

Warszawa, dnia 10 marca 2019 r.

**Urząd Zamówień Publicznych**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**

Szanowni Państwo!

W nawiązaniu do spotkania w Urzędzie Zamówień Publicznych w dniu 1 marca 2019 r. oraz w związku z procesem legislacyjnym projektu nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych (numer w wykazie prac legislacyjnych Rady Ministrów: UD472) Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych z siedzibą w Warszawie ("**SPZP**" lub "**Stowarzyszenie**"), działając w ramach swoich celów statutowych przedstawia stanowisko w sprawie kluczowych elementów regulacji postępowania koncyliacyjnego zaproponowanego w projekcie ustawy.

Żywimy nadzieję, iż nasze spostrzeżenia do pożądanego kierunku regulacji tej instytucji będą pomocne w toku prac legislacyjnych nad tak doniosłym aktem prawnym. Jednocześnie deklarujemy dalsze wsparcie SPZP przy kolejnych etapach prac nad projektem ustawy.

**I. FAKULTATYWNY CHARAKTER POSTĘPOWANIA KONCYLIACYJNEGO. KOGNICJA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ W POSTĘPOWANIU KONCYLIACYJNYM**

SPZP wyraża przekonanie, że zasadniczym kierunkiem regulacji postępowania koncyliacyjnego powinien być jego dobrowolny charakter. Obligatoryjność postępowania koncyliacyjnego naraża tą instytucję na ryzyko stwierdzenia jej niekonstytucyjności z uwagi na ograniczenie prawa do sądu tak w stosunku zamawiającego, jak i wykonawcy. Postępowanie koncyliacyjne powinno zostać zatem ukształtowane wyłącznie jako dobrowolne dla stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Postępowanie to powinno być kolejną, obok sądu polubownego, mediacji, czy też instytucji zawiązania do próby ugodowej, alternatywną metodą rozstrzygania sporów. Jeżeli jednak sposobem rozwiązania sporu powstałego pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą ma być ugoda (co w całej rozciągłości nasze Stowarzyszenie popiera), to z konieczności socjologicznej już wcześniej musi zaistnieć pewien załączek porozumienia pomiędzy zamierzającymi się



ugodzić stronami. Kontrahenci przymuszani do ugody przymusem ustawowym uznają koncyliację jedynie za warunek formalny, konieczny do dopełnienia, przed wytoczeniem powództwa sądowego, co z kolei przyczyni się do krytyki instytucji przez uczestników obrotu prawnego i spowoduje jej społeczną deprecjację.

Szansy na rozpowszechnienie się postępowania koncyliacyjnego upatrujemy w profesjonalizmie Izby Koncyliacyjnej oraz formalnym zagwarantowaniu zawartej ugodzie jest niepodważalnego charakteru i związania nią innych organów (w szczególności organów kontrolnych).

Właściwość KIO w postępowaniu koncyliacyjnym powinna obejmować jedynie zbadanie legalności ugody zawieranej przez zamawiającego i wykonawcę, w tym w szczególności w zakresie wypełnienia przesłanek zmiany umowy wynikających ustawy (aktualny art. 144 ust. 1 PZP). Przedmiotem ugody powinny być jednak wszelkie roszczenia związane z umową w sprawie zamówienia publicznego. Przedmiotem ugody powinny być zatem roszczenia majątkowe (w tym w szczególności zapłata należności każdej ze stron umowy), jak i ukształtowanie stosunku prawnego.

Przyznanie Krajowej Izbie Odwoławczej kompetencji do rozpoznawania sporów pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą (przy jednoczesnym wprowadzeniu obligatoryjnego charakteru postępowania koncyliacyjnego) niesie ryzyko niekonstytucyjności takich przepisów zarówno w aspekcie ograniczenia prawa do sądu (na co wskazywaliśmy powyżej), jak i powierzenia sprawowania wymiaru sprawiedliwości organowi nie będącemu sądem w rozumieniu Konstytucji RP.

