

**Opinia PKPP Lewiatan
do ustawy z dnia 25 września 2009
o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach
sądowych w sprawach cywilnych (druk senacki 670)**

Cel ustawy: wprowadzenie przepisów, które mają zapewnić uwzględnienie przez system zamówień publicznych wyzwań związanych z aktualną sytuacją gospodarczą, takich jak m.in: uregulowania dotyczące zwiększenia płynności finansowej wykonawców w wyniku wcześniejszego zwalniania wadliwych, zniesienia konieczności zabezpieczania należytego wykonania umowy w okresie gwarancji, zapewnienia dopuszczalności zaliczkowania przez zamawiających realizacji zamówień publicznych oraz dopuszczenia możliwości uwzględnienia przy opisie przedmiotu zamówienia względów społecznych dotyczących zatrudnienia osób bezrobotnych, młodocianych w celu przygotowania zawodowego i niepełnosprawnych.

Uwagi szczegółowe PKPP Lewiatan:

I. Ad. art. 1 pkt 2 – art. 24 ust. 1 pkt 1 UZP

Zgodnie z obowiązującym art. 24 ust. 1 pkt 1 „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania”.

Sprawcy szkody trafiają na listę na stronie internetowej Prezesa Urzędu (tzw. potoczenie „czarna lista”). Ten przepis wszedł w życie po nowelizacji z 4 września 2008 r. (Dz. U. z 2008 r., Nr. 171, poz. 1058).

Nowoprojektowane brzmienie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 jedynie przesuwą chwilę rozpoczęcia okresu trzyletniego z dnia wydania orzeczenia na dzień jego uprawomocnienia się. Nowy przepis nie zmienia zatem istoty tej kontrowersyjnej regulacji.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 1 (obowiązującym i projektowanym) wykluczenie skutkuje stwierdzenie prawomocnym wyrokiem sądu wyrządzenia szkody.

Powyższy przepis tym samym jest wysoce wadliwy z kilku powodów:

1. Projektowany przepis całkowicie nie uwzględnia faktu, że spory sądowe są normalnym sposobem rozwiązywania sporów w obrocie gospodarczym. Nie można uznać, że każdorazowe poddanie sporu rozstrzygnięciu sądowemu świadczy o niesolidności wykonawcy. Przez przyjęcie tak surowej sankcji, przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 zamykają w praktyce wykonawcom zamówień publicznych drogę do sądowego dochodzenia roszczeń od zamawiającego. W przypadku wysunięcia roszczenia odszkodowawczego przez zamawiającego, wykonawcy *de facto* będą zmuszeni do ich uznania, nawet jeśli są ewidentnie wygórowane lub bezpodstawne.

Konstrukcja przepisu przymusza bowiem wykonawców do uniknięcia rozstrzygnięcia sądowego, bowiem , po to, by nie dopuścić do zawiązania sporu przed sądem. W ten sposób przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 stoi w wyraźnej sprzeczności z art. 45 Konstytucji RP, zgodnie z którym „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia

sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.”

- Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 nie uzależnia wykluczenia od rozmiaru szkody. To oznacza, że nie jest wymierzony w wykonawców „niesolidnych”. Jest wymierzony w wykonawców, którzy zdecydowali się poddać spór pod rozważenie sądu. Wykonawca, który wyrządził szkodę nawet bardzo dużych rozmiarów (np. na poziomie kilkudziesięciu milionów złotych), ale nie podlegała ona ocenie sądu, nie będzie bowiem podlegał wykluczeniu. Równocześnie wykonawca, który wyrządził szkodę o wiele mniejszą (np. kilka tysięcy złotych), ale zdecydował się poddać sprawę pod rozważenie sądu, takiemu wykluczeniu będzie podlegał.

Dlatego proponujemy wprowadzenie progu wysokości szkody, który będzie miał znaczenie dla wykluczenia z postępowania. Proponujemy próg na poziomie 10% wartości zamówienia.

