



L. dz. ZPGO 68/27/07/2018

Warszawa, dnia 27 lipca 2018 r.



Szanowna Pani
Jadwiga Emilewicz
Minister Przedsiębiorczości i Technologii
Pl. Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa

Dotyczy: **postulaty w ramach konsultacji Koncepcji nowego Prawa Zamówień Publicznych przedstawionej w czerwcu 2018 r.**

Szanowna Pani Minister,

w imieniu Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami przekazuję poniżej postulaty w ramach konsultacji koncepcji nowego Prawa Zamówień Publicznych. Są one owocem naszych wieloletnich doświadczeń związanych z działalnością na rynku usług zamawianych przez podmioty publiczne. Wierzmy, że nowa ustawa zlikwiduje bariery prawne, które dziś hamują rozwój małej i średniej przedsiębiorczości w Polsce.

Poniżej przedstawiamy nasze uwagi i postulaty, z wnioskiem o ich uwzględnienie na etapie dalszych prac legislacyjnych.

1. Uregulowanie przesłanek zamówień *in house*.

Od 1.01.2017 r. obowiązują przepisy art. 67 ust. 1 pkt 12-15 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej **pzp**), w których uregulowano możliwość udzielania zamówień *in house* w trybie zamówienia z wolnej ręki. Przepis w praktyce oznacza możliwość udzielania m.in. przez gminy zamówień publicznych w trybie z wolnej ręki, własnym spółkom komunalnym, po spełnieniu określonych w ustawie warunków. Uregulowania *in house* zostały wprowadzone do polskiej ustawy w procesie implementacji Dyrektywy 2014/24/UE, przy czym należy mieć na uwadze, iż zgodnie z prawem Unii Europejskiej instytucja *in house* nie ma charakteru obligatoryjnego i jej wprowadzenie zależy od decyzji państw członkowskich.

Uchwalenie nowych regulacji (art. 67 ust. 12-15 pzp) w 2016 roku wywołało wzmożoną krytykę środowisk przedsiębiorców, obawiających się zmonopolizowania rynku usług publicznych przez spółki gminne. Analizując obowiązywanie przepisu w okresie półtorarocznym, wskazujemy na następujące problemy:

- 1) niejednoznaczność zapisów do polskiej ustawy pzp, a tym samym duży margines dla nadinterpretacji przy stosowaniu przepisów prawa,
- 2) omijanie przez zamawiających obwarowań wynikających z ustawy pzp poprzez rozszerzającą wykładnię pojęć „wiarygodnej prognozy handlowej” i „reorganizacji”,
- 3) brak zapewnienia realnej kontroli udzielania zamówień publicznych w systemie „*in-house*”.

Ad 1) Udzielanie zamówień publicznych w trybie *in-house* ma charakter systemowy: dotyczy m.in. zagadnienia zakresu dopuszczalnej ingerencji publicznej w rynek i wyłączenia konkurencji, zagadnienia pomocy publicznej, monopoli państwowych i swobody przedsiębiorczości. W tym kontekście prawo zamówień publicznych, które określa jedynie formalny sposób udzielenia zamówienia, jest jednym z wielu aktów prawnych (polskich oraz Unii Europejskiej), które zamawiający powinien stosować przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie *in-house*. Niestety praktyka wskazuje, że normy prawne wynikające z innych aktów niż pzp, w tym również z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, nie są stosowane. W odniesieniu do powyższej kwestii **nie przeprowadzono niezbędnej analizy i debaty**. W rezultacie gminy obecnie rugują istniejące na rynku przedsiębiorstwa prywatne, w tym głównie z sektora MŚP, **bez wyraźnych korzyści dla interesu publicznego oraz ze szkodą dla konkurencji i przedsiębiorczości**. Prowadzi to do wypaczenia idei, która powinna stać za regulacjami dotyczącymi zamówień publicznych, tj. dbałości o rozsądne wydawanie środków publicznych, a także troski o swobodną konkurencję w zakresie ubiegania się o uzyskanie zamówienia.

