

Stanowisko Polskiego Kongresu Drogowego

wobec poselskiego projektu zmiany ustawy Prawo Zamówień Publicznych

W związku z trwającymi w Sejmie RP pracami nad poselskim projektem ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, który został zaaprobowany w dn. 18 stycznia 2011 r. przez Komisję Gospodarki (druk sejmowy nr 3677), stowarzyszenie Polski Kongres Drogowy przedstawia swoje stanowisko. Nie kwestionując konieczności stworzenia ram prawnych dla wyeliminowania nierzetelnych wykonawców z realizacji zamówień publicznych, zwracamy uwagę na niebezpieczeństwo dalszego pogłębienia się nierówności stron w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jakie spowodowałoby uchwalenie proponowanej zmiany w proponowanej treści.

Zasadne wykluczenie nierzetelnych wykonawców

Projektowane zmiany polegają na poszerzeniu podstaw przesłanek wykluczenia wykonawcy w związku z wyrządzeniem szkody zamawiającemu ze względu na niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, poprzez dodanie w art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych punktu 1a. Stanowi on, że wykluczeniu podlegają również wykonawcy, „z którymi dany zamawiający 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 umowy albo wypowiedzenie albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat od wszczęcia postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy”. Jest to zgodne z postulatami zamawiających. Przedstawiciele Konwentu Dyrektorów Zarządów Dróg Wojewódzkich, w przesłanych do PKD opiniach, zwracają uwagę, że zdarzały się sytuacje, w których Wykonawca nie realizował zamówienia lub je nieprawidłowo wykonywał, a fakt ten nie był potwierdzony prawomocnym orzeczeniem sądu i jednocześnie ubiegał się o nowe zamówienie u tego samego zamawiającego. Obecnie zamawiający jest bezradny, często ponosząc konsekwencje niezrealizowanych umów, nawet w postaci utraty środków unijnych, ponieważ podstawą wykluczenia są jedynie przesłanki zawarte w art. 24 ustawy Pzp. W takiej sytuacji konieczne jest wprowadzenie narzędzia eliminacji nierzetelnych wykonawców. Od takiej decyzji zamawiającego Wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej w postaci złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Pragniemy podkreślić, że konieczność eliminowania nierzetelnych wykonawców nie budzi wątpliwości i leży nie tylko w interesie zamawiających, ale również rzetelnych wykonawców. Nasze stowarzyszenie taką potrzebę widzi i będzie wspierać rozwiązania legislacyjne do tego zmierzające. Konieczne jest zatem wypracowanie takiej normy prawnej,

która da zamawiającemu możliwość wyeliminowania ich z postępowania, w trosce o prawidłowe i celowe wydawanie publicznych środków, a także o solidnych wykonawców.

Decyzja administracyjna nie może zastąpić wyroku sądu

Zgodnie z poselskim projektem, wykluczeniu jeszcze przed uprawomocnieniem się wyroku sądowego, mają podlegać wykonawcy, którym wyrządzenie szkody zostało udowodnione przez zamawiającego dowolnymi środkami dowodowymi. Rodzi to obawy o przejrzystość procesu i obiektywizm podejmowanych przez niektórych zamawiających decyzji. Możliwość wykluczania wykonawcy przez tego samego zamawiającego bez orzeczenia sądowego może narazić wykonawcę na konsekwencje arbitralności rozstrzygnięć zamawiającego w sprawach dla niego kluczowych, często decydujących o dalszym istnieniu przedsiębiorstwa.

Kategoria „rzetelności” wykonawcy nie może być oceniana decyzją administracyjną. Poprzez zawarcie kontraktu między zamawiającym a wykonawcą zostaje nawiązana relacja cywilno-prawna. Wywiązywanie się przez strony takiej umowy z jej zapisów musi podlegać ocenie niezależnego sądu.

Proponowane rozwiązanie jest w istocie przyznaniem racji opiniom o niskiej sprawności systemu sądowego rozstrzygania sporów gospodarczych. Sądowa kontrola decyzji w sprawach zawierania i realizacji umów jest standardem państwa prawnego i żadne konkretne, choćby najbardziej bulwersujące przypadki problemów z nierzetelnymi wykonawcami, nie powinny skłaniać organów państwa do proponowania jej obejścia lub jej zastępowania poprzez samodzielne zakładanie przyszłych decyzji niezależnego sądu.

Porównując pozycję w sporze zamawiającego i wykonawcy nie można pomijać również faktu, że w aktualnym stanie prawnym została praktycznie zamknięta droga sądowa dla wykonawców w zakresie złożenia skargi na wyrok KIO po złożeniu oferty poprzez ustalenie opłaty sądowej na poziomie 5% wartości zamówienia, maksymalnie 20 mln złotych. Proponowana zmiana może dodatkowo przynieść więcej problemów dla zamawiającego. Wykonawca bowiem ma prawo, w sytuacji gdy zostanie z nim rozwiązana umowa z przyczyn leżących po jego stronie, wystąpić do sądu i uzyskać dla siebie korzystny wynik, co przełoży się równocześnie na roszczenie wykonawcy w stosunku do zamawiającego o odszkodowanie za wykluczenie z postępowania.

Szukajmy innych rozwiązań

W tej sytuacji, wnosimy o odrzucenie przez Sejm proponowanego zapisu. Cele regulacji (swoiste karanie nierzetelnych wykonawców) mogą być osiągnięte w inny sposób – można rozważyć wyposażenie zamawiającego w możliwość żądania kaucji od wykonawcy, zwiększenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czy też zwiększenia wysokości kar umownych z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, w momencie gdy tenże wykonawca ubiega się o zamówienie u tego

samego zamawiającego w kolejnym postępowaniu. Przykładowo kaucja podlegałaby zwrotowi na takiej samej zasadzie jak wadium, jeśli oferta wykonawcy nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W przypadku wygrania przetargu przez wykonawcę, kaucja ulegałaby przypadkowi po korzystnym dla zamawiającego prawomocnym rozstrzygnięciu sądu we wcześniejszej sprawie lub byłaby zwracana wraz z odsetkami w przypadku rozstrzygnięcia korzystnego dla wykonawcy.

Potencjalnie niebezpieczny wzrost kosztów odwołań

Jednocześnie pragniemy zwrócić uwagę na sprawę niebędącą bezpośrednio przedmiotem omawianej regulacji, ale mającą wpływ na rozstrzyganie sporów między zamawiającymi a wykonawcami. 17 marca 2010 roku weszło w życie Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania w postępowaniu odwoławczym (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Bez zmian pozostała wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane: 10.000 zł w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej od progów unijnych i 20.000 zł od odwołań w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Jednakże, w sytuacji uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, znacznie wzrosną koszty. Rozporządzenie przewiduje zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, do których obecnie zalicza się równowartość wpisu powiększoną o uzasadnione koszty stron. Poprzednio obowiązujące przepisy wskazywały, iż jeżeli koszty postępowania były niższe od kwoty wpisu, Krajowa Izba Odwoławcza orzekała o zwrocie przez Urząd Zamówień Publicznych różnicy na rzecz wnoszącego wpis. W takiej sytuacji, koszt poniesiony w związku z odwołaniem był zwykle istotnie niższy od kwoty wpisu. Obowiązujące teraz rozporządzenie nie przewiduje takiej możliwości. Szczególnie dla zamawiających (w przypadku uwzględnienia odwołania) będących jednostkami samorządu terytorialnego może to oznaczać poważne obciążenie, kilkukrotnie wyższe niż poprzednio.

Warszawa, 11 lutego 2011 r.