



Rząd przyjął projekt nowelizacji prawa zamówień publicznych, który zaostrzy sankcje wobec nierzetelnych wykonawców. Polskie przepisy staną się jeszcze bardziej restrykcyjne, a urzędnik wykluczy z przetargu firmę na podstawie tego, że inny urzędnik rozwiązał z nią umowę. Wykonawcy będą musieli także składać listę wszystkich spółek, które należą do ich grupy kapitałowej. To przepis, który utrudni życie przedsiębiorców - protestuje Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych Lewiatan.

W ostatnim czasie rząd przyjął projekt ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Równocześnie, przygotowana została propozycja zmian do ustawy PZP. W obu dokumentach znajdują się rozwiązania dobre dla przedsiębiorców, jak np. zniesienie sanacyjnego zatrzymania wadium za nie uzupełnienie dokumentów, czy ramy umożliwiające dalszą elektronizację zamówień publicznych.

Jednocześnie Ministerstwo Sprawiedliwości przygotowało projekt zmian w ustawie o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, w której zniesiony jest pułap aż 5 mln zł opłaty od skargi do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. To także spełnienie postulatu, który Lewiatan zgłaszał od dwóch lat.

Niestety, w projekcie ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi znalazły się rozwiązania szkodliwe lub niewystarczające dla przedsiębiorców. Szczególnie krytycznie PKPP Lewiatan ocenia trzy rozwiązania projektu ustawy.

- **Wykluczenie wykonawców z wszelkich zamówień z powodu rozwiązania lub wypowiedzenia umowy**

W projekcie ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi wprowadza się nowy przepis art. 24 ust. 1 pkt 1b. Nawiązuje on do obecnie obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy - Prawo zamówień publicznych. Przewiduje wykluczenia wykonawców z wszelkich postępowań prowadzonych przez zamawiającego, który wypowiedział lub odstąpił od umowy o zamówienie publiczne, jeżeli przyczyny wypowiedzenia lub odstąpienia przypisuje wykonawcy.

Nowoprojektowany przepis rozszerza możliwość wykluczenia z tego powodu na wszystkie postępowania w kraju (tj. prowadzone przez wszystkich zamawiających), w których szacunkowa wartość zamówienia przekracza 20 mln euro w przypadku robót budowlanych lub 10 mln euro dla pozostałych zamówień. PKPP Lewiatan uważa, że polskie prawo zamówień publicznych stanie się w jeszcze większym stopniu restrykcyjne. Wykluczenie będzie pozostawało poza kontrolą sądową. Nawet jeżeli wykonawca wykaże przed sądem niesłuszność odstąpienia lub wypowiedzenia umowy, to i tak będzie podlegał wykluczeniu. Przepis może zostać użyty jako dogodny instrument pozaprawnej presji wobec wykonawców.

Nowy przepis nie uzależnia wykluczenia od wyrządzenia zamawiającemu jakiegokolwiek szkody. Przesłanką jest wartość niewykonanej części umowy, tj. więcej niż 5 proc. Zamawiający może zatem skutecznie wykluczać, jeżeli 94 proc. umowy zostało nienagannie wykonane.

- **Wykluczenie wykonawcy z powodu wyrządzenia szkody (projektowane nowe brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 1)**

Projektowany przepis dotyczy jednej z najbardziej kontrowersyjnych instytucji Prawa zamówień publicznych. Dodanie do przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 progu wysokości szkody, którego przekroczenie uzasadnia wykluczenie jest krokiem we właściwym kierunku. Przyjęcie progu w wysokości 5 proc. wartości realizowanego zamówienia należy uznać za rozsądne – uważa PKPP Lewiatan.

PKPP Lewiatan ponawia jednak postulat, aby sankcja wykluczenia wiązała się z odmową wykonania wyroku zasądzającego odszkodowanie. Faktycznie, jeżeli wyrządzający szkodę nie wykonuje wyroku i zmusza poszkodowanego do skierowania sprawy na drogę egzekucji komorniczej, wówczas można mówić o nagannym i nielojalnym zachowaniu kontrahenta.

