

Warszawa, 14 lutego 2019 r.

Sz. P.

Jadwiga Emilewicz

Minister Przedsiębiorczości i Technologii

Pl. Trzech Krzyży 3/5

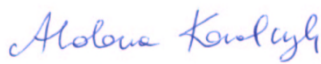
00-507 Warszawa

Szanowna Pani Minister!

W związku z toczącymi się pracami legislacyjnymi nad projektem nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych (numer w wykazie prac legislacyjnych Rady Ministrów: UD472, dalej jako "**Projekt ustawy**"), Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych ("**SPZP**" lub "**Stowarzyszenie**"), działając w ramach swoich celów statutowych, po zapoznaniu się z treścią Projektu ustawy, zgłasza w ramach procesu konsultacji publicznych uwagi do zawartych w nim wybranych rozwiązań legislacyjnych (por. Załącznik do niniejszego pisma).



Piotr Bogdanowicz



Aldona Kowalczyk



Katarzyna Kuźma



Jan Roliński



Anna Specht-Schampera

## ZAŁĄCZNIK

### **DZIAŁ II. Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne**

#### ***Podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia***

SPZP pozytywnie ocenia dostosowanie w Projekcie ustawy podziału przesłanek wykluczenia na przesłanki obligatoryjne i fakultatywne w sposób analogiczny do systematyki przepisów dyrektywy 2014/24/UE. W ocenie SPZP zamawiający będą dzięki temu, w ślad za dyrektywami unijnymi, dysponować większą swobodą przy doborze przesłanek wykluczenia znajdujących zastosowanie do prowadzonego postępowania. Niemniej jednak brzmienie projektowanych przepisów stanowi praktycznie kopię przepisów unijnych, co zważywszy na odrębności systemów prawa polskiego oraz unijnego i występowanie zróżnicowanej siatki pojęciowej (a także metod wykładni), może powodować wątpliwości interpretacyjne (np. sankcje porównywalne do prawomocnie zasądzonego odszkodowania, niedbalstwo, inna sytuacja wynikająca z procedury podobnej do otwarcia likwidacji). W celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych, w ocenie SPZP konieczne jest dostosowanie oraz doprecyzowanie pojęć zawartych w projektowanych przepisach.

#### ***Skazanie za przestępstwo jako podstawa wykluczenia***

Użyte w **art. 122 pkt. 1** Projektu ustawy sformułowanie "*skazany za (...) na podstawie art.*" sugeruje, że wykluczeniu z postępowania będzie podlegać wyłącznie wykonawca, który został skazany na podstawie przepisów polskich ustaw, odpowiednio Kodeksu karnego lub ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Projektowane przepisy wprowadzają model odmienny od obecnie obowiązującej regulacji (art. 24 ust. 1 pkt. 13), która odnosi się do skazania za przestępstwo "*o którym mowa w art.*", a więc stypizowane w danym przepisie polskie ustawy.

W ocenie SPZP powyższą zmianę należy ocenić negatywnie, ponieważ wprowadza ona chaos interpretacyjny w stosunku do przestępstw popełnionych pod rządami prawa, które różnią się od polskiego porządku prawnego. Brzmienie obecnie obowiązujących przepisów (tj. art. 24 ust. 1 pkt. 13) wydaje się być zrozumiałe - przesłanka wykluczenia znajdzie zastosowanie wówczas, gdy dana osoba (w tym obcokrajowiec) zostanie skazana za przestępstwo, o którym mowa w danym artykule polskiej ustawy. Jeżeli zatem dana osoba (w myśl dotychczasowych przepisów) zostanie skazana za przestępstwo korupcji w kraju swojego zamieszkania, to jeżeli korupcja ta jest zbliżona do instytucji uregulowanej w art. 229 k.k., to zaistnieje wówczas podstawa do wykluczenia z postępowania. Co oczywiste, nie ma w tym przypadku mowy o konieczności skazania wprost na podstawie art. 229 k.k. tylko o skazaniu na podstawie przepisów prawa obcego, w których stypizowano analogiczne przestępstwo.

Należy zauważyć, iż zawężenie weryfikacji podmiotowej wyłącznie do polskich sądów karnych nie dotyczy jednak najcięższych przestępstw (np. terroryzm, praca małoletnich, nadużycia finansowe, przestępstwa skarbowe), w przypadku których wyraźnie wskazano na odesłanie do systemów prawnych innych państw, tj. prawa miejsca siedziby lub miejsca zamieszkania wykonawcy (art. 122 pkt. 1 lit. e – g Projektu ustawy). Jednocześnie przestępstwa, które nie posiadają wskazanego odesłania do innych niż polski porządek prawny (np. korupcja), mogą stanowić o wykluczeniu wyłącznie jeżeli prawomocny wyrok skazujący zostanie wydany przez sąd polski. Takie rozróżnienie może dziwić zestawiając katalog przestępstw stanowiących przesłanki obligatoryjne z katalogiem przesłanek fakultatywnych, gdzie przy przestępstwach o mniejszym ciężarze gatunkowym również pojawia się odesłanie do przepisów miejsca zamieszkania lub siedziby danego wykonawcy. Jednocześnie SPZP zwraca uwagę na konieczność rozważenia zasadności odesłania do przepisów prawa miejsca siedziby lub miejsca zamieszkania wykonawcy (**art. 122 pkt. 1 lit. e – g** Projektu ustawy) - taka konstrukcja przepisu powoduje, że wykonawca lub członek organu wykonawcy skazany np. za korupcję w państwie innym niż państwo siedziby lub miejsca zamieszkania nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania.

W celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych, w ocenie SPZP rekomendowane jest przyjęcie jednolitego punktu odniesienia dla oceny prawnej popełnionych przestępstw albo poprzez odesłanie do aktów prawa unijnego, wskazanych w art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE albo poprzez nawiązanie do polskich przepisów prawa jako stanowiących punkt odniesienia dla oceny typu danego przestępstwa, a nie podstawy materialnoprawnej wydanego wyroku.

### **Wykluczenie w związku z orzeczeniem zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne**

Z treści przepisu **art. 122 pkt. 4** Projektu ustawy można domniemywać, iż zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne może być orzeczony nie tylko przez sąd (jak w dotychczasowych przepisach), ale przez jakikolwiek podmiot. Postulujemy przywrócenie jednoznacznego wskazania, że zakaz ubiegania się o zamówienia musi wynikać z prawomocnego wyroku sądowego.

### **Wykluczenie w związku z konfliktem interesów**

Zgodnie z art. 123 ust. 1 pkt 7) Projektu ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę w przypadku występowania konfliktu interesów w rozumieniu art. 61 ust. 1 Projektu ustawy, którego nie można skutecznie wyeliminować w inny sposób, niż przez wykluczenie wykonawcy. Zgodnie z drugą częścią omawianego przepisu wykonawca może zostać wykluczony "w szczególności gdy nie zostały dopełnione obowiązki związane z wyłączeniem z postępowania osób pozostających w relacjach z wykonawcą określonych w art. 61 ust. 2". W ocenie SPZP druga część przepisu art. 127 ust. 1 pkt 7) Projektu ustawy wskazuje, iż wykonawca może podlegać wykluczeniu z postępowania na skutek okoliczności niezależnych od wykonawcy, tj. w związku z niedopełnieniem przez zamawiającego obowiązków związanych z wyłączeniem z postępowania osób pozostających w konflikcie interesów.

Z powyższego względu postulujemy wykreślenie części przepisu w brzmieniu: "w szczególności gdy nie zostały dopełnione obowiązki związane z wyłączeniem z postępowania osób pozostających w relacjach z wykonawcą określonych w art. 61 ust. 2".

### **Wykluczenie związane z nienależyтым wykonaniem wcześniejszej umowy**

Zgodnie z przepisem **art. 123 ust. 1 pkt 9** Projektu ustawy warunkiem dla wykluczenia wykonawcy w związku z nienależyтым wykonaniem wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, będzie nie tylko rozwiązanie umowy bądź prawomocne zasądzenie odszkodowania, ale również nałożenie innych porównywalnych sankcji.

W ocenie SPZP istotne wątpliwości interpretacyjne oraz trudności na gruncie prawa polskiego może budzić wskazanie desygnatów określenia "*innych porównywalnych sankcji*", np. w stosunku do "*prawomocnego zasądzenia odszkodowania*". Takie sformułowanie odzwierciedla co prawda treść przepisu art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24/UE, a jak wskazuje się w uzasadnieniu do Projektu ustawy: "*Celem tych zmian jest ułatwienie wykonawcom wypełniania jednolitego dokumentu, który odzwierciedla regulacje unijne.*" *Niezależnie jednak od powyższego użycie pojęcia "innych porównywalnych sankcji", wbrew intencji ustawodawcy, nie ułatwi wykonawcom wypełnienia JEDZ w zakresie omawianej przesłanki wykluczenia, a wręcz przeciwnie, będzie rodziło znaczące wątpliwości interpretacyjne wynikające z nieprecyzyjności wskazanego pojęcia.*

W związku z powyższym SPZP postuluje usunięcie z przepisu **art. 123 ust. 1 pkt 9** Projektu ustawy odniesienia do "*innych porównywalnych sankcji*".

