



L. Dz. IBK 43/7/07/2023

Warszawa, dnia 7 lipca 2023 r.

**Szanowny Pan
Adam Abramowicz
Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców**

Dotyczy: konsultacji Ministerstwa Rozwoju i Technologii w sprawie zdiagnozowania obszarów wymagających większej standaryzacji w zamówieniach publicznych.

Szanowny Panie Ministrze!

W imieniu Izby Branży Komunalnej, w odpowiedzi na zaproszenie (korespondencję e-mail) z dnia 28.06.2023r. do wzięcia udziału w konsultacjach w sprawie zdiagnozowania obszarów wymagających większej standaryzacji w zamówieniach publicznych, po zasięgnięciu opinii członków Izby wskazuję poniżej problemy, które w naszym przekonaniu powinny stanowić przedmiot inicjatywy ustawodawczej:

1. Nieadekwatna częstotliwość zmiany umowy z powodu zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę

Art. 436 pkt 4 lit. b *tiret* drugie zakłada, że umowa o wykonanie zamówienia publicznego zawierana na okres dłuższy niż 12 miesięcy powinna zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wynagrodzenia w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne. Jednocześnie, drugi rok z rzędu minimalne wynagrodzenie za pracę uległo zwiększeniu z częstotliwością co sześć miesięcy. Oznacza to, że umowy zawierane na okres powyżej 12 miesięcy nie muszą przewidywać mechanizmu zmiany wynagrodzenia z powodu zwiększenia minimalnego wynagrodzenia za pracę, mimo że *de facto* do takiego wzrostu doszło. Prowadzi to do nierównowagi stron i nadmiernego obciążania Wykonawców kosztami wykonania zamówienia niezależnymi od nich. Zasadne jest wprowadzenie zmiany w/w przepisie w ten sposób, aby postanowienia te były obligatoryjne także dla umów zawieranych na co najmniej 6 miesięcy.

2. Brak zgody na zmianę wysokości wynagrodzenia z powodu zmiany wysokości składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne

Ponadto, w praktyce czasami dochodzi do sytuacji, w której Zamawiający wyraża zgodę na zwiększenie wynagrodzenia z uwagi na wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę przy jednoczesnej odmowie uwzględnienia w kwocie wzrostu zwiększenia obciążeń publicznoprawnych w postaci składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, które wzrastają wraz ze wzrostem wynagrodzenia. Zamawiający twierdzą przy tym, że taka sytuacja nie jest objęta art. 436 pkt 4 lit. b *tiret* trzecie, gdyż nie stanowi „zmiany wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne”. W tym zakresie powinni istnieć precyzyjne i jednoznaczne zapisy ustawowe przewidujące, że żądanie zmiany wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest uprawnieniem Wykonawcy także wówczas, gdy wysokość składek jest następstwem zwiększenia wynagrodzenia pracownika, a nie jedynie zmian ustawodawczych.

3. Obciążanie Wykonawców ryzykiem zmiany stawki VAT

Art. 436 pkt 4 lit. b *tiret* pierwsze p.z.p. przewiduje, że umowa o wykonanie zamówienia publicznego zawierana na okres dłuższy niż 12 miesięcy powinna zawierać postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wynagrodzenia w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego. Członkowie Izby spotkali się z sytuacją, w której ciężar zwiększonej wysokości stawki podatku VAT został w umowie rozłożony na obie strony w ten sposób, że Wykonawca mógł żądać zwiększenia wynagrodzenia z uwzględnieniem jedynie połowy zwiększonej stawki VAT. W przekonaniu Izby takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne, a ryzyko wzrostu stawek należności publicznoprawnych winno obciążać w całości Zamawiającego.

4. Brak roszczenia Wykonawcy o zmianę umowy

Art. 455 p.z.p. przewiduje możliwość zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego w określonych sytuacjach, jednak nie kształtuje po stronie Wykonawcy roszczenia o zmianę umowy mimo zaistnienia odpowiednich przesłanek, a jedynie wprowadza uprawnienie Zamawiającego do dokonania zmiany. W praktyce Zamawiający najczęściej odmawiają dokonania zmiany umowy, co prowadzi do tego, że interes Wykonawcy jest chroniony jedynie iluzorycznie, gdyż nie przysługuje mu odpowiednie roszczenie. Jednocześnie, Zamawiający często przeciągają negocjacje w tym zakresie, wzywając do przedłożenia niczym nieuzasadnionych dokumentów. W związku z powyższym, zasadne jest ukształtowanie przepisu w ten sposób, aby roszczenie takie przysługiwało, a Zamawiający związany był stosownym terminem, po upływie którego Wykonawcy należą się odsetki ustawowe za opóźnienie.

