

**Uwagi Francusko-Polskiej Izby Gospodarczej  
do projektu o zmianie ustawy Prawo Zamówień Publicznych.**

W imieniu członków Komitetu PZP, działającego przy Francusko-Polskiej Izbie Gospodarczej, pragniemy przedstawić najistotniejsze uwagi do projektu nowej ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 21 stycznia 2019 r. (dalej jako: „Projekt Ustawy”).

**I. Najważniejsze zmiany zawarte w Projekcie Ustawy:**

**1. Zmiany natury ogólnej:**

1.1. Wprowadzenie zasady efektywności;

1.2. Wprowadzenie zasady współdziałania zamawiającego z wykonawcą na etapie realizacji zamówienia;

1.3. Dialog konkurencyjny;

1.4. Obowiązkowa analiza potrzeb zamawiającego;

1.5. Publikowanie ogłoszeń w jednym miejscu;

1.6. Ograniczenie i doprecyzowanie przestanków wykluczenia;

1.7. Wzmocnienie roli Prezesa UZP;

1.8. Zrównoważenie stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego; katalog klauzul abuzywnych;

**1.9. Waloryzacja**

1.10. Zamówienia podprogowe z myślą o MŚP;

1.11. Informacja zwrotna dla uczestników postępowania;

1.12. Nowa przestanka unieważnienia umowy.

**2. Zmiany dotyczące środków ochrony prawnej:**

2.1. zasada - trzyosobowe składy arbitrów w KIO;

2.2. składanie odwołań w pełnym zakresie będzie możliwe także dla zamówień poniżej progów UE; zaskarżanie postanowień umownych;

2.3. Postępowanie koncyliacyjne;

2.4. uchylenia zakazu zawarcia umowy w przypadku postępowań, w których wnoszone są odwołania zawierające braki formalne (np. nieopłacone);



- 2.5. jeden sąd do rozpoznawania skarg na orzeczenia KIO;
- 2.6. dłuższy termin wnoszenia skarg do sądu na orzeczenia KIO (14 dni);
- 2.7. opłata od skargi na orzeczenie KIO ma zostać zmniejszona i wynosić 3-krotność opłaty od odwołania;
- 2.8. możliwość żądania uzyskania odszkodowania za zawarcie umowy z naruszeniem ustawy PZP.

\*\*\*

### 1.1. Zasada efektywności; nacisk na efektywność udzielania zamówień publicznych

Zasada efektywności została uregulowana przede wszystkim w art. 238 Projektu Ustawy:

Art. 238. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, jako ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu, kierując się względami ekonomicznymi i **efektywnością** udzielanego zamówienia.

Jednym z kluczowych problemów w dziedzinie prawa zamówień publicznych zidentyfikowanych przez Autorów Projektu Ustawy jest wybieranie przez zamawiających rozwiązań najtańszych zamiast najbardziej efektywnych w dłuższym okresie.

Wprowadzenie zasady efektywności ma na celu zwiększenie dbałości o zasadę proporcjonalności. Chodzi także o uwzględnienie przy udzielaniu zamówień aspektu ekonomicznego i efektywności udzielania zamówień. Ma to skutkować większym zainteresowaniem zamawiających przy wyborze ofert jakością oferowanych przez wykonawców świadczeń i produktów. Koniecznym będzie zatem takie ustalenie kryteriów oceny ofert, które doprowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem **aspektu jakościowego**.

**Ocena:** wprowadzenie do Projektu Ustawy zasady efektywności jest dobrym krokiem. Niska cena zazwyczaj nie idzie w parze z jakością, dlatego kryterium ceny nie powinno być najważniejszym i decydującym czynnikiem determinującym wybór wykonawcy.

Zarówno zamawiający jak i wykonawcy pozytywnie oceniają zawarcie wprost w ustawie zasady efektywności. Istnieje jednak ryzyko, że wpisanie samej zasady bez obudowania jej w dodatkowe instrumenty prawne niewiele zmieni w aktualnych realiach zamówień publicznych.

Wielu zamawiających napotyka wciąż bardzo duże trudności przy formułowaniu kryteriów pozacenowych i częstokroć traktuje je jak „złoto konieczne”. W efekcie kryteria pozacenowe mają niewiele wspólnego z wprowadzaniem w życie zasady efektywności. By temu przeciwdziałać, pożądanym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie dla zamawiających pewnego wsparcia instytucjonalnego tzn. z jednej strony zaproponowanie otwartego katalogu kryteriów pozacenowych dla poszczególnych rodzajów zamówień, a z drugiej strony utworzenie pewnego rodzaju ciała/gremium działającego na przykład przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (na wzór francuski), które mogłoby wspierać zamawiających w formułowaniu kryteriów pozacenowych w bardziej skomplikowanych zamówieniach. Wskazane gremium powinno składać się nie tylko z prawników, lecz przede wszystkim z osób o wykształceniu technicznym, finansowym etc.).

Niezależnie od powyższego zasadnym wydaje się wydanie kodeksu dobrych praktyk w zakresie formułowania kryteriów pozacenowych, aby uświadomić zamawiającym jakich błędów należy unikać i z jakich wzorców warto korzystać.



Konkretyzację zasady efektywności może stanowić propagowanie szerszego wykorzystywania instytucji **dialogu technicznego**, który w Projekcie Ustawy występuje w postaci „wstępnych konsultacji rynkowych” (art. 94 Projektu Ustawy).

W toku dialogu technicznego (wstępnych konsultacji) zamawiający ma największą szansę lepiej zdefiniować swoje potrzeby i zapoznać się z istniejącymi rozwiązaniami, a w efekcie lepiej (efektywniej) sformułować SWZ.

Zasadne byłoby więc wskazanie w nowym art. 92 Projektu Ustawy, że jednym z preferowanych sposobów prowadzenia przez zamawiających analizy potrzeb jest właśnie przeprowadzenie wstępnych konsultacji, o których mowa w art. 94 Projektu Ustawy. Nadto, dobrym rozwiązaniem byłoby wskazanie **terminu**, w jakim informacja o zamiarze przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych byłaby zamieszczana (art. 95 Projektu Ustawy). Chodzi o to, aby zamawiający informował o planowanych konsultacjach z odpowiednim wyprzedzeniem.

Instytucja dialogu technicznego istnieje już w aktualnej ustawie pzp, a mimo to wykorzystywana jest bardzo rzadko (jak się wydaje z obawy zamawiających przed postawieniem im zarzutu uzgadniania istotnych warunków zamówienia z wykonawcami). Wobec powyższego pojawia się pytanie, czy sama zmiana redakcji przepisów będzie stanowiła wystarczającą zachętę do korzystania z tego rozwiązania. Być może również w tym przypadku konieczne byłoby stworzenie dla zamawiających instytucjonalnego wsparcia, które prowadziłyby kampanię edukacyjną i wspierającą dla zamawiających, by Ci wiedzieli jak korzystać z narzędzi dostępnych w ustawie pzp „bez ryzyka”.

