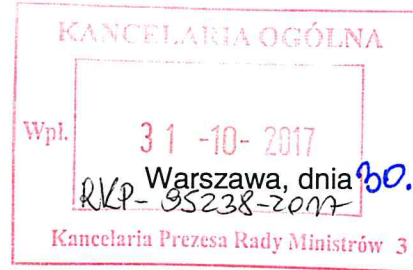




WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Hubert Nowak



KPRM



AAA342529

Wpl.

31 -10- 2017

Warszawa, dnia 30.10.2017 r.
RKP-95238-2017

Kancelaria Prezesa Rady Ministrów 3

UZP/DP/WL/024/499/17/AW
KW-3046/17

J. Nowak - H. Kowalski
znowak

P. B. Stępiński
00-11-2017 M/17

Pan

Mariusz Kamiński

Koordynator Służb Specjalnych

Minister – Członek Rady Ministrów

Szanowny Panie Ministrze,

W nawiązaniu do pisma z dnia 25 października 2017 r. (DBN.WP.10.185.2017.BS), przy którym został skierowany do uzgodnień projekt *ustawy o jawności życia publicznego*, poniżej przedstawiam uwagi do przedmiotowego projektu.

1. Uwaga do art. 42. Projektowany art. 42 wprowadza dla wskazanych w projekcie ustawy osób zajmujących stanowiska publiczne lub pełniących funkcje publiczne zakaz zatrudnienia lub wykonywania innych odpłatnych zajęć u przedsiębiorcy, przed upływem trzech lat od zaprzestania zajmowania stanowiska lub pełnienia funkcji w przypadku udziału m.in. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, że przepis ten, wyznaczając normy czasowe stosowania zakazu, określa jedynie ich granice w odniesieniu do zakazu zatrudnienia lub wykonywania innych odpłatnych zajęć u danego przedsiębiorcy. Brak jest natomiast wskazania dolnej granicy czasowej okresu, który ma być brany pod uwagę w aspekcie analizy działań, które mogą stanowić podstawę do stosowania tego zakazu. 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 m.in. w odniesieniu do zamówień publicznych, 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.

2. Uwaga do art. 86 ust. 1. Projektowany przepis wprowadza zakaz ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego dla przedsiębiorcy, któremu wymierzono karę, o której mowa art. 72 ust. 1, przez okres 5 lat od daty uprawomocnienia się orzeczenia o wymierzeniu tej kary. Taka regulacja narusza przepisy prawa europejskiego. Przepis ten należy czytać łącznie z projektowaną zmianą w art. 111 pkt 4 dotyczącą zmiany w art. 24 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) poprzez dodanie pkt 14a rozszerzającego zakres przesłanek obowiązkowego wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o sytuację, w której wykonawca został prawomocnie ukarany za niestosowanie wewnętrznych procedur antykorupcyjnych lub gdy stosowane procedury w oczywisty sposób były nieskuteczne bądź pozorne. Postanowienia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.), przewidują bowiem maksymalny pięcioletni okres wykluczenia wykonawcy jedynie dla wskazanych w tych dyrektywach obligatoryjnych podstaw wykluczenia, wśród których nie ma podstawy wykluczenia określonej projektowanym art. 111 pkt 4, tj. w zakresie określonym pkt 14a, dodawanym w art. 24 ust. 1 z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Ponadto, należy zauważyć, że w projektowanym art. 86 ust. 1 znajduje się odesłanie do niewłaściwego przepisu, ponieważ art. 72 ust. 1 projektu ustawy nie odnosi się do kar.

3. Uwaga do art. 111 pkt 4. Projekt ustawy w art. 111 wprowadza zmiany ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Wątpliwości budzi wskazana w pkt 4 propozycja rozszerzenia art. 24 ww. ustawy o dodatkową przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Projekt ustawy zakłada bowiem dodanie w art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych pkt 14a w brzmieniu:

„14a) wykonawcę, który został prawomocnie ukarany za niestosowanie wewnętrznych procedur antykorupcyjnych lub gdy stosowane procedury w oczywisty sposób były nieskuteczne bądź pozorne.”

Należy zauważyć, że art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych stanowi pełną transpozycję postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej

dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.), uwzględniając tym samym wszystkie wyłączenia przewidziane i dopuszczone prawem unijnym. Należy podkreślić, że ww. dyrektywy w sposób zamknięty określiły obligatoryjne przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie pozostawiając krajowemu pracodawcy żadnej swobody w uregulowaniu tej materii. W związku z faktem, że wyłączenie zaproponowane w projekcie nie jest objęte ww. dyrektywami, uwzględnienie go w projektowanej ustawie będzie uznane za niezgodność z prawem unijnym.