### **Podanie informacji wprowadzających w błąd**

W dotychczasowych przepisach jedna przesłanka wykluczenia określona w przepisie art. 57 ust. 4 lit. i) dyrektywy 2014/24/UE została w praktyce wdrożona jako dwie i co niezmiernie ważne – odrębne przesłanki wykluczenia, tj. podanie nieprawdziwych informacji w warunkach winy nieumyślnej (art. 24 ust. 1 pkt 17 obecnie obowiązującej ustawy) oraz bezprawne wpływanie na czynności zamawiającego (art. 24 ust. 1 pkt 18 obecnie obowiązującej ustawy). Powyższe miało istotny wpływ na interpretację tych przepisów, ponieważ wykładnia dotychczas obowiązującej podstawy wykluczenia związanej z podaniem nieprawdziwych informacji była zupełnie oderwana od dodatkowych przesłanek jej zastosowania (np. bezprawności), które została wyodrębniona w ramach przepisu art. 24 ust. 1 pkt 18 obecnie obowiązującej ustawy. Powyższe skutkowało wykluczeniem z postępowań o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy omyłkowo wskazywali w ofercie nieprecyzyjne informacje, np. dotyczące doświadczenia personelu. Wykluczenia, o których mowa, były niejednokrotnie sprzeczne z zasadą proporcjonalności, ale z uwagi na obowiązujący przepis ustawy znajdowały swoją podstawę w językowej (acz formalistycznej) wykładni przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 17 obowiązującej ustawy.

W ocenie SPZP, w celu zapewnienia zgodności z przepisami dyrektywy 2014/24/UE konieczne jest jednoznaczne doprecyzowanie przepisów **art. 123 ust. 1 pkt 10 oraz pkt 11** Projektu ustawy, poprzez wskazanie, iż wykluczeniu podlega wykonawca, który w sposób bezprawny (i) wpływał lub

próbował wpłynąć na czynności zamawiającego, lub (ii) przedstawił informacje wprowadzające w błąd, z zamiarem manipulowania przebiegiem bądź wynikiem postępowania. W związku z powyższym postulujemy rozważenie nadania przepisom **art. 123 ust. 1 pkt 10 i pkt 11** Projektu ustawy następującego brzmienia:

*10) który w wyniku zamierzonego działania:*

*a) wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, lub*

*b) zataił informacje, o których mowa w lit. a) lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych*

*- co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*

*11) który bezprawnie:*

*a) wpływał lub próbował wpływać na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub*

*b) przedstawił informacje wprowadzające w błąd,*

*- co mogło zapewnić mu nienależytą przewagę w postępowaniu lub mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

W kontekście przesłanek wykluczenia opisanych w przepisie art. 123 ust. 1 pkt 10 i 11 Projektu ustawy, SPZP zwraca uwagę na konieczność zróżnicowania sankcji związanej z okresem wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie z brzmieniem art. 125 pkt 4 Projektu ustawy wystąpienie powyższych przesłanek winno skutkować wykluczeniem wykonawcy przez okres 3 lat od daty za od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Należy zwrócić uwagę, iż przepis art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE określa wyłącznie maksymalny okres wykluczenia (3 lata), jeżeli państwo członkowie zamierza ustanowić sankcję w postaci wykluczenia "na przyszłość". Tym samym państwa członkowskie posiadają kompetencje do ustalenia w prawie krajowym krótszego okresu wykluczenia. Z uwagi na sankcyjny charakter omawianego przepisu okres wykluczenia winien być proporcjonalny do ciężaru gatunkowego zdarzenia skutkującego wykluczeniem. W tym kontekście SPZP postuluje rozważenie w kontekście przesłanki opisanej w przepisie art. 123 ust. 1 pkt 11 Projektu ustawy skrócenie okresu wykluczenia do 1 roku.

### ***Wykluczenie z uwagi na ogłoszenie likwidacji lub upadłości***

SPZP zwraca uwagę, iż odwołanie się w przepisie **art. 123 ust. 1 pkt 4** Projektu ustawy do "*innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca zamieszkania lub siedziby danego wykonawcy*" może okazać się błędne, ponieważ procedury upadłościowe są rządzone zazwyczaj prawem miejsca wszczęcia postępowania, które z kolei wyznacza tzw. COMI (*centre of main interests*), co nie zawsze pozostaje tożsame z miejscem

zamieszkania/siedzibą. W związku z powyższym wskazane jest odwołanie do przepisów miejsca wszczęcia właściwego postępowania.

SPZP zwraca również uwagę, iż przepis w obecnym brzmieniu nie dopuszcza żadnego wyjątku dla sytuacji, w której mimo procedury upadłościowej/restrukturyzacyjnej wykonawca może i zamierza kontynuować działalność, a w celu poprawy kondycji wykonawcy planuje również ubiegać się o zamówienia publiczne - co jest dopuszczalne w świetle przepisów dyrektywy 2014/24/UE. Co więcej, zgodnie z obecnym brzmieniem projektowanego przepisu wykluczeniu podlega również wykonawca, który zawarł układ z wierzycielami, czyli kiedy wiadomo już, że postępowanie restrukturyzacyjne zakończyło się sukcesem. Powyższe wydaje się zupełnie niezasadne z punktu widzenia celu omawianej przesłanki, a także prowadzonego postępowania zmierzającego do przywrócenia płynności i poprawy kondycji wykonawcy. W związku z powyższym, w ocenie SPZP konieczne jest wprowadzenia wyjątku od omawianej przesłanki wykluczenia pozwalającego na stwierdzenie (na podstawie znajdujących zastosowanie przepisów krajowych i środków dotyczących kontynuowania działalności gospodarczej), że wykonawca będzie w stanie realizować dane zamówienie bo (i) znajduje się w postępowaniu, którego celem jest przywrócenie jego płynności, (ii) postępowanie to osiągnęło swój cel.

Należy również zwrócić uwagę, że przesłanka wykluczenia związana z ogłoszeniem likwidacji lub upadłości wykonawcy do tej pory skutkowałą wykluczeniem jedynie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub w innych postępowaniach pod warunkiem, że okoliczności faktyczne uzasadniające wykluczenie nadal się utrzymywały. Zgodnie z **art. 125 pkt 4** Projektu ustawy sankcja wykluczenia będzie występowała przez 3 lata od zaistnienia zdarzenia. W ocenie SPZP w tym przypadku również wymagane jest wdrożenie wyjątku (na podstawie znajdujących zastosowanie przepisów krajowych i środków dotyczących kontynuowania działalności gospodarczej), związanego z możliwością dopuszczenia wykonawcy do realizacji zamówienia w sytuacji, w której okoliczności uzasadniające wykluczenie ustały.

### ***Procedura samooczyszczenia (self-cleaning)***

W dotychczasowej praktyce stosowania przepisów art. 24 ust. 8 - 10 obecnie obowiązującej ustawy regulujących instytucje samooczyszczenia wątpliwość budziło ustalenie etapu postępowania, w którym wykonawca mógł skorzystać z takiej procedury. Jednocześnie na gruncie orzecznictwa dominował pogląd, zgodnie z którym w celu przeprowadzenia procedury samooczyszczenia niezbędna jest niezwłoczna inicjatywa ze strony wykonawcy, nawet w przypadkach w których wykonawca mógł nie być świadomy istnienia podstawy wykluczenia. W praktyce bowiem wykonawca mógł dowiedzieć się o istnieniu podstaw do wykluczenia z postępowania z decyzji zamawiającego, co niejednokrotnie skutkowało wyłączeniem możliwości zastosowania procedury samooczyszczenia. W związku z powyższym wskazane jest aby w art. **124** Projektu ustawy uregulować termin w jakim dopuszczalne (a zatem niespóźnione) może być skorzystanie z instytucji samooczyszczenia lub stworzyć wykonawcy warunki do dokonania samooczyszczenia (np. poprzez obligatoryjne skierowanie do wykonawcy wezwania) w przypadku gdy wykonawca może nie mieć świadomości, iż zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia.

### **Okres wykluczenia**

W **art. 125 pkt 4)** Projektu ustawy wskazano, iż wystąpienie którejkolwiek z fakultatywnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 123 pkt 4-11 Projektu ustawy (winno być: art. 123 ust. 1 pkt 4-11) skutkuje wykluczeniem wykonawcy przez okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia. Należy zwrócić uwagę, iż przepis art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE stanowi, iż okres wykluczenia nie może przekraczać 3 lat od daty zdarzenia, które jest przyczyną wykluczenia. Tym samym państwa członkowskie posiadają kompetencje do ustalenia krótszego okresu wykluczenia, a z uwagi na sankcyjny charakter tego przepisu okres taki winien być proporcjonalny do ciężaru gatunkowego zdarzenia powodującego wykluczenie.

### **DZIAŁ III. Szczególne instrumenty i procedury w zakresie zamówień publicznych**

#### ***Przyznanie odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia Projektu ustawy***

Projektowane regulacje nie gwarantują dostępu do skutecznych roszczeń odszkodowawczych dla wykonawców. Projektowany **art. 287** powtarza treść obecnego art. 93 ust. 4 obecnie obowiązującej ustawy przewidującego dostępność odszkodowania wyłącznie w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia i to jedynie w zakresie zwrotu kosztów uczestnictwa w przetargu.

Wydaje się konieczne precyzyjne uregulowanie roszczeń odszkodowawczych w zamówieniach publicznych przy uwzględnieniu następujących propozycji:

- zakres podmiotowy regulacji powinien odnosić się do wykonawców, którzy wskutek naruszenia przez zamawiającego prawa z dziedziny zamówień publicznych utracili możliwość uzyskania zamówienia – pozostałe przypadki naruszenia przez zamawiającego prawa skutkujące powstaniem szkody mogą być regulowane na zasadach ogólnych (np. relacje pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą, któremu udzielono zamówienia),
- należałoby wyraźnie określić relacje pomiędzy dostępnymi środkami ochrony prawnej uwzględniając z jednej strony interesy wykonawców, a z drugiej strony interesy zamawiających, którzy reprezentują interes publiczny wydatkując środki publiczne.