Dodatkowo należy wskazać że zaproponowana redakcja art. 94 w zw. z 97 Projektu Ustawy może zniechęcać wykonawców do uczestniczenia we wstępnych konsultacjach rynkowych. Należy bowiem wyraźnie rozgraniczyć przypadki, kiedy:

- i) wykonawcy spotykają się z zamawiającym właśnie w celu prowadzenia konsultacji (tj. omawiania m.in. technicznych potrzeb zamawiającego) - takie spotkania nigdy nie powinny skutkować możliwością wykluczenia wykonawcy z postępowania (z wyjątkiem sytuacji, gdy dochodzi na nich do łamania prawa),
- ii) dany wykonawca jest zaangażowany w przygotowanie postępowania tj. na podstawie umowy z zamawiającym przygotowuje jakiegokolwiek materiały, które mają zostać wykorzystane w postępowaniu - w takich przypadkach wykluczenie powinno być możliwe z zastosowaniem warunków opisanych w art. 97 ust. 2 Projektu Ustawy.

Redakcja przepisów Projektu Ustawy nie pozwala na jednoznaczne określenie kogo należy uważać za „wykonawcę zaangażowanego w przygotowanie postępowania”, a z uwagi na treść art. 94 Projektu Ustawy pojawiają się wątpliwości, czy za takiego wykonawcę nie będzie uważany również podmiot uczestniczący we wstępnych konsultacjach rynkowych, **co jest wysoce niepożądane i zniechęca wykonawców do takiego uczestnictwa.**

## 1.2. Zasada współdziałania zamawiającego z wykonawcą

Realizacja umowy zawartej z wykonawcą w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to jeden z kluczowych momentów warunkujący pomyślne zakończenie całego przedsięwzięcia. Właściwe zrealizowanie zamówienia zależy bowiem od prawidłowej współpracy zamawiającego i wykonawcy.

W uzasadnieniu Projektu Ustawy wskazuje się, że często na skutek uproszczonego postrzegania interesu zamawiającego, postanowienia umów zawierają rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeganych kar umownych, przerzucanie odpowiedzialności za większość ryzyk na wykonawców,



nieuwzględnianie okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi).

Następstwem powyższego jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego.

Wśród kluczowych rozwiązań, które mają zniwelować wskazane zjawisko nadmiernej jednostronności umów autorzy Projektu Ustawy wymieniają właśnie zasadę współdziałania stron umowy.

Podpisanie umowy kończy etap postępowania o zamówienie publiczne ale nie jest celem w samym w sobie. Tym celem jest należyte wykonanie zamówienia publicznego z poszanowaniem interesów stron umowy. Materializacja tego celu przejawia się w wyraźnym wyartykułowaniu zasady współdziałania zamawiającego i wykonawcy.

**Ocena:** Wprowadzenie zasady współpracy należy ocenić pozytywnie. Ważne, aby była ona realizowana w praktyce. Być może wpłynie na postrzeganie wypełniania przez strony umownych obowiązków. Z punktu widzenia prawa cywilnego jest pewnym standardem (obowiązek współdziałania wierzyciela w wykonaniu zobowiązania przez dłużnika).

### 1.3. Dialog konkurencyjny

Kluczowym problemem zdiagnozowanym na kanwie zamówień publicznych jest także niski odsetek zamówień udzielonych w innych trybach niż przetarg nieograniczony i wolna ręka. W szczególności chodzi o dialog konkurencyjny. Niestety, obecnie instytucja ta nie jest wykorzystywana w odpowiednio szerokim zakresie.

Porównanie instytucji dialogu konkurencyjnego:

| Dialog konkurencyjny - definicja z obecnej ustawy PZP (art. 60a)  | Dialog konkurencyjny - definicja z Projektu Ustawy (art. 186)   |
|---|---|
| Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert. | Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, następnie zamawiający prowadzi dialog z zaproszonymi do udziału w dialogu wykonawcami w zakresie zaproponowanych przez nich rozwiązań, po zakończeniu którego zaprasza ich do składania ofert. |

W trybie dialogu konkurencyjnego zamówienia udziela się wyłącznie na podstawie kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu.

Doprecyzowany został moment, w którym powinno nastąpić ostateczne określenie wag poszczególnych kryteriów oceny ofert. W uzasadnieniu Projektu Ustawy wskazano, że ma to zapobiec sytuacji, w której zamawiający, po złożeniu przez wykonawców ofert „ostatecznych”, dopiero



wskazuje poszczególne wagi w zakresie wybranych kryteriów w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję (obecny art. 60e ust. 3a pkt 5 ustawy PPZ dopuszczający ustalenie jedynie kolejności kryteriów oceny oferty wraz z zaproszeniem do składania ofert w związku z projektowanym art. 188 ust. 2). Projekt Ustawy wskazuje, że **określenie wag poszczególnych kryteriów oceny ofert powinno nastąpić najpóźniej wraz z zaproszeniem do składania ofert.**

| Dialog konkurencyjny wg ustawy PZP - art. 60e ust. 3a pkt 5  | Dialog konkurencyjny wg Projektu Ustawy - art. 188 ust. 2  |
|--|--|
| Zaproszenie do składania ofert zawiera co najmniej <b>wagę przypisaną kryteriom oceny ofert</b> lub, w stosownych przypadkach, kolejność tych kryteriów od najważniejszego do najmniej ważnego, jeśli nie zostało to wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców. | Zamawiający przypisuje wagi poszczególnym kryteriom oceny ofert, nie później niż wraz z zaproszeniem do składania ofert. |

W odniesieniu do dialogu konkurencyjnego Projekt Ustawy zakłada rezygnację z udostępniania przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Zgodnie z projektem ustawy, w trybie dialogu konkurencyjnego zamawiający będzie udostępniał od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej „**opis potrzeb i wymagań**” (zamiast dotychczasowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia), w celu ustalenia przez wykonawców potrzeb zamawiającego dotyczących charakteru i zakresu zamówienia oraz wymagań formalnych i proceduralnych prowadzonego postępowania.

Opis potrzeb i wymagań będzie podlegał modyfikacjom na kolejnych etapach postępowania w wyniku prowadzonego dialogu. Dopiero po ostatecznym zakończeniu etapu dialogu zamawiający będzie sporządzał specyfikację warunków zamówienia stanowiącą doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań, na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu. Dopiero w dalszej kolejności specyfikacja warunków zamówienia będzie udostępniana wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert ostatecznych.

