

Zmiany dotyczące zamówień publicznych w projekcie ustawy o jawności życia publicznego

Wiele kontrowersji i dyskusji w środowisku prawniczym wzbudza ostatnio projekt ustawy o jawności życia publicznego. Jej planowany zakres jest bardzo szeroki obejmując m.in. regulację działalności lobbingowej, obowiązki wprowadzania procedur antykorupcyjnych w przedsiębiorstwach czy też instytucję sygnalisty.

JAN ROLIŃSKI

Pomimo tego, iż nadrzędny cel jaki przyświecał projektodawcy ustawy o jawności życia publicznego¹ zasługuje na aprobatę, bowiem wiąże się z dążeniem do wzmocnienia przejrzystości funkcjonowania instytucji państwa, rozwiązania w niej zaproponowane, a w szczególności te, które będą oddziaływać na rynek zamówień publicznych, zasługują na krytykę.



JAN ROLIŃSKI
Adwokat, starszy partner w Kancelarii Wierciński, Kwieciński, Baehr, gdzie kieruje praktyką prawa zamówień publicznych.

NOWA PRZESŁANKA WYKLUCZENIA

Autor w projekcie ustawy o jawności przewidział – zgodnie z jej art. 112 pkt 4 – że do katalogu przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 w ust. 1 Pzp po pkt 14 zostanie dodany 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. Obowiązek wykluczenia dotyczyć więc będzie wykonawcy, na którego nałożono karę pieniężną za brak wypełnienia obowiązków wynikających z ww.

¹ W dalszej części – „ustawa o jawności”.

projektu ustawy, mianowicie za brak wprowadzenia procedur antykorupcyjnych, brak ich stosowania lub stosowanie ich w taki sposób, że przedsięwzięte środki antykorupcyjne są nieskuteczne. Przy czym kara ta ma być nakładana, gdy wraz z uchybieniem wspomnianym obowiązkom, postawiony zostanie zarzut popełnienia przestępstwa korupcji osobie działającej w imieniu lub na rzecz przedsiębiorcy.²

Co szczególnie ważne, dla zastosowania omawianej sankcji wobec przedsiębiorcy nie będzie konieczne ustalenie faktu popełnienia przestępstwa w drodze prawomocnego wyroku.

Teoretycznie wystarczającą podstawą do nałożenia ww. kary mogłoby się okazać prokuratorskie postanowienie o przedstawieniu zarzutów, które nie dość, że niekoniecznie musi zakończyć się wydaniem wyroku skazującego, to także może w ogóle nie doprowadzić do wniesienia przez prokuratora aktu oskarżenia do sądu.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z projektowanymi przepisami wykonawca ukarany w zw. ze wskazaną powyżej okolicznością nie będzie mógł ubiegać się o uzyskanie zamówienia publicznego przez 5 lat, a jednocześnie zostanie pozbawiony możliwości poddania się procedurze tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8–10 Pzp, jako że na chwilę obecną projekt nie przewiduje możliwości skorzystania z tej instytucji. Omawiana podstawa wykluczenia ma być stosowana automatycznie, a więc niezależnie od stopnia zawinienia przedsiębiorcy, skali i konsekwencji naruszenia oraz wymiaru nałożonej kary.

Projektowane rozwiązanie należy zatem ocenić negatywnie. Dodanie pkt 14a do art. 24 Pzp oznacza *de facto* wprowadzenie, nieznanego dotychczas prawu unijnemu i krajowemu, obligatoryjnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która budzi zasadnicze wątpliwości co do jej zgodności z prawem unijnym.

Trzeba bowiem zaznaczyć, że katalog przesłanek wykluczenia wskazany w Pzp wynika wprost z pra-

wa unijnego, tj. z Dyrektywy 2014/24/UE dotyczącej zamówień publicznych (zwanej dalej „Dyrektywą 2014/24/UE”). Katalog ten jest co do zasady zamknięty i nie zawiera podstawy wykluczenia, o której mowa w projekcie ustawy o jawności. Co prawda, istnieje możliwość wprowadzenia w prawie krajowym nowych, niewymienionych wprost w Dyrektywie 2014/24/UE przesłanek wykluczenia, jednak możliwość ta jest znacznie ograniczona, a omawiana podstawa wykluczenia nie spełnia przesłanek dopuszczalności wykroczenia poza katalog Dyrektywy 2014/24/UE.