4. Uwaga do art. 111 pkt 8 i 9. Projektowane przepisy wprowadzają w art. 62 ust. 2a i art. 66 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych obowiązek publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Projekt zakłada obligatoryjną publikację ogłoszenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, przy pozostawieniu do uznania zamawiającego publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych i Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Należałoby się zastanowić nad celowością wprowadzenia takiego obowiązku, nie wynika on bowiem z przepisów prawa unijnego. Przejrzystość *ex ante* ma na gruncie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92//13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007, str. 31) charakter dobrowolny. Niezależnie od powyższego, przyjęte rozwiązanie nie sprzyja przejrzystości w zamówieniach publicznych. Informacje na temat postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego powinny być publikowane w oficjalnych publikatorach dotyczących zamówień publicznych (Biuletynie Zamówień Publicznych, Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej); wskazując na jeden strumień informacji: o zamówieniu publicznym dla wykonawców i wszystkich zainteresowanych. Wielość publikatorów nie sprzyja powyższemu. Wskazane rozwiązanie prowadzi też do większego sformalizowania postępowania. Zgodnie bowiem z art. 95 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zamawiający ma obowiązek publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (także w przypadku zamówienia z wolnej ręki). Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy i obowiązek ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, ze względu na szybkość takiej procedury udzielenia zamówienia publicznego, spowoduje, że zamawiający mogą być obciążeni obowiązkiem publikacji takich ogłoszeń dzień po dniu.

5. Uwaga do art. 111 pkt 13. Projektowany przepis wprowadza zmianę w art. 145a określającym podstawy do rozwiązania przez zamawiającego umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, poprzez dodanie nowej podstawy w pkt 4 art. 145 w brzmieniu:

„4) osobie, która w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy umowa działała w imieniu lub na rzecz wykonawcy w związku z tym działaniem postawiono zarzut przekupstwa.”

Projektowany przepis wprowadza możliwość rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego wyłącznie na podstawie zarzutu, który został postawiony osobie działającej w imieniu lub na rzecz wykonawcy, a więc w sytuacji, gdy przekupstwo nie zostało w sposób przesądający wykazane, w szczególności nie zostało potwierdzone prawomocnym wyrokiem. Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji uniewinnienia osoby, o której mowa w tym przepisie, od stawianego jej zarzutu, po fakcie rozwiązania umowy, może prowadzić do daleko idących konsekwencji finansowych obciążających zamawiającego, w tym budżet państwa, w wyniku uwzględniania przez sądy roszczeń odszkodowawczych.

6. Uwaga do art. 111 pkt 14. Projektowany przepis art. 145b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wprowadza zmianę art. 145b. Wątpliwości budzi propozycja brzmienia ust. 2 w art. 145b, która zakłada, że wykonawca traci prawo do żądania wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy, jeżeli rozwiązanie umowy nastąpiło z przyczyny, o której mowa w art. 145a pkt 4. Już samo dodanie w art. 145a ustawy Pzp nowej przesłanki rozwiązania umowy opartej jedynie o zarzut przekupstwa, bez potwierdzenia go prawomocnym wyrokiem sądu, może budzić wątpliwości, ale dodatkowa sankcja finansowa w postaci pozbawienia wykonawcy wynagrodzenia z tego powodu godzi w gospodarcze fundamenty funkcjonowania przedsiębiorstwa wykonawcy. Regulacja ta sprawi, że znacznie podniesie się poziom ryzyka związany z realizacją zamówień publicznych, co może negatywnie wpłynąć na konkurencję w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w tym dostęp do zamówień dla małych i średnich przedsiębiorstw. Ponadto, dodatkowo należy zauważyć, że w przypadku, gdy zarzut przekupstwa nie zostanie potwierdzony, powstanie po stronie wykonawcy uzasadnione prawo domagania się od zamawiającego odszkodowania, co narazi sektor finansów publicznych na poważne konsekwencje finansowe nie tylko z tytułu utraconych korzyści przez wykonawców, ale również z powodu uwzględniania przez sądy roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego, wraz z odsetkami.

Z wyrazami: *rekuh*
J. Nadek