W celu uelastyczenia trybu dialogu konkurencyjnego w Projekcie Ustawy proponuje się rezygnację z wyznaczania wprost w ustawie PZP minimalnego terminu składania ofert ostatecznych (art. 60e ust. 4 obecnej ustawy PZP).

Uzasadnienie do Projektu Ustawy wskazuje, że jest to zgodne z przepisami dyrektywy 2014/24/UE, które nie wskazują w tym zakresie terminów minimalnych, a jedynie wytyczne do ich wyznaczania (art. 47 dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 147 Projektu Ustawy).

**Ocena:** Rozwiązanie dobre zwłaszcza z punktu widzenia zamawiającego. Zaproponowana formuła dialogu pozwoli na większe zorientowanie się przez zamawiającego, jakie są jego potrzeby i czego oczekuje od wykonawcy z którym finalnie podpisze umowę. Zmiana może stanowić remedium na uniknięcie trudności na etapie wykonywania umowy o zamówienie publiczne.

Podejmowanie wysiłków na rzecz promowania innych trybów udzielania zamówień publicznych, niż przetarg nieograniczony zasługuje na aprobatę. Nie wydaje się jednak, by przyjęte rozwiązania





przybliżyły ustawodawcę do spopularyzowania tego trybu. Wydaje się, że niewielka popularność dialogu konkurencyjnego wynika m.in. z tego, że postępowania z zastosowaniem tego trybu trwają z reguły bardzo długo. W tym kontekście zasadne wydawałoby się spopularyzowanie wykorzystania aktualnego art. 60f ustawy pzp (którego odpowiednikiem w Projekcie Ustawy jest art. 205) i przekonanie zamawiających do tego by nie prowadzili negocjacji co do całej treści umowy ze wszystkimi uczestnikami dialogu konkurencyjnego, co zdecydowanie wydłuża całą procedurę i ostatecznie jest całkowicie nieefektywne. Korzystając ze wspomnianej regulacji zamawiający powinni skupić się w trakcie dialogu na wynegocjowaniu wszystkich postanowień materialnie istotnych.

#### 1.4. Obowiązkowa analiza potrzeb zamawiającego

W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, Projekt Ustawy wprowadza obowiązek uprzedniego przeprowadzenia analizy, która dotyczyć będzie szerokiego rozeznania rynku i poznania możliwych metod realizacji projektu, zarówno od strony proceduralnej, jak również od strony ekonomicznej i technicznej (art. 92).

**Ocena:** Zmiana co do zasady pozytywna. Pozwala na dokładne sprecyzowanie i zorientowanie się przez zamawiającego czego poszukuje i jakie są jego aktualne potrzeby. Z drugiej strony jest to kolejny obowiązek nałożony na zamawiającego.

O ile pozytywnie należy ocenić obowiązek prowadzenia przedmiotowej analizy przez zamawiającego, o tyle wątpliwości budzi metodologia takiego badania, jaką zdaje się proponować ustawodawca w art. 92 ust. 2 Projektu Ustawy. Z przepisu tego wynika, że zamawiający ma rozpocząć analizę od możliwości „zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb w wykorzystaniem zasobów własnych”, a dopiero jak się wydaje, następnie (tj. gdy nie może zrealizować zamówienia z wykorzystaniem zasobów własnych) prowadzić rozpoznanie rynku. W ocenie podmiotów biorących udział w postępowaniach przetargowych takie rozwiązanie należy ocenić negatywnie. O ile bowiem istnieje konkurencyjny rynek, z którego zamawiający może pozyskać dane usługi, dostawy lub roboty budowlane, powinien on zawsze zorganizować postępowanie o udzielenie zamówienia z zastosowaniem, któregoś z konkurencyjnych trybów. Postulowane jest wykreślenie art. 92 ust. 2 pkt 1 Projektu Ustawy.

Koniecznym wydaje się też wyjaśnienie pojęcia „środków zarządzania środowiskowego” użytego w art. 109 ust. 2 pkt 1) Projektu Ustawy.

#### 1.5. Publikowanie ogłoszeń w jednym miejscu

Projekt Ustawy przewiduje koncentrację ogłoszeń o zamówieniach w oficjalnym publikatorze, tj. Biuletynie Zamówień Publicznych (poniżej progów UE) oraz Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (powyżej progów UE).

**Ocena:** Zmianę należy ocenić pozytywnie. Pozwoli to na scentralizowanie publikowanych ogłoszeń.

#### 1.6. Ograniczenie i doprecyzowanie przesłanek wykluczenia

Projekt Ustawy zakłada znaczne ograniczenie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z postępowania. Jest to wynikiem dostosowania podstaw wykluczenia do regulacji dyrektywy klasycznej. Istotnie ograniczono liczbę obligatoryjnych podstaw wykluczenia do przesłanek wskazanych w dyrektywie. Zgodnie z proponowanym rozwiązaniem zamawiający będzie musiał wykluczyć wykonawcę skazanego prawomocnie za przestępstwa, o których mowa w art. 57 ust. 1 dyrektywy. Katalog przestępstw został dostosowany do przestępstw wskazanych w ww. przepisie dyrektywy.



Część dotychczasowych obligatoryjnych podstaw wykluczenia zostaje przeniesiona do katalogu fakultatywnych podstaw wykluczenia.

**Ocena:** Zmniejszenie liczby obligatoryjnych przesłanek wykluczenia. Zmiana korzystna z punktu widzenia zarówno zamawiającego jak i wykonawców (deficyt wykonawców zwłaszcza przy zamówieniach o roboty budowlane stanowi obecnie istotny problem), ponieważ pozwala na zwiększenie liczby wykonawców mogących skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

### 1.7. Wzmocnienie roli Prezesa UZP

Zmiany dokonane w Projekcie Ustawy koncentrują się wokół roli oraz zadań jakie stawiane są Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych. Prezes UZP ma uzyskać możliwość przygotowywania i upowszechniania przykładowych wzorów umów w sprawach zamówień publicznych, regulaminów oraz innych dokumentów stosowanych przy udzielaniu zamówień.

**Ocena:** Rozwiązanie co do zasady pozytywne, ale nie wyeliminuje konieczności tworzenia indywidualnych postanowień umownych dla zamawiających z poszczególnych branż. Nie tylko każdy zamawiający ma inne potrzeby ale także każde zamówienie ma czynić zadość innym potrzebom zamawiającego. Nie można mówić zatem o żadnej ogólności w tym zakresie. Standardowe wzory umów mogą być w pewnym zakresie pomocne ale istnieje potrzeba ich dostosowania do indywidualnych potrzeb zamawiających z uwzględnieniem oferowanych usług i towarów przez wykonawców.

