

Do Sejmu trafił rządowy projekt nowelizacji prawa zamówień publicznych, którego głównym celem jest wdrożenie przepisów tzw. dyrektywy obronnej, koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na terenie Unii Europejskiej. Przy okazji projektodawcy chcą po raz kolejny poszerzyć uprawnienia zamawiających do wykluczania wykonawców z przetargów.

### • Opis przypadku

Jak poinformował Urząd Zamówień Publicznych na swojej stronie internetowej, w dniu 4 czerwca 2012 r. został skierowany do Sejmu projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (druk 455). Podstawowym celem projektu jest prawidłowa implementacja przepisów dyrektywy obronnej (2009/81/WE), którą Polska powinna transponować do porządku prawnego do 20 sierpnia 2011 r. (31 maja 2012 r. Komisja Europejska wezwała Polskę do poinformowania w ciągu najbliższych dwóch miesięcy o środkach podjętych w celu transpozycji przepisów UE).

W projekcie znalazły się m.in. zapisy dotyczące nowelizacji art. 24 Prawa zamówień publicznych (PZP), który reguluje przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania. Projektodawcy chcą dodać przepis (pkt 1b), zgodnie z którym zamawiający będzie mógł wykluczyć z postępowania wykonawców, z którymi inny zamawiający rozwiązał, wypowiedział lub odstąpił od umowy o zamówienie publiczne (o wartości powyżej 10-20 mln euro, w zależności od rodzaju zamówienia) z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli nastąpiło to w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

### • Ocena eksperta FOR

Proponowana podstawa wykluczenia jest bliźniaczo podobna do już istniejącej regulacji zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 1a PZP. Niestety, powieliła jej wszystkie wady, a dodatkowo rozszerza zakres zastosowania, co skutkować będzie dalszym zaburzeniem równowagi pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami.

#### Zmiany:

Dotychczas na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a PZP z postępowania wykluczano się wykonawców, z którymi **dany zamawiający** rozwiązał umowę o zamówienie publiczne z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przepis ten miał za zadanie uniknięcie sytuacji, w której zamawiający rozwiązuje umowę z wykonawcą, rozpisuje nowy przetarg, a potem ponownie jest zmuszony wybrać tą samą firmę (taki przypadek wystąpił przy budowie autostrady A1 w przypadku konsorcjum Alpine Bau).

Nowe rozwiązania pozwolą wykluczyć wykonawcę, z którym **jakikolwiek** zamawiający rozwiązał umowę. Będą więc miały o wiele bardziej represyjny charakter, gdyż dla wielu firm będą oznaczały całkowitą eliminację z rynku zamówień publicznych na okres 3 lat.

**Wady regulacji:**

Rozszerzenie zakresu zastosowania wskazanego przepisu będzie miało duże znaczenie dla rynku zamówień publicznych, gdyż przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a PZP jest regulacją wyjątkowo wadliwą i szeroko krytykowaną przez praktyków prawa zamówień publicznych (przepis znalazł się m.in. na Czarnej Liście Barrier dla rozwoju przedsiębiorczości w 2012 r. PKPP Lewiatan).

Wady art. 24 ust. 1 pkt 1a PZP:

1. **Dyskrecjonalna władza urzędników** - Zamawiający ma prawo wykluczyć wykonawcę z powodu okoliczności za które on odpowiada, z tym, że o zajściu takich okoliczności nie orzeka niezawisły sąd, a sam zamawiający.
2. **Wykluczenie następuje niezależnie od wyrządzonej szkody** – przesłanką wykluczenia nie jest (tak jak w art.24 ust. 1 pkt 1 PZP) wyrządzenie szkody zamawiającemu, a sam fakt rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy. To, kiedy dozwolone jest rozwiązanie umowy o zamówienie publiczne szczegółowo regulowane jest w jej treści, którą – de facto – kształtuje samodzielnie zamawiający (projekt umowy często dołączany jest jako załącznik do treści SIWZ). Zamawiający może w niej zamieścić takie przesłanki odstąpienia lub wypowiedzenia, które są skrajnie niekorzystne dla wykonawcy. Późniejsze rozwiązanie umowy może więc być podjęte z błędnego powodu (np. po wykonaniu ponad 90% robót). O ile żaden wykonawca nie jest zmuszony do podpisywania umowy, która w sposób niekorzystny kształtuje jego prawa i obowiązki, to trzeba jednak pamiętać, że tego typu wadliwe przepisy PZP powodują ograniczenie konkurencji na polskim rynku, a w konsekwencji wzrost obciążeń dla finansów publicznych i spadek jakości wykonywanych zamówień.
3. **Komplikacja postępowania** - Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) wskazuje, iż zamawiający każdorazowo musi badać zasadność odstąpienia od umowy w poprzednim przetargu (np. KIO 1822/11). Oznacza to, że, aby wykluczyć wykonawcę, zamawiający musi badać stan faktyczny, mający miejsce w całości innym przetargu i niejako wcielać się w rolę sądu, który orzeka, czy zasły wszystkie przesłanki zawarte w przepisie i czy wykonawca faktycznie ponosił odpowiedzialność za rozwiązanie umowy.
4. **Niezgodność z prawem europejskim** - Przesłanka wykluczenia w postaci „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” wykracza poza przesłankę „poważnego wykroczenia zawodowego”, które może być podstawą do wykluczenia na podstawie art. 45 Dyrektywy 2004/18/WE. Obecnie przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) toczy się nawet sprawa z wniosku Krajowej Izby Odwoławczej (C-465/11) odnośnie zgodności tego przepisu z prawem europejskim (co znamienne, uzasadnienie projektu nowelizacji nic nie wspomina o kontrowersjach, jakie budzi ten przepis ani o postępowaniu przed TSUE). Swoje stanowisko w tej sprawie wyraziła także Komisja Europejska (KE) - Pismo z dnia 21 grudnia 2011 r. (D1464) do Prezesa i Członków Trybunału Sprawiedliwości. Zdaniem KE, Polska źle implementowała przepisy w tym zakresie. Jeżeli Polska przegra przed TSUE, można spodziewać się fali pozwów skierowanych przeciwko Skarbowi Państwa.

Nowe rozwiązania zawierają wszystkie powyższe wady, a dodatkowo idą jeszcze dalej i pozwolą na wykluczanie wykonawców, z którymi jakkolwiek zamawiający na terenie całego kraju rozwiązał umowę o zamówienie publiczne. Proponowana nowelizacja art. 24 PZP znacząco pogorszy sytuację przedsiębiorców ubiegających się o zamówienia publiczne, obniży konkurencję na rynku i wzmocni – i tak bardzo mocną – pozycję strony publicznej w zamówieniach publicznych.

**Kontakt do eksperta:**

Witold Jarzyński

e-mail: [witold.jarzynski@for.org.pl](mailto:witold.jarzynski@for.org.pl)

tel. 502 342 502

**Forum Obywatelskiego Rozwoju**

Al. J. Ch. Szucha 2/4 lok. 20, 00-582 Warszawa

tel. +48 22 628 85 11, fax +48 22 213 37 85

e-mail: [info@for.org.pl](mailto:info@for.org.pl)

[www.for.org.pl](http://www.for.org.pl)