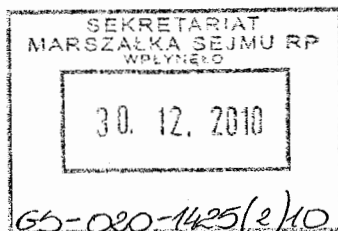


Warszawa, 20 grudnia 2010 r.

PKPP/671/193/GL/2010



Pan
Grzegorz SCHETYNA
Marszałek Sejmu RP



bardzo dziękuję za przesłanie do zaopiniowania projektu nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy 3677), przedłożonego przez grupę posłów.

Projektowana nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych zmierza do wprowadzenia w art. 24 nowej przesłanki wykluczenia wykonawców z rynku zamówień publicznych na trzy lata. Zgodnie z propozycją, wykluczeniu mieliby podlegać wykonawcy:

- z którymi zamawiający rozwiązał, którym wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy,
- z powodu okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność,
- wartość niezrealizowanego zamówienia wynosi co najmniej 5% wartości umowy.

Projektowany przepis uzupełnia zatem art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, który przewiduje wykluczenie na trzy lata z rynku zamówień publicznych wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych Lewiatan przy wielu okazjach zwracała już uwagę, że wykluczenie z rynku zamówień publicznych bez względu na wielkość wyrządzonej szkody oraz bez względu na to, czy przedsiębiorca dobrowolnie (czyli bez zmuszania zamawiającego do wszczęcia postępowania egzekucyjnego) wykonał wyrok zasądający odszkodowanie jest sprzeczny z podstawowymi zasadami systemu polskiego prawa. Jeżeli bowiem do wykluczenia z rynku zamówień publicznych wystarczające jest stwierdzenie jakiegokolwiek szkody, to taki przepis wymusza unikanie wejścia na drogę sądową. W ten sposób przedsiębiorcy pozbawieni są normalnej w państwie prawa drogi sądowej, a *de facto* są zdani na uwzględnianie każdych roszczeń zamawiających. Ustawodawca całkowicie zignorował to, że droga sądowa jest właściwym sposobem rozwiązywania sporów.

Projektowany przepis w ogromnym stopniu powiela wadliwe – dyskryminujące przedsiębiorców, a służące tylko zamawiającym – rozwiązania art. 24 ust. 1 pkt. 1. Jednoznacznie negatywnie należy ocenić motywy autorów projektu, według których konieczność wprowadzania nowego przepisu podyktowana jest wadą obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 1. Ową wadą ma być zastosowanie niezwykle surowej sankcji dopiero po przeprowadzeniu dwuinstancyjnego postępowania sądowego. Dlatego proponuje się

wprowadzenia równie surowej sankcji bez jakiegokolwiek kontroli sądowej. To już wystarczający powód, aby odrzucić przedłożony projekt ustawy.

Projektowany przepis w dużej mierze powiela wady art. 24 ust. 1 pkt 1. Przede wszystkim należy pokreślić, że sankcja wykluczenia jest niezależna od poprawności wypowiedzenia, rozwiązania lub odstąpienia od umowy. To oznacza, że nawet jeżeli wykonawca był w pełni uprawniony do zakończenia umowy (np. w wykonaniu postanowienia umowy – por. art. 396 Kodeksu cywilnego¹), to naraża się na sankcję wykluczenia. Projektowany przepis całkowicie pomija to, że zakończenie umowy w określonych okolicznościach jest w pełni zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. W istocie zatem, projektowany przepis sankcjonuje wykonanie praw przyznanych stronom w ustawie².

Nie tylko motywy autorów projektu należy ocenić bardzo krytycznie, ale tak samo należy ocenić proponowany kolejny wyłom w systemie prawa. Jeżeli odstąpienie od umowy powoduje wyrządzenie szkody, to strona może dochodzić jej naprawienia.³ Na taką okoliczność wystarczające jest uregulowanie skutków wyrządzenia szkody przy wykonywaniu umowy o zamówienie publiczne w pkt. 1.

