

Opinia
Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan
Do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz
niektórych innych ustaw /druk 2310/

Cel projektu:

Projektowana ustawa wprowadza bardzo obszerne zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych. Najważniejsze z projektowanych zmian wynikają z konieczności wdrożenia do prawa polskiego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31).

Nadto wprowadzany jest szereg mniejszych zmiany, które jednak będą miały duże znaczenie w praktyce. Spośród nich należy wymienić skrócenie szeregu terminów ustawowych, czy zmianę reżimu podważanie umowy zawartej z naruszeniem prawa.

Uwagi szczegółowe PKPP Lewiatan:

1. Wyłączenie stosowania ustawy w zakresie usług telekomunikacyjnych

Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 4 pkt 10 ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień udzielanych

Art. 4. Ustawy nie stosuje się do:

10) zamówień udzielanych przez podmioty wykonujące co najmniej jeden z następujących rodzajów działalności:

- a) udostępnianie publicznej sieci telekomunikacyjnej,
- b) eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej,
- c) świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej lub usług poczty elektronicznej za pomocą takiej sieci

– jeżeli zamówienie jest udzielane wyłącznie w celu wykonywania jednego z tych rodzajów działalności;

W obecnym stanie prawnym wyłączenie to obejmuje sytuacje, gdy zamawiający zobowiązany do stosowania ustawy prowadzi określoną działalność związaną ze świadczeniem publicznych usług telekomunikacyjnych. Oznacza to, że jeżeli

działalność telekomunikacyjną prowadzą podmioty np. należące do jednostek sektora finansów publicznych, bądź będące zamawiającymi sektorowymi, do wykonywania ww. działalności nie będą one zobowiązane do stosowania ustawy Pzp. Dla przykładu można tutaj wskazać NASK.

W art. 1 pkt 4 lit. b projektu nowelizacji zaproponowano, że ustawy nie będzie się stosowało do zamówień, których głównym celem będzie: 1) pozwolenie zamawiającym na oddanie do dyspozycji publicznej sieci telekomunikacyjnej, lub 2) eksploatacja publicznej sieci telekomunikacyjnej, lub 3) świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej.

Zgodnie z uzasadnieniem do projektu, cyt. „proponowana zmiana jest szczególnie istotna, z uwagi na proponowane regulacje zawarte w projekcie ustawy o wspieraniu usług i sieci szerokopasmowych w telekomunikacji, które mają na celu ułatwienie wejścia na rynek telekomunikacyjny jednostkom samorządu terytorialnego, a także przedsiębiorstwom użyteczności publicznej. Podyktowane to jest potrzebą stymulowania rozwoju sieci i usług telekomunikacyjnych w szczególności na tych obszarach, gdzie prywatni przedsiębiorcy nie inwestują.”

Powyższa zmiana powoduje więc, że wyłączenie stosowania ustawy obejmie również podmioty, które na co dzień nie trudnią się jednym ze wskazanych wyżej rodzajów działalności, lecz dokonują takich czynności akcydentalnie, na uboczu swojej działalności głównej.

Zmiana ta z punktu widzenia gospodarowania środkami publicznymi nie jest zasadna. Należy mieć tutaj na względzie fakt, że podmioty, co do zasady obowiązane do stosowania przepisów ustawy Pzp, będą mogły udzielać powyższych zamówień z pominięciem ustawy. Oznacza to, że wyłączona zostaje jednocześnie jedna z funkcji zamówień publicznych, jaką jest optymalizacja wydatków jednostek sektora finansów publicznych.

2. Zamówienia na usługi prawnicze

Zamówienia na usługi prawnicze !!!!

