

Koniec epoki *Lex Alpine*

Przy okazji najnowszej nowelizacji prawa zamówień publicznych zniknął jeden z jego przepisów, zakwestionowany przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej blisko dwa lata temu.

19 października 2014 r. weszła w życie 43(!) nowelizacja ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp.). Wraz z wejściem w życie nowelizacji z polskiego porządku prawnego zniknął art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. – słynny *Lex Alpine*.

Lex Alpine

Zgodnie z dotychczasowym brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp., "Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, 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 albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy."

Powyższy przepis został dodany do Pzp. w maju 2011 r. w związku ze szczególną sytuacją, która powstała w przetargu na budowę jednego z odcinków autostrady A1. Otóż, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad odstąpiła od umowy ze spółką z grupy Alpine Bau, po czym kolejną umowę musiała zawrzeć ...

znowu z podmiotem należącym do tej grupy.

Art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. od początku budził jednak wątpliwości z punktu widzenia jego zgodności z prawem Unii Europejskiej, a w szczególności z art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE. Zgodnie z art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE, "z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające".

Wyrok Trybunału

W sierpniu 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła się, po raz pierwszy w swojej historii, do Trybunału Sprawiedliwości z dwoma pytaniami prejudycjalnymi, w których w istocie dążyła do odpowiedzi na pytanie, czy art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. jest zgodny z art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE.

W wyroku z 20 grudnia 2012 r. Trybunał odpowiedział na to pytanie przecząco. W ocenie Trybunału, dyrektywa sprzeciwia się obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi

odpowiedzialność, zamawiający wypowiedział wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy (wyrok w sprawie C-465/11, *Forposta i ABC Direct Contact*).

Formalnie, wyrok Trybunału, wywierał skutek jedynie między stronami postępowania głównego, czyli w tym przypadku w postępowania przed KIO. W praktyce jednak, zasięg wyroku prejudycjalnego zdecydowanie wykracza poza dane postępowanie.

Stanowisko UZP

Kilka dni po ogłoszeniu wyroku przez Trybunał, na stronie internetowej UZP został opublikowany dokument "Skutki wyroku TS w sprawie C-465/11, *Forposta i ABC Direct Contact* dla stosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p.". W dokumencie UZP wskazał, jak jego zdaniem powinien być interpretowany art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. W ocenie UZP, zamawiający jest obowiązany wykluczyć danego wykonawcę z toczącego się postępowania w sprawie zamówienia

publicznego, jeżeli w stosunku do tego wykonawcy są spełnione cztery warunki: (i) zamawiający wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia, (ii) wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem danego postępowania w sprawie zamówienia publicznego, (iii) wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy, (iv) zamawiający po przeprowadzeniu analizy okoliczności związanych z wypowiedzeniem, albo odstąpieniem umowy ustali, że wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej jest następstwem poważnego wykroczenia zawodowego popełnionego przez danego wykonawcę, w szczególności niewykonywania przez niego lub niewłaściwego wykonywania zamówienia wskazującego na zamierzone działanie wykonawcy, lub jego rażące niedbalstwo.

Proponowany przez UZP w ramach wykładni zakres zmian w treści art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. był znaczący i jako taki mógł budzić istotne wątpliwości.

W szczególności, nietrudno było zauważyć, że pkt (iv) nie znajdował żadnego oparcia w treści art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. Opierał się na karkołomnej wykładni prawa krajowego, zgodnie z którą "wyklucza" oznacza w istocie "może wykluczyć", dokonanej z odwołaniem do przepisów prawa unijnego – w oparciu o konstrukcję tzw. skutku bezpośredniego dyrektyw.

Możliwość zrekompensowania w ten sposób skutków nieprawidłowej transpozycji dyrektywy nie zwalniała

jednak Polski z wypełnienia obowiązków, jakie zostały na nią nałożone w dyrektywie 2004/18/WE, a więc dostosowania prawa krajowego do prawa unijnego. W związku z powyższym konieczna była jak najszybsza nowelizacja art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

Zmiana!

Nowelizacja w końcu nadeszła, chociaż, ustawodawca kazał na nią czekać długo.

Warto zauważyć, że zgodnie ze zmianą obok art. 24 ust. 1a pkt 1 Pzp. uchylony został również art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Oba przepisy zastąpił art. 24 ust. 2a w następującym brzmieniu: "Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody

powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia."

Zmiany wprowadzone do Pzp. należy ocenić pozytywnie.

Po pierwsze, ustawodawca "odrobił lekcję" i oparł brzmienie nowego przepisu, miejscami dosłownie, na dyrektywie. W rezultacie, przepis posługuje się takim wyrażeniami jak "zawinione" naruszenie, "obowiązki zawodowe" czy "udowodnienie za pomocą dowolnych środków". Nawet jeżeli niektóre z tych sformułowań *prima facie* wciąż mogą budzić pewne wątpliwości (jak "obowiązki zawodowe"), należy pamiętać, że ich wyjaśnienia będzie można szukać w wyroku Trybunału w sprawie *Forposta*, który wyczerpująco wskazał, jak należy interpretować art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE.

Po drugie, uchylając art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp. oraz, w szczególności, art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp., prawodawca trafnie zrezygnował z odnoszenia odpowiedzialności wykonawcy do wysokości szkody i to w arbitralnej wysokości względem wartości zamówienia. Jak słusznie zauważył R. Szostak w opinii do projektu nowelizacji (dostępnej na stronach sejmowych), "w świetle dyrektywy liczą się bowiem poważne skutki naruszenia obowiązków bez względu na umowną wartość zamówienia".

Po trzecie, chociaż nowy art. 24 ust. 2a zd. pierwsze Pzp. nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku ziszczenia się przesłanek, o których mowa w tym przepisie, to jednak zdanie drugie art. 24 ust. 2a Pzp. wprowadza wyjątek w tym zakresie,

pozwalając zamawiającemu nie wykluczać wykonawcy w każdym przypadku poważnego zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych.

Jest to nie tylko zgodne z unijną zasadą proporcjonalności, która zawsze nakazuje stosować środki konieczne i odpowiednie, ale również – na wzór nowych dyrektyw

zamówieniowych, które powinny być wdrożone do kwietnia 2016 r. – rezygnuje z automatyzmu wykluczania z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

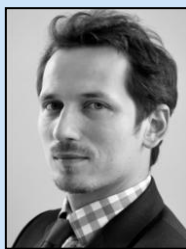
Kontakt



Marcin Bejm

Counsel

T: +48 22 429 9473
E: marcin.bejm
@cliffordchance.com



dr Piotr Bogdanowicz

Senior Associate

T: +48 22 429 9528
E: piotr.bogdanowicz
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

Norway House, ul. Lwowska 19, 00-660 Warsaw, Poland

© Clifford Chance 2014

Clifford Chance, Janicka, Krużewski, Namiotkiewicz i wspólnicy spółka komandytowa

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

124423-3-3900-v0.5

PL-4004