Propozycja jest oceniana pozytywnie zarówno w środowisku zamawiających jak i wykonawców. **Podkreślenia wymaga istniejąca potrzeba wprowadzenia zasad dotyczących znaczenia wytycznych wydawanych przez Prezesa UZP dla orzecznictwa KIO.** W aktualnej praktyce orzeczniczej KIO niejednokrotnie orzeka całkowicie odmiennie od stanowisk UZP przedstawianych w ww. wytycznych. Powoduje to, zwłaszcza wśród wykonawców, dużą niepewność, co do wykładni przepisów oraz powoduje brak zaufania do instytucji państwowych jako takich. Pożądanym byłoby, aby Projekt Ustawy jednoznacznie wskazywał, jaki jest charakter wydawanych przez Prezesa UZP wytycznych oraz czy jest szansa, aby KIO podczas wyrokowania brała pod uwagę te wytyczne. Brak wyraźnego uregulowania w tym zakresie stawia pod znakiem zapytania zasadność wydawania wytycznych.

### 1.8. Zrównoważenie stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego; katalog klauzul abuzywnych

Art. 462 Projektu Ustawy wskazuje, że postanowienia umowy nie mogą kształtować praw i obowiązków zamawiającego oraz wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Wprowadzona ma zostać zatem zasada dotycząca konieczności kształtowania przez zamawiających wzorców umownych zgodnie z zasadą proporcjonalności. Dopelnieniem tej zasady jest zawarty w ustępie 2 art. 462 Projektu ustawy otwarty katalog klauzul abuzywnych.

Art. 465 zawiera się postanowienia, które obligatoryjnie powinna zawierać każda umowa o zamówienie publiczne. Są to przede wszystkim postanowienia dotyczące terminu jej wykonania oraz warunków płatności. Projekt Ustawy przewiduje także postanowienia obligatoryjne w umowie zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, tj. karę umowną dla wykonawcy, którego wynagrodzenie zostało zwaloryzowane, za brak dalszej waloryzacji podwykonawców, a także klauzule dotyczą zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy o równowartość wzrostu danin publicznoprawnych nakładanych na wykonawcę w związku z wykonywaniem umowy.

**Ocena:** Zmiana stanowi uzupełnienie zasady proporcjonalności i zrównoważenia stron umowy. Obligatoryjne elementy umowy wymienione w ww. przepisach są standardowymi postanowieniami



umownymi, które co do zasady znajdują się w każdej właściwie skonstruowanej umowie o zamówienie publiczne. W praktyce regulacja może przełożyć się na bardziej symetryczne kształtowanie obowiązków umownych stron.

### 1.9. Waloryzacja

Art. 468 ust. 1 Projektu Ustawy stanowi, że umowa, której **przedmiotem są roboty budowlane lub usługi**, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów istotnych dla realizacji zamówienia.

Właściwym rozwiązaniem byłoby uwzględnienie w treści ww. przepisu również dostaw, które z nieznanymi przyczyn zostały przez ustawodawcę w tym przepisie pominięte.

Art. 468 ust. 4 Projektu Ustawy zawiera definicję „zmiany cen wyrobów budowlanych”, podczas gdy poprzednie ustępy zawarte w ww. przepisie posługują się pojęciem „zmiany cen materiałów lub kosztów”. Definicja zawarta w ustępie 4 jest zatem niespójna z postanowieniami zawartymi w ustępach 1-3 art. 468 Projektu Ustawy.

Analizowany ustęp 4 art. 468 Projektu Ustawy nie zawiera w swojej definicji pojęcia „zmiany kosztów realizacji zamówienia”, które pojawia się w ustępach 1-3 przepisu art. 468.

Powyższe wprowadza pewien chaos w treści przepisów i w konsekwencji tworzy niespójną siatkę pojęciową.

Art. 468 ust. 6 Projektu Ustawy stanowi, że wykonawca którego **wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1-3**, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę na okres dłuższy niż 6 miesięcy, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy. Podkreślenia wymaga, że ustępy 1-3 dotyczą sytuacji, gdy nastąpi wzrost wynagrodzenia. Redakcja art. 468 ust. 1-6 Projektu Ustawy prowadzi do wniosku, że ustęp 4, który stanowi również o obniżeniu wynagrodzenia nie dotyczy podwykonawców. Takie rozwiązanie zasługuje na dezaprobatę, ponieważ redakcja analizowanych przepisów powinna jednoznacznie przewidywać że zarówno w stosunku do wykonawców jak i podwykonawców może nastąpić podwyższenie lub obniżenie wynagrodzenia. Brak objęcia dyspozycją ustępu 4 podwykonawców sugeruje, że w ich przypadku waloryzacja może dotyczyć wyłącznie wzrostu wynagrodzenia.

### 1.10. zamówienia podprogowe z myślą o MŚP

Projekt Ustawy zakłada uproszczenie proceduralne w postępowaniach powyżej i poniżej progów unijnych poprzez:

- 1) odrębne tryby udzielania zamówień powyżej progów unijnych,
- 2) uproszczenie i uelastycznienie procedury dla zamówień poniżej progów unijnych.

W nowym projekcie ustawy proponuje się wprowadzenie możliwie kompleksowych regulacji w ramach procedur charakteryzujących poszczególne tryby udzielania zamówień. Rozwiązanie to ma ułatwić zamawiającym sprawne procedowanie w ramach określonego trybu, aby ww. tryby, a zwłaszcza tryb negocjacji z ogłoszeniem, były chętniej stosowane przez zamawiających.

**Ocena:** Optymistyczne zmiany z punktu widzenia polskich MŚP. Zmiany mają na celu zachęcenie MŚP do bardziej aktywnego udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ułatwienie udziału małym i średnim przedsiębiorcom w postępowaniach zamówieniowych jest zdecydowanie





pozytywną zmianą. Efektem może być korzystny wpływ na gospodarkę Polski. Sektor usług oraz produkcja przemysłowa powiązana z budownictwem i infrastrukturą w znacznej mierze zależne są bowiem od rynku zamówień. Jedyne komplikacje - konieczność jednoczesnego zapewnienia zgodności postanowień ustawy z prawem unijnym.

#### 1.11. informacja zwrotna dla uczestników postępowania

Art. 279 Projektu Ustawy przewiduje nowe uprawnienie wykonawcy, które wpisuje się w zasadę przejrzystości postępowania.

Wykonawca, którego oferta nie została wybrana ma prawo skierować do zamawiającego wnioski w przedmiocie zorganizowania spotkania celem omówienia przyczyn, dla których została wybrana inna oferta. Wniosek powinien być zgłoszony nie później niż w terminie 3 dni od dnia przestania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Spotkanie będzie odbywać się przed dniem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zaprasza na spotkanie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Spotkanie ma być utrwalane za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo dźwięk i obraz.