Biorąc pod uwagę powyższe, w naszej ocenie przepisy Projektu ustawy w ww. zakresie mogłyby brzmieć następująco:

**Art. \_\_\_\_ 1. Każda ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego może złożyć wniosek o przeprowadzenie postępowania koncyliacyjnego dotyczącego sporu, o którym mowa w ust. 2 powstałego w związku z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwany dalej „wnioskiem”.**

**2. Spór, o którym mowa w ust. 1 dotyczyć może:**

**1) roszczeń majątkowych o wartości nie mniejszej niż 1.000.000 zł;**

**2) ukształtowania, w tym w szczególności zmiany, umowy w sprawie publicznego, o której mowa w art. 502 ust. 1 pkt 2 lit. a),**

**3. Złożenie wniosku nie wyłącza możliwości zabezpieczenia przez sąd roszczeń objętych wnioskiem.**

**Art. \_\_\_\_ 1. Postępowanie koncyliacyjne jest prowadzone w sposób zapewniający równe traktowanie stron oraz prawo każdej ze stron do bycia wysłuchaną i przedstawienia swoich twierdzeń oraz dowodów na ich poparcie.**



**2. W ramach postępowania koncyliacyjnego, skład koncyliacyjny dąży do zakończenia sporu w drodze ugody zawartej przez strony i zatwierdzonej przez skład koncyliacyjny.**

**3. W ramach postępowania koncyliacyjnego, skład koncyliacyjny dąży zapewnienia szybkości i efektywności postępowania, a także unikania zbędnych kosztów.**

**4. Strony w toku postępowania koncyliacyjnego powinny działać w dobrej wierze.**

**Art. \_\_. 1. Projekt ugody ustalony przez strony powinien zapewniać zgodne z prawem, skuteczne i wykonalne rozwiązanie sporu.**

**2. Skład koncyliacyjny może przekazać stronom propozycje rozwiązania sporu.**

**3. Skład koncyliacyjny odmawia zatwierdzenia ugody sprzecznej z prawem.**

**4. W przypadku ugody dotyczącej sporu, o którym mowa w art. 620 ust. 2 pkt 2, skład koncyliacyjny sprawdza w szczególności zgodność ugody z art. 483 i art. 484.**

## **II. PRZERWANIE BIEGU TERMINU PRZEDAWNIENIA ROSZCZEŃ NA SKUTEK ZŁOŻENIA WNIOSKU O PRZEPROWADZENIE POSTĘPOWANIA KONCYLIACYJNEGO**

Wniosek o przeprowadzenie postępowania koncyliacyjnego (służący każdej ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego) powinien powodować przerwanie biegu terminu przedawnienia roszczeń. Regulacja ta powinna uzyskać analogiczną postać jak w przypadku przerwania biegu terminu przedawnienia roszczenia na skutek złożenia do sądu wniosku o zawiązanie do próby ugodowej lub wniosku o mediację. Proponowany obecnie przepis art. 622 projektu ustawy o brzmieniu: powinien zostać uzupełniony o odesłanie do art. 124 KC. Brak odwołania do przepisu art. 124 KC może rodzić wątpliwości co do momentu, od którego termin przedawnienia biegnie na nowo, zwłaszcza w sytuacji, gdy brak jest jasnych wytycznych co do tego, w jakiej relacji pozostają przepisy art. 622 projektu ustawy i art. 124 KC (nie wiadomo, który z nich jest normą szczególną). Zaznaczyć należy także, że KIO, zgodnie z obecnie proponowanym art. 502, powołana będzie do rozpoznawania wniosków o rozstrzygnięcie sporu, nie jest to więc konstrukcja, która wprost nawiązywałaby do art. 124 par. 2 k.c., co dodatkowo może prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych.

Biorąc pod uwagę powyższe, w naszej ocenie przepisy Projektu ustawy w ww. zakresie mogłyby brzmieć następująco:

**Art. \_\_. Złożenie wniosku, wniosku wzajemnego albo wniosku rozszerzającego żądanie przerywa bieg przedawnienia roszczenia. Wnioski cofnięte nie wywołują żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z ich złożeniem, powinien zostać uzupełniony w następujący sposób: Przepis art. 124 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny stosuje się odpowiednio.**



### III. TAJEMNICA KONCYLIACJI

W postępowaniu koncyliacyjnym, analogicznie jak postępowanie mediacyjne, powinna zostać wprowadzona tajemnica tego postępowania. Regulacja ta powinna zostać ukształtowana na podobieństwo tajemnicy postępowania mediacyjnego z KPC. Stanowiska stron dotyczące ewentualnych ustępstw ugodowych, w przypadku niedojścia ugody do skutku, nie powinny być podstawą do rozstrzygnięć organów ochrony prawnej w przypadku sporów sądowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, w naszej ocenie przepisy Projektu ustawy w ww. zakresie mogłyby brzmieć następująco:

**Art. \_\_\_\_ 1. Skład koncyliacyjny, strony i inne osoby biorące udział w postępowaniu koncyliacyjnym są obowiązane zachować w tajemnicy fakty, o których dowiedziały się w związku z prowadzeniem postępowania koncyliacyjnego.**

**2. Bezskuteczne jest powoływanie się w toku postępowania przed sądem lub sądem polubownym na propozycje ugodowe, propozycje wzajemnych ustępstw lub inne oświadczenia składane w postępowaniu koncyliacyjnym.**

### IV. UGODA ZAWARTA W POSTĘPOWANIU KONCYLIACYJNYM JAKO TYTUŁ EGZEKUCYJNY

Ugoda zawarta w postępowaniu koncyliacyjnym powinna stanowić tytuł egzekucyjny w rozumieniu przepisów Części Trzeciej KPC, analogicznie jak ugoda zawarta w postępowaniu wywołanym zawezwaniem do próby ugodowej czy też ugoda zawarta przed mediatorem.

