

Opinia
Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan
Do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych /druk 2154/

Cel projektu: wprowadzenie przepisów, które mają zapewnić uwzględnienie przez system zamówień publicznych wyzwań związanych z aktualną sytuacją gospodarczą, takich jak m.in: uregulowania dotyczące zwiększenia płynności finansowej wykonawców w wyniku wcześniejszego zwalniania wadliwych, zniesienia konieczności zabezpieczania należytego wykonania umowy w okresie gwarancji, zapewnienia dopuszczalności zaliczkowania przez zamawiających realizacji zamówień publicznych oraz dopuszczenia możliwości uwzględnienia przy opisie przedmiotu zamówienia względów społecznych dotyczących zatrudnienia osób bezrobotnych, młodocianych w celu przygotowania zawodowego i niepełnosprawnych.

Uwagi szczegółowe PKPP Lewiatan:

Ad. art. 1 pkt 2 – art. 24 ust. 1 pkt 1 uzp

Projekt zawiera propozycję zmiany art. 24 ust. 1 pkt 1) ustawy o zamówieniach publicznych (zwanej dalej w tekście UZP), dotyczącego podstaw wykluczenia wykonawcy. Zmiana ma jednak charakter bardziej redakcyjny niż merytoryczny. Nie usuwa bowiem w żaden sposób niezgodności tego przepisu z dyrektywami europejskimi oraz poważnych wątpliwości co do jego zgodności z konstytucją.

Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w artykule 45 ust. 2 zawiera wyliczenie sytuacji, które mogą skutkować wykluczeniem danego wykonawcy z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Sankcje dla nierzetelnych wykonawców określone są w punktach c) i d) ustępu 2 artykułu 45 Dyrektywy 2004/18/WE:

„Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

c) został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;

d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;”

Dyrektywa zawiera zamkniętą listę obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z zamówień publicznych. Znalazło to niedawno potwierdzenie w wyroku ETS. Państwa członkowskie, zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, nie mogą wprowadzać jako obligatoryjnej podstawy wykluczenia dalej idących, bardziej restrykcyjnych ograniczeń dotyczących cech zawodowych wykonawcy niż te, które zostały przewidziane w dyrektywie (np. wyrok ETS z 9 lutego 2006, sprawa C-226/04 oraz C-228/04, La Cascina, lub wyrok ETS z 16 grudnia 2008, sprawa C-213/07, Michaniki AE).

Punkt c) dotyczy zakresu prawa karnego, nie ma więc zastosowania do kwestii związanych z nienależytym wykonaniem zamówienia. Przewidziana w dyrektywie podstawa wykluczenia, która może być rozważana w tym kontekście zawarta jest w punkcie d). Jest jednak

oczywiste, że wyrządzenie jakiejkolwiek szkody, które implikuje sankcję z art. 24 Uzp, nie może być utożsamiane z poważnym wykroczeniem zawodowym w rozumieniu dyrektywy.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 Uzp jest niezgodny z treścią dyrektywy oraz z jej duchem, ja również rażąco narusza zasadę proporcjonalności. Dyrektywa wyraźnie podkreśla, że wykroczenie zawodowe musi być „poważne”, a więc w szczególny sposób kwalifikowane.

Należy również zauważyć, że tak rażąco nieprawidłowa implementacja prawa wspólnotowego jest deliktem legislacyjnym, mogącym implikować odpowiedzialność państwa. Biorąc pod uwagę koszty jakie skarb Państwa poniósł już dotychczas w związku z nieprawidłową implementacją przepisów unijnych usunięcie istniejącej niezgodności z dyrektywą jest szczególnie istotne.

Dodatkowo należy podkreślić, że komentowany przepis nie jest wymierzony w wykonawców „niesolidnych”. Jest wymierzony w podmioty, które zdecydowały się poddać spór pod rozagę sądu, działającego w ramach swoich konstytucyjnych kompetencji. Podmiot, który wyrządził szkodę nawet bardzo dużych rozmiarów (np. na poziomie kilkudziesięciu milionów złotych), ale nie podlegała ona ocenie sądu, nie będzie bowiem podlegał wykluczeniu. Równocześnie podmiot, który wyrządził szkodę o wiele mniejszą (np. kilka tysięcy złotych), ale zdecydował się poddać sprawę pod rozagę sądu, takiemu wykluczeniu będzie podlegał.