**Ocena:** w uzasadnieniu Projektu Ustawy brak jest szerszego omówienia przyczyn zaproponowanej zmiany. Uzasadnienie wskazuje jedynie, że nowe rozwiązanie stanowi wzmocnienie zasady przejrzystości postępowania. Zmiana umożliwi uzyskanie przez wykonawcę informacji, na podstawie której być może będzie mógł lepiej formułować oferty na przyszłość tak, aby wygrywać przetargi. Przepis ten jednocześnie rodzi wiele nowych obowiązków po stronie zamawiającego. Przede wszystkim zorganizowanie spotkania ze wszystkimi wykonawcami, którzy złożyli oferty w postępowaniu może być trudne z punktu widzenia zapewnienia odpowiednio dużego lokalu (niejednokrotnie w postępowaniach bierze udział wielu wykonawców). Nadto, spotkanie powinno odbyć się „przed dniem zawarcia umowy w sprawie zamówienia”. Dzień przed zawarciem umowy zamawiający przeznacza zazwyczaj na uporządkowanie dokumentacji i przygotowanie się do podpisania umowy.

W ocenie zarówno zamawiających jak i wykonawców jest to instrument niepotrzebny, który wygeneruje dla zamawiającego dodatkowe obowiązki, a w praktyce nie będzie zbyt szeroko wykorzystywany. Wydaje się, że bardziej zasadnym byłoby położenie większego nacisku na właściwe redagowanie przez zamawiających uzasadnień czynności podejmowanych w toku postępowania, tak aby nie budziły one wątpliwości wykonawców. Aktualnie bowiem zamawiający odrzucając ofertę lub wykluczając wykonawcę ma obowiązek podania zarówno uzasadnienia prawnego jak i faktycznego. Spotkanie z wykonawcami stanowiłoby zatem powtórzenie tego, co i tak już zostało zawarte przez zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia lub wykluczenia.

#### 1.12. Nowa przesłanka unieważnienia umowy

Projekt Ustawy przewiduje okoliczność, w której umowa podlega unieważnieniu sytuację, gdy zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy udzielił zamówienia bez uprzedniego zamieszczenia



ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo bez uprzedniego przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

W uzasadnieniu Projektu Ustawy wskazuje się, że zmiana ta ma na celu objęcie zakresem przepisu przypadków tzw. bezpośredniego udzielenie zamówienia, tj. bez żadnej trybu przewidzianego ustawą, np. pod pretekstem, że podlega ono wyłączeniu spod ustawy lub stanowi nieistotną zmianę umowy. Nowa przesłanka zakłada zatem unieważnienie umowy w sytuacji niezastosowania przez zamawiającego przepisów PZP, podczas gdy był do tego zobowiązany.

**Ocena:** Dodatkowa przesłanka unieważnienia umowy nie stanowi rozwiązania, które w sposób szczególny wpłynęłoby na obowiązki zamawiającego lub wykonawcy.

### 1.13. Trzyosobowe składy arbitrów

Projekt Ustawy jako zasadę wprowadza rozpoznawanie spraw w KIO przez 3-osobowe składy arbitrów (w przypadku wartości zamówień równych lub większych niż progi unijne). Składy jednoosobowe będą rozpoznawać sprawy dotyczące zamówień mniejszych niż progi unijne.

W składzie trzyosobowym będą podejmowane uchwały zawierające opinię do zastrzeżeń zamawiającego co wyniku kontroli doraźnej albo kontroli uprzedniej.

Prezes Izby będzie mógł zarządzić rozpoznanie odwołania w składzie jednoosobowym, w przypadku zamówień równych lub większych niż progi unijne, albo trzyosobowym, w przypadku zamówień mniejszych niż progi unijne, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na stopień złożoności sprawy. Liczebność składu orzekającego będzie zatem zależna przede wszystkim od trudności sprawy.

**Ocena:** Zmiana neutralna z punktu widzenia zamawiających i wykonawców. Brak podstaw do twierdzenia, że wpłynie znacząco na proces wydawania wyroków w KIO, który jest bardziej sprawny w porównaniu do sądownictwa powszechnego. Istnieje jednak ryzyko, że konieczność rozpoznawania spraw w składach trzyosobowych wpłynie niekorzystnie na szybkość rozstrzygnięcia sporów (zwiększenie zapotrzebowania na nowych arbitrów, konieczność poszerzenia liczby arbitrów).

### 1.14. Składanie odwołań w pełnym zakresie będzie możliwe także dla zamówień poniżej progów UE; zaskarżanie postanowień umownych

Projekt Ustawy przewiduje prawo składania odwołań do KIO dotyczących wszystkich zaniechań i czynności podejmowanych przez zamawiających także w postępowaniach poniżej progów unijnych.

Odwołanie ma przysługiwać wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, konkursie, systemie kwalifikowania wykonawców lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, **w szczególności na projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego**. Odwołanie nie przysługuje natomiast na działania jak i zaniechania zamawiającego podejmowane poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego

**Ocena:** Zmianę należy ocenić jako bardzo pozytywną. Aktualne brzmienie przepisu ogranicza wykonawcom (zazwyczaj mniejszym przedsiębiorcom) składającym oferty w przetargach poniżej progów unijnych możliwość zaskarżenia czynności lub zaniechania zamawiającego. Brak jest racjonalnego uzasadnienia takiego ograniczenia. Zmiana może wpłynąć na większą liczbę odwołań do KIO.



### 1.15. Postępowanie koncyliacyjne

Całkowitym novum, jakie pojawia się w Projekcie Ustawy jest postępowanie koncyliacyjne uregulowane w Dziale X art. 620.

Postępowanie koncyliacyjne znajdzie zastosowanie w przypadku sporu o dużej wartości wynikającego z udzielonego, na podstawie **umowy** w sprawie zamówienia publicznego lub **umowy ramowej**, zamówienia publicznego, finansowanego z udziałem środków Unii Europejskiej lub o szacunkowej wartości zamówienia równej lub przekraczającej równowartość 20 mln euro dla robót budowlanych lub 10 mln euro dla dostaw lub usług.

W przypadku sporu powstałego na tle ww. umów zarówno zamawiający jak i wykonawca, będą zobligowani do złożenia wniosku o rozwiązanie sporu do Krajowej Izby Odwoławczej.

**Ocena:** Uzasadnienie do Projektu Ustawy wskazuje, że wprowadzenie instytucji koncyliacji ma na celu przyspieszenie rozwiązywania sporów oraz nie stanowi zagrożenia dla stron w zakresie prawa do sądu. Dalej ustawodawca wskazuje, że istotą postępowania koncyliacyjnego jest dążenie do ugodowego załatwienia sprawy oraz zapewnienie szybkości i efektywności postępowania, a także unikanie zbędnych kosztów.