Otwartą kwestią pozostaje wprowadzenie wymogu zatwierdzania ugody zawartej w ramach postępowania koncyliacyjnego przez sąd. Jeżeli ugoda zawarta w postępowaniu koncyliacyjnym miałaby podlegać zatwierdzeniu przez sąd, to wyłączną kognicję w tym zakresie powinien winien mieć Sąd Zamówień Publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, w naszej ocenie przepisy Projektu ustawy w ww. zakresie mogłyby brzmieć następująco:

**Art. \_\_\_\_ 1. Ugoda zawarta przez strony i zatwierdzona przez skład koncyliacyjny ma moc prawną ugody zawartej przed sądem powszechnym.**

**2. Ugoda zatwierdzona przez skład koncyliacyjny, która może być wykonana w drodze egzekucji sądowej stanowi tytuł egzekucyjny. Przepis art. 781§2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego stosuje się odpowiednio.**



**3. Uгода zatwierdzona przez skład koncyliacyjny, która nie może być wykonana w drodze egzekucji sądowej staje się skuteczna w takim zakresie i w taki sposób, jaki wynika z jej treści, z chwilą jej uprawomocnienia się.**

**4. Przepisy ust. 1 - 3 nie uchybiają przepisom o szczególnej formie czynności prawnej.**

#### **V. WPROWADZENIE NIEWIELKIEGO WPISU STAŁEGO OD WNIOSKU O PRZEPROWADZENIE POSTĘPOWANIA KONCYLIACYJNEGO**

Wniosek o przeprowadzenie postępowania koncyliacyjnego powinien podlegać niewielkiej opłacie stałej (być może zróżnicowanej w stosunku do postępowań poniżej i powyżej tzw. progu unijnego). Opłata stała uprościłaby i przyspieszyła postępowania (brak potrzeby zarządzania sprawdzenia wartości przedmiotu sporu), zaś niska jej wysokość zachęcałaby do korzystania z tej metody rozstrzygania sporów. Obecna treść Projektu ustawy przewiduje wprowadzenie stosunkowego wpisu od wniosku o przeprowadzenie postępowania koncyliacyjnego. Biorąc pod uwagę fakt, że wartość wielu zawieranych umów w sprawie zamówienia publicznego opiewa na znaczne kwoty (nawet takie, których wartość przekracza miliard złotych), pobieranie stosunkowego wpisu od wniosku może całkowicie zniechęcić do korzystania z instytucji koncyliacji.

Z powyższych względów SPZP postuluje wprowadzenie niewielkiej stałej opłaty od wniosku o przeprowadzenie postępowania koncyliacyjnego. W naszej ocenie wysokość tej opłaty mogłaby zostać zróżnicowana w zależności od:

- wartości przedmiotu sporu – wzorem opłaty od wniosku o wszczęcie postępowania pojednawczego uregulowanego w procedurze cywilnej (art. 23 pkt 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych) lub
- szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także czy umowa, na gruncie której powstał spór, dotyczy zamówienia na dostawy lub usługi czy też roboty budowlane – wzorem wpisu od odwołania.

Przyjęcie wariantu, zgodnie z którym wysokość opłaty od wniosku będzie uzależniona jedynie od szacunkowej wartości zamówienia, wydaje się o tyle dogodne, że wartość ta jest niezmienna w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie wymagałaby badania przez skład koncyliacyjny KIO. W przypadku zaś uznania przez projektodawcę, że wysokość stałej opłaty od wniosku powinna uwzględniać również wartość przedmiotu sporu postulujemy związanie składu koncyliacyjnego wartością podaną przez stronę we wniosku o wszczęcie postępowania. Przyczyniłoby się to do odformalizowania tego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, w naszej ocenie przepisy Projektu ustawy w ww. zakresie mogłyby brzmieć następująco:



**Art. \_\_. 1. Opłatę stałą w kwocie \_\_\_ zł pobiera się od wniosku o przeprowadzenie postępowania koncyliacyjnego dotyczącego umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego szacunkowa wartość jest równa lub przekracza progi unijne.**

