

Idą zmiany?

TEKST | MICHAŁ GNIATKOWSKI, RAFAŁ SAŁATA

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z 14 września 2012 roku – zmiany w zakresie wykluczeń z przetargów i funkcjonowania tzw. czarnej listy wykonawców



Ustawa z dnia 24 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (dalej pzp) budzi wiele kontrowersji wśród przedsiębiorców. Dotyczą one m.in. instytucji wykluczenia z przetargu, uregulowanej w art. 24 tej ustawy. Art. 24 ust. 1 i 2 pzp zawiera katalog aż 16 sytuacji nakładających na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z przetargu. Tak jak kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty, tak samo przesłanki wykluczenia z przetargu budzą wątpliwości co do wypośrodkowania interesów zamawiającego (interesu publicznego) z uzasadnionymi interesami wykonawców i zasadami sprawiedliwej konkurencji.

Wykluczanie z przetargu w obecnym stanie prawnym

Szczególnie wiele kontrowersji budzi problem wykluczania z przetargu w oparciu o przesłankę wcześniejszego wyrządzenia szkody przez wykonawcę lub doprowadzenia przez wykonawcę do sytuacji odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia przez zamawiającego z winy wykonawcy. Sytuacje te regulują obecnie dwa przepisy pzp – art. 24 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 1a. Pierwszy z nich nakazuje wykluczenie z przetargu wykonawcy, który niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia publicznego spowodował szkodę, stwierdzoną prawomocnym wyrokiem sądu w ciągu ostatnich trzech lat przed ogłoszeniem przetargu. Drugi nakazuje wykluczyć przedsiębiorcę z postępowania przetargowego prowadzonego przez konkretnego zamawiającego, jeżeli ten zamawiający w przeciagu ostatnich

trzech lat przed wszczęciem postępowania przetargowego rozwiązał umowę o wykonanie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Nowelizacja w zakresie wykluczeń

14 września br. została uchwalona przez Sejm nowelizacja pzp (i zarazem ustawy o koncesji na roboty budowlane i usługi), która wprowadziła rozwiązania wprowadzające w kręgach przedsiębiorców (w tym zwłaszcza z branży budowlanej) dodatkowe obawy i niepokoje. Zasadniczym powodem dokonania powyższej nowelizacji jest dążenie do dostosowania polskiego prawa zamówień publicznych do dyrektywy unijnej nr 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 roku (tzw. dyrektywy obronnej). Znalazło się w niej miejsce również na zmianę art. 24 ust. 1 pkt 1 oraz dodanie do tego ustępu punktu 1b (przy jednoczesnym pozostawieniu w niezmienionym kształcie przywołanego wcześniej punktu 1a). Zmiana w zakresie tego pierwszego przepisu jest krokiem w dobrym kierunku (z punktu widzenia interesów wykonawców), ponieważ dodaje się w nim (jako przesłankę wykluczenia) wymóg, aby szkoda spowodowana przez wykonawcę lub kara umowna, którą został zobowiązany zapłacić, stanowiła minimum 5% wartości umowy (przy czym szkoda lub obowiązek zapłaty kary umownej nadal muszą być stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądowym). Drugi rozszerza odpowiedzialność

wykonawcy, z którym rozwiązano umowę na zasadach, o których mowa w punkcie 1a (a więc rozwiązanie umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, gdy wartość niezrealizowanego zamówienia przekracza 5% wartości umowy) na wszystkich zamawiających w kraju, w przypadku gdy zamówienie dotyczące robót budowlanych przekraczało wartością 20 000 000 euro, a zamówienie dotyczące usług i dostaw 10 000 000 euro.