- Co więcej, projektowany przepis w żaden sposób nie uwzględnia okoliczności, że wykonawca może nie kwestionować wyrządzenia szkody, a spór dotyczy jedynie jej wysokości. W ten sposób sankcja wykluczenia z rynku zamówień publicznych w nieuprawniony sposób faworyzuje zamawiających, którzy w takich przypadkach mogą uciekać się do zawyżania swoich żądań.
- Ustawodawca ustanawiając tak surową sankcję dla wykonawcy, któremu w toku postępowania sądowego udowodni się wyrządzenie nawet bagatelnej szkody, zdawał się zapomnieć, że przedmiotem postępowania sądowego niekoniecznie jest roszczenie o odszkodowanie jest oczywiste. Zwłaszcza w sprawach gospodarczych, często dopiero długotrwałe postępowanie dowodowe, prowadzone z wykorzystaniem opinii biegłych, pozwala na ustalenie, czy rzeczywiście umowa została nienależycie wykonana, czy nastąpiło to z przyczyn angażujących odpowiedzialność wykonawcy, czy po stronie zamawiającego powstała szkoda i w jakiej wysokości. Sąd występuje w charakterze niezależnego arbitra rozstrzygającego argumenty każdej ze stron.
- Konstrukcja zastosowana w art. 24 ust. 1 pkt 1 jest także sprzeczna z prawem Unii Europejskiej. Dyrektywa 2004/18/WE¹ w artykule 45 ust. 2 zawiera wyliczenie sytuacji, które mogą skutkować wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. W myśl art. 45 ust. 2 lit. d) wykluczeniu podlega zamawiający, który:

d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;”

Dyrektywa zawiera zamkniętą listę obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z zamówień publicznych. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunału Sprawiedliwości, państwa członkowskie nie mogą wprowadzać jako podstaw wykluczenia dalej idących, bardziej restrykcyjnych niż przewidziane w dyrektywie (np. wyroki Trybunału Sprawiedliwości w połączonych sprawach C-226/04 i C-228/04 *La Cascina* lub wyrok w sprawie C-213/07 *Michaniki AE*).

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 jest niezgodny z dyrektywą, a w szczególności narusza zasadę proporcjonalności. Przepis dyrektywy wyraźnie podkreśla, że wykroczenie zawodowe musi być „poważne”, a więc w szczególny sposób kwalifikowane. Jest zatem oczywiste, że wyrządzenie jakiegokolwiek szkody, co przewiduje art. 24 nie może być utożsamiane z poważnym wykroczeniem zawodowym w rozumieniu dyrektywy.

Z uwagi na konsekwencje dla wykonawców, różnicę między przepisem ustawy Prawo zamówień publicznych a przepisem dyrektywy należy zakwalifikować jako naruszenie

¹ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. L 134 z 30.04.2004, str. 114; Dz.Urz. Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t 7, str. 132).

prawa wspólnotowego. Jak wiadomo, jest to delikt legislacyjny, mogący rodzić odpowiedzialność państwa. Biorąc pod uwagę koszty jakie Skarb Państwa dotychczas poniósł w związku z nieprawidłową implementacją przepisów unijnych usunięcie istniejącej niezgodności z dyrektywą jest szczególnie istotne.

6. W myśl art. 471 Kodeksu cywilnego „dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”. Ten przepis jest uzupełniony m.in. art. 472 Kc, który stanowi, że „jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności”.

Przepis art. 471 Kodeksu cywilnego statuuje przesłanki odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Jedną z przesłanek odpowiedzialności jest wina sprawcy szkody. Przepisy szczególne przewidują także odpowiedzialność zaostrożną, na zasadzie ryzyka (zob. np. art. 474 Kc). Zaostrożona odpowiedzialność może także wynikać z czynności prawnej (art. 473 Kc).

Ponieważ sankcja wykluczenia z rynku zamówień publicznych powinna być stosowana jedynie w stosunku do „poważnego wykroczenia zawodowego” (zob. poniżej), proponujemy wprowadzenie do przepisu kryteriów, które najlepiej oddają taki charakter wyrządzenia szkody.