Ad 2) Mimo wprowadzenia do ustawy pzp warunków koniecznych do spełnienia, by możliwe było udzielenie zamówień *in house* w trybie bezprzetargowym, samorządy nadużywają przyznanych im uprawnień.

Art. 67 ust. 8 i 9 pzp przewidują bowiem, że do obliczania procentu działalności (w odniesieniu do kryterium wykonywania na rzecz zamawiającego zadań stanowiących 90% działalności wykonawcy) uwzględnia się średni przychód osiągnięty za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, jednak gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności, dane dotyczące średniego przychodu są niedostępne lub nieadekwatne, procent ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Istotą kryterium osiągania 90% przychodów z działalności na zlecenie zamawiającego, jest ograniczenie możliwości bezprzetargowego udzielania zamówień spółkom gminnym tylko do tych podmiotów, które nie prowadzą działalności gospodarczej na rynku, również na rzecz innych niż zamawiający podmiotów.

Znaczna część spółek gminnych w Polsce nie spełnia „warunku 90%”, jednak samorządy postrzegają art. 67 ust. 8 i 9 pzp jako narzędzie do skutecznego obchodzenia tego kryterium – wystarczy powoływać się na „reorganizację” podmiotu i „wiarygodne prognozy handlowe” dotyczące prawdopodobieństwa osiągania przynajmniej 90% przychodów z działalności na zlecenie zamawiającego. Taka sytuacja stanowi wypaczenie podstawowej zasady, zgodnie z którą wyłączenia stosowania konkurencyjnych procedur udzielania zamówień publicznych nie powinny być wykładane rozszerzająco.

Jaskrawym nadużyciem „warunku 90%” jest swoisty podział zadań pomiędzy spółkami komunalnymi: z jednej strony pozostawianie gminnej spółki komunalnej, dotychczas funkcjonującej na rynku, jako aktywnego uczestnika na rynku konkurencyjnego, z drugiej strony **powołanie kolejnej spółki gminnej z minimalnym kapitałem zakładowym** wyłącznie w celu objęcia zamówienia *in-house*. W rezultacie gmina staje się przedsiębiorcą biorącym aktywny udział w rynku. Pragniemy wskazać, że ocena opisywanych zachowań powinna się odnosić do całej grupy kapitałowej, a nie spółki córki lub wnuczki.

Ad 3) Niezwykle trudne, a niekiedy niemożliwe, jest inicjowanie postępowań weryfikujących prawidłowe udzielanie zamówień publicznych w systemie *in-house*. Chodzi o korzystanie ze środków odwoławczych: odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) i skargi do Sądu Okręgowego, jak również o kompetencje organu sprawującego nadzór nad zamawiającym, o którym mowa w art. 144 b ustawy pzp. Przykładowo, wojewodowie w odpowiedzi na wniosek o podjęcie czynności nadzorczych kierują sprawę do Regionalnej Izby Obrachunkowej (RIO), a nawet do KIO. Wobec złożoności zagadnienia prawnego żaden organ nie czuje się w kompetencji do rozstrzygnięcia problemu.

Istotnym ograniczeniem jest również okoliczność zawężonych kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej, sprowadzającej się do badania jedynie okoliczności związanych z naruszeniem ustawy pzp. Krajowa Izba Odwoławcza przykładowo nie bada, czy postępowanie jednostek samorządu terytorialnego udzielających zamówienia *in-house* działa zgodnie z:

- 1) ustawami samorządowymi, przepisami antymonopolowymi,
- 2) Konstytucją RP określającą zasady funkcjonowania monopolu państwowych oraz swobody działalności gospodarczej ze wskazaniem wynikającym w preambule, że podstawowe prawa zapisane w Konstytucji winne być wykładane zgodnie z **zasadą pomocniczości**,
- 3) prawem UE, dotyczącym zakazu pomocy publicznej (spółki gminne są uprzywilejowane wobec spółek prywatnych) oraz świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym (ingerencja państwa w obszarze usług dostępnych na wolnym rynku),
- 4) innymi ustawami, w tym ustawą o finansach publicznych, ustawą o gospodarce komunalnej (dot. określania sposobu wykonywania zadań własnych), Kodeksem spółek handlowych (wspólnik ani rada nadzorcza nie muszą mieć wpływu na bieżące funkcjonowanie spółki, zarząd jest autonomicznym organem wobec innych organów w spółce),
- 5) ustawami „branżowymi” regulującymi funkcjonowanie poszczególnych sektorów rynku.