Przepisy te stanowią przy tym wyraźne pogwałcenie zasady wyrażonej w art. 45 Konstytucji RP, zgodnie z którą „*Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.*”

W rzeczywistości zamykają bowiem w praktyce wykonawcom zamówień publicznych drogę do sądowego dochodzenia roszczeń od zamawiającego, a w przypadku otrzymania roszczeń odszkodowawczych od tego zamawiającego, zmuszają do ich uznania, nawet jeśli są to roszczenia ewidentnie wygórowane lub bezpodstawne, po to, by nie dopuścić do zawiśnięcia sporu przed sądem. Bowiem w przypadku jakiegokolwiek sporu sądowego, wykonawca może znaleźć się w takiej sytuacji, że jego roszczenie o zapłatę bezspornie należnego wynagrodzenia zostanie pomniejszone przez sąd o minimalną nawet kwotę odszkodowania zgłoszonego przez zamawiającego w ramach pozwu wzajemnego, a taki wyrok sądu wyeliminuje wykonawcę z postępowań o zamówienie publiczne na trzy lata. Podobnie będzie w sytuacji, gdy w procesie odszkodowawczym sąd zasądzi niewielką część dochodzonego od wykonawcy odszkodowania, oddalając je np. co do 90% żądanej przez zamawiającego kwoty.

Ustawodawca, ustanawiając tak surową sankcję dla wykonawcy, któremu w toku postępowania sądowego udowodni się wyrządzenie jakiejkolwiek, nawet bagatelnej szkody, zapomniał też o tym, że przedmiotem postępowania sądowego niekoniecznie jest zasądzenie ewidentnie należnego odszkodowania czy wynagrodzenia. Często, zwłaszcza w sprawach gospodarczych, dopiero długotrwałe postępowanie dowodowe, prowadzone z wykorzystaniem opinii biegłych, pozwala na ustalenie, czy rzeczywiście umowa została nienależycie wykonana, czy nastąpiło to z przyczyn angażujących odpowiedzialność wykonawcy, czy po stronie zamawiającego powstała szkoda i w jakiej wysokości. Rolą sądu cywilnego jest właśnie rozstrzyganie sporów z zakresu prawa cywilnego. Występuje on w charakterze niezależnego arbitra rozsądzającego argumenty każdej ze stron. Z niezrozumiałych względów obecne brzmienie przepisów drastycznie podnosi ryzyko wykonawcy, gdy zdecyduje się on skorzystać z możliwości rozpoznania sprawy przez niezawisły sąd. W przypadku przegrania sporu konsekwencją nie jest bowiem obowiązek zapłaty zgodnie z wyrokiem sądu – nawet gdy wykonawca wyrok sądowy niezwłocznie wykona dotknięty zostanie automatycznie sankcją wykluczenia. Automatyzm sankcji przy tak znacznym naruszeniu zasady proporcjonalności prowadzi też w konsekwencji do naruszenia konstytucyjnej wolności prowadzenia działalności gospodarczej.

Równocześnie, wykonawcy licząc się z koniecznością unikania sporów sądowych z zamawiającymi, mogą czuć się zmuszeni uwzględniać takie ryzyko w kalkulacji ofert składanych w postępowaniach. Poddając sprawę sporną pod ocenę sądu ryzykują bowiem

wykluczenie na okres 3 lat. Taki dodatkowy narzut będzie ostatecznie znajdował odbicie w zaofiarowanej cenie, a w konsekwencji w kwocie, którą ma zapłacić zamawiająca.

Proponujemy dokonanie nowelizacji art. 24 ust. 1 pkt 1) w taki sposób, aby uwzględniając dążenie ustawodawcy do wyeliminowania z rynku zamówień publicznych wykonawców nierzetelnych, uniknąć zarzutów niekonstytucyjności i naruszenia prawa wspólnotowego. Naszym zdaniem rozwiązaniem pozwalającym na doprowadzenie do prawidłowej regulacji mającej na celu wyeliminowanie z ubiegania się o zamówienia publiczne wykonawców nienależycie te zamówienia wykonujących, jest uwzględnienie fakt naprawienia bądź nienaprawienia zaistniałej szkody. Dodatkowo naszym zdaniem eliminacja powinna następować jeśli szkoda była wyrządzona umyślnie i była poważna.