Wykazaną powyżej niespójność projektowanego przepisu z systemem prawa w Polsce tylko w niewielkim stopniu łagodzi zastosowanie sankcji, gdy wartość niewykonanej części zamówienia nie przekracza 5% wartości umowy.⁴ Z uwagi na negatywną ocenę projektowanego przepisu należy wskazać tylko na to, że przepis nie wyjaśnia, czy wykonawca wykluczony „za rozwiązanie umowy” ponownie zostałby wykluczony na nowy okres 3 lat, tym razem od uprawomocnienia się orzeczenia stwierdzającego szkodę.

Jako całkowicie chybiony należy uznać przywołany w Uzasadnieniu argument dotyczący rzekomej zgodności projektu ustawy z prawem unijnym. Przywołany art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE przewiduje, że wykonawca może być wykluczony jeżeli „jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające”. Projektowany przepis dotyczy sytuacji, której w żaden sposób nie można zakwalifikować jako wykroczenie zawodowe. Nie można przecież rozsądnie uznać, że skorzystanie z uprawnień umownych lub ustawowych jest czynem nagannym, będącym poważnym wykroczeniem zawodowym.

Projektowany art. 24 ust. 1 lit. 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych pogłębia tylko nadmierny rygoryzm i nieuzasadnione uprzywilejowanie zamawiających, kosztem wykonawców-przedsiębiorców. Projekt ustawy nie wpisuje się w system prawa i pogarsza warunki prowadzenia działalności gospodarczej.

¹ Art. 395 § 1 Kodeksu cywilnego: § 1. Można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie.

² Por. np. art. 491 § 1 Kodeksu cywilnego: Jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki.

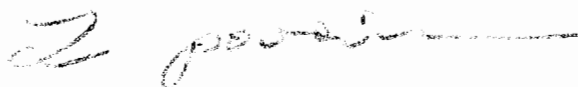
³ Art. 494 Kodeksu cywilnego. Strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy; może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, lecz również naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania.

⁴ Przepis błędnie stanowi o „niezrealizowanym zamówieniu”, gdy chodzi tylko o jego część.

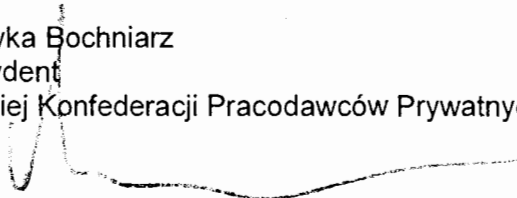
Projektowany przepis nie tylko powtarza wady obecnego art. 24 ust. 1 pkt 1, ale jest nawet bardziej ułomny. Jest to już kolejny przepis ustawy – Prawo zamówień publicznych, który podważa zasadę równości stron umowy handlowej. Nakładanie niezwykle surowej sankcji na przedsiębiorcę za to, że skorzystał ze swoich uprawnień ustawowych lub umownych, jest rażącym odstępstwem od zasad państwa prawa.

Ponieważ projektowany przepis podważa utrwalone zasady prawa cywilnego i doprowadzi do pogorszenia warunków wykonywania działalności gospodarczej – nie powinien stać się prawem obowiązującym.

Biorąc powyższe pod uwagę, PKPP Lewiatan zwraca się do Wysokiej Izby o odrzucenie projektu w całości.



Henryka Bochniarz
Prezydent
Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan



Do wiadomości:

Pan Wojciech JASIŃSKI – Przewodniczący Komisji Gospodarki

Pan Lech CZAPLA – Szef Kancelarii Sejmu RP



**PIERWSZY PREZES
SĄDU NAJWYŻSZEGO
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

BSA I - 021- 183/10

Warszawa, dnia 22 grudnia 2010 r.

3677

SEKRETARIAT SZEFKA NS
WPLYNEŁO
dnia 27.12.2010 200
(pociski)

**Pan
Lech CZAPLA
Szef Kancelarii Sejmu**

Szanowny Panie Ministrze!

W odpowiedzi na pismo z dnia 10 grudnia 2010 r., GMS-WP-183-217/10 uprzejmie przesyłam uwagi Sądu Najwyższego do **poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych.**

Z poważaniem

Stanisław Dąbrowski
Stanisław DĄBROWSKI



Warszawa, dnia 21 kwietnia 2009 r.

