



Uwagi Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa z dnia 14 lutego 2019 r.  
do projektu ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dn. 21.02.2019 r.

Uwagi:

\* w przypadku konkretnej propozycji zmiany brzmienia projektowane przepisu, wyrazy sugerowane do zmiany zaznaczone są jako skreślone, natomiast wyrazy do wprowadzenia oznaczone są kolorem czerwonym.

\* dokument nie obejmuje uwag o charakterze redakcyjnym i stricte legislacyjnym. Zastrzegamy przekazanie dalszych uwag na późniejszym etapie, wówczas gdy przedstawiona zostanie zrewidowana wersja projektowanej ustawy PZP.

**Dział I**                    **Przepisy ogólne (art. 1 - art. 91)**

**Art. 11 ust. 1 pkt 2** - regulacja bardzo potrzebna, ze względu na konieczność przesądzenia, iż tego typu usługi powinny być w ogóle przedmiotem postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

W literze „c” zakres wyłączeń należałoby rozszerzyć na ogół czynności notarialnych (np. formalnie będzie konieczność stosowania ustawy do wyłonienia notariuszy np. protokolujących czynności organów kolegialnych czy sporządzających akty notarialne obejmujące sprzedaż nieruchomości).

W literze „e” ustawodawcy zapewne chodzi o komorników; nie jest to jasne.

**Art. 18 ust. 3 - Proponuje się zapis:**

„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419 i 1637), jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu **lub – w przypadku dokumentów składanych na późniejszym etapie postępowania – wraz z tymi dokumentami**, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 252 ust. 3.”

Sugerowana zmiana ma na celu doprecyzowanie momentu, w którym wykonawcy mają przedstawić uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przypadku, gdy dotyczy ona innych dokumentów niż oferta lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (np. w przypadku dokumentów żądanych na podstawie art. 26 ust.1 lub 2 Pzp). Obecnie literalna wykładania przepisu nakazuje przyjąć, że takie uzasadnienie należy przedłożyć wraz z ofertą/ wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Taka koncepcja jest niezasadna - właściwym momentem jest ten, w którym dane dokumenty są przedkładane.

**Art. 63 ust. 2** – należy doprecyzować sformułowanie „forma prawna”. Uważamy za wskazane określenie czy chodzi o stosunek obligacyjny łączący wykonawców nawiązywany w celu uzyskania i wykonania zamówienia np. konsorcjum czy spółka cywilna, a nadto w jaki sposób konieczność właściwej realizacji zamówienia wpływa na wybór tej „formy”.



**Art. 65** - przewiduje możliwość wprowadzenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących: a) zamówień na roboty budowlane lub usługi b) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją w ramach zamówienia na dostawy. Tożsama regulacja zawarta jest w art. 135 projektu ustawy w odniesieniu do wykonawcy samodzielnie realizującego zamówienie.

Przewidziany w powołanych przepisach obowiązek osobistego wykonania robót bądź usług nie odnosi się do kluczowych „części zamówienia” a do „kluczowych zadań”. Stanowi to powielenie regulacji zawartych w art. 63 ust. 2 dyrektywy klasycznej. Należy zwrócić uwagę, że w innych artykułach ustawy (np. art. 150 ust. 2 pkt 16) mowa jest już o kluczowych „częściach zamówienia”. Posługiwanie się odmienną terminologią dla określenia tego samego obowiązku powoduje, że regulacja ta staje się niespójna. Zasadne jest ujednoczenie tych pojęć.

W odniesieniu do wykonawców wspólnie realizujących zamówienie, obowiązek osobistego wykonania kluczowej części zamówienia przez jednego z wykonawców powinien zostać skorelowany z wymaganiami zamawiającego i posiadany przez ten podmiot doświadczeniem. Obecne brzmienie ustawy powoduje, że brak jest jakiegokolwiek zależności pomiędzy nałożeniem obowiązku do osobistego świadczenia przez dany podmiot robót bądź usług, a doświadczeniem tego wykonawcy. Z tych względów, zasadny jest postulat zmiany ustawy w tym zakresie.

**Art. 66** - powtórzenie kontrowersyjnego art. 22 z projektu z 2016 r. Choć postanowienia Dyrektywy 2014/24/UE nie nakładają na krajowych ustawodawców obowiązków stosowania tzw. klauzul społecznych tak przy opisie przedmiotu zamówienia jak i przy określaniu warunków udziału w postępowaniu, autorzy projektu ustawy zdecydowali się na ich zastosowanie w pełnej postaci. Wskazać należy iż stosowanie tak szeroko sformułowanych klauzul społecznych (m. in. przez objęcie nimi zbyt szerokich grup społecznych, poprzez daleko idącą ingerencję w strukturę zatrudnienia wykonawców) powoduje odejście od podstawowych celów udzielania zamówień publicznych, jakim jest nabycie przez zamawiającego danego dobra na najkorzystniejszych warunkach.

**Art. 83** reguluje kwestię udostępniania uczestnikom postępowania protokołu postępowania wraz z załącznikami - na takich samych zasadach, jak obecnie obowiązujące, tj. niestety bez wypełnienia luki wynikającej z „dzielenia” poszczególnych czynności przez Zamawiających jako nieposiadających uchybień w złożonych ofertach) i faktu, że wykonawcy nie mogą wówczas efektywnie skorzystać z przysługujących im środków ochrony prawnej (z jednej bowiem strony dysponują już np. stanowczą decyzją zamawiającego w przedmiocie prawidłowości danej oferty, ilości punktów przyznanych danemu wykonawcy, czy zakwalifikowania wykonawców do udziału w aukcji), z drugiej zaś nie posiadają gwarancji wglądu do pełnych akt postępowania na tym jego etapie. Postuluje się więc wprowadzenie zasady, zgodnie z którą Zamawiający obowiązany będzie do udostępnienia protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami każdorazowo po upublicznieniu swojej decyzji częściowej bądź finalnej w ramach postępowania;

**Dział II Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (art. 92 - art. 290)**



**Art. 93** W ramach wstępnych „konsultacji rynkowych” „z potencjalnymi wykonawcami - brakuje wskazania terminu, w którym zamawiający zamieści ogłoszenie o spotkaniu;

**Art. 95** Proponuje się zapis:

„Zamawiający z odpowiednim wyprzedzeniem zamieszcza informację o zamiarze przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych oraz o ich przedmiocie na profilu nabywcy.”

Z uwagi na znaczenie wstępnych konsultacji rynkowych wnosimy o dodanie fragmentu zapewniającego powzięcie informacji o nich w terminie umożliwiającym uczestnictwo.

**Art. 103** Posługując się w ust. 1 dwoma rozgraniczonymi pojęciami, tj.: „zamówieniem w częściach” oraz „ofertą częściową” rozgraniczenia tego brakuje w dalszej części, w efekcie czego nie wiadomo, czy ograniczenia wskazane w ust. 4 dotyczą „ofert częściowych”, czy „odrębnych części zamówienia”;

**Art. 113** W ramach treści **ust. 4** ustawodawca wskazuje na konieczność uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia stwierdzenia „lub równoważny”. Praktyka pokazuje, że stwierdzenie to budzi szereg kontrowersji i prowadzi do szeregu postępowań odwoławczych przed KIO. Zasadnym się więc wydaje rozważenie, (a w konsekwencji ewentualne dodanie w projekcie Ustawy zapisu), czy w takiej sytuacji zamawiający nie powinien jednak określać technicznie uzasadnionych i istotnych parametrów technicznych - nie utrudniających uczciwej konkurencji, na podstawie których prowadzona będzie ocena - proponowanych jako „równoważne” - produktów lub usług;

**Art. 117** W ramach treści **ust. 5** ustawodawca wskazuje na konieczność uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia stwierdzenia „lub równoważny”. Praktyka pokazuje, że stwierdzenie to budzi szereg kontrowersji i prowadzi do szeregu postępowań odwoławczych przed KIO. Zasadnym się więc wydaje rozważenie, (a w konsekwencji ewentualne dodanie w projekcie Ustawy zapisu), czy w takiej sytuacji zamawiający nie powinien jednak określać technicznie uzasadnionych i istotnych parametrów technicznych - nie utrudniających uczciwej konkurencji, na podstawie których prowadzona będzie ocena - proponowanych jako „równoważne” - produktów lub usług;

**Art. 121 ust. 1** Postulujemy wykreślenie frazy „o ile przewidział tę możliwość w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia”. Obowiązek wzywania do uzupełnienia dokumentów powinien mieć charakter bezwzględny, niezależny od tego czy Zamawiający starannie sformułował SIWZ.

**Art. 121 ust. 1** sugeruje się zapis

„Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone środki dowodowe są niekompletne, zamawiający, zapewniając zachowanie zasady równego traktowania wykonawców, ~~może~~ **wezwać wzywa** do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział tę możliwość w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia.”

Sugerujemy ograniczenie swobody zamawiającego w zakresie uzupełniania brakujących środków dowodowych. W opinii postulującego uzależnienie możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych od przewidzenia tego w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia jest niezasadne. Dokumenty



te powinny być uzupełniane obligatoryjnie, niezależnie od przewidzenia tej okoliczności przez zamawiającego. Pozwoli to na zwiększenie konkurencyjności poprzez rzadsze odrzucanie ofert, których wadliwość może zostać łatwo naprawiona.

**Art. 123 pkt 9** Przesłanką do wykluczenia wykonawcy powinien być prawomocny wyrok wydany na korzyść publicznego zamawiającego rozstrzygający zasadność roszczenia o naprawienie szkody lub zapłatę kary umownej. Samo „rozwiązanie umowy” nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy. Przecież KIO nie będzie – w razie wniesienia odwołania przez wykluczonego wykonawcę badać przyczyn tego „rozwiązania”; takie okoliczności ustalane są przez sądy powszechne po przeprowadzeniu pełnego postępowania dowodowego. KIO poprzestanie na sprawdzeniu jedynie tego czy „rozwiązanie” miało miejsce. Stanowi to istotne zagrożenie dla interesów wykonawców.