Tak dotkliwa sankcja – często poważniejsza niż sam obowiązek naprawienia szkody przy wykonaniu jednego zamówienia - powinna być ograniczona do przypadków wyrządzenia szkody umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa. Jedyny wyjątek od takiego ukształtowania przesłanki sankcji powinien dotyczyć szkód za które wykonawca na mocy ustawy odpowiada bez względu na swoje zawinienie, tj. na zasadzie ryzyka (np. art. 474 Kodeksu cywilnego). Przyjęcie takiej zaostrożonej odpowiedzialności w umowie nie powinno pociągać za sobą sankcji wykluczenia. Nie ma bowiem argumentów, aby bardzo surową sankcję stosować w przypadku przyjęcia przez wykonawcę odpowiedzialności w umowie. Sankcje ustawowe powinny być związane z naruszeniem obowiązków określonych w ustawach.

7. Z niezrozumiałych względów obecne brzmienie przepisów drastycznie podnosi ryzyko wykonawcy, gdy zdecyduje się on skorzystać z możliwości rozpoznania sprawy przez niezawisły sąd. W przypadku przegrania sporu konsekwencją nie jest bowiem obowiązek zapłaty zgodnie z wyrokiem sądu – nawet gdy wykonawca wyrok sądowy niezwłocznie wykona dotknięty zostanie automatycznie sankcją wykluczenia. Automatyzm sankcji przy tak znacznym naruszeniu zasady proporcjonalności prowadzi też w konsekwencji do naruszenia konstytucyjnej wolności prowadzenia działalności gospodarczej.
8. Zaproponowana poprawka łagodzi niesłusznie drakoński reżim wykluczenia wykonawców z powodu stwierdzenia prawomocnym orzeczeniem sądu jakiegokolwiek szkody zamawiającemu w poprzedzających 3 latach.

Proponowane rozwiązanie posługuje się utrwalonymi pojęciami i instytucjami prawa cywilnego. W niezbędnym tylko zakresie proponuje wprowadzenie nowego terminu – 30 dni na dobrowolne naprawienie szkody, bez angażowania komornika w trybie egzekucji.

Propozycja PKPP Lewiatan:

„Art. 24 ust. 1 pkt 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

1) wykonawców, którzy, umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa, chyba że na mocy ustawy ponoszą odpowiedzialność bez względu na winę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie wyrządzili szkodę przekraczającą 10% wartości zamówienia, jeżeli

szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wykonawca jej nie naprawił w terminie określonym w tym orzeczeniu, a w braku takiego terminu - w terminie 30 dni od dnia jego uprawomocnienia się.”

Konsekwentnie należy dodać w art. 1 pkt 2¹ w brzmieniu:

2¹) Art. 24a otrzymuje brzmienie:

„Art. 24a. Zamawiający niezwłocznie po bezskutecznym upływie terminów, o których mowa w art. 24 ust.1 pkt 1, przekazuje jego odpis Prezesowi Urzędu informując o tym równocześnie wykonawcę. Prezes Urzędu niezwłocznie po otrzymaniu odpisu orzeczenia dokonuje zmiany w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a.”;

Konsekwentnie należy zmienić brzmienie art. 1 pkt 17)

17) w art. 154 pkt 5a otrzymuje brzmienie:

„5a) prowadzi, ogłasza i aktualizuje na stronie internetowej Urzędu wykaz wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1.

II. Ad. art. 1 pkt 5 – art. 38 UZP

Proponowane w art. 38 UZP zmiany należy ocenić raczej jako niekorzystne i prowadzące do negatywnych konsekwencji.