Lektura przepisów zawartych w Projekcie Ustawy dotyczących koncyliacji nasuwa jednak wiele wątpliwości, zaś ich treść nie do końca koresponduje z ww. ideą szybszego i mniej kosztownego zakończenia sporu.

Uwagę zwraca treść art. 620 ust. 1 Projektu Ustawy, zgodnie z którym zamawiający lub wykonawca, w przypadku sporu, o którym mowa w art. 502 ust. 1 pkt 2, **ma obowiązek** złożyć wniosek o jego rozstrzygnięcie przez Izbę.

Powyższe sformułowanie oznacza, że w przypadku łącznego spełnienia przesłanek z art. 502 ust. 2 lit. a i b, obligatoryjne będzie złożenie wniosku o przeprowadzenie postępowania koncyliacyjnego. Tym samym zapewnienia o „braku zagrożenia dla stron w zakresie prawa do sądu” wydają się być trudne do osiągnięcia w praktyce.

Zarówno wśród zamawiających jak i wykonawców analizowana zmiana oceniana jest negatywnie. Abstrahując od obligatoryjnego złożenia wniosku (przy spełnieniu przesłanek z art. 502 ust. 2 lit a i b) oraz odpłatnego i długotrwałego postępowania (w myśl art. 638 Projektu Ustawy postępowanie koncyliacyjne ma trwać nie dłużej niż 6 miesięcy z jednoczesną możliwością jego przedłużenia na zgodny wniosek stron co jest okresem obiektywnie dość długim), istnieje uzasadnione ryzyko, że KIO składająca się wyłącznie z prawników orzekających w sprawach dotyczących fazy prowadzenia postępowań przetargowych, nie będzie dysponowała wiedzą potrzebną do rozstrzygania sporów zaistniałych w związku z realizacją zamówień publicznych, w szczególności w zakresie zawitych kwestii cywilistycznych.

Zasadnym jest postulowanie, aby postępowanie koncyliacyjne miało **wyłącznie fakultatywny charakter** i w żadnym wypadku brak złożenia wniosku o rozpoznanie sporu przez Izbę Koncyliacyjną nie powinien skutkować niedopuszczalnością drogi sądowej.

W przypadku utrzymania tej regulacji bezwzględnie koniecznym będzie potwierdzenie w nowej ustawie, że złożenie wniosku o rozpoznanie sporu przez Izbę Koncyliacyjną będzie stanowiło przerwanie biegu terminu przedawnienia.

### 1.16. Jeden sąd do rozpoznawania skarg na orzeczenia KIO



Do rozpoznania skarg na orzeczenia KIO właściwy będzie wyłącznie Sąd Okręgowy w Warszawie - sąd zamówień publicznych (art. 609 ust. 1 Projektu Ustawy).

Celem zmiany ma być powołanie jednego wyspecjalizowanego sądu, powołanego do rozpoznawania skarg z zakresu zamówień publicznych, co ma przyczynić się do skrócenia czasu rozpoznawania spraw oraz zapewnienia wysokiej jakości wydawania orzeczeń w sprawach z zakresu zamówień publicznych.

**Ocena:** Zmiana bardzo korzystna. Pozwoli na skrócenie czasu oczekiwania na rozstrzygnięcie sądu powszechnego. Konieczne jest także zapewnienie rozpoznawania spraw przez sędziów wyspecjalizowanych w zakresie zamówień publicznych, którzy będą mogli wydawać właściwe orzeczenia wysokiej jakości merytorycznej.

#### 1.17. Dwukrotnie dłuższy termin na złożenie skargi na orzeczenie KIO

Art. 609 ust. 2 Projektu Ustawy przewiduje 14-dniowy termin na wniesienie skargi na orzeczenie KIO. W uzasadnieniu Projektu Ustawy wskazuje się, że dłuższy termin ma na celu zwiększenie gwarancji merytorycznej analizy orzeczenia Izby oraz umożliwienie przygotowania się do sporządzenia skargi, co może przełożyć się na sprawniejsze przeprowadzenie postępowania przed sądem.

**Ocena:** Zmianę należy ocenić pozytywnie. Dłuższy termin na złożenie skargi pozwala na dokładniejsze przygotowanie pisma oraz bardziej rzetelne przygotowanie się do samego procesu. 14-dniowy termin nie jest jednak wyjątkiem, można określić go jako standardowy w porównaniu do terminów apelacyjnych przewidzianych w kodeksie postępowania cywilnego czy też kodeksie postępowania karnego.

#### 1.18. Zmniejszenie opłaty od skargi na orzeczenie KIO

Obecnie opłaty sądowe od skarg na orzeczenia KIO wynoszą aż pięciokrotność wpisu od odwołania. Wysokość opłat jest jednym z głównych powodów znikomego zainteresowania wykonawców wnoszeniem skarg do sądu i dalszym dochodzeniem swoich praw:

Art. 34 ust. 1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych:

*Od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych pobiera się opłatę stałą w wysokości **pięciokrotności wpisu** wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga.*

Przepisy wprowadzające nową ustawę przewidują zmianę art. 34 ust. 1 o kosztach sądowych w sprawach cywilnych poprzez zastąpienie wyrazu „pięciokrotności” na „trzykrotności”.

**Ocena:** Zmianę należy ocenić jako pozytywną i pożądaną. Wysokie opłaty skutecznie blokują możliwość dochodzenia swoich praw przez wykonawców i ograniczają konstytucyjne prawo do sądu. Należy jednak podkreślić, że ww. opłata jest wciąż wysoka i może stanowić barierę dla MŚP w dochodzeniu swoich praw przed sądem (należałoby rozważyć opłatę opartą na jednokrotności lub dwukrotności wpisu wniesionego od odwołania).

#### Dodatkowe postulaty z punktu widzenia zamawiających:

1. W przesłankach unieważnienia brakuje większej swobody unieważnienia postępowania. Z punktu widzenia zamawiającego zamknięty katalog przesłanek unieważnienia postępowania jest zbyt wąski.



