jakich wykonawca winien zostać zawiadomiony przez zamawiającego o możliwości skorzystania z takiej procedury, np. w drodze wezwania. Powyższe pozwoli na zagwarantowanie, iż w każdym z przewidzianych prawem przypadków wykonawca będzie miał możliwość skorzystania z procedury *self-cleaning*. Należy bowiem wskazać, iż w określonych okolicznościach wykonawca może nie mieć świadomości, iż podlega przesłance wykluczenia.
- (vi) **art. 125 pkt 4) Projektu** – w odniesieniu do niektórych przesłanek fakultatywnych rekomendujemy wyeliminowanie lub skrócenie maksymalnego okresu wykluczenia określonego jako 3 lata. Przepis art. 57 ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE określa maksymalny, dopuszczalny w przepisach krajowych okres wykluczenia, a państwa członkowskie mogą ustalić okres krótszy, który będzie proporcjonalny do ciężaru gatunkowego zdarzenia powodującego wykluczenie.

Przykładowo, zgodnie z obecnym brzmieniem przepisu w przypadku wystąpienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 123 ust. 1 pkt 4 (upadłość lub likwidacja) wykonawca podlega wykluczeniu przez 3 lata od zaistnienia zdarzenia, podczas gdy w tzw. międzyczasie okoliczności faktyczne uzasadniające wykluczenie ustały, np. wykonawca zawarł układ z wierzycielami, a jego kondycja finansowa uległa poprawie. W takim przypadku nie jest celowe eliminowanie takiego wykonawcy z rynku zamówień publicznych na okres aż 3 lat.

Podobnie, w przypadku przesłanek wykluczenia opisanych w przepisie art. 123 ust. 1 pkt 10 i 11 Projektu zwracamy uwagę na konieczność zróżnicowania sankcji związanej z okresem wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie z brzmieniem art. 125 pkt 4 Projektu wystąpienie powyższych przesłanek skutkuje wykluczeniem wykonawcy przez okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zważywszy, że okres wykluczenia winien być proporcjonalny do ciężaru gatunkowego zdarzenia skutkującego wykluczeniem, postulujemy, aby w przypadku przesłanki opisanej w przepisie art. 123 ust. 1 pkt 11 Projektu wykluczenie dot. wyłącznie danego postępowania.



4. Oferta zawierająca rażąco niską cenę lub koszt – art. 255 Projektu

Projektowana ustawa posługuje się terminem „rażąco niska cena lub rażąco niski koszt”. Tymczasem za właściwe należałoby uznać wprowadzenie terminu „oferta niewiarygodna”. Obejmowałby on znacznie szerszy katalog przypadków, w których zamawiający miałby obowiązek odrzucenia oferty niekoniecznie bezpośrednio związany z „ceną” lub „kosztem”. Ma to dodatkowe znaczenie biorąc pod uwagę, że Projekt przewiduje inne, pozacenowe kryteria oceny ofert i ponadto ogranicza możliwość stosowania „ceny” lub „kosztu” jako jedyne kryterium. Może się zatem okazać, że oferta jest niewiarygodna (niewykonalna) i powinna zostać odrzucona pomimo tego, że wykonawca zdoła przekonać zamawiającego, że jej cena lub koszt nie jest rażąco niski.

Dodatkowo, art. 255 ust. 1 Projektu ustawy należałoby uzupełnić o zapis mówiący nie tylko o „wymaganiach określonych w dokumentach zamówienia lub wynikających z innych przepisów”, ale również o „parametry wskazane przez wykonawcę w jego ofercie”. Ma to tym większe znaczenie, że celem Projektu jest odejście od ceny jako jedyne kryterium na rzecz innych kryteriów ocenianych przez zamawiającego. To zatem nie tylko wymagania zamawiającego co do przedmiotu zamówienia determinują koszty wykonania przedmiotu zamówienia, ale również te elementy, które zaproponuje wykonawca w ramach kryteriów oceny ofert.

