



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
VI kadencja
Prezes Rady Ministrów
DSPA-140-165(4)/10

Warszawa, 19 stycznia 2011 r.

Pan
Grzegorz Schetyna
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Przekazuję przyjęte przez Radę Ministrów **stanowisko** wobec poselskiego projektu ustawy:

- **o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (druk nr 3677).**

Jednocześnie informuję, że Rada Ministrów upoważniła Prezesa Rady Ministrów do reprezentowania Rządu w tej sprawie w toku prac parlamentarnych.

(-) Donald Tusk

Stanowisko Rządu wobec poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy

– Prawo zamówień publicznych

(druk nr 3677)

I. Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk 3677) przewiduje zmianę polegającą na wprowadzeniu w art. 24 w ust. 1 nowego przepisu, tj. pkt 1a, dotyczącego przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy zamawiający prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 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.

II. Na wstępie podkreślenia wymaga, że proponowana zmiana jest zgodna z prawem unijnym. Przepis art. 45 ust. 2 lid d dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE. L.04.134.114) dopuszcza możliwość wykluczania z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucję zamawiającą. Zauważyć zaś należy, że przewidywana w projektowanym art. 24 ust. 1 pkt 1a przesłanka wykluczenia odnosi się do sytuacji, w których, z uwagi na działanie bądź zaniechanie podjęcia określonych działań, do których na podstawie ustawy, umowy lub zasad współżycia społecznego wykonawca był obowiązany, spowodowało tak dalece niekorzystne skutki dla interesu zamawiającego, że nie jest on już zainteresowany dalszą realizacją przez tego wykonawcę umowy w sprawach zamówienia publicznego. Takie zachowanie wykonawcy, wiążące się najczęściej z nieprawidłowym wykonywaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz istotnym naruszeniem lojalności wobec zamawiającego, powodującym *de facto* utratę jego zaufania do wykonawcy, świadczy o nierzetelnym wywiązywaniu się z obowiązków wynikających z umowy i w konsekwencji musi być uznane za mieszczące się w przewidzianej w art. 45 ust. 2 lit d dyrektywy 2004/18/WE kategorii poważnego wykroczenia zawodowego.

III. Jak wynika z uzasadnienia do projektu, proponowana zmiana ma na celu zapewnienie ochrony zamawiających przed wykonawcami, którzy w przeszłości nie wykonali lub nieprawidłowo wykonywali zawartą z tymi samymi zamawiającymi umowę w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy fakt takiego nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia nie został jeszcze potwierdzony prawomocnym orzeczeniem sądu.

Należy zauważyć, że na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, wyłącznie w sytuacji gdy szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

Powyższe rozwiązanie, aczkolwiek zapewnia wysoką przejrzystość decyzji o wykluczeniu podejmowanych przez zamawiającego na podstawie prawomocnego orzeczenia wydawanego przez niezależny i niezawisły sąd, to jednak w niektórych sytuacjach może powodować, że zamawiający, którzy na skutek nie wykonania lub nieprawidłowego wykonywania zamówienia przez określonego wykonawcę zostali zmuszeni do podjęcia czynności skutkujących rozwiązaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, pozostaną pozbawieni możliwości zabezpieczenia się przed nawiązaniem kolejnego stosunku umownego z takim nierzetelnym wykonawcą. W sytuacji bowiem, gdy zamawiający zdecyduje się odstąpić od umowy w sprawie zamówienia publicznego, wypowiedzieć ją lub rozwiązać ze skutkiem natychmiastowym – z uwagi na nierzetelne wykonywanie zamówienia przez wykonawcę – a następnie, w związku z koniecznością kontynuowania rozpoczętego przedsięwzięcia, przeprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia celem wyłonienia innego podmiotu w miejsce wykonawcy nierzetelnego, to w przypadku złożenia przez tego samego wykonawcę oferty najkorzystniejszej zamawiający będzie obowiązany do zawarcia kolejnej umowy w sprawie zamówienia publicznego z tym samym wykonawcą, który uprzednio nie poradził sobie z realizacją świadczenia objętego przedmiotem zamówienia. Tym samym, zamówienie publiczne w takiej sytuacji zostaje udzielone podmiotowi, w odniesieniu do którego istnieją poważne i uzasadnione wątpliwości w zakresie jego zdolności do wykonania zamówienia, co może stawiać pod znakiem zapytania celowość zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy również podkreślić, że umożliwienie wykonawcy, z którym umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana, ponownego ubiegania się o to samo zamówienia przeczyłoby również istocie dokonanego przez zamawiającego odstąpienia od umowy, wypowiedzenia jej lub rozwiązania ze skutkiem natychmiastowym. Celem takiego działania zamawiającego jest bowiem co do zasady definitywne i ostateczne zakończenie stosunku umownego z konkretnym podmiotem, który nie wywiązuje się z zaciągniętych zobowiązań i *de facto* uniemożliwia realizację społeczno-gospodarczego zamierzenia, któremu służy zawarta między stronami umowa w sprawie zamówienia publicznego. Cel ten nie mógłby zostać osiągnięty w sytuacji, gdy po rozwiązaniu umowy zostałaby ona ponownie zawarta z tym samym wykonawcą.