5. Wyłączny wpływ Zamawiającego na akty prawa miejscowego

Dodatkowo, konieczne wydaje się wprowadzenie zapisu stanowiącego o tym, że zmiana przepisów prawa, w tym prawa miejscowego, jeśli ma wpływ na sposób wykonywania usługi musi wiązać się ze zmianą umowy. Jest to w szczególności widoczne w przypadku usługi odbioru odpadów, gdzie gminy będące jednocześnie Zamawiającymi są prawodawcami lokalnymi i korzystając z tego wymuszają na

Wykonawcach np. zwiększenie częstotliwości odbioru odpadów. Argumentują to zapisem w umowie, który zakłada, że Wykonawca ma obowiązek świadczenia usługi zgodnie z przepisami prawa, podczas gdy zmiany takie wpływają nawet bardzo znacząco na podwyższenie kosztów świadczenia usługi. Prowadzi to do wypaczenia zasady swobody umów i wpływu obu Stron na kształtowanie stosunku zobowiązaniowego, skoro jedna ze stron jest wyłącznie uprawniona do kształtowania tego stosunku w trakcie jego trwania. W tym zakresie konieczna jest stosowna inicjatywa ustawodawcza.

6. Utworzenie wydziałów do spraw zamówień publicznych w sądach powszechnych

Zwracam również uwagę na postulat utworzenia stosownych wydziałów do spraw zamówień publicznych w sądach powszechnych rozstrzygających spory na kanwie wykonania zamówienia publicznego. W praktyce widoczny jest brak zaznajomienia sędziów sądów gospodarczych ze specyfiką zamówień publicznych, co powoduje duże rozbieżności w orzecznictwie w tym zakresie. Utworzenie stosownych wydziałów, nawet w niektórych sądach (np. w miastach, w których siedziby mają sądy apelacyjne) i uczynienie ich właściwymi do rozstrzygania spraw z zakresu wykonywania umów w sprawie zamówień publicznych, prowadziłoby do profesjonalizacji postępowań i przyspieszenia rozstrzygania spraw, a także do wypracowania bardziej jednolitych linii orzeczniczych.

7. Postanowienia dotyczące kar umownych

W przekonaniu Izby, ustawa p.z.p. powinna zawierać postanowienia w zakresie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, które mogą być nakładane na Wykonawców. Zamawiający obecnie ma pełną swobodę co do ustalenia wysokości kar, które mogą doprowadzić do skonsumowania nawet 100% wynagrodzenia. Obecnie obowiązujący art. 436 pkt 3 p.z.p. przewiduje co prawda, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawiera postanowienia określające w szczególności łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony, niemniej przepis ten jest nieostry i pozwala zamawiającym na ustalanie wysokości kar umownych na poziomie znacznie przekraczającym realia biznesowe i uzasadnione dbałością o zabezpieczenie finansów publicznych. Wykonawcy w tym zakresie pozbawieni są możliwości prowadzenia dialogu z Zamawiającym, co powodować może zaistnienie sytuacji prowadzącej do nadużyć po stronie Zamawiającego, którego działania będą sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Z tego względu wysokość kary określone przez Zamawiającego powinny być oznaczone w ustawie pod względem branżowym lub ogólnym (np. do robót czy usług czy dostaw) przez wyznaczenie granic wymiaru kary. Natomiast osiągnięcie przez wykonawcę ustalonej przez ustawodawcę górnej granicy kary, powinno powodować odstąpienie od umowy przez Zamawiającego, a nie dalsze nakładanie kar na Wykonawcę. Ponadto, Zamawiający często przerzucają na Wykonawców wykonujących usługę odbioru odpadów komunalnych kary za nieosiągnięcie przez gminę poziomów recyklingu i przekazania do ponownego użycia. Należy zwrócić uwagę na fakt, że fakt osiągnięcia odpowiednich poziomów jest zależny od wielu podmiotów – mieszkańców, podmiotu odbierającego odpady, podmiotu zagospodarowującego odpady. Jednocześnie, podmiot zagospodarowujący odpady jest najczęściej narzucany Wykonawcy czy to w umowie czy też przez przepisy prawa. W związku z czym, Wykonawca taki ponosi całkowitą odpowiedzialność za skutek, do którego przyczynił się nieznacznie lub w ogóle.