- 1) Po pierwsze, dopuszczenie udzielania odpowiedzi przez Zamawiającego na pytania na 4-2 dni przed upływem terminu składania ofert jest nieuzasadnione. W tak krótkim terminie może być bowiem w wielu wypadkach niemożliwe uwzględnienie wyjaśnień w ofercie przygotowywanej przez Wykonawcę, co w praktyce prowadzić będzie do zmniejszenia konkurencji.
- 2) Należy także podkreślić, że równocześnie w Sejmie prowadzone są prace nad kolejną nowelizacją PZP, która jeszcze skraca terminy na składanie ofert i wniosków o dopuszczenie do postępowania, a tym samym skraca terminy na zadawanie pytań.
- 3) Wątpliwości również budzi zapis nowego ust. 1a, który wprowadza uznaniowość w zakresie odpowiedzi Zamawiającego na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie zagadnień, które już wcześniej były wyjaśniane przez Zamawiającego. Bardzo często zdarza się, że wyjaśnienie udzielone przez zamawiającego jest niewystarczające lub niepełne lub też prowadzi do powstania kolejnych nowych wątpliwości, co do treści SIWZ. W takiej sytuacji może powstać sytuacja, iż Zamawiający uzna, iż zagadnienie zostało wyjaśnione w sposób wystarczający, co nie będzie z kolei wystarczające dla Wykonawcy. Powstaje zatem pytanie, czy w związku z faktem, iż wyjmuje się składanie wniosków o wyjaśnienia SIWZ na etap przed postępowaniem, czy pozostawienie takiego wniosku bez rozpoznania wykonawca przez Zamawiającego będzie mógł zaskarżyć w trybie art. 180 PZP?

Propozycja PKPP Lewiatan:

1. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż:
 - 1) na 6 dni przed upływem terminu składania ofert,
 - 2) na 4 dni przed upływem terminu składania ofert – w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia,

- 3) na 2 dni przed upływem terminu składania ofert – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8
- pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca:
- 1) 10 dnia przed upływem terminu składania ofert,
 - 2) 5 dnia przed upływem terminu składania ofert:
 - a) w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, gdy zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia
 - b) w dialogu konkurencyjnym,
 - c) jeżeli wartość zamówienia na roboty budowlane jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,
 - 3) 3 dnia przed upływem terminu składania ofert – jeżeli wartość zamówienia na usługi lub dostawy jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

III. Ad. art. 1 pkt 8 – 46 ust. 1-3 UZP

Projektowane brzmienie art. 46 ust. 1 i 2.

W myśl projektowanego art. 46 ust. 1, z wyjątkiem przypadku sankcyjnego (ust. 4a) zatrzymania wadium za niezpełnienie dokumentów na wezwanie zamawiającego, zamawiający ma być zobowiązany zwrócić wadium jednocześnie wszystkim „przegranym” wykonawcom po wyborze najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. Pieniężne wadium zwycięskiego wykonawcy może być zwrócone lub zaliczone na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy (niezmieniany art. 148 ust. 4).

Jednocześnie, zgodnie z proponowanym art. 46 ust. 2, o zwrot wadium będzie mógł wnioskować wyłączenie wykonawca, który wycofał ofertę przed terminem składania ofert. Po tym terminie wadium będzie dysponował zamawiający.

Obowiązujący art. 46 ust. 1 i 2.

W stosunku do obowiązujących przepisów projektowana zmiana jest więc znaczna. W myśl obecnego art. 46 ust. 1 zamawiający jest zobowiązany do zwrotu wadium, jeżeli:

- 1) upłynął termin związania ofertą;
- 2) zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego i wniesiono zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy;
- 3) zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, a protesty zostały ostatecznie rozstrzygnięte lub upłynął termin do ich wnoszenia.

Tak jak obecnie, z wyjątkiem przypadku określonego w ust. 4a), w myśl obecnego art. 46 ust. 2 zamawiający na wniosek zwraca wadium wykonawcy:

- 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;
- 2) który został wykluczony z postępowania;
- 3) którego oferta została odrzucona.

W projekcie utrzymuje się jedynie punkt 1, co nie budzi zastrzeżeń.

Uzasadnienie:

Z projektowanej rezygnacji z pkt 2 i 3 w ust. 2 wynika, że wykonawcy, którzy po wykluczeniu lub odrzuceniu ich ofert dzisiaj mogą szybko uwolnić swoje środki, w myśl projektowanych

przepisów będą musieli czekać na wybór najkorzystniejszej oferty. W tym punkcie propozycja z druku 2154 jest nietrafna i podnosi koszty ponoszone przez przedsiębiorców. .

