



**Komitet Stały Rady Ministrów
Kancelaria Prezesa Rady Ministrów
Al. Ujazdowskie 1/3
00-583 Warszawa**

Warszawa, dnia 26 marca 2017r.

Szanowni Państwo,

w związku z toczącymi się pracami legislacyjnymi nad ustawą o jawności życia publicznego (ostatnia wersja projektu datowana jest na 8.01.2018 i dostępna pod linkiem <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12304351/katalog/12465433#12465433>) zwaną dalej Ustawą o Jawności, Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych (zwane dalej Stowarzyszeniem) po zapoznaniu się z treścią projektu tej ustawy, zwraca uwagę, że niektóre z projektowanych przepisów mające ścisły związek z ustawą Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej Pzp) będą negatywnie oddziaływać na funkcjonowanie całego systemu zamówień publicznych. Stowarzyszenie stoi na stanowisku, że opisane poniżej przepisy nie powinny zostać uchwalone w projektowanym brzmieniu.

I. Podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

1. Zgodnie z **art. 112 pkt . 4 projektu Ustawy o Jawności** w art. 24 w ust. 1 Pzp po pkt 14 dodaje się pkt 14a, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę ukaranego za niezrealizowanie obowiązku (wynikającego z innych projektowanych przepisów) w zakresie opracowania i realnego stosowania wewnętrznych procedur antykorupcyjnych. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z projektowanymi przepisami wykonawca ukarany w zw. z wskazaną powyżej okolicznością nie będzie mógł ubiegać się o uzyskanie zamówienia publicznego przez 5 lat.

Powyższe zmiany w swej istocie prowadzą do wprowadzenia do Pzp obowiązkowej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Trzeba zaznaczyć, że katalog przesłanek wykluczenia wskazany w Pzp wynika wprost z regulacji prawa unijnego, tj. Dyrektywy 2014/24/UE dotyczącej zamówień publicznych (zwanej dalej Dyrektywą 2014/24/UE). Katalog ten jest ograniczony i nie przewiduje podstawy wykluczenia proponowanej w projekcie Ustawy o Jawności. Możliwości wprowadzenia nowych, niewymienionych wprost w Dyrektywie 2014/24/UE przesłanek wykluczenia są bardzo ograniczone, co jednoznacznie podkreśla się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (m.in. wyrok TSUE z dnia 9 lutego 2006, sprawa C-226/04 oraz C-228/04, La Cascina, lub wyrok TSUE z dnia 16 grudnia 2008, sprawa C-213/07, Michaniki AE). Przesłanka wykluczenia proponowana w projekcie Ustawy o Jawności nie spełnia warunków dla uznania jej za zgodną z prawem unijnym. Wprowadzenie takiego przepisu i następnie jego wykorzystywanie w praktyce przez zamawiających będzie miało negatywne konsekwencje, w szczególności we wszystkich projektach współfinansowanych ze środków unijnych i narazi Skarb Państwa lub beneficjentów na dotkliwe kary w postaci tzw. korekt finansowych.

2. Wprowadzenie nowej przesłanki wykluczenia będzie naruszało również zasadę równego traktowania wykonawców i zakazu dyskryminacji. Wynika to z faktu, iż zgodnie z art. 67 ust. 1 projektu Ustawy o Jawności obowiązek stosowania wewnętrznych procedur antykorupcyjnych (za naruszenie którego

miałyby grozić sankcja w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) dotyczy wyłącznie przedsiębiorców będących co najmniej średnim przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Tak sformułowana przesłanka wykluczenia mogłaby zatem znaleźć zastosowania wyłącznie wobec określonej kategorii wykonawców, a nie wobec wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielanie zamówień publicznych. W jaskrawy sposób stoi to w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców.

3. Nowa przesłanka wykluczenia budzi również poważne wątpliwości co do zgodności z zasadą proporcjonalności. Sankcja w postaci wykluczenia wykonawcy z zamówień publicznych wynikająca z proponowanej treści art. 24 ust. 1 pkt. 14a Pzp ma być konsekwencją naruszenia przez przedsiębiorcę obowiązku określonego w art. 67 Ustawy o Jawności przy braku uwzględnienia stopnia zawinienia, skali i konsekwencji naruszenia tego obowiązku przez przedsiębiorcę oraz wymiaru nałożonej kary.