8. Niekorzystne i zbyt mało precyzyjne postanowienia umowne dotyczące waloryzacji wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia

Członkowie Izby zaobserwowali nieprawidłowości przy stosowaniu przepisów art. 439 p.z.p. dotyczącego waloryzacji wynagrodzenia umownego. Przepis ten przyznaje Zamawiającemu pełną swobodę w jej stosowaniu, objawiającą się m.in. w stosowaniu nierealnie wysokiego pułapu zmian cen materiałów lub kosztów, od którego Wykonawca może domagać się zmiany wynagrodzenia, ustalaniu bardzo długiego okresu karencji w możliwości żądania zwiększenia wynagrodzenia, a także stosowaniu zbyt niskiej maksymalnej wysokości zmiany wynagrodzenia, która nie jest adekwatna do poziomu zmiany cen obserwowanych na rynku. Dodatkowo, umożliwia Zamawiającemu wprowadzanie niejasnych mechanizmów zmiany (np. w oparciu o wskaźnik wzrostu cen towarów i usług bez precyzyjnego wskazania o jaki konkretnie wskaźnik chodzi, a przy mechanizmie nieodnoszącym się do oficjalnych wskaźników – Zamawiający nie akceptują przekazanych przez Wykonawców dokumentów na dowód wzrostu cen). Sposób ustalenia zmian wynagrodzenia należałoby doprecyzować i ujednoczyć o, np. wskaźniki lub sposób wyliczenia waloryzacji.

Kolejnym problemem jest także maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, którą ustala Zamawiający również według własnego uznania, czego konsekwencją jest wzrost wynagrodzenia nieadekwatny do wnioskowanej przez wykonawcę waloryzacji wynagrodzenia, opartej na podstawie rzeczywistego wzrostu kosztów ponoszonych przez Wykonawcę. W szczególności maksymalna waloryzacja powinna być uzależniona od rodzaju zamówienia (usługa, dostawa lub robota budowlana), jak również od czasu trwania umowy (każdy rok trwania umowy powinien skutkować zwiększeniem tego limitu o wartość limitu przewidzianego dla jednego roku). Wykonawcy niejednokrotnie kierują do Zamawiających pisma z prośbą o wyjaśnienie zapisów dotyczących waloryzacji wynagrodzenia. Zamawiający w tym zakresie wskazywali jednakowo, że mają pełną swobodę w zakresie waloryzacji wynagrodzenia i nie mają obowiązku podwyższenia wynagrodzenia, a sama wysokość podwyższenia wynagrodzenia ustalana jest dobrowolnie. Aby ograniczyć powyższą dysfunkcję systemu zamówień publicznych, art. 439 p.z.p. powinien zostać rozszerzony o precyzyjny sposób obliczania waloryzacji wynagrodzenia według konkretnych przesłanek stosowanych wobec wszystkich jednakowo, co wpłynie dodatkowo na zachowanie przestrzegania zasady równości przedsiębiorców, pogłębiania zaufania, proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania.

9. Możliwość żądania zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę tylko w przypadku zatrudniania pracowników z płacą minimalną

Aktualnie istnieje możliwość żądania zwiększenia wynagrodzenia za wykonanie zamówienia publicznego w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę jedynie w odniesieniu do pracowników, którzy faktycznie uzyskują minimalne wynagrodzenie za pracę. Należy zwrócić uwagę na fakt, że w przypadku zwiększenia płacy minimalnej najczęściej proporcjonalnemu zwiększeniu ulegają wynagrodzenia wszystkich pracowników Wykonawcy. W takiej sytuacji, Wykonawca nie ma uprawnienia do żądania zwiększenia wynagrodzenia za wykonanie zamówienia publicznego. Takie przepisy zniechęcają

Wykonawców do oferowania pracownikom wyższego wynagrodzenia za pracę, a w konsekwencji spłaszczania poziomu wynagrodzeń w Polsce. Jednocześnie stanowi to zachętę do nieprawidłowości, choćby poprzez nieewidencjonowanie części wynagrodzenia.

10. Brak obowiązku zapłaty kwoty bezspornej

Kolejnym problemem na jaki napotykają członkowie Izby podczas wykonywania umów o zamówienie publiczne jest wstrzymanie przez Zamawiającego płatności za faktury z powodu drobnych nieścisłości w dokumentacji – przykładowo, w przypadku przedsiębiorców z branży odpadowej z powodu drobnych rozbieżności w raportach dobowych lub miesięcznych z wewnętrznymi dokumentami Zamawiającego. Jako, że Zamawiający odmawia zapłaty kwoty bezspornej, prowadzi to często do sytuacji, w której cała należność wynikająca z danej faktury jest wstrzymywana z powodu kwestionowania usługi stanowiącej ułamek tej wartości. Uprawnienie to często jest nadużywane przez Zamawiających, którzy twierdzą wówczas, że zgodną z umową podstawą płatności jest jedynie *prawidłowo* wystawiona faktura VAT, co nie ma miejsca w danym przypadku. Często jedynym wyjściem jest dokonanie korekty faktury, a następnie dopiero wyjaśnianie przyczyn rozbieżności. W związku z powyższym, zasadne jest dodanie przepisu w ustawie przewidującego obowiązek zapłaty kwoty bezspornej.