Przemawia za tym argument, że środki przyjmowane przez państwa członkowskie muszą być zgodne z zasadą proporcjonalności (nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia zakładanego celu i nie mogą cechować się automatyzmem w stosowaniu)³.

Co więcej, podmiotowy zakres zastosowania projektowanej Ustawy o Jawności pozwala przyjąć, że zastosowanie przez zamawiających tej podstawy wykluczenia może prowadzić do naruszenia zasady 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, a w konsekwencji obowiązek wykluczenia wykonawcy, który ich nie przestrzega, dotyczy wyłącznie średnich i większych przedsiębiorców w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców.

MOŻLIWOŚĆ ROZWIĄZANIA UMOWY Z WYKONAWCĄ

Zaskakującym i niezwykle kontrowersyjnym rozwiązaniem przyjętym przez projektodawcę jest możliwość rozwiązania przez zamawiającego umo-

² Tak też wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy o jawności z dnia 23.10.2017 r., s. 27.

³ Np. wyrok TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta S.A., wyrok TSUE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 Michaniki i wyrok TSUE z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 Assitur.

wy zawartej z wykonawcą w następujących przypadkach określonych w art. 112 pkt 13–14 projektu ustawy o jawności, przewidujących zmianę art. 145a i 145b Pzp, a mianowicie:

- 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**”).

Dodatkowo w świetle elementarnych zasad wynikających z istoty stosunku cywilnoprawnego i funkcjonowania obrotu gospodarczego niedopuszczalne wydaje się przyjęcie, że rozwiązanie umowy w ww. przypadkach będzie uprawniało zamawiającego do wypłacenia wyłącznie części wynagrodzenia wykonawcy. Przy czym w przypadku rozwiązania umowy ze względu na „przedstawienie zarzutu przekupstwa” rozwiązanie umowy spowoduje, że wykonawcy w ogóle nie będą mogli uzyskać wynagrodzenia, nawet za już wykonane części zawartej umowy.

W tym miejscu pojawia się jednak następujące pytanie: czy wykonawca, który rzetelnie będzie realizować obowiązki nałożone ustawą o jawności powinien obawiać się omawianej kompetencji zamawiającego?

Oczywiście, co do zasady odpowiedź powinna być przecząca. Niemniej jednak nie wiadomo jak używane przez projektodawcę nieostre pojęcia będą w praktyce interpretowane. To z kolei w kontekście faktu, że dotyczą one sankcji nakładanych na podmioty prywatne, poddaje pod wątpliwość, czy projektowane przepisy są zgodne z zasadami techniki prawodawczej i obowiązkiem zagwarantowania elementarnej przewidywalności sposobu ich stosowania.

W szczególności 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 pojęcie „przekupstwo” i jakie czyny mieszczą się w zakresie zastosowania tego pojęcia;
- 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 zakresie zwraca również uwagę możliwość postawienia projektowanym rozwiązaniom zarzutu naruszenia zasady domniemania niewinności, i poczucia bezpieczeństwa prawnego.

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.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że projektowane zmiany art. 145a i 145b Pzp są niemożliwe do zaakceptowania w świetle obowiązujących norm unijnego i polskiego prawa zamówień publicznych. Wobec tego należy zdecydowanie liczyć a wręcz domagać się, aby zrezygnowano z ich wprowadzenia i ostatecznie wykreślono z art. 112 projektu ustawy o jawności pkt 13–14.

OŚWIADCZENIA MAJĄTKOWE

Projekt ustawy o jawności przewiduje również obowiązek składania oświadczeń majątkowych przez osoby dokonujące czynności związanych z organizacją i przeprowadzaniem postępowań

o udzielenie zamówienia publicznego po stronie podmiotu zamawiającego.