3. Podważenie ważności umowy

Obecnie obowiązujący przepis art. 146 stanowi:

1. Z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, umowa jest nieważna, jeżeli:
 - 1) ogłoszenie o zamówieniu nie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych albo opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, chyba że z przepisów ustawy nie wynika taki obowiązek;
 - 2) zamawiający zawarł umowę bez wymaganej zgody wyrażonej w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu;
 - 3) (uchylony);
 - 4) (uchylony);

- 5) zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy;
 - 6) w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania;
 - 7) zamawiający zawarł umowę przed upływem terminów, o których mowa w art. 94 ust. 1, z zastrzeżeniem art. 94 ust. 1a.
2. Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności:
- 1) umowy, o której mowa w ust. 1;
 - 2) części umowy, o której mowa w art. 140 ust. 3;
 - 3) zmian umowy dokonanych z naruszeniem art. 144 ust. 1.

Obecnie obowiązujący przepis dodaje zatem do ogólnie obowiązujących przesłanek nieważności umowy, przesłanki specyficzne dla procesu udzielania zamówień publicznych. Wskazuje na to sformułowanie „z zastrzeżeniem przepisów odrębnych”. Spośród przesłanek wymienionych w dalszej części przepisu ust. 1, na szczególną uwagę zasługują przesłanki określone w art. 146 ust. 1 pkt 5 (wybór oferty z rażącym naruszeniem prawa) i pkt 6 (naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania)..

Z kolei, na podstawie art. 146 ust. 2 Prezesowi UZP przyznano uprawnienia do występowania do sądu o stwierdzenie nieważności umowy, jej części lub zmian. Z tego uprawnienia Prezes może skorzystać, gdy 1) zajdą przesłanki z ust. 1., 2) część umowy wykracza poza SIWZ oraz 3) zmiany dokonano z naruszeniem art. 144 ust. 1 PZP.

Na gruncie obecnego uregulowania nie ma wątpliwości, z żądaniem unieważnienia umowy lub jej części może występować także wykonawca, który ma interes prawny w takim żądaniu (art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego). Wprowadzenie szczególnego przepisu na rzecz Prezesa UZP było podyktowane koniecznością stworzenia podstawy prawnej dla tego organu administracji do ingerencji w stosunki cywilnoprawne.

Projektowana regulacja trybu i okoliczności podważenia umowy jest zasadniczo inna od obecnego stanu prawnego.

1) Bezskuteczność zamiast nieważności.

Projektowane przepisy odchodzą od klasycznej konstrukcji nieważności umowy z mocy prawa, na rzecz bezskuteczności. Konstrukcja bezskuteczności zakłada możliwość uchylecia się od jej skutków w razie wystąpienia z odpowiednim żądaniem przez uprawnionego.

Z uzasadnienia do projektu wynika, że takie rozwiązanie projektodawcy zaczerpnęli z dyrektywy 2007/66/WE. Dyrektywa 89/665/WE w art. 2d ust. 1 faktycznie stanowi o „nieskuteczności” umowy zamówienia publicznego, ale jednocześnie w ust. 2 wskazuje, że dokładna konstrukcja owej „nieskuteczności” ma być określona przez prawo krajowe. W pełni dopuszczalna jest zatem także konstrukcja nieważności.

2) Zawężenie podstaw dochodzenia nieważności umowy

Wykorzystanie konstrukcji bezskuteczności, co do zasady, nie budzi zasadniczych wątpliwości. Natomiast trudno wyrazić uznanie dla zawężenia przesłanek unieważnienia umowy. W ślad za dyrektywą 2007/66/WE projekt ustawy wskazuje

enumeratywnie przesłanki unieważnienia umowy związane z nazwanymi czynnościami zamawiającego.

Należy podkreślić, że wśród projektowanych przesłanek nie ma klauzuli generalnej rażącego naruszenia ustawy, zaś zawężono znaczenie klauzuli naruszenia ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania. Wskutek tych zmian pozycja przedsiębiorców ubiegających się o zamówienie ulegnie pogorszeniu.

Przedłożony projekt to niezwykle rzadki przypadek, gdy przepisy dostosowujące prawo polskie do prawa unijnego są mniej korzystne od przepisów wcześniej obowiązujących.

