

OIGD 159/2021

Kraków, Warszawa, dnia 9 grudnia 2021r.

**Pan Premier
Mateusz Morawiecki
Prezes Rady Ministrów**



Dotyczy: UCHWAŁY NR 84/2021 RADY MINISTRÓW z dnia 1 lipca 2021 r. w sprawie ustanowienia Rządowego Funduszu Polski Ład: Programu Inwestycji Strategicznych

W imieniu Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa pragniemy zwrócić uwagę Pana Premiera na poważne problemy jakie rodzą się dla polskiej branży drogowej na tle zapisów Uchwały nr 84/2021 Rady Ministrów z dnia 01.07.2021 w sprawie ustanowienia Rządowego Funduszu Polski Ład: Programu Inwestycji Strategicznych.

Zdaniem Izby zapisy omawianej uchwały, wbrew zapewne oczywistym intencjom Rządu, powodować będą, iż w zamówieniach publicznych finansowanych z Rządowego Funduszu Polski Ład, preferowane będą podmioty posiadające dostęp do nieograniczonych w zasadzie środków finansowych pozwalających na długotrwałe kredytowanie realizowanych inwestycji. Aktualnie na polskim rynku drogowym takie wymagania spełnia w zasadzie kilka dużych firm. Takich środków finansowych pozwalających na kredytowanie przez bliżej nieokreślony czas realizowanych inwestycji nie posiadają rodzime firmy, nie tylko te z sektora małych i średnich przedsiębiorstw. Można przypuszczać, że uczestnictwo w realizacji zadań finansowanych z Polskiego Ładu: Programu Inwestycji Strategicznych, przez krajowe firmy z branży drogowej będzie w zasadzie niemożliwe.

Zwrócić należy uwagę na to, iż zgodnie z treścią art.65 ust.1 w związku z art. 65 ust.28 ustawy z dnia 31.03.2020 o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 568), celem utworzonego funduszu ma być przeciwdziałanie skutkom społeczno-gospodarczym COVID-19. Utrudnienie lub uniemożliwienie udziału krajowych przedsiębiorstw, nie tylko z segmentu małych i średnich przedsiębiorców, w realizacji zadań finansowanych z przedmiotowego funduszu, wynikające z całkowitego przerwania na te podmioty ryzyka finansowego realizowanych zadań, nie będzie realizowało tego celu i doprowadzi do negatywnych konsekwencji dla całej branży drogowej w Polsce.

Wskazujemy, że ostatnie lata w branży drogowej, w szczególności lata pandemii COVID-19, a także bardzo znaczące w tym roku wzrosty kosztów realizacji robót (koszty pracy, materiałów, energii, paliw), spowodowały, iż przedsiębiorstwa branży drogowej nie posiadają „odłożonego” kapitału, który pozwalałby im finansować realizację Programu Polski Ład do czasu otrzymania tych środków przez Zamawiającego, a w konsekwencji przez wykonawcę. Wymóg ogłoszenia przetargu przez zamawiającego w ciągu 6 miesięcy od otrzymania wstępnej promesy, sprawi, że przedsiębiorcy, którzy pozyskają więcej niż jedno

zamówienie o wartości kilkunastu czy kilkudziesięciu milionów złotych będą je realizować mniej więcej jednocześnie, co będzie wymagało zaangażowania ogromnego kapitału.

Również banki i towarzystwa ubezpieczeniowe nie są aktualnie zbyt przychylne inwestowaniu środków w branżę drogową, zatem uzyskanie kredytowania Programu Polski Ład przez przedsiębiorców tą drogą, wydaje się być trudne, a nawet niemożliwe do uzyskania. Dostępne limity kredytów obrotowych dla przedsiębiorstw, w szczególności z sektora małych i średnich przedsiębiorców, nie zapewnią sfinansowania wielomilionowych inwestycji, a już z pewnością kilku inwestycji realizowanych jednocześnie.