SĄD NAJWYŻSZY
BIURO STUDIÓW I ANALIZ
Pl. Krasińskich 2/4/6, 00-951 Warszawa
BSA I-021-183/10

UWAGI
do poselskiego projektu ustawy
o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych

Niniejszy dokument zawiera opinię do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych¹, złożonego przez grupę posłów reprezentujących Klub Poselski Platformy Obywatelskiej. Jego przedmiotem jest uzupełnienie treści art. 24 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych² o nowy pkt 1a, który przewidywałby możliwość wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia również takich wykonawców, z którymi „ten zamawiający” rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5 % wartości umowy. W uzasadnieniu projektu podnosi się argument, że nowa przesłanka wykluczenia obejmowałaby poważne naruszenie obowiązków wykonawcy, które m.in. ma negatywny wpływ za realizację zadania publicznego oraz zagraża utratą środków finansowych, które zostały przeznaczone na jej realizację. W ocenie projektodawców, ustawa jest zgodna z prawem Unii Europejskiej, w tym z art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi³, a także z dyrektywą 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych⁴

¹ Druk sejm. VI kad. nr 3677; dalej: „projekt”.

² Tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.; dalej: „p.z.p.”

³ Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004 r., s. 114; pol. wyd. specj. rozdz. 6, t. 7, s. 132; dalej: „dyrektywa 2004/18”.

⁴ Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004 r., s. 1; pol. wyd. specj. rozdz. 6, t. 7, s. 19.

Powyższe argumenty nie budzą zasadniczego sprzeciwu; jest możliwe, że z punktu widzenia zamawiających dodanie takiej przesłanki wykluczenia uprościłoby tryb udzielania zamówień oraz prowadziłoby do łatwiejszego eliminowania wykonawców nierzetelnych i niewiarygodnych z toczących się postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Należy jednak wskazać, że projektowany przepis nie został skonstruowany rozłącznie z obowiązującym art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p., zgodnie z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. W obu przepisach — tj. w istniejącym ust. 1 oraz w projektowanym pkt 1a — chodziłoby zatem o wykonawców, którzy nie wykonali ciążącego na nich zobowiązania. W związku z tym rodzą się następujące wątpliwości:

- 1) W braku zmian w art. 24 ust. 1 *in principio* p.z.p. („Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się...”), poprawność stylistyczna nakazywałaby użyć terminu: „dany zamawiający”, a nie: „ten zamawiający”.
- 2) Skoro nowa przesłanka wykluczenia z projektowanego art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. częściowo pokrywa się z przesłanką pkt 1, lecz zarazem pomija wymaganie uprzedniego stwierdzenia odpowiedzialności wykonawcy orzeczeniem sądowym, to byłoby wskazane umotywowanie, dlaczego zachodzi potrzeba pozostawienia zamawiającemu swobody dokonania własnej oceny co do wykluczenia wykonawcy. Jest to tym bardziej zasadne, że według projektu, wykluczenie miałoby być bezpośrednio efektem własnego działania zamawiającego (rozwiązania, wypowiedzenia, odstąpienia od umowy), które jednak może okazać się nieuzasadnione. Uzasadnienie projektu nie wyjaśnia również tego, dlaczego do osiągnięcia celu ustawy niewystarczające byłoby tylko dokonanie pewnych zmian w regulacji art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p.
- 3) W toku dalszych prac nad projektem powinno zostać wyjaśnione, czy wzmiankowane w art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18: „poważne wykroczenie zawodowe” (ang. *grave professional misconduct*; fr. *une faute grave en matière professionnelle*; niem. *eine schwere Verfehlung im Rahmen [der] beruflichen Tätigkeit*), które *prima facie* dotyczy sfery osobistej odpowiedzialności wykonawcy lub osób działających w jego imieniu (zwłaszcza na drodze postępowania dyscyplinarnego), może oznaczać również rozwiązanie umowy z powodu całkowitego lub

częściowego niewywiązania się przez wykonawcę z obowiązków określonych w umowie o udzielenie zamówienia publicznego; ścieśniająca wykładnia tego przepisu wydaje się zgodna z treścią pkt 43 preambuły do dyrektywy 2004/18. Zbyt szerokie ujęcie przesłanek wykluczenia z postępowania w polskim prawie wewnętrznym mogłoby zagrozić trudnościami w praktycznym stosowaniu ustawy przez organy orzecznicze (w tym przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz sądy), a nawet uzasadnić zarzut nieprawidłowej implementacji dyrektywy do porządku prawnego RP jako państwa członkowskiego.