W ramach powyższego postulatu należy uwzględnić następujące szczegółowe regulacje:

- i. warunkiem skutecznego wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym do sądu byłby wymóg wykorzystania dostępnego środka ochrony w postaci odwołania do KIO w myśl zasady, że poszkodowany powinien podejmować rozsądne działania ograniczające rozmiar szkody lub zapobiegające szkodzie (np. wyrok Trybunału z dnia 24.03.2009 r. w sprawie C-445/06 *Danske Slagterier przeciwko Bundesrepublik Deutschland*) – w tym wypadku poprzez próbę wyeliminowania bezprawnej decyzji zamawiającego, która może skutkować utratą zamówienia dla zainteresowanego wykonawcy;

- ii. w przypadku oddalenia odwołania przez KIO zainteresowany wykonawca powinien mieć możliwość wniesienia skargi łącznie z roszczeniem odszkodowawczym jako ewentualnym środkiem ochrony na wypadek uwzględnienia przez sąd skargi na etapie, gdy umowa o zamówienie została już wykonana;
- iii. należy pozostawić wykonawcy wybór – wniesienie skargi łącznie z ewentualnym podniesieniem roszczeń odszkodowawczych lub wniesienie pozwu o odszkodowanie po zakończeniu postępowania skargowego;
- iv. w relacji sankcja unieważnienia umowy i odszkodowanie pierwszeństwo należy przyznać sankcji unieważnienia – przy zaistnieniu podstaw do unieważnienia umowy zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych sąd powinien mieć w pierwszej kolejności obowiązek unieważnienia umowy, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której koszty realizacji umowy i koszty odszkodowania dublowałyby wydatki ponoszone ze środków publicznych.

Przedstawione powyżej propozycje nie mogą być uregulowane w sposób "automatyczny" czyli ograniczający skuteczność omawianego środka ochrony prawnej – np. w przypadku udzielenia zamówienia z pominięciem obowiązku ogłoszenia o zamówieniu zainteresowany wykonawca nie będzie miał możliwości kwestionowania decyzji zamawiającego poprzez wniesienie odwołania, w niektórych wypadkach również sankcja unieważnienia umowy nie będzie miała zastosowania lub jej zastosowanie nie wpłynie na wysokość odszkodowania (np. przy całkowitym wykonaniu umowy, która nie będzie mogła powrócić na rynek).

Nadto, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE (wyrok z dnia 30.09.2010 r. w sprawie C-314/09 *Stadt Graz v. Strabag AG*, wyrok z dnia 9.12.2010 r. w sprawie C-568/08 *Combinatie Spijkier*, wyrok z dnia 10.01.2008 r. w sprawie C-70/06 *Komisja przeciwko Portugalii*) roszczenia odszkodowawcze w zamówieniach publicznych nie mogą być uzależnione od przesłanki zawinienia po stronie zamawiającego.

Postulujemy ponadto doprecyzowania przesłanki dopuszczalności roszczeń odszkodowawczych poprzez oderwanie wymogu naruszenia prawa przez zamawiającego od zawinienia.

W tym zakresie proponujemy uwzględnić następujące elementy regulacji:

- i. w przypadku przesłanki naruszenia prawa przez zamawiającego można wymagać, że w razie naruszenia norm o pewnym zakresie uznania wymagane jest stwierdzenie "istotnego przekroczenia granic uznania";
- ii. odnośnie zakresu odszkodowania należy zwrócić uwagę, że Trybunał Sprawiedliwości, który porównuje odpowiedzialność odszkodowawczą w zamówieniach publicznych do standardów odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich za naruszenie prawa UE jednoznacznie opowiada się za koniecznością objęcia odszkodowaniem również utraconych korzyści, nie ograniczając odpowiedzialności zamawiającego do interesu ujemnego umowy;



- iii. dochodzenie utraconych korzyści byłoby jednak dopuszczalne tylko w sytuacji, gdy wykonawca wykaże związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem prawa przez zamawiającego a utratą zamówienia – gdyby nie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego zainteresowany wykonawca z całą pewnością (lub z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością) uzyskałby dane zamówienie;
- iv. odszkodowanie obejmujące swoim zakresem utracone korzyści nie powinno obejmować jednocześnie ewentualnych kosztów uczestnictwa w przetargu i kosztów przygotowania oferty, ponieważ przedmiotowe obciążenia zwykle są wliczane przez wykonawców do kosztów realizacji zamówienia;
- v. zważywszy na specyfikę systemu zamówień publicznych dostrzegamy potrzebę uznania "utrąty szansy" na zawarcie umowy o zamówienie za pewną wartość ekonomiczną – w przypadku zamówień publicznych sporadycznie mamy do czynienia z przypadkami naruszenia, których wykazanie można powiązać ze skutkiem w postaci pewności utraty zamówienia przez konkretnego wykonawcę, w większości sytuacji wykonawca może dowieść z różnym prawdopodobieństwem "utrąte szansy" na pozyskanie zamówienie – tego rodzaju szkoda podlega wynagrodzeniu w prawie francuskim i brytyjskim, znana jest praktyce orzeczniczej sądów hiszpańskich i jest również uznawana w prawie UE o czym świadczą wyroki Sądu UE (np. wyrok z dnia 29.10.2015 r. w sprawie T-199/14 *Vanbreda Risk*, wyrok z dnia 7.10.2015 r. w sprawie T-299/11 *European Dynamics Luxembourg* czy wyrok z dnia 27.04.2016 r. w sprawie T-556/11 *European Dynamics Luxembourg*);
- vi. w przypadku przyjęcia koncepcji wynagrodzenia za "utrąte szansy" jej wartość ekonomiczna powinna być oceniana w odniesieniu do stopnia prawdopodobieństwa szansy na uzyskanie zamówienia przez konkretnego wykonawcę oraz jego możliwości realizacji umowy oraz wartości zamówienia i innych elementów mających znaczenie w konkretnym przypadku;
- vii. w przypadku regulacji minimalnej zainteresowanemu wykonawcy, który utracił szansę na uzyskanie zamówienia powinien przysługiwać co najmniej zwrot kosztów przygotowania oferty (w przypadku rozwiązania proponowanego w pkt vi relacja pomiędzy kosztami oferty i potencjalnym zyskiem powinna być oceniana podobnie jak w przypadku pkt iv);
- viii. pozostawienie odrębnej regulacji odszkodowawczej na wypadek unieważnienia postępowania przetargowego.

## Dział VII. Umowa w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonanie

### **Przepisy ogólne**

**Art. 462** Projekt ustawy wprowadza specyficzne ograniczenie swobody umów polegające na zakazie kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia i ryzyk związanych z jego realizacją.

Zdaniem SPZP idea wprowadzenia tego przepisu jest godna poparcia. Zwracamy jednak uwagę, że ograniczenie zastosowania przepisu do "*rażącej nieproporcjonalności*" może prowadzić w praktyce do bardzo ograniczonego katalogu sytuacji, w którym znajdzie on zastosowanie. Skoro zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 3) Projektu ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób proporcjonalny, w szczególności zapewniając, aby warunki zamówienia były odpowiednie do przedmiotu zamówienia, to także i postanowienia umowy powinny gwarantować zachowanie tej zasady. Wskazane zatem byłoby usunięcie określenia "rażąco" z treści tego przepisu.

Ponadto punktem odniesienia do oceny proporcjonalności nie powinien być tylko rodzaj zamówienia i ryzyka związane z jego realizacją, ale generalnie warunki danego zamówienia, a na które składa się także np. opis przedmiotu zamówienia. Omawiany przepis stanowi realizację zasady proporcjonalności w zakresie postanowień umowy, zatem powinien on korespondować z treścią art. 16 Projektu ustawy.

Zwracamy także uwagę, że katalog przykładowych postanowień umownych, które są sprzeczne z art. 462 ust. 1 Projektu ustawy, może prowadzić do zawężenia stosowania omawianej zasady tylko do wymienionych postanowień. Proponujemy, aby taki katalog ukształtowała praktyka i orzecznictwo.

Należy również zauważyć, że treść art. 462 Projektu ustawy nie powinna ograniczać się do przesłanki "*rażącej nieproporcjonalności*" także z uwagi na konieczność realizowania przez Projekt ustawy zasady proporcjonalności w dostępie do zamówienia. W przypadku kształtowania postanowień umowy o zamówienie publiczne zasada ta powinna wyrażać się w takich postanowieniach, które nie powodują nadmiernego oraz nieadekwatnego ograniczenia konkurencji w samym postępowaniu.

### **Waloryzacja**

W **art. 468 ust. 1** Projektu ustawy niepotrzebne jest, zdaniem SPZP, odwoływanie się do "istotnych" kosztów dla realizacji zamówienia – może ono wywoływać trudności interpretacyjne w praktyce i ograniczać możliwość zastosowania klauzuli waloryzacyjnej.

Stowarzyszenie wyraża również pogląd, że zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej nie powinno być ograniczone przez wskazywanie przez zamawiającego "*maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia*" (art. 468 ust. 2 pkt 4 Projektu ustawy). Wskazana

konstrukcja niweczy bowiem pozytywny efekt mechanizmu waloryzacji. Wskazanie w umowie maksymalnej wartości zmiany może prowadzić do skutków równoważnych zmianom wprowadzanym w trybie art. 144 obecnie obowiązującej ustawy. Rozwiązanie to wydaje się być niezgodne z celem klauzuli waloryzacyjnej wprowadzonej w Projekcie ustawy, jakim jest umożliwienie dostosowywania warunków umów do zmieniających się okoliczności rynkowych.

