

N a r o d o w y B a n k P o l s k i

PIERWSZY ZASTĘPCA PREZESA

Piotr Wiesiołek

Warszawa, 14 stycznia 2011 r.

DP-IV-MB-024-787/10

SEKRETARIAT PRZEDSIĘWZIĘCIA KS
POLSKIEGO BANKU

dnia 17 01 2011 r. 200..... r.

Pan

Lech CZAPLA

Szef Kancelarii Sejmu

(podpisa)

Szanowny Panie Ministrze,

W nawiązaniu do pisma z dnia 10 grudnia 2010 r. (znak: GMS-WP-183-217/10) dotyczącego *poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych*, przedstawiam następujące stanowisko Narodowego Banku Polskiego.

Projekt poselski zakłada wprowadzenie dodatkowej przesłanki wykluczenia wykonawcy poprzez dodanie w art. 24 ust. 1 pkt 1a w brzmieniu:

„1a) 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.”

Projektowane rozwiązanie czyni zadość oczekiwaniom instytucji zamawiających, które są narażone na ponowne zawieranie umów z wykonawcami, z którymi rozwiązano albo którym wypowiedziano umowę w sprawie zamówienia publicznego względnie od takiej umowy odstąpiono. Wprowadzenie przepisu pozwoli ustrzec zamawiających przed ponownym wiązaniem się z tzw. nierzetelnymi wykonawcami. Wskazać jednak należy, iż przepis w zaproponowanym brzmieniu będzie budził wątpliwości interpretacyjne, a także będzie zbyt rygorystyczny.

Niepokojące jest użycie przez wnioskodawcę słów „z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”. Takie sformułowanie jest o wiele szersze niż wyłączna odpowiedzialność wykonawcy, dlatego też postulujemy o dodanie po słowach „za które” słowa „wyłącznie”. Wprowadzi to precyzję w stosowaniu przepisu, a ponadto

przy takiej konstrukcji uniknie się arbitralności Zamawiającego, który toczy spór z Wykonawcą, gdzie podnoszone są wzajemnie zarzuty w stosunku do wypełniania przez strony zobowiązań umownych. Przykładowo wskazać należy okoliczność zmiany stawki podatku od towarów i usług (począwszy od 1 stycznia 2011 r.) na usługi, które dotychczas były zwolnione z podatku VAT, a które po Nowym Roku objęte są skalą 23%. W takim wypadku niezasadne byłoby wykluczanie wykonawcy z postępowania, który odstąpiłby od umowy np. wskutek odmowy waloryzacji wynagrodzenia przez Zamawiającego.

Poważne wątpliwości budzi również okres, przez jaki Zamawiający będzie zobowiązany wykluczyć wykonawcę z postępowania z powodu wystąpienia okoliczności wskazanych w projektowanym przepisie. Ponieważ zastosowanie normy przewidzianej w przepisie będzie miało miejsce tylko na linii Zamawiający – Wykonawca, a także z uwagi na fakt, iż Zamawiający będzie opierał się na swojej subiektywnej ocenie stanu faktycznego, zasadne jest zgłoszenie propozycji skrócenia okresu sankcji, dlatego proponujemy żeby słowa „w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania” zastąpić słowami „w okresie roku przed wszczęciem postępowania”. Uzasadnieniem takiego rozwiązania jest przede wszystkim cel wprowadzenia przepisu – doprowadzenie do sytuacji, w której wykonawca - o ile rozwiązano z nim lub wypowiedziano mu umowę w sprawie zamówienia publicznego lub odstąpiono od takiej umowy - nie będzie ubiegał się ponownie o udzielenie mu zamówienia publicznego na przedmiot, który w niedalekiej przeszłości próbował wykonać. Okres roku będzie wystarczający dla wyeliminowania z postępowania nierzetelnego wykonawcy. Dla odróżnienia instytucja wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 154 pkt 5a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wywołuje skutek w dłuższym okresie czasu, jest skuteczna erga omnes jednakże warunkiem zastosowania dyspozycji przepisu jest wystąpienie okoliczności potwierdzonych prawomocnym wyrokiem sądowym oraz wystąpieniem szkody po stronie zamawiającego.

Jednocześnie pragniemy podnieść, iż przepis nie obejmuje swą hipotezą dość istotnego elementu rozwiązania albo wypowiedzenia umowy albo odstąpienia od niej przez wykonawcę. Może wystąpić sytuacja, w której wykonawca ubiegając Zamawiającego odstąpi, albo rozwiąże, albo też wypowie umowę i Zamawiający nie będzie mógł wykluczyć wykonawcy z postępowania. W związku z tym wskazane jest objęcie przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania także w sytuacji, gdy to wykonawca rozwiązuje albo wypowiada

albo odstępuje od umowy na skutek okoliczności za które wykonawca ten ponosi wyłączną odpowiedzialność.

Mając na względzie powyższe argumenty, przepis mógłby uzyskać następując brzmienie:

„1a) wykonawców, z którymi ten zamawiający lub wykonawca rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi wyłączną odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie roku przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.”

Wskazać w tym miejscu należy o odpowiednim vacatio legis przepisu, albo wprowadzić przepis przejściowy, który zniesie stosowanie sankcji w przypadku zdarzeń, które miały miejsce przed wejściem w życie nowej regulacji. W przypadku przyjęcia rocznego okresu odpowiedzialności wykonawcy vacatio legis powinno odpowiadać temu okresowi, tak aby wszyscy wykonawcy poznali skutki prawne odstąpienia od umowy, wypowiedzenia albo rozwiązania umowy. Należy zapewnić uniknięcie sytuacji, która miała miejsce przy wprowadzaniu przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 154 pkt 5a ustawy Pzp, gdzie na tzw. czarnej liście wpisywano wykonawców, w stosunku do których wydano orzeczenia, na podstawie stanu faktycznego, który zaistniał przed wejściem w życie przepisu.

Jednocześnie dostrzegając wolę ustawodawcy do wprowadzania bardziej elastycznych rozwiązań w ustawie Prawo zamówień publicznych i zbliżając rozwiązania prawne do tych, które funkcjonują w obrocie pomiędzy komercyjnymi podmiotami zasadne byłoby wprowadzenie ww. przesłanki wykluczenia wykonawcy jako fakultatywnego rozwiązania, a nie obligatoryjnego. Uzasadnione jest to faktem, iż nie w każdych okolicznościach, z uwagi na różnego rodzaju stany faktyczne, podobne sprawy będą w taki sam sposób rozstrzygane. Elastyczna ocena możliwości realizacyjnych wykonawcy, nawet w przypadku niezrealizowania zamówienia, pozwoliłaby zamawiającym na ocenę naruszeń zobowiązań umownych i dokonywanie analizy ich istotności w konkretnej sytuacji.

z pominięciem