Wprawdzie w projektowanym art. 146 ust. 6 została utrzymana przesłanka unieważnienia umowy w przypadku naruszenia ustawy, które miało (dodaje się: lub mogło mieć) wpływ na wynik postępowania, ale z tej podstawy będzie mógł skorzystać wyłącznie Prezes Urzędu Zamówień publicznych. Takie ograniczenia tego uprawnienia jest trudne do zrozumienia. Nie ma bowiem podstaw, aby odmawiać uczestnikom postępowania prawa obrony swoich praw przed krzywdzącymi ich naruszeniem ustawy.

Dlatego należy przywrócić w projekcie omawiane dwie podstawy unieważnienia umowy dla wszystkich zainteresowanych.

3) Tryb podważenia umowy

Obecne przepisy dotyczące unieważnienia opierają się na przejrzystej konstrukcji nieważności umowy, o której stwierdzenie może zwrócić się każdy, kto ma w tym interes prawny.

Projekt ustawy radykalnie zawęży krąg uprawnionych do podważenia umów zawartych z naruszeniem prawa zamówień publicznych. Przede wszystkim, projektowany art. 146 ust. 2 pkt. 4 wprost stanowi, że na podstawie

4. Zniesienie instytucji protestu

W projekcie nowelizacji rezygnuje się z protestu wnoszonego przez wykonawcę do zamawiającego. Jak podkreślono w treści uzasadnienia projektu cyt.: *„Z uwagi na fakt, iż protest podlega rozpoznaniu przez samego zamawiającego, jest on środkiem ochrony prawnej mało efektywnym i nie zapewniającym skutecznego eliminowania naruszeń przepisów ustawy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie wniesienie protestu i jego rozstrzygnięcie przez zamawiającego wydłuża termin zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego o 20 dni (10 dni na wniesienie protestu powyżej progów „unijnych” oraz 10 dni na jego rozstrzygnięcie).”*

Likwidując protest projektodawca przewidział możliwość poinformowania zamawiającego o naruszeniach mających miejsce w postępowaniu oraz usunięcia przez zamawiającego popełnionych uchybień. Możliwość taka jest przewidywana w odniesieniu do postępowań, na które nie przysługuje odwołanie, a zatem w postępowaniach poniżej progów unijnych (art. 181 w zw. z art. 180 ust. 2 Projektu).

Mając na względzie szybkość i sprawność postępowania w sprawie zamówienia publicznego należy jednak pamiętać, tych wartości nie powinno się stawiać ponad uprawnieniami wykonawców związanymi z ochroną ich słuszych interesów w trakcie prowadzonego postępowania. Należy przy tym podkreślić, że likwidacja instytucji protestu w odniesieniu do zamówień podprogowych nie będzie miała wpływu na skrócenie postępowania.

Odnosząc się do skuteczności protestu, rozstrzygnięcie protestu, w przypadku

zamówień tzw. podprogowych, nie podlega kontroli Krajowej Izby Odwoławczej (z wyjątkami wskazanymi w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp). Skoro Projektodawca stwierdza, że protest w takim kształcie jest nieskuteczny, to tym bardziej nie będzie sprawna instytucja sygnalizacji uchybień poprzez przesłanie informacji, o której mowa w art. 181 projektu. Przede wszystkim należy podnieść, że informacja o wniesieniu protestu przekazywana jest niezwłocznie uczestnikom postępowania, a jeżeli protest dotyczy ogłoszenia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacja o jego wniesieniu jest zamieszczana na stronie internetowej zamawiającego (art. 181 ust. 3 ustawy Pzp). W postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu mogą wziąć udział inni wykonawcy. Takie uregulowanie postępowania protestacyjnego zakładało jego pełną jawność, co nie pozostawało bez wpływu na decyzje Zamawiającego. Nie można się przy tym zgodzić z twierdzeniem zawartym w uzasadnieniu, że instytucja protestu nie była skuteczna. Owszem, w przypadku zamówień podprogowych, rozstrzygnięcie protestu nie podlega kontroli KIO, jednak ze względu na jawność postępowania, podlega swoistej kontroli wszystkich uczestników postępowania, którzy przystępując do postępowania mogą wypowiedzieć się, co do zarzutów podniesionych w odwołaniu. Szczególne znaczenie należy przypisać protestom odnoszącym się do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które wbrew twierdzeniom uzasadnienia dość często są uwzględniane, szczególnie gdy zarzuty w nich zawarte poparte są przez kilku uczestników postępowania protestacyjnego.