Nadto, komentowany przepis wskazuje w ramach przesłanek będących podstawą **fakultatywnego wykluczenia wykonawcy** z postępowania „nienależyte wykonanie wcześniejszego zamówienia” definiując je poprzez „rozwiązanie umowy”, „zasądzenie prawomocnego odszkodowania” lub (*novum*) „**innych porównywalnych sankcji**”. Jednak nowy element w postaci „**innych porównywalnych sankcji**” nie został doprecyzowany, co generuje ryzyko nadmiernego otworzenia dyspozycji omawianego przepisu i zwiększenie liczby sporów z zamawiającym na jego tle. Przykładowo przepis ten może dotyczyć sytuacji związanych z nałożeniem we wcześniejszych kontraktach kar umownych, co stanowi dość powszechną sytuację realizacyjną, która nie powinna jednak doprowadzać do wykluczenia w kolejnych postępowaniach. **W związku z powyższym, celowe jest usunięcie z treści przepisu słów „lub innych porównywalnych sankcji”;**

**Art. 123 ust. 1 pkt 10** Proponuje się zapis:

„Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub **rażącego** niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;”

Ustawodawca słusznie zrezygnował z podziału na dwie odrębne normy funkcjonujące obecnie jako art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, a których celem jest napiętnowanie wykonawców posługujących się w celu uzyskania zamówienia informacjami nieprawdziwymi. Proponowane brzmienie przepisu jest bliskim odzwierciedleniem art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Rezygnację z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp postulujący ocenia jako rozwiązanie słuszne. Przepis ten mógł znajdować bowiem zastosowanie właściwie w przypadku każdej omyłki wykonawcy. Działo się tak dlatego, że w zakresie strony podmiotowej wystarczyło ustalić, że wykonawca działa niedbale lub lekkomyślnie, a w odniesieniu do zakresu informacji wystarczającym było stwierdzenie, że mogą mieć one wpływ na decyzje (jakikolwiek) zamawiającego. W opinii postulującego cel ustawodawcy nie zostanie jednak osiągnięty, jeśli sankcjonowane będzie już samo niedbalstwo. Trudno bowiem odmówić zasadności głosom (w tym orzecznictwu KIO), zgodnie z którymi każde uchybienie wykonawcy świadczy o jego niedbalstwie (wszak profesjonalista musi działać z należyłą ostrożnością). Biorąc pod uwagę, że zdecydowana większość tego typu sporów dotyczy spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w opinii postulującego art. 12 ust. 1 pkt 10 Pzp będzie źródłem ogromnej liczby sporów (tak jak się to dzieje dotychczas). Tymczasem przepis



ten powinien mieć zastosowaniem do uchybień wykonawcy, które wykraczają poza zwykłe niedbalstwo (tak, jak miało to miejsce przed nowelizacją z 2016 roku).

**Art. 132 i nast.** Ustawodawca powraca do koncepcji, że wykonawca może polegać na zdolnościach technicznych, zawodowych, ekonomicznych itd. podmiotów udostępniających zasoby nie tylko (jak obecnie) w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu ale także kryteriów selekcji. Pozostaje do dyskusji czy spodziewany wzrost znaczenia instytucji udostępniania zasobów – wykorzystywanej w Polsce niezgodnie z jej istotą – jest pożądany.

**Art. 137** W kontekście powyższej uwagi, wprowadzenie do ustawy tego co wynika z rozstrzygnięcia wyroku TSUE w sprawie Esaprojekt (C-387/14) należy ocenić pozytywnie.

**Art. 139** ust. 6 Proponuje się zapis:

„Wykonawca może wykorzystać jednolity dokument złożony w odrębnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli potwierdzi, że informacje w nim zawarte pozostają prawidłowe. W tym celu wykonawca składa oświadczenie, podając nazwę postępowania, w toku którego jednolity dokument został złożony oraz datę jego złożenia.”

Ustawa Pzp przewiduje daleko idące konsekwencje związane z niezłożeniem JEDZ. Ocena dokumentu złożonego w innym postępowaniu, to niewątpliwie rozwiązanie słuszne, aczkolwiek należy doprecyzować formułę posługiwania się nim, aby wykonawca nie był narażony na zarzut niezłożenia JEDZ.

**Art. 140** ust. 2 Proponuje się zapis:

„Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.”

Zamawiający nie musi wzywać wszystkich wykonawców do złożenia dokumentów jeśli korzysta z przesłanki z art. 140 ust. 3 (wątpliwości co do aktualności dokumentów). Jeśli chce dokumenty te zweryfikować wcześniej z innej przyczyny, to musi wzywać do ich przedłożenia wszystkich, co jest rozwiązaniem nieracjonalnym i stanowi dodatkowe obciążenie dla wykonawców i zamawiających.

**Art. 142** przewiduje obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia następujących dokumentów: a) oświadczenia, o których mowa w art. 139 ust. 1 ustawy (o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu), b) podmiotowych środków dowodowych, c) innych dokumentów lub oświadczeń, niebędących przedmiotowymi środkami dowodowymi.

W omawianym przepisie brak jest jednoznacznego wskazania, że wezwanie zamawiającego powinno dotyczyć również pełnomocnictwa. W obowiązującej ustawie Prawo zamówień publicznych wezwanie takie zostało przewidziane wprost w art. 26 ust. 3a Ustawy. Obecna regulacja budzi wątpliwości, w szczególności że: a) w art. 8 pkt 3) projektu ustawy zawarto ustawową definicję „dokumentów zamówienia” (przez które



rozumie się dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający się odwołuje, inne niż ogłoszenia, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia), z której wynika, że nie obejmuje ona pełnomocnictwa, b) jednocześnie w innych przepisach ustawy (np. w art. 163 ust. 1 pkt 2) lit c) lub art. 257 ust. 1 pkt 2) lit. c projektu ustawy) pełnomocnictwo wymienia się jako dokument odrębny, a zatem niemieszczący się w pojęciach „inny dokument” lub „oświadczenia”.

Proponujemy dodanie do art. 142 ust. 1 regulacji, że przedmiotowe wezwanie dotyczy również pełnomocnictw.

**Art. 147** Zgodnie z ustanawianą zasadą zamawiający wyznacza terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofert wstępnych oraz ofert, z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia, z tym że terminy te nie mogą być krótsze niż ustawowe terminy minimalne, o ile są one określone (art. 147 ust. 1). W przypadku gdy oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej albo po sprawdzeniu przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, zamawiający wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od ustawowych terminów minimalnych, o ile są one określone (art. 147 ust. 1). Ogólne zasady będą miały zastosowanie do wszystkich postępowań, bez względu na skalę ich skomplikowania oraz nakładu pracy i czasu koniecznego do przygotowania oferty.

Dlatego wydaje się, że powyższa zasada nie daje dostatecznej gwarancji wyznaczenia odpowiednich terminów w przypadku zamówienia na roboty budowlane, polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych (w formule „projektuj i buduj”). Z uwagi na potrzebę wykonania szeregu czynności przez wykonawców poprzedzających złożenie oferty postulowanym byłoby, aby ta kategoria zamówień publicznych (specyfika z nią związana) została wskazana w treści projektu wprost, jako okoliczność, którą zamawiający powinien wziąć pod uwagę wyznaczając odpowiednie terminy składania ofert.

**Art. 151** ust. 3 - proponuje się zapis:

„Jeżeli **zamawiający udzieli wyjaśnień przekraczając terminy** ~~nie udzieli wyjaśnień w terminach~~, o których mowa w ust. 2, przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert.”

Intencją ustawodawcy było najwyraźniej odniesienie się do sytuacji, w której zamawiający uchybił ustawowym terminom, tymczasem z literalnej treści przepisu wynika sytuacja, w której zamawiający w ogóle nie udzielił wyjaśnień.

**Art. 235** - proponuje się zapis:

„Zamówienia udziela się na podstawie kryteriów oceny ofert gwarantujących obiektywne porównanie **rzeczywistej** ~~relatywnej~~ wartości ofert w warunkach konkurencji w celu ustalenia, która z ofert jest najkorzystniejsza”

W opinii postulującego użycie słowa „relatywnej” wprowadza niepotrzebne nieporozumienie. „Relatywnie” znaczy „względnie, stosunkowo”, tymczasem celem kryteriów jest porównanie nie „względnej, stosunkowej”



wartości ofert, ale wręcz przeciwnie – bezwzględnej i całkowitej (niezależnie od tego czy mamy do czynienia z kryteriami, gdzie zamawiający ocenia np. aspekty jakościowe czy z całkowicie mierzalnymi).

**Art. 236** ust. 1 Proponuje się zapis:

„Kryteria oceny ofert nie mogą pozostawiać zamawiającemu ~~nieograniczonej~~ swobody wyboru najkorzystniejszej oferty ani nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.”

Na etapie oceny ofert powinna być wyłączona jakakolwiek swoboda czy uznanie zamawiającego. Nawet w przypadku kryteriów pozacenowych o charakterze jakościowym nie chodzi o przyznanie zamawiającemu swobody lecz o ocenę aspektu kryterium. Przyznanie zamawiającemu swobody (nawet jeśli ograniczonej), skutkować może obniżeniem poziomu opisów kryteriów oceny ofert.

**Art. 250 ust. 1** Proponuje się zapis

„Wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego konkretną datą w dokumentach zamówienia, jednak nie dłużej niż:

~~1) 90 dni,~~

2) 60 dni,

2) ~~120 dni~~ 90 dni – jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro

- licząc od dnia upływu terminu składania ofert.”

Biorąc pod uwagę, że ustawodawca ostatecznie nie zdecydował się na przewidzenie sankcji dla zamawiających w przypadku, gdy postępowanie nie zakończy się w terminie związania ofertą (np. w postaci poniesienia kosztów przedłużenia wadium), poddajemy pod rozważenie powrót do 60-dniowego terminu (w przypadku średnich wartości zamówień) oraz do terminu 90 dni (w przypadku zamówień dużych).

**Art. 255** ust. 4 – proponuje się zapis:

„Zamawiający ocenia przedstawione informacje z uwzględnieniem, gdy wystąpi taka potrzeba, dodatkowych wyjaśnień składanych przez wykonawców (w szczególności, gdy w toku wyjaśnień pojawiła się nowa okoliczność wymagająca doprecyzowania, względnie gdy zamawiający zdecydował się, po uzyskaniu wyjaśnień, doprecyzować niektóre informacje)”

Możliwość „dopytywania” w zakresie rażąco niskiej ceny jest mocno kontrowersyjna, dlatego sugerujemy doprecyzowanie w jakich przypadkach byłoby to pożądane (pojawienie się w wyjaśnieniach okoliczności wymagającej doprecyzowania lub zbyt ogólne wezwanie do wyjaśnień i konieczność doprecyzowania po uzyskaniu wyjaśnień)

**Art. 279** Wprowadza nową instytucję „wysłuchania żali niewybranych wykonawców” bez wskazania, jakiemu celowi instytucja ta ma służyć, jaki ma być wpływ ustaleń ze spotkania z niewybranymi wykonawcami np. na wybraną ostatecznie ofertę, czy na podpisanie umowy, (skoro do spotkania ma jeszcze dojść przed



podpisaniem umowy z wybranym wykonawcą). Z tego względu regulację tą w obecnym kształcie należy ocenić negatywnie, zaś aby nadać jej znaczenia należałoby uwzględnić w treści następujące uwagi:

- termin spotkania powinien być wyznaczony przez zamawiającego nie tylko przed datą zawarcia umowy ale również przed upływem terminu na wniesienie środków ochrony prawnej - umożliwi to poznanie motywów działania zamawiającego i zaprezentowanie uwag wykonawców w stosunku do zasadności takich działań w terminie poprzedzającym złożenie odwołania, co może przyczynić się do ograniczenia sporów kierowanych do rozpoznania przez KIO, względnie toczenia sporu w duchu transparentności i zrozumienia wzajemnych argumentów;
- spotkanie powinno się odbywać wg określonych wytycznych, co do jego przeprowadzenia - tak aby mogły się przyczynić do transparentności prowadzonych postępowań. Stąd zamawiający winien być zobligowany do: (i) szczegółowego zaprezentowania motywów swoich działań; (ii) przeanalizowania i udokumentowania tejże analizy w zakresie argumentacji i uwag podnoszonych przez wykonawców uczestniczących w spotkaniu (obowiązek autokorekty/ potwierdzenia dotychczasowych decyzji wraz z uzasadnieniem po zapoznaniu się z argumentacją stron, podniesioną podczas spotkania);
- obecnie spotkanie możliwe jest do zorganizowania jedynie na wniosek wykonawcy, którego oferta nie została wybrana, (co sugeruje ograniczenie zakresu spotkania do spraw związanych z zasadnością wyboru oferty konkurencyjnej/zasadnością unieważnienia postępowania). Celowe jest natomiast umożliwienie zorganizowanie takiego spotkania **także z inicjatywy wykonawcy wybranego**, który staje np. przed decyzją wyrażającą zgodę na zawarcie umowy - po terminie związania ofertą. Spotkanie takie mogłoby rozwiązać wątpliwości interpretacyjne dotyczące poszczególnych postanowień umownych związanych z przyszłą realizacją, ułatwiając decyzję w przedmiocie wyrażenia bądź nie zgody na zawarcie umowy, co z kolei mogłoby przyczynić się do zmniejszenia przypadków odstępowania od zawierania umów przez wykonawców;

### **Dział III           Szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień publicznych (art. 291 - art. 342)**

**Art. 303** W ramach „dynamicznego systemu zakupów”, który ma zastosowanie także do robót budowlanych przewiduje się - co prawda jako minimalny, ale tylko **10 dniowy** termin na złożenie oferty. Wydaje się, że termin ten właśnie w odniesieniu do robót budowlanych, charakteryzujących się znacznym stopniem skomplikowania - jest zdecydowanie za krótki.

Proponuje się wprowadzenie terminu **30 dni**.

**Art. 336** Zgodnie z **ust. 2** zamawiający może unieważnić konkurs, jeżeli złożono tylko jedną pracę konkursową lub tylko jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w konkursie. Natomiast wg **ust. 4** zwrot kosztów przygotowania pracy konkursowej może nastąpić tylko wówczas, kiedy unieważnienie konkursu nastąpiło tylko z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. W efekcie w sytuacji opisanej **ust. 1** podmiot składający pracę konkursową lub wniosek o udział w konkursie - jako jedyny nie ma możliwości odzyskania kosztów przygotowania pracy konkursowej, jeżeli z tego tylko względu dojdzie do unieważnienia konkursu - co należy ocenić jako rozwiązanie negatywne;

### **Dział IV Zamówienia sektorowe (art. 343 - art. 373)**





**Bez istotnych uwag.** Natomiast jako zmianę pozytywną należy odnotować wprowadzenie w systemie kwalifikowania wykonawców - dwóch dodatkowych trybów postępowania, tj. „**dialogu konkurencyjnego**” oraz „**partnerstwa innowacyjnego**”.

#### **Dział V Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 374 - art. 407)**

Bez istotnych uwag.

#### **Dział VI Zamówienia klasyczne o wartości mniejszej niż progi unijne (art. 408 - art. 459)**

**Art. 418** W ramach treści **ust. 3** ustawodawca wskazuje na konieczność uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia stwierdzenia „**lub równoważny**”. Praktyka pokazuje, że stwierdzenie to budzi szereg kontrowersji i prowadzi do szeregu postępowań odwoławczych przed KIO. Zasadnym się więc wydaje rozważenie, (a w konsekwencji ewentualne dodanie w projekcie Ustawy zapisu), czy w takiej sytuacji zamawiający nie powinien jednak określać technicznie uzasadnionych i istotnych parametrów technicznych - nie utrudniających uczciwej konkurencji, na podstawie których prowadzona będzie ocena - proponowanych jako „równoważne” - produktów lub usług;

**Art. 418** W **ust. 4** zakłada się, że to zamawiający będzie mógł określić „**przedmiotowe środki dowodowe**”, jakie mogą wykorzystać wykonawcy w celu udowodnienia równoważności oferowanego produktu lub usługi. Wydaje się, że przepis ten nie powinien jednak ograniczać wykonawców i być tak skonstruowany, aby wykonawcy mogli wykorzystywać także inne przedmiotowe środki dowodowe - nie wskazane przez zamawiającego i to chociażby z uwagi na fakt, iż zamawiający zazwyczaj nie jest profesjonalistą w danej dziedzinie;

**Art. 423** W ramach treści **ust. 2** oraz **ust. 3** brakuje odwołania - jak w **ust. 1** do zastrzeżenia „**chyba, że zamawiający jest już w posiadaniu lub ma dostęp do podmiotowych środków dowodowych**” - jego dodanie przyspieszy postępowanie i pozwoli uniknąć wątpliwości interpretacyjnych, czy w sytuacjach objętych **ust. 2** i **ust. 3** zamawiający może skorzystać z takich środków, jeżeli je posiada/ma do nich dostęp, czy też nie;

Ponadto można mieć również wątpliwości, czy termin **5 dni** wskazany w **ust. 1** ma zastosowanie do sytuacji ujętych w **ust. 2** i **ust. 3**, co wymaga sprecyzowania.

**Art. 427** Wprowadzenie dla zamawiającego w **ust. 2** możliwości sporządzenia tylko „**opisu potrzeb i wymagań**”, kiedy specyfikacja przedmiotu zamówienia oraz potrzeby zamawiającego „**uniemożliwiają**” lub „**utrudniają**” opisanie w wystarczająco precyzyjny sposób warunków zamówienia - jest rozwiązaniem bardzo nieprecyzyjnym, mogącym wprost prowadzić do nadużyć w postaci celowego zaniechania sporządzenia SWZ na rzecz obowiązkowych wówczas negocjacji - których przedmiot będzie wówczas niedookreślony, prowadząc wówczas do zarzutu nieporównywalności składanych ofert. Przerzucenie obowiązku sporządzenia SWZ pod pretekstem „**uniemożliwienia**” lub „**utrudnienia**” jego przygotowania - na negocjacje z oferentami sprowadza się do zwolnienia zamawiającego z odpowiedzialności za określenie parametrów zamówienia, gdyż negocjacje w swoim założeniu (**art. 439 ust. 2**) mają umożliwić wykonawcom m.in. doprecyzowanie treści ofert. W efekcie w fazie realizacji wykonawca może spotkać się z zarzutem, że skoro



nie negocjował w danym zakresie, to znaczy, że przyjął ryzyko ewentualnych nieprawidłowości w zakresie, w jakim zamówienie powinno być opisane w specyfikacji przez zamawiającego;

Dodatkowo trudno sobie wyobrazić, (a tym samym nie wiadomo, jak sytuacja ta będzie interpretowana przez zamawiających) jak „specyfikacja przedmiotu zamówienia” oraz „potrzeby zamawiającego” same w sobie mają temu zamawiającemu „utrudniać” opisanie w wystarczająco precyzyjny sposób warunków zamówienia;

**Art. 432** Z uwagi na ww. wątpliwości co do **Art. 427** - terminy **5 i 10 dni** wskazane w **ust. 2** powinny zostać przedłużone odpowiednio - do **7 i 14 dni**;

**Art. 433** Wskazany w **ust. 2** termin **2 dni** na złożenie ofert przez wykonawców w odpowiedzi na udzielone przez zamawiającego wyjaśnienia do SWZ lub opisu potrzeb i wymagań - należy przedłużyć do co najmniej **7 dni**. Wyjaśnienia do SWZ lub do opisu potrzeb i wymagań mogą mieć taki charakter lub zakres, że mogą diametralnie zmieniać zakres oferty, na co wykonawcy muszą mieć odpowiedni czas;

**Art. 443** Z uwagi na ww. wątpliwości dotyczące **Art. 427** - terminy **5 i 10 dni** powinny zostać przedłużone odpowiednio - do **7 i 14 dni**;

**Art. 448** Wymaga doprecyzowania, czy w ramach pojęcia „zamawiający zaprasza do negocjowania warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego co najmniej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty we wcześniejszym postępowaniu, w wyniku którego doszło do zawarcia umowy, od której zamawiający odstąpił” - zamawiający ma obowiązek zaprosić także tego wykonawcę od umowy z którym odstąpił, czy też nie, (co może mieć szczególne znaczenie w sytuacji, kiedy wykonawca odstąpienie od umowy przez zamawiającego będzie kwestionował np. przed sądem). Z formalnego punktu widzenia odstąpienie od umowy powoduje rozwiązanie umowy i brak związania zamawiającego z wykonawcą węzłem obligacyjnym, a to z kolei może uzasadniać chęć wzięcia udziału przez takiego wykonawcę w nowym przetargu.

## **Dział VII Umowa w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonanie (art. 460 - art. 494)**

**Art. 462** Treść **ust. 1** posługuje się stwierdzeniem „**rażąco nieproporcjonalnych**” w stosunku do tych postanowień umowy, które nie mogą kształtować praw i obowiązków obu stron umowy. *A contrario* postanowienia „**nieproporcjonalne**” mogą już być stosowane, co oczywiście narusza zasadę równości stron umowy i daje zamawiającemu możliwość interpretacji niekorzystnych dla wykonawców zapisów - jako tylko „**nieproporcjonalne**”, a nie „**rażąco nieproporcjonalne**”. Z tego względu postuluje się o usunięcie w **ust. 1** słowa „**rażąco**”. Pierwotne brzmienie dopuszcza nieproporcjonalność prac i obowiązków (za wyjątkiem rażącej). W opinii postulującego, prawa i obowiązki nie powinny być zawsze proporcjonalne (podobnie jak warunki udziału w postępowaniu). Oczywiście jest przy tym, że zamawiający, jako strona publiczna musi chronić publiczny interes. Nie może to jednak oznaczać przyzwolenia na kształtowanie postanowień umownych w sposób korzystny dla jednej tylko strony. Tytułem przykładu – jeśli umowa przewiduje karę umowną za odstąpienie tylko w przypadku odstąpienia przez wykonawcę, to jest to nieproporcjonalność rażąca. Jeśli jednak przewiduje karę umowną dla obu stron, ale np. za odstąpienie



wykonawcy 20% a za odstąpienie zamawiającego 10%, to nie jest to rażące, ale taka nieproporcjonalność jest niczym nieuzasadniona. Zamawiający ma cały wachlarz mechanizmów pozwalających mu chronić interes publiczny, nie musi w tym celu kształtować „nierównej” umowy.

Proponuje się, aby nadać ostatniej części zdania, np. następujące brzmienie „*postanowienia umowy nie mogą kształtować praw i obowiązków zamawiającego oraz wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz obciążać wygórowanymi ryzykami nieuzasadnionymi potrzebą należytej realizacji zamówienia*”.