Ponadto, wykonawca taki zostaje pozbawiony możliwości poddania się procedurze tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 – 10 ustawy PZP. Zwracamy uwagę, że w założeniu projektodawców wprowadzeniu art. 24 ust. 1 pkt 14a Pzp nie towarzyszy zmiana innych przepisów tej ustawy dotyczących tzw. procedury *self-cleaning* („samooczyszczenie”). Tymczasem, zgodnie z Dyrektywą 2014/24/UE państwa członkowskie mają obowiązek zapewnienia wszystkim wykonawcom możliwości przedstawienia dowodów na to, że podjęli środki wystarczające dla wykazania rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. W polskim systemie prawnym obowiązek ten jest realizowany w treści art. 24 ust. 8 Pzp. Jednakże projekt Ustawy o Jawności nie modyfikuje tego przepisu i nie przewiduje jakiegokolwiek możliwości „samooczyszczenia” wykonawcy, który ewentualnie zostałby ukarany za niewprowadzenie, niestosowanie lub stosowanie pozorne wewnętrznej procedury antykorupcyjnej. Należy przy tym podkreślić, że rozwiązanie zakładające automatyzm wykluczania jest oczywiście niedopuszczalne w świetle ugruntowanej linii zarówno polskich, jak i unijnych organów wyspecjalizowanych w rozstrzyganiu spraw z zakresu prawa zamówień publicznych. Przede wszystkim należy w tym kontekście przywołać wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 grudnia 2012 r. wydany w „polskiej” sprawie (C-465/11 Forposta S.A., ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.), w którym jednoznacznie stwierdzono, że *„zasady i normy prawa Unii z zakresu zamówień publicznych nie uzasadniają tego, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słusznym interesów instytucji zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe, takie jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego, zobowiązywały instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy”*.

4. Stowarzyszenie stoi na stanowisku, że już obecnie w polskim systemie prawnym istnieją instrumenty proporcjonalne i wystarczające dla osiągnięcia celów projektodawcy – obowiązujące normy prawa zamówień publicznych (w szczególności cały katalog podstaw wykluczenia zawarty w art. 24 Pzp), przewidują „sankcje” w związku z wystąpieniem stanów faktycznych, których występowaniu chce zapobiegać projektodawca.

Postulat: w świetle powyższego jednoznacznie negatywnie oceniamy propozycję zmiany, wnioskując o rezygnację z jej wprowadzenia.

II. Rozwiązanie umowy (zamówienia publicznego)

1. Projektowane przepisy zakładają również (w art. 112 pkt 13-14 projektu Ustawy o Jawności) zmianę art. 145a i 145b Pzp w ten sposób, że zamawiający będą uprawnieni do rozwiązania zawartej umowy m.in. w następujących przypadkach:

- gdy „osobie, która w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy umowa działała w imieniu lub na rzecz wykonawcy w związku z tym działaniem **przedstawiono zarzut przekupstwa**”;
- jeżeli wykonawca zostanie ukarany za naruszenie ww. obowiązku opracowania i realnego stosowania wewnętrznej procedury antykorupcyjnej (obowiązek zostanie uznany za naruszony również w przypadku stwierdzenia, że „stosowane wewnętrzne procedury były pozorne”).

Jednocześnie rozwiązanie umowy w ww. przypadkach będzie uprawniało zamawiającego do wypłacenia wyłącznie części wynagrodzenia wykonawcy, przy czym w przypadku rozwiązania ze względu na „przedstawienie zarzutu przekupstwa” będzie oznaczało, że wykonawcy w ogóle nie będą mogli uzyskać wynagrodzenia, nawet za już wykonane części zawartej umowy.

2. W odniesieniu do tych rozwiązań Stowarzyszenie zajmuje kategoryczne stanowisko, że projektowane przepisy są niemożliwe do zaakceptowania, gdyż podważają podstawowe zasady funkcjonowania obrotu gospodarczego, w tym zasady unijnego i polskiego prawa zamówień publicznych.
3. Z formalnego punktu widzenia należy podkreślić, że przywołane propozycje zawarte w projekcie Ustawy o Jawności zawierają liczne zwroty niedookreślone. (Problem ten dotyczy również projektowanej, nowej przesłanki wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne, o której mowa w punkcie I niniejszego pisma). O ile nie jest zakazane korzystanie z pojęć nieostrych przy kształtowaniu prawa, to jednak zgodnie z ugruntowanym i jednoznacznym stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego (zob. wyrok z dnia 17 października 2000 sygn. SK 5/99), tworzone przepisy muszą gwarantować adresatom prawa minimum przewidywalności w zakresie sposobu stosowania tych przepisów. Tymczasem należy zaznaczyć, że w analizowanym przypadku całkowicie niejasne jest m.in.:
 - na podstawie jakich kryteriów uprawniony organ będzie ustalał, że „stosowane wewnętrzne procedury były pozorne”,
 - jak należy rozumieć autonomiczne pojęcie normatywne „przekupstwo”,
 - na czym polegać ma „przedstawienie zarzutu przekupstwa”, w szczególności kto będzie uprawniony do jego „przedstawienia” (wyłącznie organy administracji publicznej czy również działający na konkurencyjnym rynku przedsiębiorcy).