Celowe jest również podkreślenie, że likwidacja instytucji protestu spowoduje utrudnienia w prawidłowym wnoszeniu odwołań. Należy pamiętać bowiem, że wnosząc odwołanie, wykonawcy nie będą posiadać informacji o motywach leżących u podstaw czynności podejmowanych lub zaniechanych przez Zamawiającego. W obecnym stanie prawnym uzasadnienie takie zawarte było w rozstrzygnięciu protestu, co pozwalało na podjęcie decyzji, co do zasadności wniesienia protestu.

5. Opis warunków udziału w postępowaniu a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

W art. 180 ust. 2 pkt 2 powtórzono przepis art. 184 ust. 1a pkt 2 w obowiązującym brzmieniu, zgodnie z którym w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty wydane na podstawie przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, dowołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W praktyce zaistniały rozbieżności, co do wykładni tej przesłanki, sprowadzające się do odpowiedzi na pytanie, czy przez opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu należy rozumieć również opis warunków udziału w postępowaniu. Za taką interpretacją opowiedział się Sąd Okręgowy w Wałbrzychu w wyroku o sygn. akt VI Ga 68/09. Sąd uchylając postanowienie KIO podkreślił, że nie sposób rozdzielić opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od samych warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem sądu te dwa pojęcia pojawiające się w przepisach nie stanowią osobnej kategorii normatywnej, lecz pozostają ze sobą w nierozdzielalnym związku. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków nie może istnieć bez uprzedniego określenia samych warunków. W związku z czym, zasadne jest rozstrzygnięcie wszelkich wątpliwości poprzez jasne określenie, że odwołanie przysługuje na opis warunków udziału w postępowaniu.

6. Wzajemne zniesienie kosztów postępowania po uwzględnieniu zarzutów przez zamawiającego

Wątpliwości budzi postanowienie art. 186 ust. 6 pkt 1 projektu. Trudno uznać za trafne rozwiązanie, w którym przewiduje się wzajemne zniesienie kosztów postępowania, w przypadku, gdy jedna ze stron sporu (tutaj: zamawiający) uwzględniła zarzuty zawarte

w odwołaniu.

Skoro jedna ze stron wycofała się ze swojego stanowiska już po wszczęciu sporu, drugiej stronie powinien być zwracany wpis.

7. Unieważnienie umów przez Krajową Izbę Odwoławczą

W projekcie w art. 192 ust. 3 przyznano Krajowej Izbie Odwoławczej kompetencję do unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku zaistnienia przesłanek z art. 146 projektu. W odniesieniu do tego przepisu należy w pełni podzielić zastrzeżenia Rady Legislacyjnej wyrażone w opinii RL-0303-23/09, co możliwości unieważniania umowy przez organ niesądowy. Krajowa Izba Odwoławcza jest organem o charakterze administracyjnym, co wiąże się z tym, że jej wpływ na sferę stosunków cywilnoprawnych powinien być kształtowany z dużą ostrożnością. Możliwość wpływu aktów administracyjnych na sferę stosunków cywilnoprawnych uzależniona jest od tego czy:

- prawo łączy z konkretną decyzją administracyjną skutki cywilnoprawne,
- wydano ją na podstawie właściwych przepisów,
- skutki prawne nie wykraczają poza zakres określony w ustawie,
- decyzja nie zawiera sprzeczności.¹

W systemie prawa polskiego ingerencja organów administracji w sferę stosunków cywilnych ma miejsce np. administracyjnych przypadku decyzji administracyjnych o wywłaszczeniu nieruchomości, decyzji przyznające prawa ochronne na dobrach niematerialnych, decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej o dostępie telekomunikacyjnym (postanowienia zastępujące postanowienia umowne). Jednak należy podkreślić, że decyzje takie, co do zasady nie powinny zastępować sądu w zakresie tak dalekiej ingerencji w umowę cywilnoprawną, jaką jest jej unieważnienie.