Z obowiązującego przepisu art. 46 ust. 2 pkt 2 i 3 wynika, że wykonawca, który nie spodziewa się wygrania postępowania i nie wdaje się w spór z zamawiającym, może wnioskować o niezwłoczne odzyskanie swoich środków lub zwolnienie gwarancji albo poręczenia.

Dzisiejsze uregulowanie jest dla takich wykonawców bardziej korzystne, bowiem tym samym mogą minimalizować koszty uczestnictwa w postępowaniu

Zależnie od chwili zawarcia umowy i wniesienia zabezpieczenia przez zwycięzcę, z projektowanego rozwiązania pewne korzyści mogą odnieść wykonawcy, których oferty wprawdzie znalazły się w ostatecznej ocenie, ale nie zostały wybrane (oni nie zostali wykluczeni, a ich oferty nie zostały odrzucone). Tacy wykonawcy odzyskają wadium po wyborze oferty nie czekając na zawarcie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez zwycięzcę postępowania (obecny art. 46 ust. 1 pkt 2).

Natomiast dla wykonawców, którzy zostali skutecznie wykluczeni albo których oferty zostały zasadnie odrzucone – projektowane zmiany są zdecydowanie mniej korzystne od obecnych przepisów.

Wprowadzenie projektowanej zmiany ust. 1 przepisu art. 46 PZP jest słuszne. Trudno jednak znaleźć uzasadnienie dla jednoczesnego pogorszenia sytuacji niektórych przedsiębiorców. Niniejsza poprawka usuwa nietrafne rozwiązania projektu z druku 2154 w zakresie art. 46 ust. 2.

W celu zachowania spójności regulacji proponuje się także wykreślenie słów „na podstawie ust. 1”. W wyniku tej zmiany zamawiający będzie mógł żądać ponownego wniesienia wadium od „ostatecznego” zwycięzcy postępowania, niezależnie w jakim trybie wadium zostało mu zwrócone (z urzędu – ust. 1, czy na wniosek – ust. 2). Ta propozycja nie wprowadza zatem żadnej istotnej zmiany merytorycznej do projektu.

Propozycja PKPP Lewiatan:

- „1. Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.*
- 2. Z zastrzeżeniem ust. 4a, zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, na wniosek wykonawcy:**
 - 1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;*
 - 2) który został wykluczony z postępowania;*
 - 3) którego oferta została odrzucona.*
- 3. Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium, jeżeli w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego.”**

IV. Ad. art. 2 projektu - ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 167, poz. 1398, z późn. zm.3) art. 34;

Zgodnie z obecnie obowiązującym art. 34 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych od skargi do sądu okręgowego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (KIO) w sprawach zamówień publicznych pobiera się opłatę stałą w wysokości 3 000 zł.

W projekcie proponuje się zróżnicowanie opłat w zależności od etapu postępowania, na którym podjęta została czynność zamawiającego będąca przedmiotem skargi:

- 1) od skargi dotyczącej czynności podjętej przed otwarciem ofert ma być pobierana opłata w wysokości pięciokrotności wpisu wniesionego od odwołania do KIO,
- 2) od skargi dotyczącej czynności podjętej po otwarciu ofert ma być pobierana opłata w wysokości 5% wartości przedmiotu zamówienia, jednak nie więcej niż 5 000 000 zł.

Projektowana opłata za skargę dotyczącą czynności zamawiającego podjętej po otwarciu ofert

W sprawach o prawa majątkowe, co do zasady, zgodnie z art. 13 ustawy o opłatach w sprawach cywilnych pobiera się opłatę stosunkową w wysokości 5% wartości przedmiotu sporu, jednak nie mniej niż 30 zł. i nie więcej niż 100 000 zł.

Z uwagi na miejsce Krajowej Izby Odwoławczej w systemie środków ochrony prawnej, skarga na jej orzeczenie jest zbliżona do apelacji. Potwierdza to także art. 194 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który do postępowania ze skargi na orzeczenie KIO nakazuje odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji.

Do apelacji stosuje się przepisy ustawy o pozwie, jeżeli pozew podlega opłacie. To oznacza, że od apelacji w sprawie o prawa majątkowe pobiera się opłatę stosunkową 5% wartości przedmiotu sporu, między 30 a 100 000 zł.

W związku z tym, podniesienie w projekcie górnego pułapu opłaty od skargi na orzeczenie KIO do 5 000 000 zł oznacza pięćdziesięciokrotne podniesienie tej opłaty w stosunku do opłaty w innych sprawach gospodarczych (opłatę za skargę na orzeczenie KIO ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych reguluje w Rozdziale 2 Sprawy gospodarcze).

Jak wynika z Uzasadnienia w druku 2154, projektodawca obecne uregulowanie „nie jest uzasadnione oraz może relatywnie zachęcać do wnoszenia skarg w postępowaniach o udzielenie zamówień o znacznych wartościach” (str. 8).

Jasno z tego wynika, że projektowane rozwiązanie ma „zniechęcić” do wnoszenia skarg. W państwie prawnym, będącym sygnatariuszem wielu międzynarodowych porozumień, takie stanowisko władz publicznych jest bardzo trudne do zaakceptowania. Projektowane rozwiązanie niestety nosi wszelkie znamiona celowego ograniczenia prawa do sądu.

Szczególny sprzeciw budzi to, że projektodawca proponuje utrudnienie dochodzenia praw przed sądem *de facto* wyłącznie w interesie sektora publicznego. Chociaż strony postępowań z sektora publicznego także będą podlegały nowym przepisom, to ciężar ekonomiczny poniesienia kilkumilionowej opłaty jest bardziej dotkliwy w przypadku przedsiębiorców. Bezsposornie bowiem aspekt finansowy angażowania się w spór ma mniejszą doniosłość w podejmowaniu decyzji przez sektor publiczny. W szczególności w okresie obniżonej koniunktury nie powinno się nakładać nowych ciężarów finansowych na przedsiębiorców. W ten sposób nie buduje się otoczenia prawnego przyjaznego przedsiębiorczości.

Propozycja PKPP Lewiatan:

W związku z powyższym proponuje się zastosowanie do skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej rozwiązanie analogiczne do podstawowego rozwiązania obowiązującego w postępowaniu cywilnym dotyczącym spraw o prawa majątkowe.

„1. [jak w druku 670]

2. *Jeżeli skarga, o której mowa w ust. 1, dotyczy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjętych po otwarciu ofert, pobiera się opłatę stosunkową w wysokości 5 % wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 100 000 złotych.”*

Podsumowanie:

W opinii PKPP Lewiatan nowelizacja zawiera zmiany idące we właściwym kierunku. Niemniej jednak, niektóre rozwiązania w istocie mogą skutkować pogorszeniem sytuacji wykonawców, na co chcielibyśmy zwrócić Senatowi uwagę. Przykładem takiej zmiany rodzącej niejednoznaczną ocenę jest zmiana dotycząca zwrotu wadium. Wielu wykonawców na projektowanej zmianie niewątpliwie skorzysta, niemniej będzie grupa przedsiębiorców na która ta zmiana będzie miała negatywny wpływ.

Projekt nowelizacji z druku senackiego 670 nie można oceniać w oderwaniu od kolejnego projektu nowelizacji, który jest przedmiotem prac Sejmu /druk 2310/. Dalsze skracanie terminów w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych będzie miało negatywny wpływ na jakość procesu udzielania zamówień, chociaż w krótkiej perspektywie może przyspieszyć (nieznacznie w sumie) wydatkowanie środków publicznych.

Nowelizacja niestety nie usuwa wadliwego i naruszającego konstytucyjną zasadę proporcjonalności reżimu wpisu na „czarną listę”. Projekt nie naprawia błędnie przyjętego wyjątkowego rygoryzmu tzw. czarnej listy.

Środowisko przedsiębiorców skupionych w PKPP Lewiatan pragnie także wyrazić silny sprzeciw wobec projektowanej drakońskiej podwyżce opłaty sądowej od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, z obecnych 3 000 zł do nawet 5 mln. zł.

*Polska Konfederacja
Pracodawców Prywatnych Lewiatan*

Warszawa, 14 października 2009 r.