Powyższe czynniki wraz z innymi niekorzystnymi okolicznościami, w szczególności związanymi z dalszym wzrostem kosztów, kolejnymi falami pandemii COVID-19, spowodować mogą brak dostępności do wielu zamówień publicznych dla krajowych przedsiębiorców, w szczególności z sektora małych i średnich przedsiębiorstw. Ma to o tyle znaczenie, że większość przychodów przedsiębiorstw drogowych, w sektorze małych i średnich przedsiębiorstw, pochodzi właśnie z realizacji dróg gminnych, powiatowych czy miejskich, które będą realizowane niemal w 100% z Programu. W niektórych przypadkach brak dostępności tych zamówień, a nawet ich wykonywanie powiązane z koniecznością finansowania powierzonych inwestycji przez bliżej nie określony czas, może powodować ryzyko bankructwa mniejszych firm, które do tej pory stabilnie funkcjonowały na rynku budownictwa drogowego.

Izba pragnie również zwrócić uwagę na fakt, iż wyeliminowanie dużej ilości rodzimych przedsiębiorców z realizacji inwestycji drogowych w ramach Programu, wpłynie w sposób zasadniczy na konkurencyjność, a co za tym idzie podniesie to z pewnością ceny ofertowe, co odbije się na efektywności wykorzystywanych środków.

Projekt przedmiotowej uchwały nie był szeroko konsultowany przed jej podjęciem i z tej też przyczyny swoje uwagi przedstawiamy w niniejszym piśmie, licząc na stosowną korektę Programu.

Mając powyższe na względzie poniżej przedstawiamy również nasze wątpliwości prawne dotyczące szczegółowych postanowień przedmiotowego Programu w stosunku do postanowień Prawa Zamówień Publicznych.

Analizując postanowienia Uchwały i Załącznika do Uchwały, należy dojść do wniosku, że pomimo, iż w § 7 ust. 4 Załącznika do Uchwały wskazano, że Wnioskodawca zapewnia zgodność postępowania zakupowego z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa, w tym w szczególności z ustawą z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, to postanowienia Załącznika do Uchwały oraz wprowadzone tam reguły są w opozycji do wskazanych przepisów prawa zamówień publicznych lub znacznie ograniczają swobodę zamawiającego w ustalaniu zasad udzielania zamówienia w specyfikacji warunków zamówienia.

Największe nasze zastrzeżenia budzi § 7 ust. 5 Załącznika do Uchwały zgodnie, z którym: wykonawca zobowiązany będzie do **finansowana inwestycji w części niepokrytej udziałem własnym wnioskodawcy, na czas poprzedzający wypłatę lub wypłaty dofinansowania z Programu w ramach udzielonej wstępnej promesy.**

Należy wskazać, że zgodnie z art. 16 p.z.p.: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Przyjęte w Załączniku do uchwały wytyczne, dotyczące konieczności zapewnienia finansowania inwestycji przez wykonawcę lub wykonawców w części niepokrytej udziałem własnym wnioskodawcy, na czas poprzedzający wypłatę lub wypłaty dofinansowania z Programu w ramach udzielonej wstępnej promesy, są sprzeczne z podstawowymi zasadami przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po pierwsze, wymóg ten prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości, ponieważ wykonawca realnie nie wie, kiedy otrzyma wynagrodzenia za wykonane roboty, ponieważ konieczność finansowania inwestycji przez wykonawcę została przewidziana nie na okres do końca wykonania robót (protokół odbioru końcowego), lecz została przewidziana na czas poprzedzający wypłatę dofinansowania z Programu. Tym samym możemy mieć do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wykonana swój zakres robót i w dalszym ciągu nie otrzyma wynagrodzenia, ponieważ będzie musiał czekać, aż do dokonania realnej wypłaty dofinansowania z programu na rzecz wnioskodawcy (zamawiającego). Nie wiadomo także, co stanie się w przypadku odmowy wnioskodawcy, dokonania wypłaty wynagrodzenia z programu (np. gdy po zawarciu stosownej umowy, a nawet po wykonaniu części lub całości robót, promesa wygaśnie). Wskazujemy, że sama zasada odpowiedzialności Skarbu Państwa nie powoduje automatycznie zapłaty wynagrodzenia wykonawcy tylko umożliwia mu jedynie sformułowanie roszczeń i ich dochodzenie.