**ust. 2** - wprowadza „klauzule abuzywne” w umowach zawartych w reżimie zamówień publicznych, co jako rozwiązanie samo w sobie należy uznać co do zasady za korzystne i wyczekiwane. Natomiast celowe jest dodatkowo **rozszerzenie katalogu klauzul abuzywnych wymienionych w ust. 2**. Efektywność wskazanego rozwiązania można byłoby uzyskać przykładowo poprzez określanie i bieżącą aktualizację takich klauzul przez Prezesa UZP, reagującego na zmienność uwarunkowań rynkowych i bazującego na zakresie i wynikach sporów toczących się przed KIO;

Nadto, w odniesieniu do katalogu klauzul abuzywnych, warto byłoby go rozszerzyć o postanowienia, które stanowią przekroczenie zasady swobody kontraktowania, np.:

- odpowiedzialność wykonawcy za skutki okoliczności, na których powstanie wykonawca, pomimo zachowania należytego staranności nie miał wpływu,
- pozbawienie wykonawcy prawa do dochodzenia roszczeń związanych z realizacją zamówienia,
- zaniechanie ustalenia maksymalnej wysokości kar umownych, którymi zamawiający może obciążyć wykonawcę,
- pozbawienie wykonawcy możliwości żądania od zamawiającego odszkodowania uzupełniającego przewyższającego wysokość zastrzeżonych w umowie kar umownych,
- nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za skutki uchybień zamawiającego w zakresie przygotowania zamówienia,
- ograniczenie waloryzacji przysługującej wykonawcy jedynie do części wynagrodzenia.

**Art. 465 pkt 1** Bardzo pożądanym przepisem. Powinien wyeliminować problem umów w których termin wykonania był określany datą dzienną, a czas między zawarciem umowy (opóźnionym np. w związku z odwołaniami) nie pozwalał terminowo wykonać umowy, czyniąc świadczenie wykonawcy niemożliwym.

**Art. 465 ust. 3** Zasadnym byłoby rozszerzenie katalogu danin publicznych których zmiana wysokości powoduje obowiązek dokonania odpowiedniej zmiany wynagrodzenia wykonawcy, w szczególności akcyzy na benzynę silnikową i olej napędowy, a także opłaty paliwowej. W przypadku przedsiębiorstw, w których zakup tego typu paliw stanowi istotną część kosztów działalności, zmiany ich cen, generowane zmianą stawek danin publicznych, mają istotny wpływ na rentowność wykonywanych zamówień.



Nadto, opierając się na dotychczasowych zdarzeniach, należałoby wprowadzić w ramach art. 465 ust. 3 lit b) tiret pierwsza, następujące uregulowanie: „stawki podatku od towarów i usług **lub zmiany przeważającej praktyki stosowania podatku od towarów i usług w sposób wpływający na wysokość zastosowanej w ofercie wykonawcy stawki tego podatku**”.

**Art. 467** Dane osobowe pracowników, wskazane w **ust. 2** po **pkt. 3)** powinny zostać usunięte, jako podlegające ochronie na podstawie Ustawy o ochronie danych osobowych;

Z tych samych powodów w odniesieniu do dokumentów, o których mowa w **ust. 2 pkt. 2)** i **pkt. 3)** ustawodawca powinien wprowadzić wymóg ich „**zanonimizowania**”;

#### **Art. 468 [WALORYZACJA]**

Zobligowanie zamawiających do zawarcia w umowach klauzul waloryzacyjnych jest dobrym krokiem. Niestety pozostawienie im uprawnienia do arbitralnego określania poziomu zmian cen materiałów uprawniających wykonawców do żądania zmiany wynagrodzenia, nie zmieni obecnej, patologicznej sytuacji, w której waloryzacja jest instytucją fikcyjną

Posługiwanie się konkretnymi wzorami, wskaźnikami czy procentami niesie ryzyko niedostosowania do nieprzewidywalnych zmian i zjawisk na rynku. Należy też pamiętać o ewentualnych skutkach regulacji art. 468 ust. 4 projektu ustawy. O ile więc konkretne postanowienia będą korzystane w aktualnym stanie faktycznym, o tyle w miarę upływu czasu mogą spowodować niekorzystne obniżenie wysokości wynagrodzenia, w szczególności że wskazane w ustawie wskaźniki GUS nie odzwierciedlają faktycznych cen na rynku.

Wydaje się, że w przepisie art. 468 ust. 1 należy sformułować zasadę ogólną odnoszącą się do sposobu kształtowania podstaw waloryzacji. Chodzi o zapewnienie **realności waloryzacji**. Umowa winna więc zawierać „*postanowienia dotyczące zasad wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmian cen materiałów lub kosztów istotnych dla realizacji zamówienia, które pozwolą na realne dostosowanie wysokości wynagrodzenia do zmian rynku*”. **Celem waloryzacji powinno być zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy**. Należy postulować możliwość dokonywania zmian samych klauzul waloryzacyjnych, jako skutek niemożliwych do przewidzenia zmian rynku.

Projekt ustawy zakłada, że w przyszłej umowie zamawiający będą określać zarówno poziom zmiany cen materiałów lub kosztów, który będzie uprawniał strony do żądania zmiany wynagrodzenia (próg minimalny), jak i maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia (próg maksymalny), co finalnie może się sprowadzać do takiego uregulowania umownej waloryzacji, że nie będzie miała w ogóle zastosowania w praktyce.

Należy zauważyć ryzyka związane z poziomem zmian i terminem, powoływanie się na komunikat GUS i niejednoznaczność pojęcia: „sposób określenia wpływu zmiany ceny na koszt wykonania zamówienia”(?). GUS ogłasza swoje wskaźniki nie tylko w formie komunikatów (ust. 2 pkt 2 lit. a), ale również w formie obwieszczenia, stąd należałoby zweryfikować przyjętą w projekcie terminologię.

- **ust. 1** - wskazując na umowy mogące podlegać waloryzacji odnosi się do „**umów o roboty budowlane**” oraz „**usług**” - pomija zaś „**dostawy**”;



- **ust. 2 pkt. 1)** - daje zamawiającemu, **niepowiązane z przesłankami obiektywnymi - prawo samodzielnego decydowania** (w treści wzoru umowy z wykonawcą) o tym: **(i) jaki poziom wzrostu cen materiałów lub kosztów realizacji zamówienia - uprawnia strony** (także zamawiającego przy spadku cen i kosztów) - **do żądania zmiany wynagrodzenia, oraz (ii) jakie będzie początkowy termin, w którym do zmiany wynagrodzenia dojdzie.** W efekcie **waloryzacja nie jest automatyczna, tzn. nie jest powiązana z samym obiektywnym faktem wzrostu cen i kosztów realizacji, ale tylko może, (a nie musi) być uruchamiana dopiero po przekroczeniu - określonego pułapu cen i kosztów i tylko wtedy, kiedy tak zdecyduje dany zamawiający.** Dodatkowo zaproponowany model waloryzacji (oparty o subiektywne uznanie Zamawiającego) może nie obejmować całego okresu wzrostu cen. Istnieje więc **ryzyko, że w oparciu o przedstawioną propozycję nie będą waloryzowane wzrosty cen i koszty na niższym, ale równie dotkliwym i generującym straty wykonawców poziomie, albo też że waloryzacja nie będzie obejmować całego okresu tych wzrostów w ramach realizacji umowy.** Jeżeli więc tylko zamawiający miałby decydować, o ww. elementach mechanizmu waloryzacji, to Ustawa powinna określać obiektywne kryteria, wg których elementy te powinny być wybierane/oceniane - jako właściwe i rzetelne;
- **ust. 2 pkt. 2)** - daje zamawiającemu, **niepowiązane z przesłankami obiektywnymi - prawo samodzielnego decydowania** (w treści wzoru umowy z wykonawcą) o tym: **(i) jaki wskaźnik będzie właściwy do ustalenia zmiany wynagrodzenia, co pozostawia zamawiającemu bardzo dużą swobodę w operowaniu mechanizmem waloryzacji i jednostronnego wpływania na nią w praktyce, (ii) jakie faktycznie materiały i koszty będą waloryzowane** (Ustawa nie wskazuje chociażby przykładowo na wybrane materiały - właściwe dla „robót budowlanych”, czy „usług” - a pomijając wprost „dostawy”). Na marginesie należy dodać, że nawet wskazany przykładowo w **ust. 2 pkt. 2) lit. a)** wskaźnik Prezesa GUS jest niedookreślony, bo jego przywołanie nie wskazuje - jaki to ma być wskaźnik, czy za jaki okres. Jeżeli więc tylko zamawiający miałby decydować, o ww. elementach mechanizmu waloryzacji, to Ustawa powinna określać obiektywne kryteria, wg których elementy te powinny być wybierane/oceniane - jako właściwe i rzetelne;
- **ust. 2 pkt. 3)** - daje zamawiającemu, **niepowiązane z przesłankami obiektywnymi - prawo samodzielnego decydowania** (w treści wzoru umowy z wykonawcą) o tym: **(i) jak będzie określony sposób wpływu zmiany cen i kosztów - na koszty realizacji zamówienia oraz (ii) za jakie okresy będzie wynagrodzenie waloryzowane.** Jeżeli więc tylko zamawiający miałby decydować, o ww. elementach mechanizmu waloryzacji, to Ustawa powinna określać obiektywne kryteria, wg których elementy te powinny być wybierane/oceniane - jako właściwe i rzetelne;
- **ust. 2 pkt. 4)** - daje zamawiającemu, **niepowiązane z przesłankami obiektywnymi - prawo samodzielnego decydowania** (w treści wzoru umowy z wykonawcą) o tym - **jaka będzie maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia w wyniku umownych zapisów o waloryzacji, zezwalając by w ten sposób ograniczał on możliwość zmiany wynagrodzenia w części, jaka sam uzna za stosowną.** Jeżeli więc tylko zamawiający miałby decydować, o ww. elementach mechanizmu waloryzacji, to Ustawa powinna określać obiektywne kryteria, wg których elementy te powinny być wybierane/oceniane - jako właściwe i rzetelne;
- **ust. 3 - jego redakcja jest bardzo niejasna,** gdyż teoretycznie ustęp ten może być interpretowany na dwa sposoby: **pierwszy,** że wprowadzony okres **180 dni,** (liczony od terminu złożenia oferty - do dnia zawarcia umowy) miałby stanowić **ryzyko wykonawcy w ramach możliwości zmiany wynagrodzenia,** tzn. że dopiero po upływie tego okresu wykonawca mógłby mieć dopiero prawo do



waloryzacji wynagrodzenia ewentualnie **drugi**, że jeżeli minie ww. okres 180 dni, to wynagrodzenie wykonawcy będzie zwaloryzowane po raz pierwszy, (czyli swoista aktualizacja wynagrodzenia), zaś jak zaistnieją przesłanki z ust. 2, to będzie je można zwaloryzować jeszcze raz na zasadach zawartych w umowie przygotowanej przez zamawiającego. **Z tych względów zapis ust. 3 należy sformułować bardziej jednoznacznie;**

- **ust. 4 - jest kolejnym zapisem budzącym kontrowersje.** Jego treść nie wyjaśnia bowiem, czy jest on definicją pojęcia „zmiany ceny materiałów”, jakim posługują się postanowienia **ust. 1 - ust. 3**, czy też jest oderwanym od nich pojęciem mającym zastosowanie do zmiany cen „**wyrobów budowlanych**”.