Nowy przepis (art. 24 ust.1 pkt 1b) faktycznie rozszerza zakres wykluczenia wykonawcy, z którym zerwano umowę, na wszystkie przetargi w kraju (na wzór wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1, a więc w sytuacji spowodowania szkody stwierdzonej prawomocnym wyrokiem sądowym). Mimo że dodatkowymi warunkami takiego wykluczenia są: wartość zamówienia (20 000 000 lub 10 000 000 euro) i poziom niewykonania zamówienia (5% wartości), to sama możliwość zastosowania takiej sankcji musi budzić wątpliwości. Koncepcja możliwości wykluczenia z postępowań przetargowych wykonawców bez przeprowadzenia postępowania sądowego, a jedynie na podstawie faktu rozwiązania umowy w związku z okolicznościami, za które wykonawca – zdaniem zamawiającego – odpowiada (a więc rozwiązanie już dotychczas przewidywane przez art. 24 ust. 1 pkt 1a), jest obecnie badana w trybie pytania prejudycjalnego przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (sygn. akt C-465/11) pod kątem jego zgodności z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Komisja Europejska wyraziła już negatywne stanowisko w tej sprawie, tj. zgłosiła swoje zastrzeżenia do tego przepisu, właśnie ze względu na brak konieczności stwierdzenia podstaw odpowiedzialności wykonawcy przez sąd. Mimo istnienia poważnych zastrzeżeń prawnych do istniejącego już w prawie rozwiązania (art. 24 ust. 1 pkt 1a), Sejm postanowił rozszerzyć zakres jego zastosowania (w określonych przypadkach – na wszystkie przetargi w kraju), bo takie właśnie jest znaczenie nowego art. 24 ust. 1 pkt 1b.

Czarna lista

Problem potęguje fakt, że ustawodawca postanowił dodatkowo wyposażać prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) w kompetencję do prowadzenia na swojej stronie internetowej wykazu wykonawców, z którymi jakkolwiek podmiot zamawiający zerwał umowę na zasadach określonych w nowo wprowadzanej regulacji na wszystkich zamawiających w kraju, w przypadku gdy zamówienie dotyczące robót budowlanych przekraczało wartością 20 000 000 euro, zamówienie dotyczące usług i dostaw 10 000 000 euro, a wartość niezrealizowanego zamówienia przekracza 5% wartości umowy. Wykaz ten będzie prowadzony na analogicznych zasadach, jak dotychczasowy, zawierający dane wykonawców, którzy spowodowali szkodę stwierdzoną wyrokiem sądu. W związku z tym zostaną ujawnione dane konkretnego przedsiębiorcy wraz z informacją o tym, że nie wykonał on należycie umowy, którą zawarł z zamawiającym w ramach zamówienia publicznego, zanim w tej sprawie wypowie się sąd. Pojawia się wątpliwość, czy rozwiązanie to jest zgodne z zasadą prawa do sądu, wyrażoną w art. 45 Konstytucji RP, a jednocześnie czy taki wpis nie będzie naruszał dóbr osobistych przedsiębiorcy (niezgadzającego się ze stanowiskiem zamawiającego). Trzeba zadać sobie pytanie, czy taka

kompetencja prezesa UZP nie oznacza w praktyce nakładania przez niego kar na przedsiębiorców bez sprawiedliwego procesu sądowego. Mimo że taki wpis dokonywany przez prezesa UZP w żaden sposób nie jest w pzp określony jako kara, a ponadto ma charakter wtórny wobec stanowiska zamawiającego (o rozwiązaniu umowy w określonych warunkach), to odpowiedź na to pytanie nasuwa się sama. Wpisanie na tę listę w wielu przypadkach może prowadzić do dużych problemów, a nawet bankructwa zamieszczonego na niej wykonawcy. Ciężko jest sobie wyobrazić bardziej uciążliwy środek karny dla przedsiębiorcy, niż zakaz przystępowania do przetargów. W znaczeniu typowo faktycznym (uwzględniającym realia funkcjonowania rynku), taki wpis niewątpliwie jest karą i to wyjątkowo dotkliwą. Przedsiębiorca wpisany na czarną listę, zostanie z niej wykreślony dopiero po trzech latach od dokonania wpisu.