5. Zmiana treści ogłoszenia - art. 153 ust. 2 Projektu

Zgodnie z obecnie zaproponowanym brzmieniem Projektu, niedopuszczalne miałyby być dokonywanie zmian treści ogłoszenia prowadzących np. do złagodzenia warunków udziału w postępowaniu, co prowadziłoby do poszerzenia kręgu wykonawców oraz zapewnienia większej konkurencyjności postępowania. W praktyce będzie to oznaczało, że zamawiający zostaną pozbawieni możliwości zmiany postanowień SWZ, które będą wynikać z uzasadnionych wniosków potencjalnych wykonawców. Użycie niedookreślonych pojęć, tj. „wpływające na krąg wykonawców” może prowadzić do konieczności unieważnienia postępowania, a co za tym idzie ponoszenia przez zamawiającego związanych z tym kosztów oraz konieczności ponownego wszczęcia postępowania również w przypadku gdy zmiany wpływające na krąg wykonawców lub zmiany w zakresie opisu przedmiotu zamówienia będą racjonalnie uzasadnione. Ponadto nie zostało określone to, jakie czynności będzie musiał podjąć zamawiający w sytuacji gdy zmiana treści SWZ będzie wynikać z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. W ocenie Konfederacji Lewiatan obowiązujące przepisy ustawy są wystarczające, a praktyka ich obowiązywania pokazuje, że nie nastroją one problemów. W związku z powyższym postulujemy całkowite wykreślenie przepisu art. 153 ust. 2 Projektu.



6. Unieważnienie postępowania - art. 282 Projektu

Przepis w obecnym brzmieniu pozwala zamawiającemu na dyskrecyjne unieważnienie postępowania przed upływem terminu składania ofert praktycznie w każdym przypadku, gdy prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. Unieważnienie postępowania powinno być dopuszczalne jedynie w wyjątkowych, ściśle określonych przypadkach, ponieważ w innym przypadku może dojść do sytuacji manipulowania wynikami przetargów. Konfederacja Lewiatan postuluje wykreślenie tego przepisu.

7. Roszczenia odszkodowawcze - art. 287 Projektu

W ocenie Konfederacji Lewiatan konieczne jest wprowadzenie jednoznacznych przepisów uprawniających wykonawców do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych.

Należy doprecyzować warunki dotyczące odszkodowań w sytuacji unieważnienia postępowania z powodów, które można przypisać zamawiającemu. Ponadto, za niezbędne uważamy przesądzenie o możliwości dochodzenia odszkodowania w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów dotyczących udzielania zamówienia publicznego. Roszczenia te powinny obejmować nie tylko koszty przygotowania oferty, ale generalnie koszty udziału w postępowaniu, w tym również koszty związane z przygotowaniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również korzyści utracone w związku z niezyskaniem przez wykonawcę zamówienia.

8. Warunki umowy - art. 462 i nast. Projektu

Przede wszystkim za niezbędne uważamy wprowadzenie do Projektu jednoznacznych zapisów wykluczających możliwość kształtowania warunków umownych w sposób nieproporcjonalny. Użycie sformułowania „*rażąco nieproporcjonalne*” może powodować, iż za zgodne z przepisami ustawy zostanie uznane kształtowanie praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy, które będą „*nieproporcjonalne*” lub wręcz „*znacząco nieproporcjonalne*”. Wbrew intencjom projektodawcy pozostawienie obecnego brzmienia art. 462 może zatem doprowadzić do usankcjonowania dzisiejszej praktyki zamawiających zamiast jej zmiany. W związku z powyższym postulujemy wykreślenie z treści przepisu określenia „*rażąco*”.

W odniesieniu do klauzul waloryzacyjnych proponujemy jednoznaczne wskazanie, że powinny być to klauzule adaptacyjne automatycznego zastosowania. Datą odniesienia w stosunku do zastosowania klauzul waloryzacyjnych powinien być dzień złożenia oferty, a nie dzień następujący po upływie 180 dni od upływu terminu składania ofert.