2. Projekt Ustawy powinien wyraźnie precyzować, czy wezwanie z obecnego art. 26 ust. 3 pzp (w Projekcie Ustawy art. 142 ust. 1) zamawiający może skierować do wykonawcy tylko raz. Brak jest w dotychczasowym ustawodawstwie krajowym regulacji, która wskazywałaby, że wzywać wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 pzp można tylko raz. Zasada jednokrotnego wzywania wykonawców wynika z ukształtowanego w tym zakresie orzecznictwo KIO i nie znajduje uzasadnienia w postanowieniach Dyrektywy klasycznej. Tym samym postulowane jest, aby ustawodawca definitywnie rozstrzygnął, czy na mocy art. 142 ust. 1 Projektu Ustawy zamawiający będzie uprawniony do jednokrotnego lub kilkukrotnego wzywania wykonawców. Zdecydowanie korzystniejszym rozwiązaniem byłoby umożliwienie zamawiającym wzywanie wielokrotnie w zależności od aktualnej potrzeby.
3. Ustawowe terminy związania ofertą w ustawie krajowej są wskazane w dniach natomiast formularz ogłoszenia w TED jest dostosowany do terminów miesięcznych. Powoduje to konieczność przeliczania terminów.
4. Zgodnie z art. 121 ust. 1 Projektu Ustawy, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone środki dowodowe są niekompletne, zamawiający, zapewniając zachowanie zasady równego traktowania wykonawców, może wezwać do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział tę możliwość w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia.  
Postuluje się usunięcie postanowienia „o ile przewidział tę możliwość w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia”. Uzależnianie możliwości wzywania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych od przewidzenia tego w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia stanowi istotne ograniczenie i będzie prowadzić do częstszego odrzucania ofert.

#### **Dodatkowe postulaty z punktu widzenia wykonawców:**

##### **1. Kwestia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.**

Zgodnie z art. 63 ust. 3 Projektu Ustawy „zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania określonej formy prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający **może jednak wymagać** aby wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **przyjęli określoną formę prawną** w przypadku udzielenia im zamówienia, jeżeli taka forma prawna jest niezbędna do właściwej realizacji zamówienia.”

Brak jest podstaw, by to zamawiający oceniał i narzucał wykonawcom przyjęcie określonej formy prawnej dla realizacji zamówienia. Forma, w jakiej wykonawcy prowadzą działalność gospodarczą stanowi jeden z podstawowych elementów swobody działalności gospodarczej. Podejmowanie tego rodzaju decyzji za wykonawców na etapie formułowania SWZ doprowadzi zapewne do licznych odwołań do KIO. Z uwagi na brak uzasadnienia wprowadzonego uprawnienia dla zamawiających, na aktualnym etapie przepis ten zasługuje na dezaprobatę.

##### **2. Zamówienia „in-house”.**

Aktualna regulacja, zawarta w obowiązującej ustawie pzp, dotycząca tzw. zamówień *in-house* rodzi duże zagrożenia dla zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji.

Udzielanie zamówień *in-house* powinno być zarezerwowane dla takich usług lub robót, których realizacja jest nieosiągalna na rynku konkurencyjnym. Innymi słowy prawo zamówień publicznych powinno uzależniać możliwość udzielenia zamówienia w tym trybie od uprzedniego





przeprowadzenia testu na konkurencyjność (zamówienia *in-house* powinny zostać dopuszczone jedynie w sytuacji, gdy na danym rynku określona usługa/roboty mogą być pozyskane tylko od jednego podmiotu, tj. gdy na tym rynku nie istnieje konkurencja).

Ewentualnie, w przypadku dopuszczenia szerszego stosowania trybu *in-house* konieczne jest wprowadzenie dodatkowych, w stosunku do istniejących obecnie, przesłanek warunkujących skorzystanie z zamówienia w trybie *in-house* lub doprecyzowanie istniejących warunków, poprzez:

- i) wprowadzenie obowiązku wykazania przez zamawiającego, że podmiot, któremu ma zostać udzielone zamówienie w trybie *in-house*, posiada własne zasoby techniczne, kadrowe i finansowe niezbędne do realizacji udzielanego mu zamówienia; spełnienie tego warunku powinno być weryfikowane na dzień publikacji ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia *in-house*;
- ii) wprowadzenia obowiązku upublicznienia w informacji o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia *in-house*, warunków finansowych wraz z dokumentami źródłowymi na jakich zamawiający zamierza udzielić zamówienia *in-house*, w tym opisu mechanizmu wynagrodzenia oraz wskaźników służących do obliczania i kontrolowania jego wysokości przez cały okres umowy;
- iii) wprowadzenie obowiązku sporządzenia „wiarygodnej prognozy handlowej”, o której mowa przez niezależny od zamawiającego oraz spółki, której ma zostać udzielone zamówienie *in-house*, podmiot oraz jej upublicznienia wraz z dokumentami źródłowymi będącymi podstawą jej sporządzenia i informacją o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia *in-house*;
- iv) doprecyzowanie określenia „reorganizacja działalności” poprzez wskazanie, że oznacza ono przekształcenia podmiotowe, reorganizację struktury właścicielskiej, lub zmianę zakresu (profilu) działalności oraz że zwykłe dostosowanie działalności danego podmiotu do wymogów warunkujących skorzystanie z zamówienia w trybie *in-house* nie może zostać uznane za taką „reorganizację”; dokumenty potwierdzające przeprowadzoną reorganizację podlegają publikacji wraz z ogłoszeniem o zamiarze udzielenia zamówienia *in-house*,
- v) wprowadzenia zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne przez tzw. podmiot wewnętrzny w postępowaniach prowadzonych przez inne jednostki samorządu terytorialnego.

### 3. Fakultatywne podstawy wykluczenia z postępowania:

- i) Kara administracyjna za naruszenie obowiązków wynikających z zakresu prawa ochrony środowiska. Należy wskazać, że podstawa wykluczenia aktualnie przewidziana w art. 24 ust. 2 pkt 7 ustawy pzp, która w Projekcie Ustawy została opisana w art. 123 ust. 1 pkt 2 lit. c **jest nadmiernie restrykcyjna i nieprecyzyjna**. Po pierwsze, od początku obowiązywania tego przepisu nie jest jasne, jak należy rozumieć pojęcie "naruszenia obowiązków wynikających z zakresu prawa ochrony środowiska", a dokładnie, które ustawy stanowią źródło tych obowiązków. Wśród komentatorów przeważają oceny, że chodzi nie tylko o przepisy ustawy Prawo ochrony środowiska, lecz również innych ustaw.