**2. Opłatę stałą w kwocie \_\_\_ zł pobiera się od wniosku o przeprowadzenie postępowania koncyliacyjnego dotyczącego umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego szacunkowa wartość jest niższa niż progi unijne.**

**Art. \_\_ 1. Opłatę stałą w kwocie \_\_\_ zł pobiera się od wniosku o przeprowadzenie postępowania koncyliacyjnego dotyczącego umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego szacunkowa wartość jest równa lub przekracza progi unijne.**

**2. Opłatę stałą w kwocie \_\_\_ zł pobiera się od wniosku o przeprowadzenie postępowania koncyliacyjnego dotyczącego umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego szacunkowa wartość jest niższa niż progi unijne.**

## **VI. SKUTECZNOŚĆ UGODY**

Poza nadaniem ugodzie statusu tytułu egzekucyjnego, przepisy o postępowaniu koncyliacyjnym powinny gwarantować stronom umowy w sprawie zamówienia publicznego stan związania ugodą (zatwierdzoną przez skład koncyliacyjny Krajowej Izby Odwoławczej) wszystkich organów kontrolnych (Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, RIO, instytucji zarządzających, pośredniczących, wdrażających i audytowych).

Uгода zawarta przed składem koncyliacyjnym Krajowej Izby Odwoławczej powinna być też *ex lege* traktowana jako spełniająca wymagania przepisów o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, w naszej ocenie przepisy Projektu ustawy w ww. zakresie mogłyby brzmieć następująco:

**Art. \_\_\_\_ Zawarcie i wykonanie ugody zatwierdzonej przez skład koncyliacyjny, w tym zaciągnięcie lub zmiana zobowiązania w zatwierdzonym w ugodzie zakresie, nie stanowi:**

**1) naruszenia przepisów ustawy (chodzi o ustawę PZP);**

**2) naruszenia dyscypliny finansów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych;**





**3) podstawy do pomniejszenia wartości wydatków kwalifikowalnych ujętych we wniosku o płatność złożonym przez beneficjenta lub nałożenia korekty finansowej oraz wszczęcia procedury odzyskiwania od beneficjenta kwoty współfinansowania UE w wysokości odpowiadającej wartości korekty finansowej zgodnie z art. 207 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, a w przypadku programu EWT - zgodnie z umową o dofinansowanie projektu albo decyzją o dofinansowaniu projektu, zgodnie z ustawą z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020;**

**4) podstawy do stwierdzenia nieprawidłowości polegającej na wykorzystaniu przez beneficjenta przekazanych środków finansowych, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1-3 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju niezgodnie z ich przeznaczeniem lub umową o dofinansowanie projektu albo decyzją, o której mowa w art. 11 ust. 7 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju.**

## **VII. BRAK POWAGI RZECZY OSĄDZONEJ**

Ugoda, analogicznie jak ugoda zawierana przed sądem, powinna korzystać jedynie z powagi rzeczy ugodzonej, a nie z powagi rzeczy osądzonej (stan *rei iudicatae*).

## **VIII. ODFORMALIZOWANIE WNIOSKU I POSTĘPOWANIA KONCYLIACYJNEGO**

Przepisy w stosunku do wniosku o wszczęcie postępowania koncyliacyjnego powinny formułować niewielkie wymagania formalne. Zasadniczym elementem wniosku powinien być projekt ugody oraz uzasadnienie propozycji ugodowych. Celowym rozwiązaniem byłoby również odstąpienie w przypadku ugody zawieranej przed Izbą Koncyliacyjną od stosowania instytucji wynikających z innych przepisów, które opóźniały zawarcie ugody (np. z uzyskiwania przez zamawiających mających status jednostek organizacyjnych Skarbu Państwa stanowiska Prokuratorii Generalnej SP).

W ramach postulatu odformalizowania postępowania koncyliacyjnego proponujemy rezygnację z nadmiernych obowiązków proceduralnych przewidzianych w Projekcie ustawy tj.:

- 1) z art. 625 oraz art. 647 – 650 Projektu ustawy, które określają treść, zasady opracowywania i przedstawiania stronom projektu ugody przez skład koncyliacyjny;

Za optymalne rozwiązanie należy uznać nałożenie na wnioskodawcę obowiązku załączenia do wniosku o wszczęcie postępowania koncyliacyjnego projektu ugody, a tym samym usunięcie z Projektu ustawy obowiązków nałożonych w tym zakresie na skład koncyliacyjny. Konieczność opracowania ugody przez skład może wręcz wypaczyć istotę koncyliacji i przyczynić się do deprecjacji idei ugodowego załatwiania sporów. W naszej ocenie w toku postępowania skład koncyliacyjny

powinien pełnić rolę obserwatora czuwającego nad przebiegiem postępowania i zgodnością zawieranej ugody z prawem. Z kolei, obecna propozycja zakładająca, że sposób zakończenia sporu zostanie stronom postępowania narzucony przez podmiot trzeci, rodzi znaczne ryzyko, że przedstawione propozycje ugodowe zwykle okażą się dla stron nieakceptowalne.