### **Raport z realizacji zamówienia**

SPZP zgadza się ze stanowiskiem, że należy w regulacjach ustawowych położyć większy niż dotychczas nacisk na etap realizacji zamówienia publicznego, jednakże wydaje się, że rozwiązania zawarte w Projekcie ustawy (w szczególności ogłoszenie o wykonaniu zamówienia publicznego, obligatoryjny zespół nadzoru nad realizacją zamówienia w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi powyżej 1 mln euro oraz raport z realizacji zamówienia) są niewystarczające do realizacji tego postulatu.

W przypadku raportu z realizacji zamówienia, SPZP wskazuje ponadto, że nie jest trafne obecne umiejscowienie **art. 475** Projektu ustawy, który w opinii SPZP powinien być zawarty w Dziale I, albo w postaci odrębnego rozdziału albo jako jeden z końcowych artykułów Rozdziału 8, po dodaniu w jego tytule: "i realizacji zamówienia" ("Dokumentowanie przebiegu postępowania i realizacji zamówienia"). Proponujemy również, aby – na wzór protokołu postępowania – został w drodze rozporządzenia określony wzór takiego raportu, a także, aby obligatoryjnym elementem jego treści była analiza wpływu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej ("**KIO**" lub "**Izba**"), zapadłych w trakcie postępowania, na realizację zamówienia (przykładowo, gdy wyrokiem KIO oddalone zostało odwołanie zawierające zarzut rażąco niskiej ceny w wybranej przez zamawiającego ofercie, zaś wykonawca w trakcie realizacji zamówienia upadł). Należałoby również zobowiązać zamawiającego, aby w przypadku zaistnienia takiego wpływu przysyłał raport z realizacji zamówienia do Prezesa KIO oraz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Jednocześnie w projektowanym **art. 509 ust. 2 pkt 7** Projektu ustawy, nakładającym na Prezesa KIO obowiązek analizy orzecznictwa dotyczącego zamówień publicznych (lub jako odrębny punkt), należałoby dodać obowiązek analizy przesyłanych mu przez zamawiających raportów. Według SPZP takie rozwiązanie może znacząco przyczynić się do poprawienia orzecznictwa KIO i jego większego osadzenia w realiach życia gospodarczego.

### **Zmiana umowy**

Jak wskazano w uzasadnieniu Projektu ustawy, przepisy określające zasady dokonywania zmian umowy zostały jedynie przeredagowane, aby w jaśniejszy sposób oddać zakres dopuszczalnych zmian umowy określonych w prawie unijnym i nie zawierają merytorycznych zmian w stosunku do obowiązujących rozwiązań.

SPZP wyraża jednak pogląd, że niektóre przepisy zostały przeredagowane w sposób, który zamiast ułatwiać, mogą utrudniać zrozumienie zakresu dopuszczalnych zmian umowy. Dotyczy to przede wszystkim pojęcia "*charakteru umowy*", które pojawia się w **art. 483 ust. 2** Projektu ustawy, jako element definicji zmiany istotnej, oraz w **art. 484 ust. 1** oraz **ust. 2** Projektu ustawy, jako

ograniczenie dopuszczalności zmiany umowy. Analiza przepisów dyrektyw (nie tylko w polskiej wersji językowej) prowadzi jednak do wniosku, że prawodawca unijny posłużył się w obu przypadkach odmiennymi konstrukcjami. Ze zmianą istotną mamy do czynienia, jeżeli charakteryzuje się ona cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnej umowy. Z kolei ograniczeniem dopuszczalności dokonywania zmian (modyfikacji) jest niezmiennalność "ogólnego charakteru umowy". SPZP uważa, że analogiczne postanowienia powinny znaleźć się w Projekcie ustawy.

Zmiana w art. 484 ust. 1 pkt 1 Projektu ustawy w zakresie dotyczącym jednej z cech postanowienia umownego – powinno być ono "zrozumiałe" – w miejsce występującego w dyrektywach oraz mającego źródło w orzecznictwie pojęcia "jasne" nie wydaje się konieczna.

Sformułowanie w art. 484 ust. 1 pkt lit. b Projektu ustawy, zgodnie z którym "*Dopuszczalna jest zmiana umowy, jeżeli nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę w wyniku sukcesji uniwersalnej lub częściowej, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa [...]*" może budzić na gruncie polskie prawa wątpliwości i stanowi, zdaniem SPZP, niepotrzebną kalkę przepisów dyrektyw.

Po pierwsze, mylące może być samo pojęcie "*sukcesji uniwersalnej lub częściowej*" – sukcesja częściowa to również sukcesja uniwersalna (tylko w ograniczonym zakresie, w przeciwieństwie do sukcesji uniwersalnej pełnej). Po drugie, ani upadłość ani nabycie przedsiębiorstwa w rozumieniu przedmiotowym nie stanowi w polskim prawie przypadku sukcesji uniwersalnej (pełnej ani częściowej). Po trzecie, nie jest jasne, co się miałyby kryć w polskim prawie pod pojęciem "*nabycia dotychczasowego wykonawcy*".

### **Odstąpienie od umowy**

W ocenie SPZP sankcja odstąpienia od całej umowy, w przypadku dokonania zmiany umowy z naruszeniem **art. 483 i art. 484** Projektu ustawy (art. 486 ust. 1 pkt 2 lit. a) wydaje się zbyt daleko idąca – odstąpienie powinno dotyczyć niedopuszczalnej zmiany.

W **art. 486 ust. 1 pkt 2 lit. c** Projektu ustawy niepotrzebne wydaje się precyzowanie, że źródłem zobowiązania mogą być "*traktaty, dyrektywa 2014/24/UE i dyrektywa 2014/25/UE*", co może sugerować, że tylko te akty i żadne inne, co byłoby jednak niezgodne z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości. Stowarzyszenie proponuje, aby odnieść się w tym miejscu po prostu do "*prawa Unii Europejskiej*".

### **Wykreślenie art. 487 ust. 6 z Projektu ustawy**

Zmianie lub uchyleniu winien ulec przepis art. 487 ust. 6 Projektu ustawy<sup>1</sup>. Stanowi on, że przepis art. 487 ust. 1 Projektu ustawy (regulujący podstawy unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70<sup>5</sup> KC. Taki

---

<sup>1</sup> Na marginesie, w Projekcie ustawy w art. 487 brakuje ust. 3.

sposób sformułowania przepisu może spowodować przyjęcie interpretacji, w myśl której art. 487 ust. 6 Projektu ustawy będzie stanowił *lex specialis* w stosunku do regulacji kodeksowej i przyznawać prawo do wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego jedynie zamawiającemu. Wykładnia taka nie byłaby jednak w najmniejszym stopniu uprawniona, sprzeciwiałaby się bowiem zasadom konstytucyjnym. W związku z wynikającą z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP zasadą równości wobec prawa nie sposób byłoby uznać, iż przyszły przepis art. 487 ust. 6 ustawy pozbawia wykonawcę, z którym zawarto umowę, prawa do wnioskowania o unieważnienie umowy. Nie ma jednakże żadnego uzasadnienia aksjologicznego, aby prawo takie służyło wyłącznie jednej stronie stosunku zobowiązaniowego (w tym przypadku – umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Gdyby traktować art. 487 ust. 6 Projektu ustawy jako podstawę wyłączenia prawa wykonawcy do wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy, to wykonawca, z którym została zawarta umowa, byłby pozbawiony jakiegokolwiek ochrony prawnej przed wnikaniem go w wadliwy stosunek prawny. Widać to wyraźnie na przykładzie wykonawcy, któremu zostaje udzielone zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia jednakże z naruszeniem przesłanek zastosowania trybu. O ile bowiem inni wykonawcy mają w takiej sytuacji prawo kwestionować decyzję zamawiającego o wyborze trybu w drodze odwołania do KIO, o tyle w stosunku do wykonawcy, który zostaje zaproszony do postępowania prowadzonego w tym trybie nie zachodzą materialnoprawne przesłanki zasadności środka odwoławczego opisane w art. 534 ust. 1 Projektu ustawy. Może on przecież nie mieć wiedzy na etapie zawierania umowy co do okoliczności wpływających na możliwość jej unieważnienia (wzruszenia) na podstawie art. 487 ust. 1 lub art. 488 ust. 3 Projektu ustawy, a jeżeli nie zostanie wniesione odwołanie w przedmiocie wyboru trybu, może dojść do zawarcia wadliwej prawnie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca, z którym została zawarta taka umowa, powinien mieć w takiej sytuacji prawo do jej kwestionowania.

Ponadto wykładnia taka pozostawałaby *contra legem* z wynikającym z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP prawem do sądu. Jak stanowi przywołany przepis konstytucyjny, każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.

Przepis winien zostać wykreślony z Projektu ustawy.

### **Określenie terminu na wytoczenie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych powództwa z art. 488 ust. 3 Projektu ustawy**

Na mocy art. 488 ust. 3 Projektu ustawy Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ("UZP") może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Projekt ustawy, w przypadku powództw Prezesa UZP o unieważnienie umowy lub zmiany umowy, określa termin 4 lat od dnia zawarcia lub zmiany umowy na wytoczenie takiego powództwa, co wynika z postanowień art. 488 ust. 2 Projektu ustawy. Zauważyć jednak należy, iż termin ten

odniesiono tylko do podstaw wynikających z art. 488 ust. 1 Projektu ustawy, ale już nie do podstaw wynikających z art. 488 ust. 3 Projektu ustawy, na podstawie którego Prezes UZP może wystąpić do sądu także o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Treść art. 488 ust. 2 Projektu ustawy, zakreślając 4-letni termin obowiązywania uprawnienia Prezesa UZP do wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy, odwołuje się tylko do podstaw unieważnienia wskazanych w art. 488 ust. 1 Projektu ustawy, a już nie do podstawy wskazanej w art. 488 ust. 3 Projektu ustawy. Przez wzgląd na pewność obrotu prawnego 4-letni termin wynikający z ust. 2 powinien być odnoszony także do powództw Prezesa UZP wytaczanych na podstawie art. 488 ust. 3 Projektu ustawy.