Opisany wyżej wymóg jest również niezgodny z zasadą proporcjonalności, ponieważ nakłada na wykonawcę nadmierny obowiązek, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Należy podkreślić, że podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie finansowania inwestycji i wypłata wynagrodzenia wykonawcy za wykonane roboty. W przyjętym kształcie omawianych regulacji mamy do czynienia z sytuacją, w której to wykonawca ma zapewnić wstępne finansowanie inwestycji, a dokonanie wypłaty jego wynagrodzenia ma być poniekąd zależne od wypłaty dotacji z Programu na rzecz zamawiającego.

Kolejno, zgodnie z art. 433 punkt 3) p.z.p.: Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Aktualnie postanowienia Uchwały i Załącznika do Uchwały prowadzą do przerzucenia na wykonawcę ryzyka, związanego z terminem wypłaty mu wynagrodzenia. To wyłącznie zamawiający będzie ponosił odpowiedzialność za wypłatę mu dotacji z Programu i to od zamawiającego zależy czy złoży on prawidłowo wniosek o taką wypłatę oraz czy obowiązek wypłaty nie wygaśnie, wskutek zaniechań zamawiającego. W przypadku jeśli miałyby miejsce taka sytuacja, zamawiający realnie nie będzie posiadał zabezpieczonych środków na wypłatę wynagrodzenia wykonawcy i ten pomimo wykonania inwestycji oraz poniesienia kosztów z tym związanych może nie otrzymać lub otrzymać ze znacznym opóźnieniem zapłatę.

Następnie, należy zwrócić uwagę, że mechanizm przyjęty w Uchwale i Załączniku do Uchwały jest sprzeczny z przewidzianymi w art. 442 i 443 p.z.p. regulacjami dotyczącymi udzielenia wykonawcy zaliczek na poczet wykonania zamówienia.

Należy zauważyć, że w przypadku umów zawieranych na okres nie dłuższy niż 12 miesięcy, Zamawiający zgodnie z art. 442 p.z.p. jest uprawniony do udzielenia wykonawcom zaliczki na poczet wykonania zamówienia, natomiast postanowienia Uchwały i Załącznika do Uchwały w ogóle odbierają takie uprawnienie Zamawiającemu, gdyż, zgodnie z § 9 ust. 1 Załącznika do Uchwały, w przypadku inwestycji realizowanych w okresie nie dłuższym niż 12 miesięcy, wypłata pełnej kwoty dofinansowania z Programu określonej w promesie następuje po zakończeniu realizacji inwestycji. Tym samym, mało prawdopodobnym jest by wykonawca otrzymał od Zamawiającego jakąkolwiek zaliczkę na realizację inwestycji, w sytuacji gdy z Załącznika do Uchwały wprost wynika, że sam Zamawiający może otrzymać finansowanie w tym zakresie dopiero po zakończeniu inwestycji.

Jeśli chodzi o umowy zawierane na okres dłuższy niż 12 miesięcy, do których w szczególności mogą należeć umowy dotyczące wykonania robót budowlanych w branży drogowej, to Zamawiający zgodnie z art. 443 ust. 1 p.z.p. jest zobligowany do zapłaty wykonawcy wynagrodzenia w częściach po wykonaniu części umowy, lub udzielenia zaliczki na poczet wykonania zamówienia.

Jak wskazano w art. 443 ust. 2 p.z.p.: Zamawiający określa w umowie procent wynagrodzenia wypłacanego za poszczególne części. Procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

§ 9 Załącznika do Uchwały w przypadku inwestycji realizowanych w okresie dłuższym niż 12 miesięcy na podstawie jednej umowy przewiduje, że wypłata środków wynikających z promesy nastąpi w dwóch transzach, każdorazowo po zakończeniu określonego etapu prac w ramach realizacji inwestycji:

- a) pierwsza transza w wysokości nie wyższej niż 50% kwoty dofinansowania z Programu określonej w promesie,
- b) druga transza w wysokości kwoty dofinansowania z Programu określonej w promesie pomniejszonej o kwotę wypłaconą w pierwszej transzy;