W tym kontekście w ocenie Stowarzyszenia projektowane rozwiązania nie spełniają warunku określoności zwrotów niedookreślonych użytych w przepisie, co podważa ich konstytucyjność, a także prowadzi do wniosku o niezgodności z zasadami techniki prawodawczej.

4. Ponadto należy zauważyć, że sytuacja w której umowa będzie mogła zostać rozwiązana już w przypadku „przedstawienia zarzutu przekupstwa”, który to zarzut nie musi następnie zostać potwierdzony prawomocnym orzeczeniem sądowym, przy jednoczesnym uprawnieniu zamawiającego do niewypłacenia wynagrodzenia nawet za wykonaną część umowy, całkowicie wyeliminuje poczucie prawnej i ekonomicznej pewności uczestników rynku zamówień publicznych. Tymczasem, w tradycji unijnego i polskiego prawa zamówień publicznych nie budzi wątpliwości, że umowy o zamówienie publiczne zostały przez ustawodawcę skonstruowane jako źródło zobowiązań o charakterze trwałym, które, jeżeli tylko są wykonywane należycie, to powinny istnieć aż do upływu terminu, na jaki zawarta została umowa. W konsekwencji przyjmuje się, że niedopuszczalne jest wprowadzanie rozwiązań (zarówno kontraktowych jak i ustawowych), które uzależniałyby zakres zamówienia i sposób jego realizacji od zdarzeń całkowicie niepewnych lub zależnych od woli innych podmiotów (zob. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2014 r. o sygn. KIO 2177/14, czy cytowany w nim wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 września 2005 sygn. akt V Ca 1110/04).
5. Istotne jest również, że obecnie obowiązująca treść art. 145a i 145b Pzp nawiązuje do art. 73 Dyrektywy 2014/24/UE. Przepisy te zostały wprowadzone przez prawodawcę unijnego na zasadzie wyjątku, a więc – podobnie jak ma to miejsce w odniesieniu do podstaw wykluczenia – państwa członkowskie nie mogą swobodnie modyfikować obszarów objętych tą regulacją unijną. Z pewnością

jednak niedopuszczalne jest ich modyfikowanie w taki sposób, że rozwiązanie umowy połączone z wyłączeniem uprawnienia przedsiębiorców do uzyskania należnego im wynagrodzenia będzie uzależnione od całkowicie niejasnych przesłanek.

Postulat: w związku z powyższym należy stwierdzić, że projektowane zmiany art. 145a i 145b Pzp są niemożliwe do zaakceptowania w świetle zasad konstytucyjnych, a także obowiązujących norm unijnego i polskiego prawa zamówień publicznych. Wobec tego Stowarzyszenie wnioskuję o rezygnację z ich wprowadzenia i wykreślenie z projektu Ustawy o Jawności w art. 112 pkt 13-14 projektu Ustawy o Jawności.

III. Oświadczenia majątkowe

1. Zgodnie z art. 46 pkt. 151 Ustawy o Jawności obowiązek złożenia oświadczenia majątkowego dotyczy osób związanych (niekiedy związek ten jest luźny i niebezpośredni) z funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.
2. Stowarzyszenie stoi na stanowisku, że wprowadzenie obowiązku złożenia oświadczenia majątkowego przez osoby, które przykładowo występują w roli członka komisji przetargowej lub brały udział w przygotowywaniu opisu przedmiotu zamówienia lub Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oznaczać będzie w praktyce, iż obowiązek ten będzie potencjalnie obejmować osoby zatrudnione u zamawiającego, które pełnią funkcje czysto operacyjne a nie władcze, często zajmujące średnie lub niższe stanowiska specjalistyczne. Dodatkowo, również w tym zakresie projekt Ustawy o Jawności jest bardzo nieprecyzyjny, co może prowadzić także do skrajnej interpretacji, zgodnie z którą powyższym obowiązkiem byłyby objęte także osoby, które nie są zatrudnione u zamawiającego, tj. np. doradcy zewnątrzni, techniczni i prawni, którzy zostają powołani do komisji przetargowej lub wspierają zamawiającego w przygotowaniu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
3. W konsekwencji istnieje uzasadniona obawa, iż w obliczu tak sformułowanego obowiązku ustawowego w art. 46 pkt 151 Ustawy o Jawności, który w naszej ocenie wykracza poza cel i sens Ustawy o Jawności (obowiązki złożenia oświadczeń majątkowych co do zasady dotyczą osób zajmujących publiczne stanowiska kierownicze lub pełniące szczególne funkcje w związku z pracą jako funkcjonariusze określonych służb), zamawiający będą mieli problem z zaangażowaniem doradców zewnętrznych do pomocy przy prowadzeniu postępowań, jak również ze znalezieniem kandydatów wewnątrz swoich organizacji chętnych do świadczenia pracy związanej z zamówieniami publicznymi. Istnieje zatem uzasadnione ryzyko deprofesjonalizacji procesu udzielania zamówień publicznych u zamawiających ze wszystkimi związanymi z tym konsekwencjami, jak również znacznych opóźnień w przygotowywaniu i prowadzeniu postępowań o zamówienie publiczne, co może się wiązać m.in. z opóźnieniami w realizacji projektów z dofinansowaniem unijnym