Zgodnie bowiem z projektowanym art. 46 pkt. 151 ustawy o jawności obowiązek złożenia oświadczenia majątkowego dotyczy „osób biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”. Tymczasem związek takich osób z funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych może być niekiedy luźny i niebezpośredni.⁴

Wprowadzenie obowiązku złożenia oświadczenia majątkowego przez osoby, które przykładowo występują w roli członka komisji przetargowej lub brały udział w przygotowywaniu opisu przedmiotu zamówienia lub SIWZ, 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 zewnętrzni, techniczni i prawni, którzy zostają powołani do komisji przetargowej lub wspierają zamawiającego w przygotowaniu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji istnieje uzasadniona obawa, iż w obliczu tak sformułowanego obowiązku w art. 46 pkt 151 projektu ustawy o jawności, który w naszej ocenie wykracza poza cel i sens projektu ustawy o jawności (obowiązki złożenia oświadczeń majątkowych co do zasady powinny dotyczyć osób zajmujących publiczne stanowiska kierownicze lub pełniące szczególne funkcje w związku z pracą jako funkcjonariusze określonych służb), zamawiający będą mieli problem z zaangażowaniem doradców 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.

OGRANICZENIA ZMIANY MIEJSCA PRACY

Kontrowersje budzi również rozwiązanie przewidziane w art. 38 projektu ustawy o jawności, zgodnie z którym osoby fizyczne nie będą mogły być zatrudnione, ani też nie 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.

Przepis ten – jako jeden z dotyczących kwestii unikania konfliktu interesów przez osoby pełniące funkcje publiczne – 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. Powyższe ograniczenie wydaje się nadmiernie uciążliwe, głównie ze względu na okres jego trwania wynoszący 3 lata po zaprzestaniu wykonywania pracy dla z zamawiającego.

Biorąc pod uwagę, że zakaz ten dotyczy głównie kadry menadżerskiej zamawiającego, istnieje uzasadniona obawa, iż prawo takich osób do swobodnego

⁴ Art. 46 pkt. 151 projektu Ustawy o Jawności wskazuje, że obowiązek ten dotyczy m.in. kierownika zamawiającego bądź osoby, której powierzono wykonywanie czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego, członka komisji przetargowej, osoby przygotowującej SIWZ, osoby wchodzącej w skład sądu konkursowego czy też biegłego, jeżeli został on powołany przez kierownika zamawiającego.

zatrudnienia w sektorze prywatnym będzie nadmiernie ograniczone ze względu na wcześniej pełnioną funkcję w sektorze publicznym. Sam fakt zajmowania 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 z jej doświadczeniem i umiejętnościami przez okres 3 lat w sektorze prywatnym. Takie ograniczenie wydaje się 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.

Warto nadmienić, że podobne stanowisko w sprawie projektowanych zmian dotyczących Pzp zajął m.in. Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych, stwierdzając przykładowo w odniesieniu do ww. projektowanego zakazu zatrudniania, że „pozostawienie przepisu w obecnym brzmieniu spowoduje, że osoby, których on dotyczy, po ustaniu sprawowania funkcji, będą zobowiązane do dokonywania

przeglądu wszystkich rozstrzygnięć, decyzji, czy czynności (...) z całego okresu sprawowania funkcji, który może obejmować okres wielu lat i ustalenie okoliczności, o których mowa w tym przepisie, także z uwagi na okres przechowania odnośnej dokumentacji może okazać się niemożliwe.”⁵

PODSUMOWANIE

Proponowane w projekcie ustawy o jawności rozwiązania, związane z funkcjonowaniem rynku zamówień publicznych należy ocenić krytycznie. W dalszym ciągu znajduje się on na etapie prac w Rządowym Centrum Legislacji (obecnie procedowany jest przez Komitet Stały Rady Ministrów).

Należy wyrazić nadzieję, że ustawodawca uwzględni krytyczne uwagi zgłoszone do projektu w trakcie konsultacji publicznych, a docelowe rozwiązania ostatecznie okażą się proporcjonalne do zakładanych celów i zgodne z prawem polskim i unijnym.

⁵ Stanowisko wiceprezesa UZP z dnia 30.10.2017 r.

Tekst powstał na podstawie stanowiska Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych, skierowanego w toku prac legislacyjnych do Komitetu Stałego Rady Ministrów, w którego przygotowaniu brali udział członkowie Stowarzyszenia i jego władz, między innymi radca prawny Katarzyna Kuźma i adwokat Jan Roliński.