Proponowane zmiany zapisów dotyczących wykluczenia z postępowania o udzielenia zamówienia:

„Art. 24 ust. 1 pkt 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

*,1) wykonawców, którzy wyrządzili poważną szkodę umyślnie nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli **szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu** wydanym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, i **szkoda ta nie została naprawiona najpóźniej w terminie określonym w orzeczeniu sądu, a w braku takiego terminu, najpóźniej w terminie 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia sądu;**”*

Odpowiednio art. 24 a powinien otrzymać brzmienie:

*„Art. 24a. Zamawiający **niezwłocznie po bezskutecznym upływie terminu do naprawienia szkody wynikającego z orzeczenia**, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1, **a w braku takiego terminu, niezwłocznie po bezskutecznym upływie terminu 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia**, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 przekazuje jego odpis Prezesowi Urzędu informując o tym równocześnie wykonawcę. Prezes Urzędu **niezwłocznie po otrzymaniu odpisu orzeczenia dokonuje zmiany w wykazie, o którym mowa w art. 154 pkt 5a.**”;*

Odpowiednio art. 154 pkt 5a (proponowany przez autorów nowelizacji) powinien otrzymać brzmienie:

*„5a) prowadzi, ogłasza i aktualizuje na stronie internetowej Urzędu wykaz wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu, i **szkoda ta nie została naprawiona najpóźniej w terminie określonym w orzeczeniu sądu, a w braku takiego terminu, najpóźniej w terminie 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia sądu;**”*

Alternatywnie do powyższych zmian proponujemy dodać Art. 24 ust. 2a o następującym brzmieniu:

„Przepisu ust. 1 pkt 1 oraz art. 24a nie stosuje się, jeżeli szkoda, o której mowa w ust. 1 pkt 1 została naprawiona najpóźniej w terminie określonym w orzeczeniu, o którym mowa ust.1 pkt 1, a w braku takiego terminu, najpóźniej w terminie 30 dni od dnia uprawomocnienia się tego orzeczenia.”

Ad. art. 1 pkt 3) - Art. 26 ust. 2a uzp

Nieuzasadniony jest „upór” ustawodawcy dotyczący obowiązku udokumentowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków lub ofert. Przepis ten w dzisiejszym stanie prawnym nastrocza wiele problemów. Praktycznie tylko dokument wystawiony z datą wyznaczoną jako termin składania wniosków lub ofert (KRK, w wielu

przypadkach US, ZUS) potwierdza wymóg ustawy. Powyższe potwierdza bogate już orzecznictwo KIO w tym zakresie całkowicie pomijające fakt, iż wraz z ofertą wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu a dokumenty, których zamawiający miał prawo wymagać, potwierdzają jedynie prawdziwość złożonego oświadczenia. W takim przypadku, wątpliwość budzi przepis nakazujący żądania złożenia oświadczeń lub dokumentów oraz pełnomocnictw w wyznaczonym przez zamawiającego dodatkowym terminie (i to pod groźbą zatrzymania wadium). Jeżeli potraktować, iż podstawowym dokumentem składanym przez wykonawcę (w dzisiejszym stanie prawnym zgodnie z art. 44 Uzp) jest oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, to najwyższy czas przyjąć zasadę określoną w art. 13 ust. 1 ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi – wraz z wnioskiem lub ofertą wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu a dopiero wybrany wykonawca obowiązany jest złożyć wymagane dokumenty (art. 15 ust. 2 pkt 8). Powyższe rozwiązanie w sposób znakomity ograniczy również możliwość nadużywania „środków ochrony prawnej” przez wykonawców, których jedynym celem często jest albo przedłużenie procedury udzielenia zamówienia publicznego albo uniemożliwienie udzielenia zamówienia publicznego w danym roku budżetowym. Praktycznie, przy takim rozwiązaniu, po ogłoszeniu zwycięskiej oferty tylko w odniesieniu do tej oferty mogą być stosowane środki ochrony prawnej.