Istnieją jednak duże rozbieżności co do tego, o które ustawy chodzi, jak również co do tego czy wszystkie przepisy w nich zawarte stanowią przepisy ochrony środowiska, których naruszenie powinno skutkować wykluczeniem wykonawców z postępowań o udzielenie zamówień. Z uwagi na doniosłe skutki potencjalnego naruszenia przepisów z zakresu prawa ochrony środowiska **niezbędnym jest doprecyzowanie, które z nich są objęte dyspozycją art. 123 ust. 1 pkt 2 lit. c.**

Ponadto, wysokość kary za naruszenie przedmiotowych przepisów powinna zostać podniesiona co najmniej do 50.000,00 zł. Przepisy takich ustaw jak prawo ochrony środowiska, ustawa o odpadach i inne, przewidują bardzo wysokie częstokroć milionowe kary za rozmaite, niekiedy formalne naruszenia przepisów. Nalożenie na wykonawcę kary administracyjnej w kwocie 3.000,00 zł w żadnym wypadku nie musi stanowić o jego nierzetelności, ani przesądzać o niezdolności wykonania zamówienia. Taka kara może bowiem zostać wymierzona przykładowo za nieterminowe wykonanie obowiązków z zakresu sprawozdawczości odpadowej, będące efektem zwykłej ludzkiej omyłki, które w żadnym razie nie spowodowało szkody w środowisku, ani nie stanowiło potencjalnego narażenia środowiska na szkodę. Tymczasem nawet kara za naruszenie formalnych wymogów przepisów ustawy może stanowić podstawę do wykluczania wykonawcy z postępowań o udzielenie zamówień publicznych w okresie 3 lat od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna. Potencjalne negatywne konsekwencje dla wykonawców są więc katastrofalne, bowiem w przypadku podmiotów świadczących usługi w przeważającej części na rzecz zamawiających zobowiązanych do stosowania ustawy pzp, mogą prowadzić nawet do ich upadłości.

- ii) Grupa kapitałowa a oferty częściowe. Mimo, że Departament Prawny Urzędu Zamówień Publicznych w piśmie z dnia 25 stycznia 2017 r. (kierowanym do Prezesa Zarządu Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa) zajął jednoznaczne stanowisko odnośnie tego, że przynależność do grupy kapitałowej powinna być badana odrębnie dla każdej części zamówienia, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 lipca 2018 r. stanęła na stanowisku, że do naruszenia konkurencji w związku ze złożeniem oddzielnych ofert przez podmioty należące do jednej grupy kapitałowej może dojść również w sytuacji, gdy każdy z tych podmiotów złożył ofertę **na oddzielne części zamówienia**. Wobec powyższego zasadnym byłoby doprecyzowanie art. 123 ust. 1 pkt 6 Projektu Ustawy poprzez wskazanie, że **nie stanowi on podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy należąc do jednej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty na różne części zamówienia**.
- iii) Niewykonanie zamówienia. Kolejna podstawa wykluczenia z udziału w postępowaniu, która wymaga doprecyzowania została określona w art. 123 ust. 1 pkt 9 Projektu Ustawy, zgodnie z którym z postępowania można wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał lub nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym publicznym, co doprowadziło od rozwiązania umowy, prawomocnego zasądzenia odszkodowania **lub innych porównywalnych sankcji**.

Również ta podstawa wykluczenia wydaje się być nazbyt nieprecyzyjna. Zasądzenie odszkodowania w niewielkiej wysokości nie musi wcale świadczyć o braku rzetelności wykonawcy. Może to stanowić przejaw zwykłego sporu związanego z realizacją umowy (np. sporu o kary umowne, których nakładanie jest absolutną codziennością w realiach zamówień publicznych). Zasądzenie odszkodowania powinno dotyczyć więc kwoty istotnej wobec wartości zamówienia, sugerujemy by chodziło o nie mniej niż 20% wartości



zamówienia. Dodatkowo konieczne jest wyjaśnienie co ustawodawca rozumie pod pojęciem „**innych porównywalnych sankcji**”. Wskazane pojęcie jest nieostre, dlatego też wymaga doprecyzowania.

- iv) Przesłanka wykluczenia zawarta w art. 123 ust. 1 pkt 10 Projektu Ustawy dotyczy możliwości wykluczenia wykonawcy, który z powodu „zamierzonego działania lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd (...)”. Postuluje się, aby sankcją wykluczenia objęte zostało „rażące niedbalstwo”, nie zaś samo niedbalstwo. Przepis ten powinien bowiem dotyczyć uchybień wykonawcy, które są wynikiem rażącego niedbalstwa wykonawców. W przeciwnym razie takie sformułowanie prawdopodobnie będzie generowało wiele sporów na w przypadku korzystania w praktyce przez zamawiających z tej przesłanki wykluczenia.

#### 4. Koszty postępowania przed KIO oraz koszty postępowania skargowego w przypadku unieważnienia postępowania przez zamawiającego w toku postępowania odwoławczego.

Wśród wykonawców pojawił się postulat konieczności zmiany przepisów dotyczących kosztów postępowania w przypadku unieważnienia postępowania przez zamawiającego w toku postępowania odwoławczego przed KIO.

W aktualnym stanie prawnym brak jest odpowiedniej regulacji, która pozwalałaby na potraktowanie wykonawcy, który złożył odwołanie w postępowaniu, które zostało następnie unieważnione przez zamawiającego w toku postępowania przed KIO jak strony wygrywającej. W konsekwencji więc, mimo osiągnięcia efektu w postaci unieważnienia postępowania, wykonawca zostaje obciążony kosztami postępowania odwoławczego. Takie ukształtowanie przepisów dotyczących kosztów należy ocenić negatywnie, zaś ustawodawca w Projekcie Ustawy mógłby pokusić się o rozwiązanie tego problemu.

5. Udzielanie zabezpieczeń w postaci zakazu zawierania umów o zamówienia publiczne. Z uwagi na istniejące rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych właściwych do rozpoznawania skarg na wyroki KIO, zasadnym byłoby jednoznaczne uregulowanie w Projekcie Ustawy **dopuszczalności udzielania zabezpieczeń w postaci zakazu zawarcia umowy o zamówienie publiczne do chwili wydania wyroku w przedmiocie skargi przez Sąd Okręgowy.**

W praktyce tego rodzaju zabezpieczenia są wydawane przez wiele sądów okręgowych w Polsce, np. przez Sąd we Wrocławiu czy Katowicach. Sąd Okręgowy w Warszawie konsekwentnie odmawia jednak udzielania takich zabezpieczeń wskazując, że skoro ustawa pzp odsyła do stosowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego dotyczących apelacji, to nie ma powodu aby stosować w tym postępowaniu przepisy kodeksu postępowania cywilnego dotyczące postępowania zabezpieczającego.

Ta rozbieżność orzecznicza z jednej strony narusza zasadę zaufania obywateli do organów władzy publicznej, a z drugiej (w przypadku sądów odmawiających udzielania zabezpieczeń) czyni skargę na wyrok KIO jedynie iluzorycznym środkiem ochrony prawnej. Niejednokrotnie dochodzi bowiem do sytuacji, w których rozstrzygnięcie w przedmiocie skargi następuje np. po wykonaniu umowy o zamówienie publiczne, co powoduje umorzenie postępowania skargowego w całości.