W odniesieniu do **art. 468 ust. 2 pkt 4 Projektu** konieczna jest rezygnacja z obowiązku ograniczenia zmiany wysokości wynagrodzenia wynikającego z waloryzacji. W naszej ocenie będzie to prowadziło do praktyki ustalania wysokości wartości zmiany wynagrodzenia na minimalnym poziomie, co zniweczy



LEWIATAN

realną waloryzację wynagrodzenia wykonawcy. Co więcej, waloryzacja jest próbą przywrócenia równowagi kontraktowej stron w sytuacji zmaterializowania się ryzyk, których strony nie były w stanie wycenić w momencie zawierania umowy. Wprowadzanie limitu waloryzacji jest zatem błędem logicznym, który dodatkowo rodzi niepewność prawną odnośnie do roszczeń wykonawców przekraczających określony w umowie limit. Postulujemy zatem rezygnację z obowiązku wskazywania „maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.”

W przypadku **art. 474 Projektu** postulujemy całkowitą rezygnację z zasady solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za wykonanie umowy. Wskazane jest w tym zakresie pozostawienie swobody zamawiającym, którzy w zależności od charakteru danego zamówienia będą mogli uregulować odpowiedzialność wykonawców na zasadach kontraktowych w taki sposób, aby dany wykonawca ponosił odpowiedzialność za część zamówienia którą faktycznie realizuje. Takie rozwiązanie pozwoli na wyeliminowanie automatycznego przypisywania odpowiedzialności za wykonanie całości zamówienia wykonawcom, którzy realizują wyłącznie jego określoną część, np. w przypadku w którym to zamawiający narzuci sposób realizacji zamówienia.

Ponadto, Konfederacja Lewiatan opowiada się za wprowadzeniem do Projektu zapisów zobowiązujących zamawiających w umowach na roboty budowlane lub usługi zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy do przewidzenia komisji rozjemczych, których zadaniem byłoby rozwiązywanie sporów powstających na etapie realizacji umowy. Komisje takie są przewidziane m.in. we wzorach umów przygotowanych przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów FIDIC i stanowią pewien standard w tego typu umowach zawieranych w innych krajach UE. Ich powołanie powinno się przyczynić do realizacji postulatów przyświecających wykreowaniu Izby Koncyliacyjnej, tj. sprawnego, bieżącego rozstrzygnięcia sporów powstających na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne przez osoby związane z realizacją danej inwestycji. Przepis, jako alternatywa do Izby Koncyliacyjnej, powinien zobowiązywać zamawiającego do formułowania zapisów umowy w sposób, który będzie gwarantował skuteczne funkcjonowanie komisji rozjemczych.

9. Środki ochrony prawnej – art. 534 i nast. Projektu

Projekt w **art. 543 ust. 2** przewiduje, że odwołanie w postępowaniu odwoławczym może być wnoszone m.in. za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe. Zwracamy uwagę, iż w Projekcie nie określono skutku wniesienia odwołania za pośrednictwem operatora pocztowego, co może rodzić wątpliwości co do domniemania wniesienia odwołania w terminie w przypadku nadania odwołania w placówce operatora pocztowego (analogicznie art. 554 ust. 3 Projektu w zakresie przystąpienia do postępowania odwoławczego).

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





LEWIATAN

Choć Projekt nie odnosi się bezpośrednio do kwestii wysokości wpisów od odwołania oraz wysokości wpisu od skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (zgodnie z **art. 605** ma to być regulowane rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów), to już teraz zwracamy uwagę, że konieczne jest rozważenie ich obniżenia. Obecna wysokość wpisów stanowi znaczącą przeszkodę dla korzystania ze środków ochrony prawnej w szczególności przez wykonawców z sektora małych i średnich przedsiębiorstw.

Ponadto, postulujemy rozszerzenie możliwości udziału organizacji uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej poprzez jednoznaczne umożliwienie im przystępowania do postępowań odwoławczych oraz wnoszenia odwołań dotyczących udzielania zamówień bez stosowania (z wyłączeniem) przepisów Prawa zamówień publicznych (postulat szerzej omówiony w pkt 2 Uwag Systemowych).

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