Nie wiadomo więc czy rozróżnienie to jest celowe i co wówczas z niego wynika, czy też stanowi ono wymagającą tylko sprostowania omyłkę pisarską. Powyższe ma szczególne znaczenie w kontekście treści **ust. 6** - o czym przy uwagach do tego ustępu.

Należy także zaznaczyć, że **ust. 4** pomija w „definicji” zmiany cen - zmianę „**kosztów realizacji zamówienia**”, mimo, że koszty te są uwzględniane w innych ustępach tego artykułu. Istnieje więc niespójność pomiędzy treścią **ust. 4**, a treścią **ust. 2** i **ust. 3**, którą należy usunąć;

- **ust. 5** - wprowadza ograniczenie, zgodnie z którym żądanie zmiany wynagrodzenia nie może dotyczyć tej jego części, które zostało wypłacone przez zamawiającego i przyjęte przez wykonawcę bez zastrzeżeń. Uzależnienie możliwości uzyskania waloryzacji od przyjęcia bez zastrzeżeń wynagrodzenia będzie w praktyce oznaczać ograniczenie uzyskania tej waloryzacji, albowiem pojęcie „**przyjęcia bez zastrzeżeń wynagrodzenia**” jest pojęciem zbyt ogólnym i może oznaczać np. już sam wpływ środków od zamawiającego na rachunek wykonawcy, (kiedy to wykonawca nie ma wpływu na to, kiedy te środki z rachunku zamawiającego na rachunek wykonawcy wpłyną). Powyższe może uniemożliwiać wykonawcom waloryzację wynagrodzenia w części, w odniesieniu do której wskaźniki waloryzacji (np. GUS) będą publikowane z opóźnieniem, albo po wpływie wynagrodzenia na konto wykonawcy;

Ponadto brak jest definicji - **jaki rodzaj „zastrzeżenia”** (np. czy ustny, czy może pisemny) wykonawcy spełniałby przesłanki z tego przepisu;

- **ust. 6** - odwołuje się w treści tylko do **ust. 1-3**, pomijając **ust. 4**, który definiuje zmianę cen nie tylko jako „**wzrost**”, ale także jako ich „**obniżenie**”. Może to sugerować, że treścią **ust. 6** (dotyczącego zmiany wynagrodzenia podwykonawców) nie jest objęta sytuacja, kiedy zamawiający z uwagi na obniżenie cen zmniejszy wynagrodzenie wykonawcy. Jeżeli tak, to treść **ust. 6** należałoby zmienić, (np. poprzez ujęcie jego treścią także **ust. 4**) zapewniając w ten sposób zachowanie **zasady równości w traktowaniu i wykonawców i podwykonawców. Ustawodawca nie może bowiem doprowadzać do sytuacji, w której wykonawca będzie miał wynagrodzenie podwyższone, ale i obniżane, a podwykonawcy tylko podwyższone.**

Gdyby natomiast przyjąć, że wprowadzona „definicją” **ust. 6** waloryzacja ujemna cen ma dotyczyć także podwykonawców, to waloryzacja ta miałaby „**automatyczne**” zastosowanie z mocy prawa. W takiej sytuacji treść **ust. 6** należałoby uznać za mechanizmem ingerującym zbyt daleko w relacje „wykonawca-podwykonawcy”, gdyż nie może narzucać wykonawcy, by ten zmniejszał (jeżeli sam tego nie chce) wynagrodzenia podwykonawcy;



Regulacja **ust. 6** nie definiuje pojęcia „**podwykonawcy**”, a tym samym nie wiadomo, do zakresu jakich podmiotów się odnosi. W konsekwencji **mogą powstawać spory** - jak interpretować użyte w **ust. 6** pojęcie: „**w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy**”, które ma decydować o tym, jakim podwykonawcom ma wykonawca waloryzować wynagrodzenie, a jakim nie. Uwzględniając mechanizm „**bezpośredniej płatności**” zamawiającego z Ustawy, czy jego „**odpowiedzialności solidarnej**” na gruncie Kodeksu Cywilnego, nie trudno sobie wyobrazić, jakie będą powstawały kontrowersje i spory w sytuacji, kiedy danemu podwykonawcy wynagrodzenie nie zostanie zwaloryzowane i o jego zapłatę (w części jaka tą waloryzacją miałyby być objęta) zwróci się on do zamawiającego;

Co więcej sama zasada „**automatycznej**” **zmiany wynagrodzenia podwykonawców**, (jeżeli tak należy interpretować niejasne w tym względzie intencje ustawodawcy), jaka może być wywiedziona z treści **ust. 6** w zw. z **ust. 4** - jest niedopuszczalna, gdyż podwykonawcy nie są związani względem wykonawcy ofertami przez tak długi okres czasu, jak wykonawca względem zamawiającego w trakcie trwania procedury przetargowej (tutaj nawet do **120 dni** przy robotach budowlanych). Podwykonawcy na bieżąco, (tj. zazwyczaj już po 30 dniach) aktualizują swoje oferty w efekcie czego przyjmowane przez nich ceny odpowiadają aktualnym wzrostom cen materiałów. To w ten sposób wzrost cen materiałów - pochodzący od aktualizowanych przez podwykonawców na bieżąco ofert - powoduje dysproporcję pomiędzy ceną z oferty wykonawcy (wynagrodzeniem), a cenami, po których ostatecznie materiały te wykonawca musi zakupić (tj. kosztami realizacji robót). Zastosowanie więc „**automatycznego**” **mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia podwykonawców** powodowałoby, że podwykonawcy mieliby waloryzowane wynagrodzenie - **dwukrotnie (raz waloryzują je sobie sami - dostosowując na bieżąco ceny materiałów do cen rynkowych, a drugi raz automatycznie na gruncie ustawy)**;

Dodatkowo nie ma żadnego uzasadnienia dla **asymetrii** pomiędzy zapisem **ust. 1**, a zapisem **ust. 6**, gdzie wynagrodzenie wykonawcy może być waloryzowane, jeżeli jego umowa z zamawiającym jest zawarta na okres dłuższy niż **12 miesięcy**, zaś wynagrodzenie podwykonawcy ma być waloryzowane, jeżeli jego umowa z wykonawcą jest już zawarta na **6 miesięcy**. Abstrahując od bezzasadności waloryzacji wynagrodzenia podwykonawców samej w sobie, rozważając możliwość jej zastosowania należy stosować równe zasady dla porównywalnych okresów uczestników waloryzacji.

#### **POZOSTAŁE UWAGI GENERALNE:**

**1/.** Ustawodawca przyjął, że cały mechanizm waloryzacji ma być w rękach jednej strony umowy - tj. zamawiającego i to zamawiający będzie decydował - bez odnoszenia się do kryteriów obiektywnych, czy waloryzacja będzie miała zastosowanie i jak będzie wyglądała w praktyce. Rozwiązanie to jest więc bardzo zbliżone do „funkcjonującego” obecnie w umowach z GDDKiA oraz PKP PLK, (gdzie właśnie w umowach zamawiający określają wszystkie podstawy i parametry dotyczące waloryzacji), co prowadzi do waloryzacji „pozornej” i w praktyce nieistniejącej;

**2/.** Równocześnie wprowadzone „**zasady ogólne waloryzacji wynagrodzenia**” nie zostały określone na tyle precyzyjnie, by można było stwierdzić, jak waloryzacja ta będzie wyglądać w praktyce oraz czy jej zastosowanie spełniać będzie podstawowy cel - tj. czy będzie urealniać na bieżąco koszty realizacji inwestycji;



3/. Brakuje zapisu proponowanego w poprzednich projektach Ustawy, zgodnie z którym „**zastrzeżenie w umowie w sprawie zamówienia publicznego, że strony nie mogą zwracać się do sądu o zmianę wynagrodzenia jest nieważne**”. Zapis taki należy dodać, gdyż przy aktualnej propozycji treści **Art. 468**, mogącej prowadzić do jedynie pozornej i w praktyce nieistniejącej waloryzacji, zamawiający mogą także wprowadzać zapisy o wyłączeniu innej (np. sądowej) możliwości waloryzowania wynagrodzenia, niż ta ujęta w umowie. O nieważności umownego wyłączenia waloryzacji wynagrodzenia przez sąd (na podstawie **art. 357<sup>1</sup> k.c.**, **art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c.** i **art. 632 k.c.**) wypowiedziały się już sądy i warto tę tezę (skoro budzi kontrowersje) zapisać wprost w Ustawie po to, by wykonawcy wiedzieli, że jak nie otrzymają odpowiedniej waloryzacji na gruncie zapisów umowy, to zawsze mogą wnieść o rozstrzygnięcie do sądu;

4/. Projekt waloryzacji nie uwzględnia niestety kwestii tzw. „**kosztów ogólnych**” wykonawcy powstałych w trakcie realizacji robót po upływie okresu, na jaki umowa z Zamawiającym została zawarta;

5/. Bardzo ogólny mechanizm projektu nie odpowiada również na pytanie - w **jaki sposób wyeliminować ryzyko podwójnej zapłaty przez Wykonawcę za wzrost cen tych samych robót** (materiałów, energii i paliw) - tj. **raz podwykonawcy, a drugi raz dalszemu podwykonawcy**;

**Art. 482** W myśl obowiązującego art. 151 ust. 1 ustawy PZP zabezpieczenie należytego wykonania jest zwracane w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia. Kwota ta jest zwracana nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady. Odpowiednikiem dotychczasowej regulacji art. 151 ustawy PZP jest art. 482 projektu.

*Ratio legis* komentowanych przepisów opiera się na zapewnieniu Zamawiającemu środków na pokrycie roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem zobowiązań umownych w okresie realizacji, a następnie roszczeń z tytułu rękojmi. Zamawiający zawierający umowę z wykonawcą ma pewność, że w razie nienależytego wykonania lub niewykonania umowy będzie mógł zaspokoić swoje roszczenia w tym zakresie.

Należy zwrócić uwagę, że zarówno projekt jak i dotychczasowy przepis art. 151 ustawy PZP nie regulują kwestii częściowego zwolnienia zabezpieczenia. Chodzi o częste sytuacje kontraktów długoterminowych, w szczególności przyjmowania przez zamawiającego zorganizowanych części zamówienia w formie odcinków czy etapów i rozpoczęcia biegu okresu rękojmi za wady w odniesieniu do takiej części. Okresy rękojmi w odniesieniu do części zamówienia mogą rozpoczynać bieg w różnych terminach. Często też okres rękojmi danej części kończy się w trakcie biegu okresu rękojmi innego odcinka, czy wręcz po jego upływie.

Skoro nie będą istniały uprawnienia Zamawiającego z tytułu należytego wykonania Umowy (ponieważ umowa w tej części została należyte wykonana, odebrana i uznana za należyte wykonaną) to nie będzie istniał przedmiot zabezpieczenia. Podobnie po upływie okresu rękojmi, nie będzie istniał przedmiot zabezpieczenia z tytułu rękojmi. Wykładnia celowościowa omawianych przepisów prowadzi do wniosku, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy w odniesieniu do wykonanej jej części winno ulegać redukcji odpowiednio do tej wykonanej części zamówienia.