### **Skorelowanie art. 493 Projektu ustawy z art. 647(1) KC**

Projekt ustawy jest niespójny z regulacjami ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny ("KC") w sprawie solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy od wykonawcy generalnego.

Na gruncie postanowień **art. 493 ust. 1** Projektu ustawy przewiduje się bowiem, iż wykonawca (podwykonawca, dalszy podwykonawca) zobowiązany jest do przedłożenia zamawiającemu zarówno projektu umowy o podwykonawstwo, którą planuje zawrzeć (ust. 1), jak i do przedłożenia zamawiającemu kopii zawartej już umowy (ust. 5). Odmiennie zagadnienie to jest uregulowane w przepisach KC. Zgodnie bowiem z art. 647 (1) § 1 KC inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych, których szczegółowy przedmiot został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót, chyba że w ciągu 30 dni od dnia doręczenia inwestorowi zgłoszenia inwestor złożył podwykonawcy i wykonawcy sprzeciw wobec wykonywania tych robót przez podwykonawcę. Przepis ten nie zakłada zatem w ogóle doręczania projektu umowy, a jedynie zgłoszenie inwestorowi szczegółowego przedmiotu przyszłych robót, które mają być wykonywane przez podwykonawcę. KC przewiduje też domniemanie zgody, które może być uchylone przez wniesienie sprzeciwu przez inwestora wobec wykonywania robót przez podwykonawcę.

Brak korelacji pomiędzy przepisami KC o solidarnej odpowiedzialności inwestora może w praktyce spowodować skutek prawny opisany w art. 647(1) § 1 KC, czyli powstanie odpowiedzialności solidarnej zamawiającego (jako inwestora) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy od wykonawcy (generalnego) pomimo tego, iż procedura wyrażania przez zamawiającego zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo z Projektu ustawy nie będzie jeszcze dopełniona. Zwrócić należy uwagę, że do powstania skutków prawnych z KC wystarczające może okazać się dopełnienie przez wykonawcę obowiązków wynikających z postanowień art. 493 ust. 1 Projektu ustawy bez konieczności uzyskania dodatkowo zgody lub braku sprzeciwu zamawiającego, o których mowa odpowiednio w art. 493 ust. 3 i 6 Projektu ustawy.

Na podstawie art. 647(1) § 1 KC do powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora (zamawiającego) za zapłatę wynagrodzenia dochodzi w następstwie zgłoszenia robót, których

szczegółowy przedmiot został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót, chyba że w ciągu 30 dni od dnia doręczenia inwestorowi zgłoszenia inwestor złożył podwykonawcy i wykonawcy sprzeciw wobec wykonywania tych robót przez podwykonawcę. Do uchylenia solidarnej odpowiedzialności inwestora dochodzi na skutek wniesienia sprzeciwu wobec wykonywania robót przez podwykonawcę. Przedmiot sprzeciwu został zatem jednoznacznie sprecyzowany jako sprzeciw wobec wykonywania robót przez podwykonawcę, a wniesienie uwag w innym zakresie (np. co do sposobu rozliczeń pomiędzy podwykonawcą a wykonawcą generalnym lub zasad dokonywania odbioru) nie będzie wywoływać skutku prawnego w postaci niepowstania odpowiedzialności solidarnej inwestora (zamawiającego). Sytuacja taka może mieć miejsce w procesie przedstawiania zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, a regulacje Projektu ustawy wręcz im sprzyjają. Na mocy postanowień art. 493 ust. 3 Projektu ustawy zamawiający obowiązany jest zgłosić w formie pisemnej zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane niespełniającej wymagań określonych w dokumentach zamówienia lub gdy przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż określony w art. 493 ust. 2 Projektu ustawy. Ani zgłoszenie zastrzeżeń co do niespełnienia wymagań opisanych w dokumentach zamówienia, ani wobec nieodpowiedniego terminu zapłaty nie jest przecież sprzeciwem wobec wykonywania robót przez podwykonawcę. W takim przypadku, gdy nie zostanie przez zamawiającego wniesiony odrębny sprzeciw spełniający wymagania wynikające z art. 647(1) § 1 KC, po upływie 30 dni od zgłoszenia szczegółowego przedmiotu robót dojdzie do powstania solidarnej odpowiedzialności zamawiającego pomimo tego, iż trwać jeszcze będzie procedura uzyskiwania zgody na zawarcie umowy o podwykonawstwo wynikająca z Projektu ustawy.

## **Dział IX. Środki ochrony prawnej**

### ***Doprecyzowanie terminu na wniesienie odwołania w przypadku zaniechania przez zamawiającego publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia***

Przepisy Projektu ustawy, tak jak obecnie obowiązujące, w sposób nieprecyzyjny określają termin na wniesienie odwołania w przypadku, gdy zamawiający zawarł umowę w warunkach art. 487 ust. 1 pkt 1) Projektu ustawy. Projekt ustawy nie rozstrzyga jasno, czy termin ten jest wyznaczony postanowieniami:

- **art. 544 ust. 4** Projektu ustawy, który znajduje zastosowanie do przypadków, kiedy zamawiający zawarł umowę lecz nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy;  
czy też
- **art. 544 ust. 3** Projektu ustawy, który znajduje zastosowanie do przypadków, w którym wykonawca powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania – o naruszeniu przez zamawiającego przepisów prawa zamówień publicznych.

Racjonalnym wydaje się przyjęcie, że sytuacja, w której zamawiający zawarł umowę bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu zawiera się w hipotezie normy art. 544 ust. 4 pkt. 2) i 3) Projektu ustawy. Jednocześnie, brzmienie ust. 4, może sugerować, że norma ta obejmuje wyłącznie sytuacje, w których obowiązek publikacji ogłoszenia, jest przesądzony, tj. sytuacje, kiedy zamawiający prowadzi postępowanie w trybie prawa zamówień publicznych. Postulujemy, aby przesądzić, iż art. 544 ust. 4 Projektu ustawy obejmuje sytuacje, w których zamawiający zawarł umowę bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu i określić termin na wniesienie odwołania w takim przypadku, analogicznie do sytuacji, gdy zamawiający zaniechał publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, tj. 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy dla zamówień powyżej progów unijnych oraz 1 miesiąc od dnia zawarcia umowy dla zamówień krajowych.

***Odejście od kazuistycznej regulacji w sprawie rodzajów rozstrzygnięć w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego oraz dostosowanie regulacji o kosztach postępowania przed Izbą do możliwych rozstrzygnięć w sprawie zarzutów odwołania***

Przewidywane w Projekcie ustawy przepisy art. 551 i 552 stanowią właściwie powielenie obecnie obowiązującej kazuistycznej regulacji, która nie przystaje do występującego w postępowaniach odwoławczych skomplikowanego układu rozstrzygnięć w przypadku złożonych zarzutów odwoławczych i rozstrzygnięć zapadających w ich zakresie: częściowych uwzględnień zarzutów odwołania przez zamawiającego i częściowych sprzeciwów wnoszonych przez różnych uczestników postępowania w rozmaitych konfiguracjach. Dla przykładu w ww. przepisach nie przewidziano norm kompetencyjnych dla Izby na wypadek sprzeciwu częściowego, a nawet w ogóle nie przewidziano **instytucji częściowego sprzeciwu, której funkcjonowanie w postępowaniu odwoławczym jest konieczne** (ze składni art. 552 ust. 3 Projektu ustawy wynika, iż zawarta tam norma odnosi się do częściowego uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu, a nie częściowego sprzeciwu).

Tym samym powyższa regulacja w dalszym ciągu powodować będzie niepewność, co do powinno kształtu orzeczenia Izby przy wielości zarzutów i uczestników postępowania, częściowych uwzględnieniach zarzutów przez zamawiającego oraz częściowych sprzeciwach względem takiego uwzględnienia.

W związku z powyższym usilnie postulujemy odejście od sekwencji kazuistycznego opisywania w kolejnych jednostkach redakcyjnych przepisów coraz bardziej skomplikowanego układu uwzględnień, sprzeciwów i przystąpień. Wystarczające będzie w tym zakresie, w uzupełnieniu do prostego i krótkiego przepisu opisującego uprawnienia zamawiającego i wykonawców w przedmiocie uwzględnień zarzutów i sprzeciwów, (w tym częściowych), dodanie generalnej regulacji stanowiącej, że Izba rozpoznaje odwołanie w spornym zakresie, a umarza w zakresie zarzutów uwzględnionych i niespornych.

Ponadto wobec braku nowych przepisów wykonawczych w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego ponownie zgłaszamy postulat odejścia w nowoprojektowanych przepisach (ustawowych lub wykonawczych) od zasady zero-jedynkowego rozkładu kosztów ponoszonych



przez strony i uczestników, która w możliwym układzie procesowym opartym o wielość uczestników postępowania oraz przy skomplikowanym rozkładzie zarzutów spornych i niespornych, uwzględnionych i oddalonych, często prowadzi do skrajnie niesprawiedliwych rozstrzygnięć o kosztach postępowania odwoławczego.