Krytyka organizacji przedsiębiorców

Nowe rozwiązanie, rozszerzające możliwość wykluczenia z przetargu bez wyroku sądowego i kreujące nową czarną listę, spotykają się z krytyką ekspertów organizacji przedsiębiorców, m.in. PKPP Lewiatan czy Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa (PZPB). Organizacje te wskazywały na ogromny, niekorzystny wpływ, jaki może ze sobą nieść wprowadzenie mechanizmu wyłączenia z przetargów publicznych podmiotów, z którymi rozwiązano umowę jedynie na tej podstawie, że została ona rozwiązana z przyczyn, za które wykonawca odpowiada (przynajmniej zdaniem zamawiającego). Wskazuje się zarówno na przesadną restrykcyjność tego uregulowania, jak i fakt, że utrudnić ona może obrót nie tylko z punktu widzenia wykonawców, lecz także z punktu widzenia zamawiających, którzy z konkretnym przedsiębiorcą mogli mieć historię nienagannej współpracy i nie musieli zważać na kontrowersje wokół współpracy owego wykonawcy z innym zamawiającym. PZPB uznał, że jest to kolejna regulacja pogłębiająca nierównowagę praw i obowiązków stron umowy o zamówienie publiczne oraz przerzucająca wszelkie ryzyko na wykonawców. Trudno nie zgodzić się z tym stanowiskiem. Dążenie do ukarania wykonawców, którzy z różnych powodów nie wywiązali się z powierzonych zamówień, nie powinno wpływać na rynek zamówień publicznych w ten sposób, że eliminowałoby z niego podmioty mające w istocie niezbędne zasoby techniczne i ludzkie do realizacji takich zamówień, otwierając w ten sposób rynek przed wykonawcami, którzy takich zasobów nie mają, a ich atutem jest brak na swoim koncie nieudanych realizacji. Taki kierunek działań legislacyjnych zamiast porządkować rynek (wykluczając z niego nierzetelnych wykonawców) może go w efekcie destabilizować poprzez doprowadzanie do powierzania realizacji zamówień podmiotom bez odpowiedniego zaplecza technicznego, zasobów ludzkich i doświadczenia.

Jak walczyć z wpisem na czarną listę?

Wpis przedsiębiorcy na czarną listę następuje niezwłocznie po przekazaniu przez zamawiającego prezesowi UZP dokumentów potwierdzających rozwiązanie umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca odpowiada, przy zachowaniu wyżej opisanych warunków (poziomów wartościowych) co do wartości zamówienia i wartości niezrealizowanego zamówienia. Nie jest

przewidziana procedura, w której wykonawca mógłby się odnieść do tych dokumentów. Pzp przewiduje co prawda szczególne środki prawne w postaci odwołania oraz informacji o działaniu niezgodnym z prawem, ale dotyczą one przypadku niezgodnego z prawem działania podmiotu zamawiającego i przysługują wykonawcy przeciwko temu podmiotowi. W stosunku do prezesa UZP należałoby więc szukać drogi prawnej w ogólnych przepisach procedury administracyjnej. Tu jednak przedsiębiorcy napotkają tę samą przeszkodę, co w przypadku prowadzonej do tej pory listy, zawierającej wykonawców, którzy spowodowali szkodę stwierdzoną wyrokiem sądu. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w postanowieniu z dnia 7 lipca 2009 roku (sygn. akt V SA/Wa 658/09) uznał, że wpis na tego rodzaju listę jest czynnością materialno-techniczną i ma charakter jedynie informacyjny, w związku z tym nie jest aktem administracyjnym i nie podlega kognicji sądów administracyjnych. Niewykluczone jednak, że w ewentualnie nowym stanie prawnym (gdy wpis na listę nie miałby u swego źródła potwierdzenia w postaci wyroku sądowego), stanowisko sądów administracyjnych byłoby inne. Niezależnie od drogi sądowno-administracyjnej, to, co pozostaje przedsiębiorcom, to dochodzenie swoich praw przed sądem cywilnym i próba udowodnienia, że są naruszane ich dobra osobiste w postaci dobrego imienia (renomy) firmy. Dowodem, że możliwe jest dochodzenie przez przedsiębiorców swoich racji na drodze sądowej w odniesieniu do wykluczeń z przetargów, jest oświadczenie prezesa UZP złożone w celu wykonania prawomocnego wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 6 czerwca 2012 roku o sygn. akt I ACA 267/12, zamieszczone na stronie internetowej UZP. W oświadczeniu tym prezes UZP potwierdza, że wpis został dokonany bezzasadnie. Z treści oświadczenia można wywnioskować, że nakaz jego złożenia i publikacji wynika z treści wyroku, wydanego przez sąd w sprawie z powództwa przedsiębiorcy, który uznał, że wpis na listę (prowadzoną przez prezesa UZP w oparciu o dotychczasowe przepisy, a więc w oparciu o kryterium wyrządzenia przez wykonawcę szkody stwierdzonej prawomocnym wyrokiem sądowym) był niezasadny. Z oświadczenia nie da się wyczytać bliższego opisu sprawy, ale sam fakt zapadnięcia wyroku sądowego nakazującego wydanie takiego oświadczenia oraz faktyczna publikacja takiego wyroku są najlepszymi dowodami, że dochodzenie swoich praw na drodze sądowej w odniesieniu do wpisu na czarną listę prezesa UZP jest możliwe.