Powyższe wywołuje ten skutek, że na **gruncie polskim brak jest dostępu do skutecznych środków odwoławczych w odniesieniu do zamówień *in-house*, co narusza Dyrektywę 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.**

W tej sytuacji postulujemy zawarcie w nowym prawie zamówień publicznych następujących mechanizmów ograniczających *in-house*:

- 1) zawężenie możliwości udzielenia zamówienia w trybie *in house* dla usług użyteczności publicznej udzielanych przez jednostki samorządu terytorialnego do przypadków, w których na danym rynku nie występuje konkurencja poprzez wprowadzenie tzw. testu konkurencyjności – zamówienie w trybie *in house* mogłoby być udzielone na to samo zamówienie po przeprowadzeniu dwóch przetargów nieograniczonych, w których nie wpłynęłaby żadna oferta podmiotu zewnętrznego, **powyższe dotyczyć powinno w szczególności tych usług, których koszt jest w zasadzie w całości pokrywany przez odbiorcę (mieszkańca), niezależnie w jakiej formie to następuję: wynagrodzenia czy kwasi podatku.**
- 2) doprecyzowanie już istniejących przesłanek *in house*:

- a) poprzez wprowadzenie obowiązku sporządzenia jawnej i „wiarygodnej prognozy handlowej”, o której mowa w art. 67 ust. 9 pzp przez podmiot niezależny od zamawiającego oraz spółki, której ma zostać udzielone zamówienie oraz obowiązku wykazania przez zamawiającego, że podmiot, któremu zostanie powierzone zamówienie dysponuje realnie potencjałem technicznym i finansowym,
 - b) doprecyzowanie określenia „reorganizacja działalności”, o którym mowa w art. 67 ust. 9 pzp w kierunku wskazania, iż chodzi o przekształcenia podmiotowe, reorganizację struktury właścicielskiej, lub zmianę zakresu (profilu) działalności oraz wyraźne wskazanie; nowa regulacja powinna precyzować, iż jedynie dostosowanie działalności danego podmiotu do wymogów warunkujących skorzystanie z zamówienia w trybie *in house* nie może zostać uznane za reorganizację.
- 3) Wprowadzenie skutecznej i realnej weryfikacji udzielania zamówień publicznych w systemie *in-house* pod kątem całości uregulowań prawnych.

Mamy nadzieję, iż wprowadzenie wnioskowanych zmian do nowego Prawa zamówień publicznych będzie zapobiegało nadużywaniu trybu *in house*, a z drugiej strony umożliwi skorzystanie z tej instytucji jedynie w przypadkach, w których określona potrzeba użyteczności publicznej nie może być zaspokajana przez podmioty efektywnie funkcjonujące na rynku.

2. Uwagi dotyczące środków ochrony prawnej.

2.1. Obniżenie kwoty wpisu od odwołań do KIO i Sądu

a) Odwołania do KIO

Obecnie wysokość wpisu od odwołania zgodnie z art. 198 pzp określa Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, określające wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest:

- 1) niższa niż tzw. progi unijne- wynosi 7 500 zł;
- 2) równa lub przekracza progi unijne -, wynosi 15 000 zł.

Wysokość opłat stanowi barierę w dostępie do środków ochrony prawnej. Należy wskazać, że w ramach procedury udzielania zamówień publicznych zasadność skorzystania z odwołania można zaistnieć wielokrotnie, przy czym szczególnie ważne są etapy: ogłoszenia i określenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyboru oferty wykonawcy. Wysokość opłat powoduje, że zwłaszcza mali przedsiębiorcy rezygnują z wnoszenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Wnioskujemy o zmianę wysokości wpisu dla zamówień publicznych na dostawy lub usługi, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń - na 5 000,00 zł, lub określenie wysokości wpisu jako procentu od wartości zamówienia. Wskazujemy, iż wysokość wpisu nie powinna przekraczać 15 000,00 zł.