### ***Przystąpienie do postępowania odwoławczego (art. 553 i in.)***

Pierwszy postulat SPZP w tym zakresie dotyczy wprowadzenia możliwości zaskarżenia postanowienia w sprawie niedopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego. Odpowiednie, postulowane jak niżej, zmiany w procedurze nie spowodowałyby nadmiernej przewlekłości postępowań odwoławczych, stanowiłyby natomiast pełniejsze zabezpieczenie interesu uczestników postępowań odwoławczych.

W art. 608 ust. 1 Projektu ustawy przewidziano, że na orzeczenie Izby oraz Prezesa Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Jeśli zatem zgłaszający przystąpienie nie uzyska statusu uczestnika postępowania, nie przysługuje mu możliwość zaskarżenia orzeczenia. Projekt ustawy przewiduje, że skarga do sądu na orzeczenie Izby przysługuje stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego. Tymczasem status uczestnika postępowania odwoławczego uzyskuje wykonawca, gdy Izba stwierdzi skuteczność zgłoszenia przystąpienia. Powstaje więc istotna wątpliwość, jak wykonawca, który nieskutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, może zaskarżyć niekorzystne dla siebie orzeczenie Izby. Powyższy problem nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy zarzuty odwołania skutkujące odrzuceniem oferty takiego wykonawcy lub jego wykluczeniem zostaną przez Zamawiającego uwzględnione i Izba nie podda sprawę merytorycznemu rozpoznaniu.

### **Postulujemy wprowadzenie możliwości zaskarżenia postanowienia w sprawie niedopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego.**

Drugi postulat SPZP dotyczy możliwości uzupełnienia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia, na zasadach analogicznych do uzupełniania braków formalnych odwołania. W art. 547 ust. 1 Projektu ustawy przewidziano prawo do uzupełnienia braków formalnych odwołania. Projektodawca nie wprowadza jednak takiej regulacji dla zgłoszenia przystąpienia.

Braki formalne zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego traktuje się jako nieusuwalne i skutkujące uznaniem przez Izbę o nieskuteczności przystąpienia. Przepisy obecnie obowiązującej ustawy kwestię usuwania braków formalnych regulują jedynie w odniesieniu do odwołania. W praktyce do takiej sytuacji dochodzi najczęściej wobec stwierdzenia przez Izbę braku wykazania prawidłowego umocowania dla osoby wnoszącej zgłoszenie przystąpienia w momencie dokonania zgłoszenia do Prezesa KIO. Brak przy tym przepisu, który pozwalałby wykonawcy niedopuszczonemu do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania do zaskarżenia rozstrzygnięcia Izby w tym zakresie, co utrudnia dalsze zaskarżenie wyroku Izby, który bezpośrednio dotyka interesów tegoż wykonawcy.

Postulujemy wprowadzenie możliwości uzupełnienia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia, na zasadach analogicznych do uzupełniania braków formalnych odwołania, o których mowa w art. 547 ust. 1 Projektu ustawy.

Trzeci postulat SPZP dotyczy możliwości zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez organizację wpisaną na listę, o której mowa w art. 498 pkt 16 Projektu ustawy, w innych przypadkach niż opisane w art. 534 ust. 2 Projektu ustawy, jeżeli organizacja wykaże interes (biorąc pod uwagę statutową ochronę interesów zrzeszonych członków) w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Zgodnie z art. 534 ust. 2 Projektu ustawy, środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub konkurs oraz dokumentów zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 498 pkt 16 Projektu Ustawy, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców. Przepis brzmi analogicznie do aktualnego art. 179 ust. 2 obecnie obowiązującej ustawy, a więc zawęża możliwość działania takiej organizacji, w szczególności nie dopuszcza zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez organizację, nawet gdy rozstrzygnięcie danej sprawy będzie leżało w interesie podmiotów, które dana organizacja zrzesza czy reprezentuje (przykładowo z praktyki – w sprawach dot. udzielania zamówień in-house, sprawy te bowiem nie mieszczą się w katalogu spraw z art. 179 ust. 2 obecnie obowiązującej ustawy). Organizacja wpisana na listę, o której mowa w art. 498 pkt 16 Projektu ustawy w zw. z art. 534 ust. 2 Projektu ustawy powinna być uprawniona do kwestionowania także innych czynności zamawiającego. Cel zgłoszenia przystąpienia, np. zgodna ze statutem/uchwałą programową ochrona interesów zrzeszonych członków, dodatkowo zapewnia realizację zasady uczciwej konkurencji przez zapobieganie nieprawidłowemu działaniu zamawiających w sprawach mających istotne znaczenie systemowe (jak przykładowe zamówienia in-house).

Postulujemy wprowadzenie możliwości zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez organizację wpisaną na listę, o której mowa w art. 498 pkt 16 Projektu ustawy, w innych przypadkach niż opisane w art. 534 ust. 2 Projektu ustawy, jeżeli organizacja wykaże interes (biorąc pod uwagę statutową ochronę interesów zrzeszonych członków) w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

### ***Tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniu odwoławczym przed KIO***

W art. 574 Projektu ustawy przewidziano, iż wyłączenie jawności rozprawy skutkuje jedynie ograniczeniem udziału publiczności. W niejawnej rozprawie udział biorą wszyscy uczestnicy i ich pełnomocnicy. Jakkolwiek obecna regulacja, w myśl której w rozprawie udział biorą jedynie strony (bez przystępującego) została w ten sposób poprawiona, to jednak, w naszej ocenie, jest to zmiana niewystarczająca. Postulujemy taką zmianę przepisów, która zapewni ochronę informacji wrażliwych wykonawców i jednocześnie umożliwi im pełną prezentację tego typu informacji przed Izbą. Rozprawa z wyłączeniem jawności winna odbywać się z udziałem tych uczestników, którzy do danych informacji zastrzeżonych, będących jej przedmiotem, rzeczywiście mają dostęp. Należy odejść od sztywnej regulacji przewidującej obligatoryjny udział w rozprawie odwołującego, zamawiającego i pozostałych uczestników.

W Projekcie ustawy brak regulacji odnoszącej się do sposobu sporządzania uzasadnień wyroków w przypadku, gdy w ich treści Izba odnosi się do tajemnicy ustawowo chronionej, co skutkować będzie kontynuacją sprzecznej praktyki orzeczniczej w tym zakresie.

W związku z powyższym widzimy konieczność legislacyjnego zadekretowania któregoś z niżej przedstawionych wariantów sporządzania i udostępniania uzasadnień zawierających tajemnice ustawowo chronione:

- uzasadnienie sporządzone jest w sposób wyczerpujący, z podaniem pełnej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia i wniosków z niej wyprowadzanych, a następnie, w odpisach wyroków przeznaczonych do przekazania uczestnikom postępowania odwoławczego, którzy dostępu do zastrzeżonych danych nie posiadają, zakrywane są fragmenty czy zdania, które mogą zawierać tajemnicę przedsiębiorstwa;
- uzasadnienie sporządzone jest w dwóch częściach: części ogólnej i jawnej dla wszystkich oraz załącznika zawierającego rozważania dotyczące informacji objętych tajemnicą, który przekazywany jest tylko uprawnionym.

W Projekcie ustawy, w przepisach regulujących postępowanie skargowe nie wprowadzono regulacji wzorowanej na art. 479<sup>33</sup> ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego ("KPC") odnoszącym się do postępowań w sprawach z zakresu ochrony konkurencji, według której:

- w postępowaniu przed sądem okręgowym wszczętym skargą na orzeczenie KIO chroni się tajemnicę przedsiębiorstwa oraz inne tajemnice podlegające ochronie na podstawie odrębnych przepisów oraz
- sąd z urzędu ogranicza w niezbędnym zakresie pozostałym stronom i uczestnikom prawo wglądu do akt postępowania odwoławczego przed KIO oraz materiału dowodowego załączonego przez strony i uczestników do akt sprawy w toku postępowania sądowego, jeżeli udostępnienie tego materiału groziłoby ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa lub innych tajemnic podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów (por. też art. 479<sup>33</sup> § 3 - § 5 KPC).

W związku z powyższym postulujemy wprowadzenie ww. regulacji lub zawarcia odpowiedniego odesłania do przepisów KPC, zwłaszcza w kontekście okoliczności, iż podobne regulacje obowiązują lub wprowadzono odnośnie postępowania odwoławczego.

### ***Zawieszenie wykonywania czynności w toku procedury przetargowej***

**Artykuł 606** Projektu ustawy zapewnia, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Przepis ten powtarza jedynie treść art. 183 ust. 1 obecnie obowiązującej ustawy. Choć przepis ten jest zgodny z minimalnymi wymogami wynikającymi z art. 2 ust. 3 dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG w sprawie koordynacji

przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane ("**dyrektywa odwoławcza**") to jednak nie realizuje w pełni jej celu, którym jest zapewnienie efektywności procedur odwoławczych.

Projektowany art. 606 zabezpiecza wykonawcę korzystającego ze środków odwoławczych przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale już nie przed otwarciem ofert, czy też wyborem oferty konkurenta. W związku z powyższym zgłaszamy postulat, aby obok zakazu zawarcia umowy o którym mowa w art. 606 Projektu ustawy, zostały przewidziane inne środki zabezpieczające interesy odwołującego.

Spośród szerokiej gamy czynności, jakie mogą być podejmowane przez zamawiającego podczas postępowania odwoławczego najbardziej szkodliwe, pod względem wpływu na skuteczność odwołania jest otwarcie ofert. Z jednej strony powoduje to wzmocnienie pozycji zamawiającego na etapie odwołania, z drugiej strony prowadzi do ujawnienia informacji o cenach, co w przypadku powtórzenia postępowania ma wpływ na sytuację jego uczestników.