PKPP Lewiatan krytycznie odnosi się do włączenia do art. 24 ust. 1 pkt 1 zapłaty kary umownej jako przesłanki wykluczenia z postępowania. W systemie zamówień publicznych umowę najczęściej kształtuje zamawiający. Istotą kary umownej jest oderwanie jej wysokości od faktycznie poniesionej szkody. Trzeba jednak pamiętać, że na gruncie Prawa zamówień publicznych wysokość kary umownej najczęściej określają sami zamawiający. Nie ma zatem przeszkód, aby karę umowną określić na takim poziomie, że praktycznie zawsze osiągnie ona 5 proc. wartości realizowanego zamówienia. Stąd powiązanie wykluczenia z rynku zamówień publicznych z zapłatą kary umownej jest rozwiązaniem pogłębiającym nierównowagę między

zamawiającymi i wykonawcami. Jest tak z dwóch powodów. Z jednej strony zaproponowany przepis w praktyce całkowicie zmarginalizuje pożądaną, a wręcz nieodzowną, propozycję ustanowienia progu 5 proc. Z drugiej zaś, naraża obie strony umowy na prowadzenie trudnych i czasochłonnych procesów w sprawie ograniczenia kary umownej (tzw. miarkowania kary umownej - art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego).

Dlatego Lewiatan postuluje wprowadzenie do przepisu warunku, aby wykluczeniu podlegał wykonawca, który wyrządził szkodę i nie wykonał wyroku sądu w określonym terminie (np. 30 dni) od dnia uprawomocnienia się wyroku. Podsumowując, wykluczenie powinno być sankcją za naganne zachowanie wykonawcy, a nie za samo skorzystanie z drogi sądowej do ochrony swoich praw.

• Wykluczenie z powodu przynależności do „grupy kapitałowej”

Projektowany przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 wprowadza nową podstawę wykluczenia z postępowania. Wykluczeniu mają podlegać powiązani wykonawcy, którzy złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązanie nie ma wpływu na ich zachowania w postępowaniu.

Posłużenie się konstrukcją przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów niesie z sobą bardzo istotne obciążenie dla wykonawców. Jak wiadomo, grupa kapitałowa na użytek polityki antymonopolowej została zdefiniowana niezwykle szeroko. W szczególności nie określa się form kontroli przesądzających o przynależności do grupy.

Polskie spółki, które należą do globalnej grupy kapitałowej, będą musiały każdorazowo załączać listy wszystkich podmiotów tej grupy. Nieraz takich podmiotów jest kilkaset, przy czym przytłaczająca większość z nich w ogóle nie prowadzi działalności w Polsce albo nie zajmuje się przedmiotem zamówienia. Na takiej liście, verba legis, będą musiały przecież znaleźć się np. wszystkie przedstawicielstwa czy zakłady produkcyjne nie prowadzące działalności handlowej, choćby działały tylko w Ameryce Łacińskiej czy Azji.

Ponadto, trzeba zwrócić uwagę, że wykonawcy zwykle nie mają gotowej, pełnej wiedzy o wszystkich podmiotach należących do koncernów. Zresztą, takie informacje najczęściej są także objęte tajemnicą handlową. Z powodu uczestnictwa w pojedynczym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego globalne koncerny nie ujawnią tak istotnych tajemnic handlowych. Wskutek tego, konkurencyjność postępowań w Polsce najpewniej spadnie. Tymczasem, cele autorów omawianych rozwiązań można zrealizować inaczej.

W opinii Lewiatana obowiązek wykazywania braku powiązań z innymi oferentami należy przesunąć na etap, gdy są już znani wszyscy oferenci. Taki obowiązek będzie znacznie mniej uciążliwy, a przede wszystkim będzie w pełni wykonalny. Łatwiej bowiem złożyć oświadczenie w odniesieniu do kilku współuczestników

postępowania, niż przedstawiać listę wszystkich podmiotów w koncernie. Postulowane przesunięcie obowiązku ujawniania powiązań z innymi oferentami całkowicie wystarczy do zabezpieczenia równej konkurencji w postępowaniu, a nie nałoży zbędnych obowiązków na wykonawców. Innymi słowy, postulowane rozwiązanie będzie zgodne z zasadą proporcjonalności. Trzeba bowiem pamiętać, że przedkładane dokumenty są jedynie podstawą do właściwych czynności zamawiającego, czyli oceny faktycznego wpływu powiązań między oferentami na konkurencyjność postępowania.

Źródło: Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych Lewiatan