Literalne brzmienie przepisu art. 482 ust. 1 projektu może prowadzić do wniosku, że dopiero wykonanie całego przedmiotu zamówienia uprawnia wykonawcę do żądania zwrotu zabezpieczenia. W sytuacji, gdy





część zamówienia, np. obiekt / odcinek zostanie odebrany (przejęty) 01.01.2019r. (i z tym dniem rozpocznie bieg 2 letni okres rękojmi), a pozostała część zostanie przejęta 01.01.2021r., to zwolnienie całego zabezpieczenia należytego wykonania umowy nastąpi po przejściu tej pozostałej części zamówienia. Zamawiający nie będzie dysponował zabezpieczeniem roszczeń z tytułu rękojmi za wady w odniesieniu do przejętego wcześniej odcinka. Będzie dysponował wyłącznie zabezpieczeniem należytego wykonania całej umowy. Zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi „wejdzie w życie” dopiero po rozpoczęciu biegu rękojmi pozostałej części zamówienia. Tyle, że w takiej sytuacji zamawiający będzie dysponował zabezpieczeniem roszczeń, które wygasły - ponieważ okres rękojmi przejętego wcześniej odcinka upływie z dniem 01.01.2021 roku.

W celu dostosowania regulacji ustawy do częstych przypadków realizacji przedmiotu zamówienia w częściach proponuje się dodanie do art. 482 ust. 4, np. o treści: *„Przepisy ust. 1-3 stosuje się odpowiednio do wykonanej części zamówienia, którą zamawiający uznał za należyte wykonaną i wobec której rozpoczął bieg okres rękojmi za wady”*

**Art. 483-484** Ogólny przepis wprowadzający zasadę niezmienności umów o zamówienie publiczne w istotny sposób rozszerza definicję zmian istotnych. Według dotychczas obowiązującej regulacji art. 144 ust. 1 pkt 5 Strony mogły wprowadzać nieistotne zmiany umów. Oceny istotności zmian dokonywano w oparciu o wytyczne z art. 144 ust. 1e dotychczasowej ustawy. Powtórzeniem tych wytycznych jest art. 483 ust. 2 Projektu.

Wykładnia art. 483 ust. 1 projektu ustawy prowadzi do wniosku, że zmianą istotną będą wszystkie zmiany, o których mowa w art. 483 ust. 2, a dodatkowo zmiany wskazane w art. 484: *„Istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielnie zamówienia, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 484”*. W rezultacie planowana regulacja art. 483 ust. 1 może prowadzić do wniosku, że każda zmiana umowy o zamówienie publiczne może być kwalifikowana jako zmiana istotna, np. zmiana umowy o roboty budowlane wynosząca 16 % pierwotnej wartości umowy, a przy tym zmiana, którą można zakwalifikować jako nieistotną według przesłanek wskazanych w art. 483 ust. 2 projektu.

Nowelizacja przepisów regulujących zmianę umowy w konsekwencji doprowadzi do sytuacji, w której nieistotna zmiana umowy z punktu widzenia przesłanek z art. 483 ust. 2 projektu (aktualnego przepisu art. 144 ust. 1e ustawy PZP) będzie traktowana jako zmiana istotna z uwagi na odesłanie do ustawowych przesłanek zmiany umowy z art. 484 projektu. **W związku z tym należy postulować wykreślenie z art. 483 ust. 1 Projektu wyrazów: „(...) z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 484”.**

**Art. 492** Umowa o podwykonawstwo jest umową specyficzną, a zasady i warunki jej realizacji w sposób zasadniczy różnią się od warunków zawartej pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą umowy o zamówienie publiczne. Zakres praw i obowiązków wykonawcy, który co do zasady ma scalać i koordynować proces budowlany jest nieporównywalny z zakresem praw i obowiązków podwykonawcy, który może realizować jedynie część zamówienia publicznego o ułamkowej wartości całości zamówienia. Przyjęcie więc przepisów w projektowanym brzmieniu znacznie utrudni wykonawcy prowadzenie procesu inwestycyjnego, realizację robót budowlanych i spowoduje faktyczny brak wpływu na działanie podwykonawców, w tym w szczególności uniemożliwi w sposób należyty egzekwowanie obowiązków podwykonawców;



Przykładowo naliczana wykonawcy kara w wysokości 0,01% od wartości jego wynagrodzenia w wysokości 100 mln zł wynosi - 10.000 zł, zaś ta sama wysokość kary (wymagana zapisem art. 492) od wynagrodzenia podwykonawcy w wysokości 10 mln zł wynosi - 1.000 zł. Nie ulega wątpliwości, że kara w wysokości 10.000 zł za dzień zwłoki jest bardziej motywująca, niż kara w wysokości 1.000 zł za dzień zwłoki.

W konsekwencji, w naszej ocenie przepis, który zabrania mniej korzystnego kształtowania zapisów umowy wykonawcy z podwykonawcą w zakresie kar umownych i warunków wypłaty wynagrodzenia niż to wynika z umowy wykonawcy z zamawiającym - **należy usunąć lub istotnie przeredagować np. poprzez wskazanie, że nie jest dozwolone rażąco niekorzystne kształtowanie postanowień umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą.**

**Art. 494 Uwaga generalna** - artykuł ten wprowadza do systemu prawa instytucję „**bezpośredniej zapłaty**” przez zamawiającego wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy w sytuacji, kiedy od zapłaty ich wynagrodzenia uchyla się wykonawca lub podwykonawca. Zapis ten wprowadzony jest Ustawą, a więc aktem prawnym równym rangą Kodeksowi Cywilnemu, w którym funkcjonuje już regulacja **art. 647<sup>1</sup>** dotycząca solidarnej odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy i dalszych podwykonawców. W efekcie mamy dwie instytucje prawne, które mają służyć zabezpieczeniu tego samego interesu (podwykonawców i dalszych podwykonawców) - **bez rozstrzygnięcia w Ustawie PZP, która z nich ma pierwszeństwo stosowania**. W efekcie powstaje kolizja przepisów, której nie rozstrzyga, (a którą raczej potwierdza) treść **ust. 8 Art. 494**. Różnica ta, (tj. która instytucja ma pierwszeństwo stosowania) jest bardzo istotna z perspektywy wykonawców, którzy w ramach instytucji „**bezpośredniej zapłaty**” mogą składać uwagi do zamawiającego, które w efekcie mogą skutkować złożeniem kwoty do depozytu sądowego, a nie jej bezpośrednią zapłatą. W przypadku odpowiedzialności solidarnej owszem wykonawca też może zgłaszać uwagi (na zasadach ogólnych), ale te nie mogą prowadzić do wstrzymania się z zapłatą przez zamawiającego i przekazaniem kwoty do depozytu sądowego;

W związku z powyższym słusznym się wydaje, by skoro ustawodawca wprowadza już do obrotu nową instytucję, to powinien wskazać jej korelację z innymi instytucjami - regulującymi tę samą kwestię. Z racji specyfiki materii, jaką są zamówienia publiczne w systemie prawa, instytucja „**bezpośredniej zapłaty**” powinna mieć pierwszeństwo stosowania przed instytucją „**odpowiedzialności solidarnej**” zamawiającego na gruncie przepisów Kodeksu Cywilnego;

**ust. 4** - zakazuje wykonawcom powoływania się w uwagach do zamawiającego (uzasadniających odmowę zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, dalszego podwykonawcy) na dokonanie **potrącenia wzajemnych wierzytelności**. „**Potrącenie**” jest jednym ze sposobów regulowania zobowiązań, opisanych w Kodeksie Cywilnym, więc zakaz powoływania się na nie - prowadzi w efekcie do zakazu potrąceń (nawet w uzasadnionych przypadkach), co jest zbyt dużą ingerencją ustawową w zasady ogólne zobowiązań i stosunek obligacyjny (pomiędzy wykonawcą - a podwykonawcą), który sam w sobie (poza wymogami wynikającymi DZIAŁU VII Rozdział 1) nie podlega Ustawie PZP, a przepisom Kodeksu Cywilnego. Faktyczny zakaz potrąceń na linii wykonawca - podwykonawca w sytuacji, kiedy potrąceń takich może dokonywać zamawiający względem wykonawcy jest więc klasycznym przykładem „**rażącej nieproporcjonalności**”, o której mowa w Art. 462 ust. 1. Zakazując więc owej „**rażącej nieproporcjonalności**” ustawodawca niejako ją wprowadza na gruncie ustawowym.



## Dział VIII      **Organy w sprawie zamówień publicznych (art. 495 - art. 533)**

**Art. 502 ust. Pkt 2)** – w naszej ocenie pojawiają się wątpliwości co do stosowania przepisów Kpc o wartości sporów w odniesieniu do określenia warunków obligujących do stosowania postępowania koncyliacyjnego. Wydaje się że ustawodawca co do zasady definiował te spory jako spory które da się wycenić takie jak wykonanie dodatkowych robót itd.

**Art. 504 ust. 1** - z uwagi na wprowadzany projektem **obowiązek** prowadzenia **przesądowego postępowania polubownego** przed „Izbą Koncyliacyjną” (jedyną w kraju) w sprawie sporów dotyczących umów w reżimie zamówień publicznych współfinansowanych ze środków unijnych, gdzie szacunkowa wartość zamówienia przekraczała 10 mln euro dla dostaw lub usług i 20 mln euro dla robót budowlanych, a wartość przedmiotu sporu przekracza milion złotych, wątpliwości może budzić, czy maksymalna ilość członków tej Izby - w **liczbie 100** będzie wystarczająca do rozstrzygania takiej ilości sporów, jakie na gruncie ww. przesłanek funkcjonują obecnie w przestrzeni sądowej. Być może warto byłoby zapis ten - patrząc perspektywicznie uelastyczyć (w szczególności, że Izba ma działać przede wszystkim zgodnie z zasadą szybkości postępowania);

**ust. 2** - można mieć również wątpliwości, czy kwalifikacyjne wymagania merytoryczne na członków Izby są wystarczające. Obecnie projekt przewiduje, że wystarczy mieć: **(i)** 5-letnie doświadczenie zawodowe w obszarze zamówień publicznych **(ii)** wespół z tytułem zawodowym adwokata, radcy lub notariusza bądź zaświadczeniem o złożeniu egzaminu sędziowskiego albo prokuratorskiego - co przynajmniej w odniesieniu do sporów na gruncie umów o roboty budowlane (jednych z najbardziej złożonych i trudnych) może być za niskim pułapem wymagań;

W ramach postępowania kwalifikacyjnego na członków obu Izb KIO (Odwoławczej i Koncyliacyjnej) brakuje jasnego wymogu, by postępowania te mogły prowadzić jedynie osoby, o co najmniej o takich samych lub większych kwalifikacjach merytorycznych i zawodowych, jak członkowie Izby, do której wybierają danych członków;

## Dział IX      **Środki ochrony prawnej (art. 534 - art. 619)**

Pozytywnie należy ocenić uprawnienie wykonawców do złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniach poniżej progów unijnych na wszystkie czynności bądź zaniechania zamawiającego. Dla wykonawców korzystnym rozwiązaniem jest również umożliwienie złożenia odwołania za pośrednictwem operatora pocztowego, przy zachowaniu możliwości jego złożenia osobiście, za pośrednictwem postańca, czy w postaci elektronicznej.

