

# Nieudany lifting zamówień publicznych

Katarzyna Kuźma, Sebastian Pietrzyk 25-02-2011, ostatnia aktualizacja 25-02-2011 03:11

**System zamówień publicznych powinien bazować na zasadach proporcjonalności i przejrzystości. Poselski projekt tym zasadom przeczy – twierdzą Senior Associate i Associate w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka**



źródło: arch. prywatne



źródło: arch. prywatne

Na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 punkt 1 [ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych \(tekst jednolity: DzU z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm., dalej: pzp\)](#) zamawiający jest zmuszony wykluczać nierzetelnych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obligatoryjność wykluczenia powstaje w razie wystąpienia szkody wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia przez wykonawcę, przy czym szkoda musi zostać stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania. Zamawiający, na korzyść którego zapadł wyrok, odpis prawomocnego orzeczenia przesyła do prezesa Urzędu Zamówień Publicznych prowadzącego wykaz wykonawców podlegających wykluczeniu. Wykaz ten powszechnie nazywany jest czarną listą.

Regulacja ta budziła i wciąż budzi wiele kontrowersji, zwłaszcza wśród wykonawców. Warto zwrócić w tym miejscu uwagę, co wielokrotnie było już przedmiotem wypowiedzi oraz analiz, że podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp jest jedną z najbardziej dotkliwych sankcji, szczególnie dla tych wykonawców, którzy swoją działalność skupiają głównie na sektorze publicznym.

Wydawać by się mogło, że przepis, który taką sankcję przewiduje, zostanie przez ustawodawcę bardzo precyzyjnie sformułowany. Tak się jednak nie stało. Przepis jest niejednoznaczny, a co więcej, budzi poważne wątpliwości co do jego zgodności z prawem europejskim.

## Nieproporcjonalność sankcji

Nieproporcjonalność sankcji wobec ewentualnych uchybień, jakich dopuścić się może wykonawca realizujący zamówienie publiczne, jest wręcz rażąca. Może on bowiem trafić na „czarną listę” nawet w razie niewielkiego uszczerbku (szkody) powstałego po stronie zamawiającego. Nie ma żadnego rozróżnienia między wykonawcą, który wyrządza minimalną nawet szkodę, a tym, który naraża zamawiającego na wielomilionowe straty. Co więcej, dobrowolne wykonanie sądzającego wyroku przez wykonawcę, bez konieczności prowadzenia przez zamawiającego postępowania egzekucyjnego, nie zmienia pozycji wykonawcy, który również w takiej sytuacji podlega wykluczeniu na trzy lata.

Na dodatek przepis zmusza zamawiającego do wykluczenia wykonawcy wciągniętego na „czarną listę” z każdego postępowania, niezależnie od przedmiotu świadczenia, które niekoniecznie musi być przecież tożsame ze świadczeniem uprzednio nienależycie wykonanym przez tego wykonawcę.

Wydaje się, że przepis ten nie zadowala również zamawiających, w praktyce nie spełnia bowiem swojej zasadniczej funkcji polegającej na eliminowaniu z rynku zamówień publicznych wykonawców, którzy nie gwarantują rzetelnej realizacji zamówienia.

Nie ulega więc wątpliwości, iż komentowany przepis powinien być znowelizowany, co zostało dostrzeżone również przez ustawodawcę. Niemniej przeprowadzona analiza potrzeb w tym zakresie (a może jej brak) i zaproponowane zmiany wydają się radykalnie sprzeczne z oczekiwaniami rynku.

## Nowa podstawa wykluczenia

Projekt zmian do pzp dotyczący treści art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp nie trafił jeszcze pod obrady Sejmu. Wstępne, opublikowane propozycje nie wydają się w sposób zadowalający regulować nieprecyzyjnej przedmiotowej podstawy wykluczenia wykonawców z postępowania. Polemika z projektowanym przepisem jest jednak na obecnym etapie przedwczesna.

Chcemy natomiast skoncentrować się na innym, daleko bardziej zaawansowanym i niepokojącym projekcie nowelizacji, który wprowadza nową podstawę wykluczenia z postępowań tzw. nierzetelnych wykonawców.