W związku z powyższym, proponujemy również modyfikację art. 607 ust. 1 i 2 Projektu ustawy, w sposób pozwalający na złożenie przez zamawiającego do Izby wniosku zarówno o uchylenie zakazu zawarcia umowy, jak i zakazu dokonania czynności otwarcia ofert, w przypadku wykazania przesłanek wskazanych w tym przepisie.

Wskazujemy również dodatkowo na konieczność wyposażenia Izby w kompetencję do decydowania o innych formach zabezpieczenia interesu odwołującego, zgodnie z jego wnioskiem zawartym w odwołaniu, w szczególności poprzez nakazanie lub zakazanie podjęcia przez zamawiającego określonych czynności, jakie mogą okazać się niezbędne dla zapewnienia efektywności odwołania, w przypadku, gdyby zostało ono uwzględnione. Powinien to być rodzaj postępowania zabezpieczającego, w którym Izba rozstrzygałaby na posiedzeniu niejawnym, przesyłając wydane postanowienie stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego faksem lub drogą elektroniczną, w celu zapewnienia jego niezwłocznego wykonania, bądź też na rozprawie, jeżeli wniosek o zabezpieczenie zostanie złożony na posiedzeniu poprzedzającym otwarcie rozprawy. Każdorazowo ocena okoliczności i adekwatności środka zabezpieczającego powinna być poddana pod rozagę Izby, uwzględniając interes wykonawcy oraz interes publiczny, ale przede wszystkim mając na względzie zapewnienie efektywności odwołania.

### **Zakaz zawarcia umowy do czasu wniesienia skargi**

W projektowanym stanie prawnym okres *standstill* będzie trwać do zakończenia postępowania odwoławczego w pierwszej instancji.

**Art. 608 ust. 2** Projektu ustawy powtarza treść art. 198a ust. 2 obecnie obowiązującej ustawy, zawierającego ogólne odesłanie, zgodnie z którym w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy KPC o apelacji. Z uwagi na to, że projektowany przepis odsyła do stosowania przepisów o apelacji, a nie wspomina wprost o możliwości stosowania przepisów o postępowaniu zabezpieczającym, nie rozwiewa wątpliwości co do

możliwości udzielenia zabezpieczenia skargi do sądu. Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, istnieje rozbieżność w orzecznictwie sądowym dotycząca powyższej kwestii (mimo że przeważa pogląd o dopuszczalności zabezpieczenia w takim przypadku).

Z uwagi na wskazane wyżej istniejące rozbieżności w orzecznictwie uważamy za konieczne zamieszczenie w art. 608 ust. 2 Projektu ustawy wyraźnego odesłania również do postępowania zabezpieczającego.

Zwracamy uwagę, że możliwość zawarcia przez zamawiającego umowy nawet już w dniu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę, w przypadku jeśli odwołanie dotyczy wyboru oferty najkorzystniejszej powoduje, że wniesienie skargi do sądu nie ma dla odwołującego, w kontekście celów dyrektywy odwoławczej, żadnego praktycznego znaczenia. Jeżeli bowiem do zawarcia umowy o zamówienie publiczne może dojść niezwłocznie po wydaniu wyroku Izby, to środki ochrony prawnej uregulowane w Projekcie ustawy, mimo, że przewidują prawo odwołującego do wniesienia skargi do organu sądowego, *de facto* nie dają za jej pośrednictwem żadnej realnej możliwości ani usunięcia bezprawności w działaniu zamawiającego, ani zapobieżenia szkodzi wynikającej z tego naruszenia.

### **Obniżenie opłaty od skarg na orzeczenia KIO**

Podtrzymujemy postulat ustalenia stałej opłaty od skargi na orzeczenie KIO na poziomie maksymalnie dwukrotności wpisu od odwołania wniesionego w sprawie<sup>2</sup>. Wprowadzana nowelizacją trzykrotność wpisu jest ciągle kwotą zbyt wysoką, nadmiernie ograniczającą prawo do sądu. Zwłaszcza dla małych i średnich wykonawców różnica w wysokości kilkunastu lub nawet kilku tysięcy złotych może okazać się różnicą istotną, warunkującą możliwość wniesienia skargi.

### **Uchylenie orzeczenia KIO przez sąd okręgowy i przekazanie do ponownego rozpoznania**

W przepisach Projektu ustawy utrzymano zasadę braku możliwości uchylenia przez sąd okręgowy orzeczenia Izby i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Podtrzymujemy postulat wprowadzenie możliwości uchylenia przez sąd okręgowy orzeczenia KIO i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w przypadku, gdy orzeczenie pierwszoinstancyjne nie zawierało merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie (np. oddalenie odwołania w związku z brakiem interesu, odrzucenie odwołania, umorzenie... etc.)<sup>3</sup>. Tylko w ten sposób, w naszej ocenie, zostanie zapewniona zasada dwuinstancyjnego rozstrzygnięcia sporów przetargowych.

### **Obowiązek rozpoznania sprawy przez sąd okręgowy w sytuacji wykonania umowy w sprawie zamówienia**

---

<sup>2</sup> Por. Stanowisko SPZP "Postulowane zmiany w prawie zamówień publicznych w zakresie środków ochrony prawnej", czerwiec 2018 r., s. 18. Stanowisko dostępne na stronie: [http://www.stowarzyszeniepzp.pl/images/2018PDF/Ekspertyza\\_SPZP\\_Postulowane\\_zmiany\\_w\\_prawie\\_zamowie%C5%84\\_publicznych.pdf](http://www.stowarzyszeniepzp.pl/images/2018PDF/Ekspertyza_SPZP_Postulowane_zmiany_w_prawie_zamowie%C5%84_publicznych.pdf)

<sup>3</sup> Por. Stanowisko SPZP..., s. 20.

Przepisy Działu IX, Rozdziału 3 Projektu ustawy "Postępowanie skargowe" nie zawierają wyraźnej regulacji przesądzającej o konieczności rozpoznania przez sąd sprawy niezależnie od tego, czy umowa w sprawie zamówienia publicznego została wykonana.

W świetle orzecznictwa sądów okręgowych dominujący jest pogląd, zgodnie z którym skutkiem wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego jest umorzenie postępowania skargowego.

W obecnym stanie prawnym sąd okręgowy, działając na podstawie art. 198f ust. 2 obecnie obowiązującej ustawy w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 3 obecnie obowiązującej ustawy, stwierdza naruszenie przepisów ustawy. Zasadniczym celem orzeczenia jest zatem stwierdzenie, czy czynności zamawiającego poprzedzające zawarcie umowy zostały dokonane z naruszeniem przepisów obecnie obowiązującej ustawy czy nie. Należy zatem zgodzić się z tezą, że tak rozumiany cel jest możliwy do osiągnięcia nawet w sytuacji, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego została w całości wykonana. Fakt, iż umowa została w całości wykonana, nie powoduje, że postępowanie stało się bezprzedmiotowe – jego przedmiotem jest bowiem stwierdzenie naruszenia przepisów obecnie obowiązującej ustawy przez zamawiającego.

Należy podkreślić, że w postępowaniu, którego przedmiotem jest stwierdzenie, iż umowa została zawarta z naruszeniem prawa, celem wykonawcy – skarżącego nie jest unieważnienie zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania odwoławczego i skargowego jest tu od początku stwierdzenie naruszenia prawa i ten cel nie "odpadł" w chwili wykonania przedmiotowej umowy, w związku z czym postępowanie to nie stało się bezprzedmiotowe.

Wskazane na wstępie tego punktu podejście sądów okręgowych czyni kontrolę nad orzeczeniami Izby iluzoryczną, w szczególności w przypadkach, gdy umowy w sprawie zamówienia publicznego są krótkoterminowe, co jest rażąco sprzeczne z przepisami dyrektywy odwoławczej.

Postulujemy wprowadzenie w Dziale IX, Rozdział 3 Projektu ustawy wyraźnej regulacji przesądzającej o konieczności rozpoznania przez sąd sprawy niezależnie od tego, czy umowa w sprawie zamówienia publicznego została wykonana.

### ***Przeciwnik skargi***

Przepisy Działu IX, Rozdziału 3 Projektu ustawy "Postępowanie skargowe" nie zawierają wyraźnej regulacji przesądzającej, kto jest przeciwnikiem skargi i kto ponosi koszty postępowania skargowego.

Na tle orzecznictwa sądów okręgowych powstają wątpliwości, kto jest przeciwnikiem skargi. Czy zawsze będzie nim zamawiający, skoro jest stroną postępowania odwoławczego? Kwestia ma istotne znaczenie dla przebiegu postępowania skargowego, w tym orzeczenia o kosztach. Sytuacja procesowa Zamawiającego ulega bowiem zmianie w postępowaniu odwoławczym w sytuacji opisanej w art. 552 ust. 3 Projektu ustawy. W konsekwencji w takiej sytuacji koszty postępowania odwoławczego poniesie wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę. Owa sytuacja procesowa zamawiającego nie ma jednak wprost przełożenia w postępowaniu skargowym.

Postulujemy wprowadzenie w Rozdziale 3 (Postępowanie skargowe ) Działu IX Projektu ustawy wyrażnej regulacji przesądzającej, kto jest przeciwnikiem skargi i kto ponosi koszty postępowania skargowego.