Nie jest to prawo obowiązujące

Ustawa z 14 września br. nowelizująca pzp póki co nie jest obowiązującym prawem. Ustawa została przekazana do Senatu. Nie można wykluczyć, że kontrowersyjne przepisy doczekają się zmiany w toku dalszych prac parlamentarnych lub że na ich wprowadzenie w życie nie zgodzi się prezydent albo że zostaną uznane za sprzeczne z Konstytucją RP przez Trybunał Konstytucyjny (przed ich wejściem w życie lub już po – na skutek wystąpienia do Trybunału przez kogośkolwiek z uprawnionych podmiotów). Niewykluczone, że wpływ na kształt przepisów pzp w omawianym zakresie wywrze ewentualne orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, jakie powinno zostać wydane w odpowiedzi na wspomniane wcześniej zapytanie prejudycjalne Krajowej Izby Odwoławczej, zadane na kanwie już obowiązującego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp.

Prawo nie działa wstecz

Warto jeszcze zwrócić uwagę na przepisy intertemporalne. Gdyby przedmiotowa nowelizacja stała się obowiązującym prawem, to wpis na listę dotyczyłby wykonawców, z którymi zostały zerwane umowy (w warunkach opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 1b) zawarte już po wejściu w życie nowelizacji. Taki wniosek można wyprowadzić z art. 4 ustawy nowelizującej pzp.



Michał Gniatkowski – radca prawny, wspólnik Kancelarii Radców Prawnych Weremczuk Bobeł i Wspólnicy.



Rafał Satata – prawnik w Kancelarii Radców Prawnych Weremczuk Bobeł i Wspólnicy.



**WEREMCZUK BOBEŁ
& WSPÓLNICY**
KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH

Kancelaria Weremczuk Bobeł i Wspólnicy świadczy w pełnym zakresie usługi prawne na rzecz dużych korporacji notowanych na rynkach giełdowych i przedsiębiorców działających na rynku polskim, w tym firmom branży budowlanej i deweloperskiej oraz jednostkom samorządu terytorialnego. Kancelaria została wyróżniona w wielu międzynarodowych rankingach prawniczych w dziedzinach swojej specjalizacji: fuzje i przejęcia oraz finanse i bankowość. Kancelaria jest członkiem międzynarodowych stowarzyszeń niezależnych firm prawniczych.

Kontakt:

Biurowo w Poznaniu

ul. Limanowskiego 29/3
60-744 Poznań
tel.: 61 851 07 00
faks: 61 851 08 00

Biurowo w Warszawie

pl. Dąbrowskiego 1/315
00-057 Warszawa
tel.: 22 211 12 79
faks: 22 211 12 89

www.wbwlegal.pl