Ad. art.1 pkt 3) – art. 26 ust. 2b uzp

Propozycję wprowadzenia ust. 2b do art. 26 UZP dopuszczającego poleganie na zasobach i wiedzy podmiotów współpracujących z wykonawcą, jeżeli wykonawca przedstawi odpowiednie pisemne zobowiązanie należy ocenić pozytywnie. Wprowadzenie tego zapisu usuwa niezgodność polskiej praktyki stosowania UZP z dyrektywami europejskimi oraz orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (np. wyrok ETS z 2 grudnia 1999 r. C– 176/98 Holst).

Przyjęta konstrukcja może jednak w praktyce prowadzić do fikcji w zamówieniach publicznych, a mianowicie, że wykonawcą będzie np. podstawiona osoba fizyczna, która przedstawi zobowiązania, o których mowa w art. 26 ust. 2b podmiotów, które z powodów określonych w art. 24 podlegają wykluczeniu z postępowania.

Ad. art. 1 pkt 5 – art. 38 uzp

Proponowane w art. 38 UZP zmiany należy ocenić raczej jako niekorzystne i prowadzące do negatywnych konsekwencji.

- 1) Po pierwsze, dopuszczenie udzielania odpowiedzi przez Zamawiającego na pytania na 4-2 dni przed upływem terminu składania ofert jest nieuzasadnione. W tak krótkim terminie może być bowiem w wielu wypadkach niemożliwe uwzględnienie wyjaśnień w ofercie przygotowywanej przez Wykonawcę, co w praktyce prowadzić będzie do zmniejszenia konkurencji.
- 2) Wątpliwości również budzi zapis nowego ust. 1a, który wprowadza uznaniowość w zakresie odpowiedzi Zamawiającego na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie zagadnień, które już wcześniej były wyjaśniane przez Zamawiającego. Bardzo często zdarza się, że wyjaśnienie udzielone przez zamawiającego jest niewystarczające lub niepełne lub też prowadzi do powstania kolejnych nowych wątpliwości, co do treści SIWZ. W takiej sytuacji może powstać sytuacja, iż Zamawiający uzna, iż zagadnienie zostało wyjaśnione w sposób wystarczający, co nie będzie z kolei wystarczające dla Wykonawcy. Powstaje zatem pytanie, czy w związku z faktem, iż wyjmuje się składanie wniosków o wyjaśnienia SIWZ na etap przed postępowaniem, czy pozostawienie takiego wniosku bez rozpoznania wykonawca przez Zamawiającego będzie mógł zaskarżyć w trybie art. 180 uzp?
- 3) Przedłużenie terminu składania ofert powinno przedłużać odpowiednio bieg terminu dla składania wniosków.

Ad. art. 1 pkt 16 – art. 151a uzp

Proponuje się dodanie nowego art.151a. Należy zwrócić uwagę, że wprowadzenie tego zapisu jest zupełnie zbędne, a w proponowanej formie przyniosłoby efekty przeciwne do zamierzonych. Zgodnie z art. 14 ustawy prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Prawo zamówień publicznych wyraźnie odsyła więc w zakresie nim nieuregulowanym do kodeksu cywilnego. Jedną z podstawowych zasad prawa cywilnego, podkreśloną w art.353¹ kodeksu cywilnego, jest swoboda kształtowania umów. W oparciu o przepisy kodeksu cywilnego niekwestionowana jest dopuszczalność takiego ukształtowania treści umowy, w ramach której zamawiający płaci wykonawcy zaliczki. Umowy takie nie są zresztą rzadkie w postępowaniach prowadzonych pod ustawą w jej obecnym brzmieniu. Proponowana nowelizacja bardzo znacząco zawęży dopuszczalność przewidzenia zaliczki w umowie. Trudno znaleźć prawne i ekonomiczne uzasadnienie dla takiego ograniczenia. Podczas gdy w uzasadnieniu projektu zapisano, że *„Jest to szczególnie ważne w aktualnej sytuacji, charakteryzującej się ograniczeniem możliwości pozyskiwania przez wykonawców finansowania realizowanych przez nich zamówień”* to proponowane rozwiązanie finansowanie takie znacząco utrudnia. Prowadzić to będzie do podwyższenia kosztów realizacji i utrudnienia prowadzenia typów projektów, które finansowane były dotychczas w wyższym stopniu zaliczkami. W aktualnej sytuacji gospodarczej, biorąc pod uwagę utrudniony dostęp do finansowania bankowego, nie widać podstaw dla wprowadzania dodatkowych barier w finansowaniu przedsięwzięć. Ponadto udzielenie zaliczki ma nie być dopuszczalne, gdy zamówienie udzielane jest w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub z wolnej ręki.