Dla zamówień na dostawy lub usługi których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo

zamówień publicznych, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi wysokość wpisu nie powinna przekraczać na 3 000,00 zł.

b) Skargi do Sądu Okręgowego

Zgodnie z art. 34 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych pobiera się opłatę stałą w wysokości pięciokrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga. Zatem opłata sądowa od skargi do sądu okręgowego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące każdej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest opłatą stałą, której wartość wynosi:

- 37 500 zł – w przypadku postępowań w sprawie udzielenia zamówienia na dostawy lub usługi o wartościach mniejszych od progów unijnych (134 000 i 207 000 euro),
- 75 000 zł – w przypadku postępowań w sprawie udzielenia zamówienia na dostawy lub usługi o wartościach równych lub wyższych od progów unijnych (134 000 i 207 000 oraz 414 000 euro dla zamawiających udzielających zamówień sektorowych oraz w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa),

Postulujemy o obniżenie wysokości opłaty od skargi do sądu na orzeczenie KIO o 50 % w stosunku do dziś obowiązujących.

Jak wynika z opublikowanej na stronie Krajowej Izby Odwoławczej (<https://www.uzp.gov.pl/kio/dokumenty/informacje-roczne-kio>) „Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2017 r.” w roku 2017 r. rozpoznaniu przez KIO podlegały (nie licząc odwołań zwróconych) 2554 odwołania, z 34% zostało oddalonych, a 5% odrzuconych, co stanowi łącznie liczbę 996. Jak wynika z tej samej informacji skarg do Sądu na orzeczenia KIO wniesiono 159, co stanowi jedynie 16% orzeczeń niepomysłnych dla skarżącego. W naszym przekonaniu jednym z istotnych czynników decydujących o zaniechaniu wniesienia skargi do Sądu jest tu wysokość wpisu, która blokuje przedsiębiorcom możliwość skutecznego działania.

2.2. Skład orzekający w KIO- 3-osobowy

Zgodnie z art. 188 ustawy pzp odwołanie rozpoznaje Izba w składzie jednoosobowym. Prezes Izby może zarządzić rozpoznanie sprawy w składzie trzyosobowym, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na szczególną zawartość lub precedensowy charakter sprawy.

Ze względu na stopień skomplikowania spraw zawisłych przed KIO oraz często dużą wartość przedmiotu zamówienia popieramy koncepcję uregulowania tej kwestii w nowym pzp w ten sposób, by - co do zasady - wszystkie odwołania były rozpatrywane przez trzyosobowy skład orzekający, natomiast wyjątki od zasady powinna ściśle określać ustawa.

2.3. Postępowanie dowodowe przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Jako wysoce niebezpieczne dla realizacji celów zamówień publicznych należy uznać wprowadzenie prekluzji dowodowej w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. W szczególności wobec bardzo krótkich terminów wnoszenia środków odwoławczych, nie jest możliwe aby w całości przedstawić pełną metodę dowodzenia zasadności zarzutów.

Dodatkowo wskazujemy, że aktualnie postępowanie dowodowe jest utrudnione, a w praktyce niemożliwe do przeprowadzenia, z uwagi na coraz szersze i w bardzo wielu przypadkach nieuzasadnione obejmowanie dokumentów **tajemnicą przedsiębiorstwa**. Krajowa Izba Odwoławcza w większości spraw oddala wnioski dotyczące przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego i ekspertów, oceniając samodzielnie materiał dowodowy niedostępny dla odwołującego się wykonawcy, który w wielu przypadkach zawiera skomplikowane technologiczne lub finansowe informacje, niemożliwe do oceny przez osobę nie posiadającą wiadomości specjalnych (np. w procesach dot. rażąco niskiej ceny).

2.4. Możliwość zawarcia umowy z kontrahentem dopiero po rozstrzygnięciu sądu

Zgodnie z art. 183 ust. 1 pzp W przypadku wniesienia odwołania Zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Wnoskujemy o zmianę zapisu poprzez określenie zakazu zawarcia umowy do czasu rozstrzygnięcia przez Sąd skargi na orzeczenie Izby, lub upływu terminu do wniesienia skargi do Sądu Okręgowego.