11. Nadmierne obciążenia związane z dokumentowaniem prawidłowego wykonania umowy

Zamawiający często w sposób nadmierny obciążają Zamawiających obowiązkami związanymi z wykazaniem prawidłowego wykonania usługi. Przykładowo, w branży odpadowej istnieje Baza danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami, w której znajdują się wszystkie wymagane przepisami prawa informacje związane z wykonaniem odbioru odpadów, a które to są widoczne również dla Zamawiającego. Pomimo tego, Zamawiający często obligują Wykonawców do przedkładania tych samych danych w formie papierowej, sporządzania odrębnych sprawozdań na podstawie własnych wzorów i z uwzględnieniem dodatkowych danych liczbowych, które nie znajdują uzasadnienia w realnych potrzebach Zamawiającego, ani też w przepisach prawa. Powoduje to po stronie Wykonawców zbyt duże obciążenia, co nie jest niczym uzasadnione.

12. Posługiwanie się zasobami podmiotów trzecich tylko w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Członkowie Izby zaobserwowali, że w praktyce często dochodzi do sytuacji, w której postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wygrywa podmiot, który powoływał się na zasoby podmiotów trzecich w zakresie sprzętu, doświadczenia lub kwalifikacji zawodowych. Jednocześnie, sprzęt ten nie jest faktycznie wykorzystywany do wykonania zamówienia, a podmioty posiadające doświadczenie lub kwalifikacje zawodowe nie uczestniczą w wykonaniu usługi (mimo, że są do tego zobligowani na mocy przepisów p.z.p.). Nie jest to przy tym w żaden sposób weryfikowane przez Zamawiających na etapie wykonania zamówienia. Natomiast pozostali Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mają żadnych realnych mechanizmów umożliwiających kontrolę nad powyższym procederem. Przepisy nie przewidują również żadnych sankcji za takie postępowanie, o ile Zamawiający nie wykaże się inicjatywą w tym zakresie i nie wprowadzi takich postanowień w umowie. Często natomiast Zamawiającym nie zależy na wyeliminowaniu

takiego podmiotu z rynku usług, gdyż wykonuje usługę w niższej cenie. Wobec powyższego, konieczne jest aby przepisy te uległy uszczelnieniu umożliwiając weryfikację spełniania powyższych wymogów także na etapie wykonania zamówienia.

13. Decyzja o naruszeniu obowiązków

W art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. została uregulowana fakultatywna przesłanka wykluczenia, na podstawie której z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną. Przepis, inaczej niż miało to miejsce w art. 24 ust. 5 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, brak jest ograniczenia kwotowego, dotyczącego wysokości kary pieniężnej. W poprzednio obowiązującej ustawie była to kwota 3000 zł.

Oznacza to, że każdy wykonawca, na którego odpowiednie organy nałożyły choćby kilkusetzłotową karę pieniężną potencjalnie podlega wykluczeniu z postępowania, chyba że zamawiający dojdzie do przekonania, że wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne (art. 109 ust. 3 p.z.p.), co jest elementem ocennym i pozostającym w gestii zamawiającego.

Dlatego zasadne jest wprowadzenie minimalnego limitu kwotowego kary pieniężnej, której wymierzenie mogłoby skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a następnie zastosowanie miałby art. 109 ust. 3 p.z.p. Ze względu na upływ czasu i zmieniające się warunki gospodarcze postulujemy, aby minimalna kwota kary wynosiła 5000 zł (a więc była nieco wyższa od kwoty określonej przepisami p.z.p. z 2004 r.).

Żywię głęboką nadzieję, że przedstawione powyżej uwagi oparte w całości na własnych doświadczeniach Członków Izby działających jako Wykonawcy w ramach zamówień publicznych, pozwolą na wprowadzenie stosownych zmian legislacyjnych prowadzących do większej standaryzacji i polepszenia pozycji Wykonawców.

Z wyrazami szacunku,



Sławomir Rudowicz
Przewodniczący Izby Branży Komunalnej