8. Ostateczna decyzja Prezesa Izby o zwrocie odwołania

W art. 187 ust. 6 projektu przyznaje się Prezesowi kompetencję zwrotu odwołania, na którą to czynność nie przysługuje skarga. Przepis ten jest sprzeczny z art. 2 ust. 9 dyrektywy Rady 89/665/EWG, w brzmieniu nadanym dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, zgodnie z którym, w przypadku gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego wszelkie bezprawne środki podejmowane przez taki organ powinny podlegać kontroli sądowej. Ponadto należy podkreślić, że zarządzenie Prezesa o zwrocie odwołania, zamyka drogę do rozpoznania sprawy przez KIO (kończy postępowanie w sprawie). Od tego rodzaju rozstrzygnięć w polskim systemie prawnym przewidywane są środki odwoławcze. W związku z powyższym postuluje się ujęcie w projekcie możliwości wnoszenia środków odwoławczych od tego zarządzenia.

9. Uchylenie zakazu zawarcia umowy bez kontroli sądowej

W myśl projektowanego przepisu art. 183 ust. 2 zamawiający może złożyć do KIO wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

¹ Por. Z. Banaszczyk, System prawa cywilnego. Tom 1 Prawo cywilne – część ogólna. Pod redakcją M.Safjana. CH Beck. Warszawa 2007 str. 900.

Izba rozstrzyga wnioski na posiedzeniu niejawnym postanowieniem, na które nie przysługuje skarga. Takie drastyczne ograniczenie prawa do sądu w wyjątkowej sytuacji, jaką niewątpliwie jest wyjątkowa zgoda na zawarcie umowy, nie może spotkać się z uznaniem. Jest to niezgodne z art. 2 ust. 9 dyrektywy 89/665/WE.

Abstrahując od tekstu dyrektywy, wykluczenie kontroli sądowej tak kluczowego rozstrzygnięcia Izby jest sprzeczne z zasadami konstytucyjnymi. Należy bowiem podkreślić, że decyzja KIO oparta będzie na klauzulach generalnych, których zastosowanie w państwie prawa powinno być szczególnie ostrożne.

Na znaczenie kontroli sądowej nacisk położył także Sąd Najwyższy w uchwale z 14 października 2005 r. („Jest oczywiste, że byłoby najlepiej, gdyby umowa na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego mogła być zawarta dopiero po zakończeniu całego tego trybu odwoławczego, z sądową kontrolą włącznie.”).²

Nie powinno się także zapominać, że Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Alcatel* uznał dochodzenie odszkodowania za rozwiązanie mniej korzystne dla pokrzywdzonych uczestników postępowania od zawarcia samej umowy.³ Rzecznik Generalny Mischo w tej samej sprawie wprost nawet stwierdził, że uzyskanie odszkodowania jest najczęściej niesatysfakcjonujące a wykazanie szkody – trudne do udowodnienia. Dlatego właśnie w dyrektywie 2007/66/WE wprowadzono – w ślad za tym orzeczeniem – okres *standstill*. Wdrożenie dyrektywy nie powinno jednak zwalniać projektodawcy z poszanowania całości dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości. Ta droga prowadzi bowiem do kazuistyki, często kosztem utrwalonych zasad prawa.

² Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna 2006/7-8/121

³ C-81/98 *Alcatel Austria and Others v Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr* [1999] ECR I-7671, par. 43