Biorąc pod uwagę przewidziane ustawą warunki, którym podlega wybór przez zamawiającego takiego trybu, także takie ograniczenia nie jest zrozumiałe. Zamówienie z wolnej ręki może być udzielane np. gdy występuje jeden podmiot zdolny do jego wykonania lub gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia. W niektórych takich sytuacjach udzielenie zaliczki może być niezbędne dla szybkiego przystąpienia do prac przez wykonawcę i szybkiej realizacji zamówienia. Za każdym razem wymaga jest do tego decyzja ze strony zamawiającego, który w sytuacji, gdy nie będzie widział konieczności udzielenia zaliczki może przecież odmówić wpisania odpowiedniego postanowienia, przewidującego zapłatę zaliczki, do umowy.

Proponowany zapis prowadzi więc do istotnego ograniczenia dopuszczalności udzielania zaliczek, co przy pogarszającej się sytuacji gospodarczej będzie wpływać negatywnie na możliwość realizacji projektów.

Wobec powyższego proponujemy rezygnację z wprowadzenia art. 151a lub przynajmniej wyłączyć jego stosowanie w stosunku do środków unijnych.

Ad. art. 2 – art. 34 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych

Proponowane zmiany w art. 34 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych są naszym zdaniem niedopuszczalne, bo w praktyce oznaczają dla podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne zamknięcie zagwarantowanej artykułem 45 Konstytucji RP drogi do sądu. Obecnie w polskim systemie prawnym maksymalna opłata sądowa wynosi 100 000 zł. W przypadku np. wystąpienia z pozwem o zapłatę wynagrodzenia w wysokości 100 milionów złotych lub pozwu o odszkodowanie w wysokości 100 milionów złotych powód zapłaci opłatę stosunkową w wysokości 100 tysięcy złotych. Jak bowiem wspomniano jest to najwyższa opłata przewidziana w ustawie o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Proponowane przez ustawodawcę rozwiązanie wprowadzić ma jedną kategorię spraw w których opłata ta sięgać może 5 milionów złotych, a więc 50 (!) razy więcej niż najwyższa opłata przewidziana dla wszelkich innych kategorii spraw. Jest wątpliwe, by jakiś podmiot podejmował ryzyko utraty tak poważnej kwoty. Sprawy z zakresu zamówień publicznych są z pewnością mniej skomplikowane i mniej czasochłonne niż spory odszkodowawcze wymagające wielokrotnie rozbudowanej procedury

dowodowej, w tym przesłuchiwanie wielu świadków. Nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie takiej opłaty nie znajduje żadnego uzasadnienia i zaburza spójność całego systemu opłat sądowych obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej. Zrozumiałe jest dążenie do przyspieszenia postępowań sądowych w sprawach zamówień publicznych, nie może to jedna odbywać się poprzez faktyczne ograniczenie konstytucyjnie gwarantowanego prawa do rozpatrzenia sprawy przez sąd. Taki bowiem charakter ma wprowadzenie opłaty sądowej w proponowanej, oderwanej od całego systemu opłat sądowych, wysokości. Zamiar taki wynika bowiem wyraźnie z uzasadnienia ustawy, co w świetle gwarantowanych konstytucyjnie praw jest szczególnie zaskakujące. Należy również podkreślić, że skargi do sądu stanowią istotny element kontroli w systemie zamówień publicznych. Niezrozumiałe jest dążenie do faktycznego wyłączenia tego elementu kontroli przy postępowaniach o dużej wartości. Ponadto, w przypadku gdy orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej będzie niekorzystne dla Zamawiającego, lub gdy przegra on sprawę wniesioną przez wykonawcę, koszty te będzie musiał ponosić Zamawiający, co w szczególności w przypadku przegrania sporu oznaczać będzie, że tak wygórowana opłata obciążać będzie środki publiczne.

W świetle powyższego proponujemy odstąpić od wprowadzania zmian w art. 34 ustawy o kosztach sądowych.

*Polska Konfederacja
Pracodawców Prywatnych Lewiatan*

Warszawa, 25 sierpnia 2009 r.