Obecny kształt przepisu warunkujący zawarcie umowy zakończeniem postępowania przed KIO, a nie sądem II instancji w istocie jest znaczącym ograniczeniem prawa do sądu. Wnoszący skargę jest przecież w dalszym ciągu zainteresowany wykonawstwem zamówienia, zaś stwierdzenie przez sąd, że wyrok KIO został wydany z naruszeniem prawa jedynie otwiera drogę przedsiębiorcy do kolejnego, trudnego i kosztownego procesu o odszkodowanie.

Jedynie w wyjątkowych przypadkach Sąd winien wydawać zgodę na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem sprawy. Jednocześnie, ponieważ obecnie dochodzi do sytuacji, w których postępowanie sądowe jest umarzone, gdyż przed jego zakończeniem doszło do wykonania umowy, w takich przypadkach należy ustawowo określić termin rozpoznania skargi.

2.5. Obowiązek dla sądu rozpatrzenia odwołania nawet po wykonaniu umowy.

Wnoskujemy o zastrzeżenie, że realizacja umowy nie jest powodem do umorzenia postępowania skargowego na orzeczenie KIO przed sądem. Skoro bowiem sąd może orzec o niezgodności wyroku KIO z prawem, wykonanie umowy nie powinno stać temu na przeszkodzie.

2.6. Wydłużenie terminu na składanie odwołania przed KIO.

Wnoskujemy o wydłużenie terminu na składanie odwołania do 14 dni od dnia przesłania informacji na czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej), albo w terminie 20 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 obecnie obowiązującej ustawy.

Wnoskujemy o wydłużenie terminu na składanie odwołania do 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały

przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 obecnie obowiązującej ustawy.

3. Wydłużenie terminu składania oferty do min. 21 dni w postępowaniach o zamówienia o wartości powyżej progu unijnego.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 pzp - Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że w przypadku dostaw lub usług termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku robót budowlanych – nie krótszy niż 14 dni.

Wnioskujemy o zmianę zapisów ustawy poprzez wydłużenie czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty na dostawę i usługi do 21 dni.

Niejednokrotnie ogłoszenia na stronach internetowych Zamawiających są umieszczane pod koniec dnia roboczego, stąd możliwość zapoznania się następuje dopiero w dniu następnym. Przy uwzględnieniu występujących w trakcie tych 7 dni - dni wolnych od pracy, niejednokrotnie pozostaje 2-3 dni na przygotowanie oferty i jej złożenie. Tak krótki czas umożliwia przygotowanie i złożenie rzetelnej oferty spełniającej wszystkie wymogi podmiotowej i przedmiotowej. Powyższe stanowi utrudnienie **w szczególności dostępu do zamówienia przedsiębiorstwom sektora MŚP**, które często podejmują się realizacji zamówienia w formule konsorcjum lub podwykonawstwa.

4. Kryteria przetargowe.- cena max. 60%; inne kryteria rzeczywiste, a nie pozorne (jak, np. czas dojazdu, termin płatności); wprowadzenie warunku udziału doświadczenia, wymóg zatrudniania w oparciu o umowę o pracę osób, które będą realizować zamówienie

Postulujemy, by nowa ustawa określała wprost, iż kryterium ceny mogło stanowić jedynie 60% ogółu kryteriów w danym postępowaniu. Kryteria pozacenowe powinny być tak określone aby były kryteriami rzeczywistymi, a nie pozornymi jak np. termin płatności. Obecnie w wielu postępowaniach zamawiający określają że 40 % punktów otrzyma oferent oferujący np. 60 dniowy termin płatności, w efekcie czego wszyscy oferenci deklarują maksymalny oczekiwany przez zamawiającego termin płatności i za kryterium pozacenowe otrzymują taką samą ilość punktów. Pozornie określone kryteria pozacenowe powodują, że w efekcie cena jest nadal jedynym kryterium wyboru ofert. Należy wskazać, że stosowanie kryterium płatności nie powinno również naruszać przepisów o terminach płatności w transakcjach handlowych.