Postulat: Wnioskujemy zatem o rezygnację z wprowadzenia i wykreślenie przepisu art. 46 pkt. 151 z projektu Ustawy o Jawności.

IV. Ograniczenia zmiany miejsca pracy

1. Zgodnie z art. 38 projektu Ustawy o Jawności osoby fizyczne nie będą mogły być zatrudnione, ani też będą mogły wykonywać innych odpłatnych zajęć dla przedsiębiorcy, jeżeli brały udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (nawet jeżeli nie podejmowały decyzji), w wyniku którego ten przedsiębiorca uzyskał zamówienie, lub jeżeli nadzorowały realizację takiej umowy.
2. Przepis ten – stanowiący jeden z przepisów dotyczących kwestii unikania konfliktu interesów przez osoby pełniące funkcje publiczne – w ocenie Stowarzyszenia ustanawia całkowicie nieproporcjonalny zakaz podejmowania zatrudnienia przez osoby pełniące określone stanowiska u zamawiających publicznych, w firmach wykonawców, którzy byli lub są stronami umów z podmiotem zamawiającym w którym zatrudniona była dana osoba. Stowarzyszenie stoi na stanowisku, że powyższe ograniczenie

jest nadmiernie uciążliwe, głównie ze względu na okres jego trwania (3 lata po odejściu z pracy u zamawiającego).

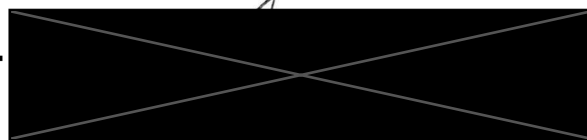
3. Biorąc pod uwagę, że zakaz ten dotyczy głównie kadry menadżerskiej zamawiającego, istnieje uzasadniona obawa, iż prawo takich osób do swobodnego zatrudnienia w sektorze prywatnym będzie nadmiernie ograniczone ze względu na wcześniej pełnioną funkcję w sektorze publicznym. Sam fakt pełnienia kierowniczego stanowiska w spółce, która udziela wielu zamówień publicznych (od dostaw papieru, poprzez sprzęt biurowy, a kończąc na dużych zamówieniach stanowiących zasadniczy przedmiot działalności danego podmiotu) może prowadzić do faktycznego pozbawienia danej osoby możliwości pracy zgodnej ze swoim doświadczeniem i umiejętnościami przez okres 3 lat w sektorze prywatnym. Takie ograniczenie jest, jak zostało powiedziane powyżej, nieproporcjonalne, a dodatkowo może doprowadzić do zmniejszenia liczby kandydatów chętnych do pracy w sektorze publicznym, w konsekwencji natomiast do braku możliwości dalszego profesjonalizowania się tego sektora.

Postulat: stoimy na stanowisku, że konieczne byłoby co najmniej skrócenie okresu trwania zakazu do maksymalnie 1 roku (co jest zbieżne z długością umów o zakazie konkurencji występujących w praktyce prawa pracy) oraz rozważenie powielenia rozwiązania, które Ustawa o Jawności przewidziała w art. 111 pkt. 4 lit. d w stosunku do żołnierzy zawodowych, a więc obowiązku pracodawcy do przekazania osobie objętej zakazem, o którym mowa w art. 38 Ustawy o Jawności, wykazu wykonawców objętych zakazem zatrudnienia przy odejściu z pracy.

Z poważaniem



Katarzyna Kuźma
Wiceprezes Zarządu



Jan Rolinski
Członek Zarządu

Do wiadomości:

- Mariusz Haładaj, Podsekretarz stanu, Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii;
- Mariusz Kamiński, Minister - członek Rady Ministrów, Koordynator służb specjalnych, Kancelaria Prezesa Rady Ministrów;
- Małgorzata Stręciwilk, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych