

Warszawa, dnia 6 listopada 2017 r.

**STANOWISKO
POLSKIEGO STOWARZYSZENIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
DO PROJEKTU USTAWY O JAWNOŚCI ŻYCIA PUBLICZNEGO**

Polskie Stowarzyszenie Zamówień Publicznych (dalej jako „**Stowarzyszenie**”), które jako jedno ze swoich celów statutowych ma poprawę jakości prawa zamówień publicznych w Polsce, pragnie przedstawić swoje stanowisko odnośnie projektu ustawy o jawności życia publicznego (dalej jako „**projekt ustawy**”)¹, która w kilku miejscach zmienia ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**ustawa Pzp**”).

1. Zmiana art. 145a ustawy Pzp (rozwiązanie umowy)

W opinii Stowarzyszenia, problematyczne mogą być zapisy propozycji zawartej w art. 111 pkt 13 projektu ustawy (dodanie w art. 145a pkt 4), zgodnie z którymi, zamawiający mógłby rozwiązać umowę w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli:

„4) 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.**”

Zdaniem Stowarzyszenia, takie brzmienie przepisu może być ryzykowne i prowadzić do nadużyć.

W polskim systemie prawnym obowiązuje zasada domniemania niewinności (art. 5 § 1 kodeksu postępowania karnego, art. 42 ust. 3 Konstytucji RP, art. 6 ust. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności). Istotą tej zasady jest dyrektywa, zgodnie z którą osoba podejrzana, do czasu prawomocnego wyroku, jest traktowana jako niewinna, niezależnie od przekonania organu procesowego. Adresatami zasady domniemania niewinności są nie tylko organy postępowania karnego (np. sąd, prokurator, policja), ale także inne organy władzy publicznej i funkcjonariusze państwa.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Stowarzyszenia, zamawiający nie powinni być wyposażeni w prawo do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, tylko z powodu przedstawienia zarzutu przekupstwa osobie, która w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy umowa

¹ Projekt z 23.10.2017 r.

działała w imieniu lub na rzecz wykonawcy. Uprawnienie zamawiających byłoby w tym przypadku zbyt daleko idące, naruszałoby zasadę trwałości umów oraz zasadę proporcjonalności².

2. Zmiana art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (nowa przesłanka wykluczenia wykonawcy)

Zgodnie z art. 111 pkt 4 projektu ustawy, w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp proponuje się dodanie pkt 14a, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

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

W związku z faktem, iż art. 24 ust. 1 ustawy Pzp reguluje obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, proponowany przepis powinien być precyzyjny i jednoznaczny.

O ile fakt prawomocnego ukarania za niestosowanie wewnętrznych procedur antykorupcyjnych można obiektywnie stwierdzić na podstawie danych zawartych w Krajowym Rejestrze Karnym, to sytuacja jest odmienna, w przypadku drugiej przesłanki wykluczenia zawartej w proponowanym przepisie (wykluczenie, gdy stosowane procedury w oczywisty sposób były nieskuteczne bądź pozorne). Z przepisu nie wynika wprost kto (zamawiający, sąd?) miałby określić nieskuteczność bądź pozorność regulacji antykorupcyjnych (niejasne jest, czy ta część przepisu również odnosi się do „prawomocnego ukarania”).

Biorąc pod uwagę niejednoznaczność przepisu, w naszej opinii, przedmiotowa regulacja może nie osiągnąć założonego skutku a potencjalnie stać się polem do nadużyć.

3. Art. 49 pkt 108 projektu ustawy (oświadczenia majątkowe)

Kolejnym zapisem projektu ustawy, który wzbudza nasze wątpliwości, jest przepis art. 49 pkt 108, który wymienia katalog osób zobligowanych do złożenia oświadczenia majątkowego.

Zgodnie z przedmiotowym przepisem, oświadczenia majątkowe obowiązane byłyby złożyć osoby biorące udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w podmiotach będących zamawiającym bądź centralnym zamawiającym, tj.:

- kierownik zamawiającego bądź osoba, której powierzono wykonywanie czynności zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego,
- członek komisji przetargowej,
- osoba przygotowująca opis przedmiotu zamówienia lub Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia,
- biegły, jeżeli został powołany przez kierownika zamawiającego.

² Proporcjonalność to zastosowanie metod czy podejmowanie działań adekwatnych, nie nadmiernych do osiągnięcia zamierzonego celu.



Z uzasadnienia do projektu ustawy, co do wprowadzenia upublicznienia oświadczenia majątkowego, projektodawca odwołuje się do art. 61 Konstytucji RP. Pragniemy jednak nadmienić, iż ten wymóg może stanowić naruszenie przedmiotowego przepisu. Należy zauważyć, że w myśl przepisu art. 61 ust. 1 Konstytucji RP, obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności **organów władzy publicznej** oraz **osób pełniących funkcje publiczne**. Należy zadać sobie pytanie, czy osoby opisujące przedmiot zamówienia, SIWZ, biegli czy członkowie komisji to osoby faktycznie pełniące funkcje publiczne? W projekcie ustawy (w art. 40) wymieniono, jakie osoby uznajemy za pełniące funkcje publiczne i nie ma tam również wskazania na ww. osoby.

Należy wskazać, iż jedną z podstawnych zasad prawa zamówień publicznych jest zasada proporcjonalności. Proporcjonalność to zastosowanie metod czy podejmowanie działań adekwatnych, nie nadmiernych do osiągnięcia zamierzonego celu. Naszym zdaniem cel jaki sobie stawia przedmiotowa regulacja stoi w sprzeczności z ww. zasadą. W opinii Stowarzyszenie, wprowadzenie obowiązku upublicznienia oświadczeń majątkowych ww. osób doprowadzić może do tego, iż wielu fachowców (działających np. jako biegli) nie będzie chciało brać udziału w pracach komisji przetargowych.

Naszym zdaniem, jeśli projektowany przepis miał na celu wyeliminowanie powiązań członków komisji przetargowej z potencjalnymi wykonawcami, to w tej materii przepis art. 17 ustawy Pzp, w aktualnym brzmieniu, taką ochronę prawną postępowań przetargowych wystarczająco zapewnia.

Kontakt w sprawie opinii:

Witold Jarzyński

Prezes Zarządu PSZP

Tel.: 502 342 502

biuro@pszp.pl