Słusznym rozwiązaniem jest powołanie w ustawie jednego sądu właściwego dla rozstrzygania skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz wprowadzenie możliwości wniesienia przez strony i uczestników postępowania skargi kasacyjnej od wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie. Dla wykonawców pozytywną zmianą jest obniżenie opłaty sądowej od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, jak również wydłużenie terminu na złożenie skargi z 7 do 14 dni.

**Art. 524** – wskazano tu, że odwołanie przysługuje wykonawcom w szczególności na projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. To uszczegółowienie, z punktu widzenia wykonawców, jest ustawowym potwierdzeniem, że w umowach o zamówienie publiczne zasadą powinno



być dążenie do zrównoważenia stron umowy, a skorzystanie ze środków ochrony prawnej ma być narzędziem do przeciwdziałania zachwianiu tej równowagi, co oceniamy pozytywnie.

**Art. 538 ust. 2** - określa formy składania pism w postępowaniu odwoławczym, wśród których wymieniona jest możliwość składania pism za pośrednictwem **operatora pocztowego**. Brakuje natomiast wskazania, analogicznego do **Art. 609 ust. 2** (dotyczącego skargi na orzeczenie KIO), gdzie o zachowaniu terminu **decyduje chwila wniesienia pisma u operatora pocztowego**. W związku z powyższą niejednoznacznością celowe jest doprecyzowanie tego zapisu w zakresie skutków płynących z faktu złożenia pisma w placówce operatora pocztowego;

**Art. 542** Rozszerzenie kręgu czynności zamawiającego w tzw. postępowaniach podprogowych, wobec których wykonawcom służy odwołanie należy ocenić pozytywnie. Przyczyni się on z pewnością do znacznej poprawy jakości stosowania prawa przez zamawiających w postępowaniach podprogowych – głównie będzie to dotyczyło robót budowlanych (w ich przypadku działania zamawiających w postępowaniach do wartości przedmiotu zamówienia nieco ponad 20 mln praktycznie nie podlegało niczyjej kontroli). Rozszerzenie dopuszczalności odwołań, tak samo jak obligatoryjne postępowanie concyliacyjne będzie musiało skutkować ogromnymi zmianami organizacyjnymi w Krajowej Izbie Odwoławczej

**Art. 547 ust. 1** – Proponuje się zapis:

„Jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 545 ust. 1 pkt 5-9, braku lub **wadliwości** pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu, w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania.”

Zaproponowane brzmienie przepisu utrzymuje niekorzystny stan, w którym brak pełnomocnictwa podlega obligatoryjnemu uzupełnieniu, jednak jego wadliwość już nie. Sytuacja taka jest nieuzasadniona; wszystkie braki/ wadliwości o charakterze formalnym powinny podlegać uzupełnieniu.

**Art. 548 ust. 1** – Proponuje się brzmienie:

„W przypadku nieuiszczenia wpisu w terminie, o którym mowa w art. 547 ust. 1, oraz po bezskutecznym upływie terminu, o którym mowa w art. 547 ust. 1, **w którym wpis powinien zostać uzupełniony**, Prezes Izby zwraca odwołanie w formie postanowienia.”

Obecnie ustawa Pzp dopuszcza uzupełnienie niezłączonego do odwołania wpisu, pod warunkiem, że został on w istocie wniesiony w terminie składania odwołania (art. 187 ust. 2). Zaproponowane brzmienie przepisów zdaje się wskazywać, że dopuszczalna jest sytuacja, w której wpis nie został uiszczony w terminie składania odwołania lecz wniesiono go w terminie uzupełnienia. W związku z tym, że stanowi to zmianę względem dotychczasowej sytuacji należy to jednoznacznie doprecyzować.

**Art. 550 ust. 1** - wprowadza możliwość wniesienia odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego przed pierwszym posiedzeniem wyznaczonym na rozprawę - nie wskazując jednak określonego terminu, w którym może to nastąpić. Prowadzi to do braku efektywności prowadzonych postępowań,



w ramach których strony częstokroć zaskakiwane są stanowiskiem, dowodami i/lub zmianami SIWZ na kilka godzin przed rozprawą. W związku z tym **celowe jest wprowadzenie ściśle określonego terminu** (np. 72 godz. przed rozprawą) **na złożenie ewentualnej odpowiedzi na odwołanie; pism procesowych czy dokonanie zmian w SIWZ.**

Proponuje się także korektę brzmienia w następujący sposób: „Zamawiający w terminie nie późniejszym niż 3 dni przed pierwszym posiedzeniem wyznaczonym na rozprawę **musi** wnieść odpowiedź na odwołanie”.

Przy okazji może warto byłoby rozważyć zakaz składania kolejnych pism procesowych przez odwołującego np. ustanawiając bardzo restrykcyjną instytucję prekluzji co do podnoszenia wszelkich zarzutów, ale także twierdzeń i dowodów, na etapie po wpływie odwołania do KIO.

**Art. 583 ust. 2 pkt 2)** Zasadnie utrzymano przedmiotową kompetencję KIO do orzekania ws unieważniania umowy o zamówienie publiczne. Niemniej w odniesieniu do pkt 2) proponujemy następującą korektę brzmienia: „jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta ~~oraz~~ **lub** zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 487 ust. 1”.

W naszej ocenie wówczas znaczenie instytucji „unieważnienia” umowy przez KIO znacznie by wzrosło. Zawarcie umowy nie powinno – tak jak do tej pory – de facto sanować naruszeń prawa Zamawiającego innych niż o charakterze formalnym wskazanym w dotychczasowym art. 146 ust 1

**Art. 583 ust. 2 pkt 3** Wnosimy o skreślenie przepisu pkt 3) w całości.

**Art. 597 pkt 2** Została naprawiona spora luka w ustawie. Do tej pory w przypadku gdy zamawiający dokonał czynności zgodnej z treścią żądania odwołania (np. dzień przed terminem rozprawy w KIO), a przy tym nie uwzględnił formalnie odwołania, niejako zmuszał odwołującego do cofnięcia odwołania. Brak cofnięcia odwołania doprowadziłby bowiem do oddalenia odwołania, mając na uwadze, iż KIO orzeka mając na uwadze stan faktyczny istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Z kolei cofnięcie odwołania prowadziło do utraty przez odwołującego 10% uiszczanego wpisu od odwołania (art. 187 ust. 8 dotychczasowej ustawy). Sytuacja ta naruszała fundamentalną zasadę prawa o postępowaniu przed sądami (powszechnymi, administracyjnymi, arbitrażowymi itd.), iż koszty postępowania ponoszone są ostatecznie przez ten podmiot który przegrał sprawę, tj. zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania. Po wprowadzeniu nowego przepisu, w sytuacji opisanej wyżej, odwołujący nie będzie musiał cofać odwołania (tracąc część wpisu), a KIO umorzy z urzędu postępowanie.

Projektowane postanowienie oceniamy pozytywnie.

**Art. 604** wprowadza zasadę ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednak z uwagi na obecne rozbieżności orzecznicze celowe jest doprecyzowanie w treści Ustawy bądź Rozporządzenia wydanego na podstawie **Art. 605** zasad rozliczania kosztów postępowania w przypadku uwzględnienia niektórych zarzutów podniesionych w odwołaniu.



**Art. 608 - Art. 619 (Postępowanie skargowe)** - niestety **brakuje** postulowanych przez doktrynę **regulacji** dotyczących **wstrzymania postępowania i/lub podpisania umowy**, a także regulujących kwestię **odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego** w przypadku zawarcia umowy z wykonawcą, któremu zgodnie z rozstrzygnięciem Sądu Okręgowego nie przysługiwało dane zamówienie. **Brakuje** również w Ustawie efektywnych **narzędzi przekładających rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego na toczące się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego**.

**Art. 609 ust. 1** W naszej ocenie proponowane rozwiązanie jest dobre, od dawna wyczekiwane przez uczestników rynku zamówień publicznych. Nie jest tajemnicą, że poziom merytoryczny poszczególnych sądów okręgowych w zakresie zamówień publicznych był bardzo zróżnicowany. Z pewnością wzorem dla nowego „Sądu zamówień publicznych” może być działający od wielu lat sąd ochrony konkurencji i konsumentów. Wyrazić należy nadzieję, na ujednoczenie orzecznictwa w sprawach zamówień publicznych – któremu to wyzwania przez lata nie podołała KIO.

#### **Dodatkowa uwaga**

Jednocześnie przepisy dotyczące postępowania skargowego posługują się pojęciem „interwenient” (np. art. 614, art. 619 ust. 2), które nie jest w tych przepisach dookreślone. Brakuje doprecyzowania, czy należy przez to rozumieć „przystępującego”. Pojęcia mogą być niejasne szczególnie w przypadku, jeśli to przystępujący będzie składał skargę od wyroku. Kwestia ta zapewne wymaga usystematyzowania.

### **Dział X Postępowanie koncyliacyjne (art. 620 - art. 655)**

#### **Uwaga generalna**

Projekt ustawy wprowadza obowiązek przeprowadzenia obowiązkowego postępowania koncyliacyjnego. Postępowanie to ma na celu rozpoznanie sporów powstałych na tle realizacji umowy (lub umowy ramowej) pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, jeżeli zamówienie publiczne jest finansowane ze środków Unii Europejskiej lub szacunkowa wartość zamówienia wynosi co najmniej równowartość 10 mln euro dla dostaw lub usług lub 20 mln euro dla robót budowlanych a przy tym wartość przedmiotu sporu przekracza 1 mln złotych.

Dostrzegając potrzebę upowszechnienia polubownego rozwiązywania sporów pomiędzy stronami umowy w zamówieniach publicznych, uważamy że ostateczne brzmienie przepisów dotyczących postępowania koncyliacyjnego powinno ulec znaczącej zmianie. Niezbędna jest odpowiednia zmiana co do charakteru tego postępowania, która spowodowałaby nadanie koncyliacji charakteru postępowania bardziej pojednawczego (mediacyjnego).

Obecnie zaproponowany model koncyliacji zbliżony jest do postępowania rozpoznawczego ustanowionego w kodeksie postępowania cywilnego. Jest to w istocie rodzaj przymusowego „przedsądu” dla stron, który zasadniczo tym różni się od postępowania sądowego, że jest (w założeniu) ograniczony w czasie i nie prowadzi do wydania wyroku, ale do przedstawienia przez Izbę (Koncyliacyjną) propozycji ugody która zamykać ma poddany pod rozstrzygnięcie spór. Skład koncyliacyjny uzyskuje ustawową pozycję wykraczającą poza bycie moderatorem rozwiązania sporu. Przeprowadza postępowanie dowodowe i rozstrzyga zawisły spór, do czego wprost jest powołany (art. 620 ust. 1), przy czym rozstrzygnięcie to przybiera formę niewiążącej stron ugody, która nie musi zostać przyjęta przez strony.



Z uwagi na bardzo szeroki zakres postępowania dowodowego, jakie może być przeprowadzone w postępowaniu koncyliacyjnym, postępowanie sądowe będzie w dużej mierze – jeśli nie w całości – jego powtórzeniem. Przed sądem badane będą więc te same twierdzenia stron i te same dowody przeprowadzone na ich poparcie.

Niejasna jest przy tym relacja pomiędzy postępowaniem koncyliacyjnym a postępowaniem sądowym, w tym w szczególności ewentualne znaczenie ustaleń poczynionych przed Izbą dla przyszłego postępowania sądowego. Brak uregulowań w tym zakresie może stać się źródłem wątpliwości, a co za tym idzie rozbieżnych stanowisk. Postulowanym byłoby, aby w projekcie określone zostało wprost, że w postępowaniu sądowym strony nie mogą powoływać się na żadne twierdzenia, dowody, ustalenia z postępowania koncyliacyjnego, w tym na przedstawną ugodę. Postulat ten wpisuje się niejako w obowiązek zachowania poufności, o którym mowa w art. 623.

W proponowanym modelu postępowania koncyliacyjnego istnieje obawa, że w wielu przypadkach stanowić ono będzie w praktyce ustawowo wymuszony etap, przez który strony będą musiały obligatoryjnie przejść, aby skierować sprawę do sądu. Będzie to przy tym etap wymagający od stron zaangażowania finansowego (choć dzisiaj jeszcze nie znamy wymiaru tego zaangażowania – wysokość opłat oraz kosztów postępowania koncyliacyjnego ma być dopiero określona w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów) oraz czasu. Jeśli postępowanie koncyliacyjne nie zakończy się zawarciem ugody, oddali to jeszcze bardziej w czasie prawomocne rozstrzygnięcie sporu, co w warunkach aktualnej przewlekłości postępowań sądowych wydaje się być zjawiskiem szczególnie niepożądanym.

W związku z powyższym, zasadnym byłoby wprowadzenie szeregu korekt w projektowanym zakresie, które lepiej oddawać będą intencje projektodawcy wyrażone w uzasadnieniu do projektu ustawy (str. 114-115), gdzie koncyliatorów charakteryzuje się jako moderatorów sporu, którzy pomagają stronom dokonać analizy konsekwencji różnych rozwiązań i zapobiegają eskalacji konfliktu pomiędzy nimi. Innymi słowy, postępowanie koncyliacyjne powinno być bliższe w swej naturze mediacji niż postępowaniu rozpoznawczemu.

Aby osiągnąć taki efekt, należałoby odformalizować proponowane postępowanie, np. poprzez zawężenie dowodów, jakie mogą przedstawiać strony do dowodów z dokumentów. Wszyscy uczestnicy postępowania koncyliacyjnego dążyliby do wypracowania kompromisowego rozwiązania sporu w oparciu o prezentowane przez strony stanowiska oraz przedkładane przez nie dokumenty. Przeprowadzanie innych dowodów, w tym zwłaszcza z opinii biegłych nie jest zasadne biorąc pod uwagę cel postępowania koncyliacyjnego, jakim jest możliwie jak najszybsze wypracowanie ugody pomiędzy stronami. Ponadto nie wydaje się, aby postępowanie koncyliacyjne z udziałem biegłych mogło być ukończone w ustawowo zaplanowanym terminie 6 miesięcy (art. 638 ust. 1).

Termin postępowania koncyliacyjnego powinien ulec skróceniu, z 6 do np. 3 miesięcy. Jeśli termin miałby być przedłużany na zgodny wniosek stron, to nie powinno się to odbywać bez ograniczeń, tak jak jest to projektowane obecnie. Optymalne byłoby, aby możliwie było nie więcej niż jedno przedłużenie postępowania koncyliacyjnego, o maksymalnie kolejne 3 miesiące. Tak ustawione terminy powinny z jednej strony dyscyplinować strony do podjęcia intensywnych działań na rzecz wypracowania kompromisu, a z drugiej strony pozwalałyby, w stosunkowo krótkim czasie zorientować się, czy w ogóle istnieje szansa na zawarcie ugody, czy też nie.



Celowym byłoby także zapewnienie stronom wpływu na wypracowanie treści ugody. W obecnym kształcie proponowanych przepisów, projekt ugody opracowuje i przedstawia stronom skład koncyliacyjny (art. 647), rozpoznając sprawę i prezentując wyłącznie swoje stanowisko. Strona postępowania koncyliacyjnego jest uprawniona co najwyżej, w terminie 30 dni od dnia otrzymania projektu ugody, do złożenia wniosku o rozstrzygnięcie o żądaniach i propozycjach ugodowych, które skład koncyliacyjny pominął w projekcie ugody, przy czym skład koncyliacyjny może nie uwzględnić tego wniosku (art. 648 ust. 2 i 4). Pojedynczy charakter postępowania koncyliacyjnego wymaga jednak aktywnego i pierwszoplanowego udziału stron w procesie kształtowania treści ugody. Zapewnienie aktywnego udziału stron przy ustalaniu treści ugody wiązać się będzie z ich większym zaangażowaniem w postępowanie, niż w przypadku, w którym o kształcie ugody one nie decydują. Nie musiałyby to jednak oznaczać biernego udziału koncyliatorów w tym zakresie - odpowiednio moderując spór, mogą przybliżyć zawarcie ugody.

Podsumowując, zmiany do projektu ustawy powinny zmierzać do: a) ukształtowania postępowania koncyliacyjnego jako procesu zbliżonego do mediacji, b) umożliwienia wypracowania stronem ugody przy udziale koncyliatorów, c) skrócenia terminu mediacji i wprowadzenia środków dowodowych adekwatnych do charakteru postępowania, d) jednoznacznego uregulowania w ustawie, że fakty, ustalenia stron, dowody, czynności oraz propozycje ugody są niejawnymi, a strony i koncyliatorzy zobowiązani są zachować je w tajemnicy.

**Art. 502 ust. Pkt 2)** – w naszej ocenie pojawiają się wątpliwości co do stosowania przepisów Kpc o wartości sporów w odniesieniu do określenia warunków obligujących do stosowania postępowania koncyliacyjnego. Wydaje się że ustawodawca co do zasady definiował te spory jako spory które da się wycenić takie jak wykonanie dodatkowych robót itd.

**Art. 622 ust. 1 w zw. z Art. 620 ust. 2 w zw. z Art. 643 ust. 1** - proponowana regulacja jest nieadekwatna do sytuacji, w której brakuje woli ugodowego rozstrzygnięcia sporu drugiej strony postępowania - w takiej sytuacji niedopuszczalnym byłoby wycofanie wniosku (ponieważ nie wywoływałby on skutków prawnych i nie otwierał drogi sądowej), co zmuszałoby strony do kontynuowania postępowania koncyliacyjnego i ponoszenia jego kosztów, aż do rozstrzygnięcia podjętego przez skład koncyliacyjny. W związku z powyższym należy **wprowadzić regulację umożliwiającą automatyczne zakończenie postępowania koncyliacyjnego i odblokowanie drogi sądowej w sytuacji jednoznacznego wyrażenia przez obie strony stanowiska o braku woli ugodowej;**

**Art. 629 ust. 1 pkt. 4** - wskazuje na obligatoryjne elementy wniosku o przeprowadzenie koncyliacji, który musi zawierać m.in.:

- **żądania wnioskodawcy i propozycje ugodowe.** Niejednoznaczny jednak pozostaje, czy w związku z rozdzieleniem terminologicznym tych dwóch elementów propozycje ugodowe mogą być tożsame z żądaniem wnioskodawcy, czy też w propozycjach ugodowych wnioskodawca zobowiązany jest do ograniczania dochodzonych przez siebie żądań;
- **uzasadnienie i wskazanie dowodów na poparcie podnoszonych twierdzeń** - niejednoznaczny jednak jest to, czy droga sądowa otwiera się w sytuacji dochodzenia tych samych roszczeń, co wskazanych we wniosku, opartych jednak na innym uzasadnieniu i innym materiale dowodowym;





**Art. 629 ust. 2 pkt 3** - rozsądnym rozwiązaniem byłoby dopuszczenie możliwości jedynie powołania się na dowód. Wymóg przedłożenia wszystkich dowodów, sprawi że postępowania będzie co najmniej tak długie jak przed sądem powszechnym.

**Art. 634 ust. 1** - reguluje możliwość wniesienia odpowiedzi na wniosek w terminie wyznaczonym przez Prezesa Izby. Brak jednak regulacji kwestii składania dalszych pism w toku postępowania w tym, czy odbywać ma się to analogicznie, jak w postępowaniu sądowym po uzyskaniu zgody Izby na złożenie pisma w określonych okolicznościach faktycznych. Celowe jest więc doprecyzowanie powyższej kwestii;

**Art. 638** Należy rozwiać wątpliwości przez wskazanie że na skutek przedłużenia postępowania może trwać dłużej niż 6 miesięcy.

**Art. 643 ust. 1 pkt 4** Należy doprecyzować, że chodzi również o termin przedłużony.

**Art. 646** określa postanowienia podlegające uzasadnieniu na piśmie. Wśród wskazanych postanowień brakuje jednak tych dotyczących **kosztów postępowania (Art. 652-655)**. Postuluje się więc **uzupełnienie projektu Ustawy o powyższy wymóg, także w odniesieniu do grupy postanowień dotyczących kosztów postępowania;**

**Art. 648 ust. 2 i art. 649 ust. 2** Przewidziane tam terminy 30-dniowe są stanowczo zbyt długie, mając na uwadze, że te czynności stron sprowadzają się do krótkiego pisma procesowego.

## **Dział XI            Kontrola udzielania zamówień publicznych (art. 656 - art. 676)**

Bez istotnych uwag.

## **Dział XII           Przepisy o karach pieniężnych (art. 677 - art. 681)**

Bez istotnych uwag.

Natomiast w świetle naszego doświadczenia i obserwacji rynku wynika, iż szereg sporów dotyczy konkretnych obowiązków umownych, co trudno określić poprzez pryzmat przepisów kpc o wartości przedmiotu sporu.

**Art. 621 ust. 2** - wprowadza, jako zasadę naczelną wymóg „**szybkości postępowania**” i „**unikania zbędnych kosztów**”. Powyższe generuje jednak **ryzyko braku** szczegółowego rozpoznawania każdej ze spraw w tym ogranicza *de facto* możliwość **korzystania z biegłych**. Powyższa zasada generuje więc ryzyko przeniesienia



POLSKI ZWIĄZEK  
PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA

dotychczasowej praktyki KIO o braku powoływania biegłych, celem utrzymania ustawowego terminu na rozpoznanie odwołania. W efekcie o rozstrzygnięciu dalej nie będzie decydować merytoryka, a termin. Zasadnym się więc wydaje zaakcentowanie konieczności korzystania z opinii biegłych i wprowadzenie mechanizmów propagujących korzystanie z tego elementu w postępowaniu przed KIO, gdzie rozstrzyga się sprawy bardzo skomplikowane wymagające wiedzy specjalistycznej;

Jan Styliński

Prezes Zarządu

Polski Związek Pracodawców Budownictwa