- 2) z art. 626 Projektu ustawy, który nakazuje do ustalenia wartości przedmiotu sporu stosować przepisy ustawy z dnia z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, a także art. 631 Projektu ustawy przewidującego kompetencję Prezesa Izby w zakresie sprawdzenia wartości przedmiotu sporu;

- 3) z art. 631 i art. 632 Projektu

Postulowany przez SPZP model postępowania koncyliacyjnego zakłada, że postępowanie koncyliacyjne będzie fakultatywne, a dopuszczalność złożenia wniosku nie będzie zależała od wartości przedmiotu sporu. Przy takim założeniu przepisy dotyczące sprawdzenia wartości przedmiotu sporu będą stanowić zbyt czasochłonny obowiązek, który nadto przyczyni się do zbędnego sformalizowania postępowania. Stąd zwracamy się z prośbą o rozważenia rezygnacji z tego przepisu. Mając na uwadze wpis stały badanie wartości przedmiotu sporu nie uzasadnienia.

- 4) z art. 629, 630, 633, 634 i 635 Projektu ustawy przewidujące wymagania formalne wnioski i obowiązek wezwania strony przeciwnej do złożenia odpowiedzi na wniosek, a także szczegółowo określające elementy odpowiedzi na wniosek;

Treść art. 629 w kontekście odformalizowanej i elastycznej procedury nie jest potrzebny i niepotrzebnie utrudnia wszczęcie mediacji.

Wydaje się bowiem, że strony powinny dysponować większą swobodą co do przekazywanego w toku postępowania stanowiska oraz jego formy.

Przeciwnik wniosku powinien w odpowiedzi oświadczyć czy chce mediować czy nie i to jedyny wymagany element jego stanowiska na tym etapie (pozostałe elementy fakultatywne).

Postulujemy doręczenia bezpośrednio w toku postępowania pomiędzy stronami.

- 4) z art. 636 i 637 Projektu ustawy wprowadzających do postępowania instytucję wniosku wzajemnego oraz zarzut potrącenia;

Biorąc pod uwagę specyfikę postępowania koncyliacyjnego, a także brak związania stron propozycją ugody, w naszej ocenie za zbędne należy uznać uregulowanie instytucji wniosku wzajemnego, jak również zarzutu potrącenia. Skład koncyliacyjny niewątpliwie weźmie pod uwagę stanowisko i twierdzenia przeciwnika wniosku, niezależnie od tego, czy zostaną one wyrażone jedynie ustnie na posiedzeniu, w odpowiedzi na wniosek czy też sformalizowanym wniosku wzajemnym lub zarzucie potrącenia. Instytucje te nadmiernie i niepotrzebnie upodobniają postępowanie koncyliacyjne do procesu cywilnego. Ponadto, mając na uwadze, że zgodnie z Projektem ustawy zarówno wniosek





wzajemny, jak i zarzut potrącenia będą podlegały opłacie w takiej samej wysokości jak wniosek, z dużym prawdopodobieństwem instytucje te staną się całkowicie martwe.

- 5) z art. 646 i Projektu ustawy, w szczególności w zakresie obowiązku pisemnego uzasadniania przez skład koncyliacyjny postanowień wymienionych w tym przepisie;

W naszej ocenie obowiązek sporządzania przez skład koncyliacyjny uzasadnienia szeregu postanowień wydawanych w toku postępowania może przyczynić się do przedłużenia postępowania. Skoro celem postępowania koncyliacyjnego jest zawarcie przez strony ugody – a nie wydanie przez organ władczego rozstrzygnięcia – również decyzje podejmowane przez skład koncyliacyjny powinny być w jak największym stopniu odformalizowane. Poddajemy zatem pod rozagę usunięcie obowiązku podejmowania w toku postępowania przez skład koncyliacyjny decyzji w formie postanowień, a tym bardziej obowiązku przekazywania stronom ich pisemnego uzasadnienia.

- 6) Art. 652 Projektu nie będzie potrzebny proponujemy rezygnację – podział kosztów powinien być elementem ugody.