### ***Wprowadzenie kognicji jednego organu w zakresie unieważnienia umowy***

Projekt ustawy utrzymuje, występujący na gruncie obecnie obowiązującej ustawy, dualizm w zakresie organu właściwego do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Kognicja ta służy KIO, która może orzec o unieważnieniu umowy rozpoznając odwołanie wykonawcy (art. 583 ust. 2 pkt 2 lit. a i b Projektu ustawy). Jednakże, w oparciu o te same przesłanki materialnoprawne (określone w art. 487 Projektu ustawy) o unieważnieniu umowy rozstrzyga również sąd powszechny w przypadku wytoczenia powództwa o unieważnienie umowy przez Prezesa UZP, o którym mowa w art. 488 ust. 1 pkt 2 Projektu ustawy. Nie ma uzasadnienia, aby dwa różne organy w różnych trybach zajmowały się tą samą kwestią, to jest trwałością umowy zawartej z naruszeniem prawa.

Postulujemy, aby kognicja w sprawach unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego była powierzona jednemu organowi, sądowi powszechnemu bądź KIO.

### **Dział X. Postępowanie koncyliacyjne**

Projekt ustawy w **Dziale X** wprowadza postępowanie koncyliacyjne przed Krajową Izbą Odwoławczą, którego przeprowadzenie jest obowiązkowe dla sporów wynikłych pomiędzy stronami w toku realizacji umów o zamówienia publiczne o znacznej wartości (zgodnie z **art. 502 ust. 1 pkt 2** Projektu ustawy). Postępowanie koncyliacyjne stanowić ma alternatywną, ugodową metodę rozwiązywania sporów.

Jak wskazuje się w uzasadnieniu Projektu ustawy, postępowanie koncyliacyjne ma przeciwdziałać eskalacji sporów wynikłych z realizacji umów o duże zamówienie publiczne, prowadzić do szybszego, tańszego oraz poufnego ich rozwiązywania.

SPZP wyraża szereg obaw co do kształtu zaproponowanej regulacji, w szczególności konsekwencji jej zastosowania w praktyce.

### ***Obligatoryjny charakter postępowania koncyliacyjnego***

Wprowadzenie obligatoryjnego postępowania koncyliacyjnego budzi poważne wątpliwości z uwagi na fakt, iż może stanowić ograniczenie konstytucyjnego prawa do sądu. Biorąc pod uwagę zrównanie mocy ugody zawartej przed Prezesem Izby z wyrokiem sądu powszechnego, jak i niedopuszczalność drogi sądowej, regulacja ta w istocie ogranicza stronom umowy o zamówienie publiczne dochodzenie swoich praw w ramach postępowania sądowego.

Projekt ustawy w aktualnym brzmieniu czyni drogę sądową niedopuszczalną w każdym przypadku, gdy wartość zamówienia publicznego w odniesieniu, do którego zawarto umowę lub wartość

przedmiotu sporu przekraczają wartości określone w art. 502 ust. 1 pkt 2) Projektu ustawy. Tym samym, strony nie mogą skorzystać z alternatywnych form rozwiązywania sporów, jak zawezwanie do próby ugodowej czy postępowanie arbitrażowe. W rezultacie strony będą zobowiązane do wzięcia udziału w postępowaniu koncyliacyjnym o wysokim poziomie formalności i o bliżej nieokreślonym czasie trwania, a także poniosą koszty jego przeprowadzenia, i to niezależnie od kosztów ewentualnego przyszłego procesu sądowego. W związku z powyższym obligatoryjność tego postępowania może zostać zakwestionowana nie tylko na gruncie przepisu art. 45 Konstytucji RP (prawo do sądu), ale również na gruncie prawa Unii Europejskiej.

Na marginesie, wskazujemy, że w kontekście obligatoryjnego charakteru postępowania koncyliacyjnego pewne wątpliwości może budzić dyspozycja **art. 633 ust. 2** Projektu ustawy. Czy intencją prawodawcy było uregulowanie sytuacji cofnięcia wniosku na skutek uznania roszczenia? Jeżeli tak, powinno zostać to wprost uregulowane.

### ***Ryzyko wydłużenia sporów***

SPZP wyraża pogląd, iż postępowanie koncyliacyjne jako zbliżone konstrukcją do mediacji, powinno charakteryzować się niesformalizowanym charakterem i mieć na celu przede wszystkim pogodzenie się stron.

Tymczasem Projekt ustawy konstruuje daleko idące wymogi formalne zarówno dla wniosku, jak i odpowiedzi na wniosek, co wiązać się będzie z koniecznością sprawdzenia ich poprawności oraz ewentualnego wezwania do poprawienia błędów. Przed składem koncyliacyjnym będzie prowadzone postępowanie dowodowe, również z udziałem biegłych. Dodając do tego czas potrzebny na obieg korespondencji, a także nieokreślony termin dla Izby na sporządzenie projektu ugody po zamknięciu postępowania koncyliacyjnego, powstaje wątpliwość co do realności 6-miesięcznego, zasadniczo maksymalnego terminu na rozstrzygnięcie sprawy.

Po drugie, postępowania koncyliacyjne dotyczyć będzie sporów przy dużych zamówieniach, charakteryzujących się znaczącym poziomem skomplikowania zarówno w kwestii stanu faktycznego, jak i podstaw prawnych poszczególnych roszczeń. W konsekwencji, przewidziany, półroczny termin może okazać się niewystarczający również dla wyczerpującego i starannego rozpoznania sprawy, z zapewnieniem "*prawa do bycia wysłuchanym*" (**art. 621 ust. 1** Projektu ustawy). Przy czym nie jest do zaakceptowania sytuacja, w której Izba Koncyliacyjna w sposób jedynie pobieżny przeanalizuje zawisłą przed nią sprawę.

Wreszcie SPZP wskazuje, że postępowanie koncyliacyjne często nie będzie prowadzić do zawarcia ugody między stronami, np. w sytuacji, kiedy któraś ze stron nie akceptuje projektu ugody albo Izba nie akceptuje zmian do projektu ugody zaproponowanych przez strony. W takich przypadkach i tak dojdzie do postępowania sądowego, tym samym powodując przedłużenie sporu o czas trwania koncyliacji, a także obciążenie stron podwójnymi kosztami – zarówno za postępowania koncyliacyjne, jak i sądowe.

### ***Niespójność celu i regulacji postępowania koncyliacyjnego***



Przepisy dotyczące postępowania koncyliacyjnego są dalece niespójne w zakresie celu regulacji i jej kształtu. Celem postępowania koncyliacyjnego jest bowiem zawarcie umowy pomiędzy stronami umowy pozostającymi w sporze, a nie jego rozstrzygnięcie przed Izbą. Tymczasem już w pierwszym przepisie Działu X wskazuje się, że zamawiający lub wykonawca składają wniosek do Izby o "*rozstrzygnięcie sporu*", a nie o doprowadzenie do zawarcia umowy.

Projektodawcy kształtują zatem postępowanie koncyliacyjne tak jak postępowanie sądowe, bądź odwoławcze przed KIO, nawet jeżeli – co trzeba podkreślić – nie musi zakończyć się ono rozstrzygnięciem sporu.

Wskazuje na to chociażby sposób uregulowania procesu kształtowania projektu umowy. Postępowanie zmierzające do zawarcia umowy powinno polegać na tym, że to strony kształtują formę umowy pomiędzy sobą, a skład koncyliacyjny jedynie taką umowę zatwierdza jako zgodną z prawem. W Projekcie ustawy jest wręcz przeciwnie – to skład koncyliacyjny tworzy projekt umowy (**art. 647** Projektu ustawy), a także decyduje w kwestii proponowanych przez strony zmian projektu umowy, biorąc pod uwagę klauzule generalne i zwroty niedookreślone, takie jak zasady współzycia społecznego, spójność oraz zrozumiałość (**art. 648-649** Projektu ustawy). Tym samym, można wyobrazić sobie sytuację, w której strony porozumieją się co do rozwiązania sporu, ale z uwagi na kształt umowy zaproponowany przez skład koncyliacyjny, a także odrzucenie propozycji zmian, do zawarcia umowy nie dojdzie, a zatem nie zostanie spełniony cel postępowania koncyliacyjnego.

Podobnie sprzeczne z celem postępowania koncyliacyjnego jest brzmienie **art. 643 ust. 1 pkt 2** Projektu ustawy, zgodnie z którym postępowanie koncyliacyjne może nie zostać umorzone w przypadku zgłoszenia sprzeciwu przez stronę przeciwną wobec cofnięcia wniosku przez wnioskodawcę, jeżeli skład koncyliacyjny uzna, że strona przeciwna ma uzasadniony interes w rozstrzygnięciu sporu. W ocenie Stowarzyszenia skład koncyliacyjny nie powinien decydować o kontynuowaniu porozumiewania się przez strony, jeżeli wnioskodawca nie wyraża takiej chęci. W takiej sytuacji bowiem i tak nie dojdzie do zawarcia umowy przez strony.

Podsumowując, rozumiemy, że celem postępowania koncyliacyjnego jest – w zamiarze ustawodawcy – uniknięcie długotrwałych sporów sądowych i zapewnienie zamawiającym bezpieczeństwa prawnego przy zawieraniu umów z wykonawcami. W ocenie Stowarzyszenia cel ten mógłby zostać osiągnięty, jeśli procedura ugodowa przed KIO byłaby dobrowolna dla stron umów o zamówienie publiczne i kończyła się wydaniem przez ten organ wiążącej (strony i organy kontrolne) opinii o zgodności umowy z prawem zamówień publicznych (w szczególności w zakresie art. 483 Projektu ustawy). Tego rodzaju opinia mogłaby być również wydawana w przypadku sporów między zamawiającym a wykonawcą dotyczących dopuszczalności dokonania zmiany umowy w sprawie zamówienia.