Tym samym, postanowienia Załącznika do Uchwały w tym zakresie starają się czynić zadość minimalnym standardom prawa zamówień publicznych określonych w art. 443 ust. 2 p.z.p., jednakże należy zauważyć, że są one sprzeczne z ratio legis art. 443 ust. 2 p.z.p. Należy wskazać, że w Uzasadnieniu do PrZamPubl wskazano: *"Odnośnie regulacji dotyczących zaliczek i wypłaty wynagrodzenia w częściach, w art. 443 projektu ustawy, wprowadza się obowiązek wypłaty wynagrodzenia w częściach, po wykonaniu części umowy, lub udzielenia zaliczki, w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Obowiązek ten będzie więc teraz dotyczył wszystkich kategorii umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy, a nie tylko umów na roboty budowlane. Rozwiązanie takie powinno poprawić płynność finansową wykonawców, obniżyć po ich stronie koszty realizacji umowy w zakresie konieczności pozyskiwania finansowania, a w konsekwencji przełożyć się na kwestie konkurencyjności, atrakcyjności ubiegania się o zamówienia publiczne szerszej grupy wykonawców. Nakłada bowiem na zamawiającego obowiązek okresowych rozliczeń, wraz ze stopniem postępu wykonanych zadań, lub do*

przyznawania zaliczek w trakcie realizacji zamówienia. Wprowadzone przez Ustawodawcę limity rozliczeń to minimum 5% wynagrodzenia wypłacanego w formie zaliczki oraz maximum 50% wartości ostatniej części wynagrodzenia przed zakończeniem realizacji zamówienia. Zamawiający ma obowiązek określić w umowie procent wynagrodzenia wypłacanego za poszczególne części/etapy."

Przepisy omawianej Uchwały i Załącznika do Uchwały, są natomiast wprost sprzeczne z istotą regulacji, bowiem prowadzą do obowiązkowego prefinansowania przez wykonawców wykonania zamówienia publicznego, bez względu na jego wartość, a także na okres nie tylko realizacji ale i na czas do wypłaty środków z Programu dla zamawiającego.

Kolejno, należy zauważyć, że przewidziane w Uchwale i Załączniku do Uchwały zasady są problematyczne, także w przypadku zamiaru wykonania przez wykonawcę zamówienia z udziałem podwykonawców. Zgodnie z art. 465 ust. 1 p.z.p: W przypadku umów, których przedmiotem są roboty budowlane, zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.

W sytuacji, w której zgodnie z założeniami Uchwały i Załącznika do Uchwały zamawiający ma dysponować w trakcie realizacji zamówienia nieznacznym udziałem własnym na realizację inwestycji, na poziomie od 5% do 20% (w zależności od rodzaju inwestycji), może dojść do sytuacji, w której w przypadku braku płatności na rzecz podwykonawcy ze strony wykonawcy, Zamawiający nie będzie posiadał zabezpieczonych środków na dokonanie bezpośredniej płatności na rzecz tego podwykonawcy, zgodnie z art. 465 ust. 1 p.z.p. W tym stanie rzeczy, ochrona podwykonawcy wynikająca z art. 465 ust. 1 p.z.p. będzie wyłącznie iluzoryczna, bowiem Zamawiający nie będzie w stanie dokonać płatności bezpośredniej na rzecz podwykonawcy, z uwagi na brak środków.

Mając na uwadze powyższe zwracamy się do Pana Premiera z prośbą o zmianę zasad wypłaty środków z Programu na rzecz wnioskodawców, w ten sposób, by środki te były przekazywane samorządom na wydzielone rachunki w cyklu miesięcznym, by umożliwić wypłatę wynagrodzenia wykonawcom na podstawie przejściowych świadectw płatności czy protokołów odbioru częściowego. Umożliwi to zapewnienie szerszego udziału przy realizacji robót przez polskich przedsiębiorców drogowych, co zwiększy konkurencyjność oraz stanowić będzie realne przeciwdziałanie skutkom społeczno-gospodarczym COVID-19, do czego Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych powinien służyć.

Jednocześnie wyrażamy pełną gotowość do podzielnia się naszymi merytorycznymi uwagami podczas ewentualnych spotkań z przedstawicielami Administracji Rządowej oraz Banku Gospodarstwa Krajowego.

2 wyrażeni szczerze,

Prezes Zarządu

Barbara Dzieciuchowicz