Według poselskiego projektu (druk sejmowy 3677) zamawiający będzie wykluczał wykonawcę:

- z którym rozwiązał, wypowiedział lub odstąpił od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność oraz
- gdy wartość niezrealizowanego zamówienia wynosi co najmniej 5 proc. wartości całkowitej.

W uzasadnieniu można przeczytać, iż niewykonanie zamówienia publicznego przez wykonawcę stanowi poważne naruszenie obowiązków wykonawcy wobec zamawiającego, co daje podstawę do wykluczenia takiego wykonawcy z kolejnych postępowań. Dodatkowo autorzy projektu wskazują, że wykluczenie z postępowania na podstawie okoliczności obecnie przewidzianych w art. 24 ust. 1 punkt 1 pzp może nastąpić dopiero po wydaniu prawomocnego wyroku sądowego, do którego dochodzi zazwyczaj po przeprowadzeniu długotrwałego postępowania sądowego. Podkreśla się, że po nowelizacji nie będzie konieczne wykazywanie przez zamawiającego powstania szkody, albowiem związane są z tym trudności dowodowe, które co do zasady powinny podlegać ocenie sądu powszechnego.

## Kuriozalne propozycje

Nowelizację tę należy ocenić jako kuriozalną. Projektowany przepis przyznaje zamawiającemu zbyt szerokie uprawnienia do kreowania sytuacji prawnej wykonawcy, który może zostać wykluczony z postępowania na podstawie arbitralnej decyzji zamawiającego, przy jednoczesnym pozbawieniu wykonawcy prawa do obrony.

Oczywiście już teraz należy domniemywać, że gdy zamawiający w sposób nieuzasadniony rozwiążą, wypowiedzą lub odstąpią od umowy, a następnie będą wykluczać wykonawców będących stroną takiej umowy z kolejnych postępowań, wykonawcy będą kierowali sprawy na drogę sądową, domagając się m.in. stosownych odszkodowań, choćby z tytułu utraconych korzyści, przy czym roszczenia wykonawców mogą przekroczyć zdolności finansowe zamawiających.

Dodatkowo takie – nieuzasadnione – umocnienie i tak już silnej pozycji zamawiających wpłynie również niekorzystnie na warunki realizacji umów o zamówienie publiczne, a co za tym idzie, na wzrost ryzyka po stronie wykonawców, co w konsekwencji może się wiązać ze wzrostem kosztów realizacji inwestycji po stronie zamawiających.

## W niezgodzie z dyrektywami

Co również istotne, planowana nowelizacja może naruszać przepisy unijne.

Autorzy zmian wskazują, że proponowany przepis, tak samo zresztą jak obowiązujący dzisiaj art. 24 ust. 1pkt 1 pzp, jest zgodny z **dyrektywą klasyczną 2004/18/WE** oraz dyrektywą sektorową 2004/17/WE.

Należy zauważyć, że art. 45 ust. 2 litera d dyrektywy klasycznej stanowi, że wykonawca może być wykluczony, jeżeli „jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające”. Po pierwsze dyrektywa we wskazanym przepisie statuuje fakultatywność wykluczenia, po drugie ogranicza możliwość wykluczenia wyłącznie do wypadków, w których istotne wykroczenie zawodowe wykonawcy wynika z jego winy, a po trzecie każdy taki przypadek musi być udowodniony przez instytucje zamawiające.

Na konieczność ścisłego interpretowania wykazu sytuacji stanowiących podstawę wykluczenia wskazuje natomiast wyrok **Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 16 grudnia 2008 r. (C-213/07)**.

Poselski projekt wprowadza obligatoryjność wykluczenia; utożsamia fakt odstąpienia przez zamawiającego od umowy z wykroczeniem zawodowym; całkowicie ignoruje konieczność

udowodnienia winy wykonawcy.

W sposób oczywisty wykracza więc poza ramy określone w dyrektywach wspólnotowych, a wskazana nowa przesłanka wykluczenia nie realizuje celów zapewniających zachowanie wszystkich zasad, na których powinien bazować system zamówień publicznych, w szczególności zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Reasumując: nowelizacja omawianego przepisu pozwalającego na umieszczanie wykonawców na „czarnej liście” jest konieczna. Jednak kierunek obrany przez autorów projektu poselskiego jest błędny i pozostaje wyrazić nadzieję, iż dla dobra wszystkich operatorów rynku zostanie odpowiednio skorygowany.

Rzeczpospolita