Wnioskujemy także o uszczegółowienie kryteriów pozacenowych w sposób umożliwiający dokonanie rzeczywistej oceny. W obecnym stanie prawnym wielu Zamawiających określa pozorne kryteria (np. termin płatności faktury, czas dojazdu, wykonanie dodatkowego zlecenia)

Postulujemy również wprowadzenie obowiązku stosowania kryteriów środowiskowych - zielone zamówienia publiczne, m.in. uwzględniające cele ekonomii cyrkularnej.

W odniesieniu do realnych, pozacenowych kryteriów oceny ofert, odpowiednie resorty powinny podjąć dialog z podmiotami branżowymi (jak nasz Związek), w celu wypracowania propozycji i modelowych rozwiązań w takim zakresie. Wskazujemy, że postulat wydania przykładowych pozacenowych kryteriów oceny ofert oraz konkretnych propozycji w tym zakresie (w miejsce mało treściwych zaleceń ogólnych) jest bardzo popularny również wśród zamawiających.

5. Możliwość negocjowania oraz szerszego zaskarżenia postanowień umowy i kar umownych.

W myśl przepisów pzp zamawiający ma prawo tak określić warunki umowy, by zrealizowanie zamówienia było możliwe.

Uprawnienie zamawiającego w tym obszarze jest często nadużywane, w praktyce wprowadzane są warunki znacznie bardziej rygorystyczne niż wymaga tego interes społeczny (umożliwienie zrealizowania zamówienia). Wniesione odwołania do KIO na wysokość kar umownych lub sposób ich egzekwowania z reguły są oddalane.

Postulujemy wprowadzenie regulacji, które zobowiążą zamawiającego do negocjacji warunków umowy na etapie jej konstruowania, tak, by ostateczny kształt tych warunków z jednej strony dawał gwarancję zrealizowania zamówienia, a z drugiej, by warunki jej realizacji nie były zaporowe dla znacznej części oferentów/wykonawców. Obecna bowiem linia orzecznicza KIO potwierdza, że to zamawiający kształtuje warunki umowy i jeśli nie są one sprzeczne z obowiązującym prawem, oferentowi/wykonawcy pozostaje możliwość wzięcia udziału w postępowaniu bądź też rezygnacji z udziału. Szczególnie zauważalne jest to w kontekście konstruowania przez zamawiających wymogów dotyczących kar umownych, których wysokość jest zaporowa (nieproporcjonalna do osiągnięcia zamierzonego celu jakim jest zrealizowanie zamówienia) dla małych przedsiębiorców i w istocie eliminuje ich z udziału w postępowaniach.

6. Wiarygodność ekonomiczna i finansowa firmy udokumentowana i określona.

Wiarygodność ekonomiczna i finansowa powinna odzwierciedlać rzeczywisty potencjał wykonawcy w tym zakresie. Obecna regulacja określająca wiarygodność finansową proporcjonalnie do wartości zamówienia nie jest zgodna z tym postulatem.

7. Wymóg realnego dysponowania środkami finansowymi

Ustawa powinna określać wymóg realnego dysponowania środkami finansowymi przez Wykonawcę w celu należytego zabezpieczenia realizacji zamówienia. Z całą pewnością jednorazowe przedłożenie dokumentu przez oferenta/wykonawcę o posiadaniu w danej chwili środków na rachunku bankowym nie może być potwierdzeniem spełnienia tego warunku. Zdolność finansowa powinna być badana przez Zamawiającego na kilku etapach: w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia i po zawarciu umowy.

Przedkładając powyższe wyrażamy przekonanie, że uwzględnienie powyższych postulatów zapewni realizację zasad zapewnienia realnego dostępu do zamówienia publicznego, przejrzystości, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców

Z wyrazami szacunku

Do wiadomości:

Szanowna Pani

Andżelika Możdżanowska

Sekretarz Stanu w Ministerstwie Inwestycji i Rozwoju

Pełnomocnik Rządu ds. Małych i Średnich Przedsiębiorstw

Sławomir Rudowicz

Przewodniczący ZPGO