IV. Jednocześnie wskazać należy, że nie jest celowe również dopuszczanie do sytuacji, w których zamawiający, który doprowadził do rozwiązania określonej umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, byłby obowiązany do wyboru oferty tego samego wykonawcy w innym postępowaniu. Oznaczałoby to bowiem akceptację dla obowiązku zamawiającego zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, z którym nie układała mu się współpraca na gruncie uprzednio obowiązującej umowy i wobec którego zamawiający mógł z uzasadnionych przyczyn utracić zaufanie niezbędne do prawidłowego współdziałania przy realizacji zawieranej umowy.

Podkreślenia tymczasem wymaga, że w chwili obecnej zamawiający, którzy z uwagi na zaniedbania ze strony wykonawców w realizacji umowy doprowadzili do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, mogą wykluczać takich wykonawców z prowadzonych przez siebie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jedynie w sytuacji, gdy wobec nich zostanie wydane oraz uprawomocni się orzeczenie stwierdzające wyrządzenie szkody nie wykonaniem zamówienia lub wykonaniem zamówienia nienależycie. Powoduje to, że nawet w przypadku skierowania przeciwko nierzetelnemu wykonawcy powództwa o zapłatę odszkodowania lub kwoty odpowiadającej karom umownym, do czasu wydania i uprawomocnienia się orzeczenia sądu oferty takiego wykonawcy muszą być uwzględniane w prowadzonych przez zamawiającego postępowaniach i w konsekwencji mogą prowadzić do zawierania na ich podstawie umów w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, Rząd Rzeczypospolitej Polskiej za uzasadnione uznaje również zaproponowane w projekcie rozwiązanie polegające na objęciu zakresem wprowadzanej w art. 24 ust. 1 pkt 1a podstawy wykluczenia wykonawcy ze wszystkich postępowań prowadzonych przez danego zamawiającego w okresie 3 lat od rozwiązania umowy lub odstąpienia od niej z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

V. Zgodnie ze zmianą zaproponowaną w projekcie ustawy, uprawniony do dokonania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a będzie wyłącznie ten zamawiający, który wcześniej zawarł z wykluczonym wykonawcą umowę w sprawie zamówienia publicznego, a następnie, na skutek okoliczności leżących po stronie wykonawcy, umowę tę rozwiązał, wypowiedział albo od niej odstąpił. Jest to uzasadnione, albowiem tylko ten zamawiający będzie posiadał pełną wiedzę na temat okoliczności towarzyszących rozwiązaniu umowy (odstąpieniu od niej) oraz dysponował szczegółową dokumentacją potwierdzającą te okoliczności.

Jednocześnie, nawet ten zamawiający nie będzie mógł podejmować decyzji o wykluczeniu w sposób arbitralny. Czynność wykluczenia jest bowiem czynnością, w odniesieniu do której wykonawcy przysługuje ochrona w postaci prawa do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Przy czym, zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 3

ustawy – Prawo zamówień publicznych, z uprawnienia tego wykonawca może korzystać również w tych postępowaniach, w których kognicja Krajowej Izby Odwoławczej jest – z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia mniejszą od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ww. ustawy – ograniczona. Podkreślenia również wymaga, że procedura rozpoznawania odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą cechuje się wysoką efektywnością – zapewnia bowiem szybkie rozstrzygnięcie sporu pomiędzy wykonawcą i zamawiającym (tj. w ciągu 15 dni od dnia doręczenia odwołania Prezesowi Izby) i umożliwia weryfikację oraz zmianę decyzji zamawiającego podjętej w danym postępowaniu.

VI. Mając na uwadze, że propozycja wprowadzenia w art. 24 ust. 1 pkt 1a przesłanki wykluczenia wykonawcy służy, analogicznie jak obecnie podstawa wykluczenia wykonawcy przewidziana w obecnie obowiązującym art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, wyeliminowaniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców nierzetelnych i niesolidnych, w ocenie Rządu Rzeczypospolitej Polskiej proponowane przez projektodawcę skorelowanie okresu wykluczenia na podstawie przywołanych przepisów poprzez ograniczenie go terminem 3 lat jest w pełni uzasadnione.

Mając na względzie powyższe, Rada Ministrów zajmuje pozytywne stanowisko wobec poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk nr 3677).