

## Iluzoryczna ochrona samorządów

### **Z powstaniem przesłanek zapłaty kary umownej nie musi być związane wyrządzenie zamawiającemu szkody**

Nie jest wykluczone, iż nowelizacja prawa zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi zostanie ostatecznie przyjęta jeszcze w tym roku. Jednak część wprowadzonych zmian wydaje się kontrowersyjna. Ich efektem jest bowiem nałożenie na wykonawców kolejnych sankcji i dalsze sformalizowanie postępowań. Nowelizacja wpływa także na zakres obowiązków zamawiających, w tym jednostek samorządu terytorialnego. Wynika z niej bowiem m.in. konieczność dostosowania wzorów dokumentacji przetargowych do nowych wymagań. Wzrośnie także ryzyko kwestionowania czynności podejmowanych przez samorządy w toku postępowań.

Zgodnie z nowelizacją z postępowania należy wykluczyć m.in. wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, lub zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej, jeżeli wynosiło to nie mniej niż 5 proc. wartości realizowanego zamówienia i zostało stwierdzone orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Zmiana ta jest o tyle wątpliwa, iż zgodnie z doktryną prawa cywilnego z powstaniem przesłanek zapłaty kary umownej nie musi być związane wyrządzenie zamawiającemu szkody. Wprowadzona sankcja spowoduje zatem obowiązek wykluczenia także takiego wykonawcy, który co prawda na poszczególnych etapach realizacji umowy nie wykonywał jej w pełnej zgodności z treścią, ale jednocześnie poniósł z tego tytułu konsekwencje finansowe i nie spowodował po stronie zamawiającego dalszych uszczerbków – de facto naprawił zatem skutki swych uprzednich działań lub zaniechań i ostatecznie pozostaje w zgodności z umową. Funkcja kar umownych jest więc dodatkowo powielana przez przesłankę wykluczenia.

Podkreślić należy, iż w obrocie gospodarczym powstanie zobowiązania z tytułu kar umownych nie jest zdarzeniem nadzwyczajnym. Bywa, że kary umowne nakładane bywają za zdarzenia, które nie mają szczególnego znaczenia dla całościowej, pozytywnej oceny wykonania umowy.

Omawiane, dość restrykcyjne zmiany są obecnie wprowadzane mimo iż Komisja Europejska kwestionuje część dotychczas obowiązującego w Polsce katalogu przesłanek wykluczenia z udziału w postępowaniu. Zwrócono bowiem uwagę, iż przesłanki przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 1a ustawy wykraczają poza zamknięty katalog przyczyn wykluczenia określonych w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE.

Ponadto nowelizacja nakazuje wykluczyć wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu. Przepis ten wprowadza de facto domniemanie antykonkurencyjnych intencji, nakładając na nich obowiązek wykazania, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji. Oceny zamawiającego w tym zakresie mogą być kwestionowane, co nie będzie sprzyjało sprawności postępowania.

Jak się wydaje zaproponowane zmiany nie będą prowadziły do zwiększenia elastyczności postępowań zamówieniowych. Nakładają na wykonawców dodatkowe obowiązki i ograniczenia, a także mogą być podstawą do wykluczania kolejnych grup z udziału w zamówieniach. Wzmocniona ochrona, także samorządów, jako podmiotów zamawiających, jaką chciałby zapewnić ustawodawca, wydaje się raczej iluzoryczna. Efektem może być m.in. wycofanie się z polskiego rynku zamówień poważnych, międzynarodowych wykonawców, którzy wnikliwie badają ryzyka przystąpienia do postępowania, jak również dodatkowe kłopoty z odnalezieniem się w nowej rzeczywistości prawnej przez MSP. Nie będzie to raczej sprzyjać poprawieniu się sprawności realizacji zadań samorządowych w ramach systemu zamówień publicznych.

**MICHAŁ BAGŁAJ**

**Praktyka Infrastruktury i Energetyki, kancelaria Domański Zakrzewski Palinka**