

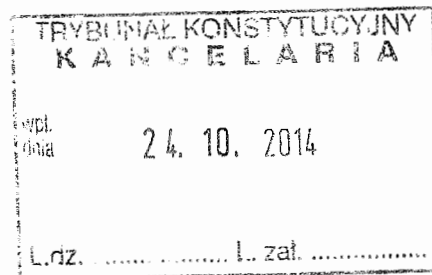


SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, dnia 24 października 2014 r.

Sygn. akt K 20/13

BAS-WPTK-1543/13



Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 27 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie wniosku grupy posłów z 29 maja 2013 r. (sygn. akt K 20/13), jednocześnie wnosząc o **umorzenie postępowania** na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, ze względu na utratę mocy obowiązującej przez akt normatywny w zakwestionowanym zakresie.

Uzasadnienie

I. Przedmiot kontroli i zmiany stanu prawnego

1. Wnioskiem z 29 maja 2013 r. grupa posłów (dalej: wnioskodawca) wystąpiła o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją art. 24 ust. 1 pkt 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.; dalej: prawo zamówień publicznych lub p.z.p.). Zaskarżone przepisy dotyczą instytucji wykluczenia z postępowania przetargowego wykonawców, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, lub zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej, jeżeli szkoda ta lub kara umowna wynosiły nie mniej niż 5% wartości realizowanego zamówienia i zostały stwierdzone orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Z kolei art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. stanowił, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również tych 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. Wnioskodawcy podnoszą, że takie określenie przez ustawodawcę przesłanek decydujących o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego narusza zasadę równości (art. 32 Konstytucji) oraz w sposób nieproporcjonalny ogranicza swobodę działalności gospodarczej (art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji), a także uchybia zasadzie poprawnej legislacji przez niedostateczną precyzyjność i jasność przepisów (art. 2 Konstytucji).

W ocenie wnioskodawcy przyjęta w prawie zamówień publicznych konstrukcja automatycznego wykluczenia wykonawcy z trwającego postępowania przetargowego ma charakter arbitralny. Nie jest uzależniona od stopnia doniosłości wykroczenia zawodowego ani od tego, czy nienależyte wykonanie umowy wynikało

z zamierzonego działania wykonawcy lub rażącego niedbalstwa. Automatyzm i rygoryzm owej konstrukcji może powodować, iż podmioty istniejące na rynku i posiadające doświadczenie w branży znajdują się w gorszej sytuacji niż podmioty nowo powstałe. Takie ukształtowanie różnicuje podmioty należące do tej samej kategorii, co stanowić może niekonstytucyjną dyskryminację niektórych z nich. Ponadto, zdaniem wnioskodawcy, konstrukcja prawna zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a p.z.p. ogranicza wolność działalności gospodarczej ponad uzasadnione potrzeby, określone w konstytucji jako „ważny interes publiczny”. Sankcja w postaci wykluczenia wykonawcy na okres 3 lat, zasadniczo z każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zawsze jest współmierna do wagi interesu publicznego podlegającego ochronie, jakim jest uchronienie zamawiających przed nierzetelnymi wykonawcami. Ustawodawca musi każdorazowo wykazać, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej służy ochronie szczególnie istotnego interesu publicznego. W przeciwnym razie regulacja taka może prowadzić do nadużywania uprawnień przez zamawiających. Konieczność ograniczenia wolności działalności gospodarczej jest uzasadniona, o ile ustanawiane ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności, a więc: zastosowane środki prowadzą do zamierzonych celów, są niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane, a skutki ograniczeń są proporcjonalne do ciężarów nakładanych na obywatela. Zdaniem wnioskodawcy, interes publiczny polegający na konieczności ochrony instytucji zamawiających oraz potrzebie zachowania konkurencji pomiędzy wykonawcami nie może uzasadniać istnienia regulacji, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a p.z.p. w omawianym kształcie.

Jako wzmocnienie swojej argumentacji dotyczącej niekonstytucyjności zaskarżonych przepisów wnioskodawcy wskazali wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta* (o którym szerzej mowa w pkt I.3 niniejszego pisma). W wyroku tym uznano, że:

1) „art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134, s. 114; dalej: dyrektywa klasyczna) należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania

w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy;

2) zasady i normy prawa Unii z zakresu zamówień publicznych nie uzasadniają tego, by w imię ochrony interesu publicznego oraz słusznym interesów instytucji zamawiających, jak również zachowania uczciwej konkurencji między wykonawcami, uregulowania krajowe, takie jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego, zobowiązywały instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy w sytuacji takiej, o jakiej jest mowa w odpowiedzi na pierwsze pytanie”.

2. Artykuł 24 ust. 1 pkt 1 prawa zamówień publicznych uzyskał kwestionowane brzmienie na skutek wejścia w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1271). W wyniku wejścia w życie tej ustawy ustawodawca rozszerzył katalog podmiotów wykluczonych z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wykonawców, którzy zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej oraz wprowadził próg wysokości stwierdzonej szkody lub kary umownej, która skutkuje wykluczeniem z postępowania, w wysokości nie mniejszej niż 5% wartości realizowanego zamówienia. Z kolei art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p., dodany ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 87, poz. 484), wprowadził do katalogu nową przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego w postaci wcześniejszego rozwiązania z danym wykonawcą umowy (a także jej wypowiedzenia lub odstąpienia od niej) w sprawie zamówienia publicznego. Celem projektodawcy (jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy) było usprawnienie możliwości wykluczenia wykonawcy, z którym zamawiający rozwiązał wcześniej umowę (lub wypowiedział,

lub odstąpił od umowy), z postępowania o udzielenie zamówienia przez wykreowanie podstawy wykluczenia niezależnej od sądowego stwierdzenia zaistniałej szkody.

3. Dnia 17 lipca 2013 r. do Sejmu wpłynął poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy nr 1653/VII kad.; dalej: projekt ustawy w druku nr 1653). Jednym z obszarów wskazanych przez wnioskodawców jako wymagający zmiany było zagadnienie wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu wyrządzenia szkody wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, lub też wskutek rozwiązania umowy z wykonawcą, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a p.z.p. Proponowana w projekcie modyfikacja miała służyć m.in. dostosowaniu przepisów p.z.p. do wspomnianego wyżej wyroku TSUE. Orzeczenie to zostało wydane w związku z pytaniem prejudycjalnym Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącym wykładni art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d dyrektywy klasycznej w związku z art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. L 134, s. 1). Wniosek o rozpatrzenie pytania prejudycjalnego został złożony w ramach sporu toczącego się między spółkami Forposta S.A. i ABC Direct Contact Sp. z o.o. a spółką Poczta Polska S.A. w przedmiocie decyzji podjętej przez spółkę Poczta Polska S.A. (zamawiającego) o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia wskazanych podmiotów, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. Wykluczone spółki wniosły odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, podnosząc niezgodność art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. z art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d dyrektywy klasycznej, przez zbyt szerokie określenie przesłanki wykluczenia, którą – w świetle przepisów dyrektywy klasycznej – może być wyłącznie „poważne wykroczenie zawodowe”. Na wstępie TSUE wyjaśnił, że art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d dyrektywy klasycznej, w odróżnieniu od przepisów dotyczących podstaw wykluczenia określonych w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. a, b, e i f dyrektywy, stanowi, iż zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa Unii Europejskiej, państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów tego ustępu. Zatem pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego”, zawarte w omawianym art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d dyrektywy klasycznej, może zostać wyjaśnione i doprecyzowane w prawie krajowym,

zawsze jednak z poszanowaniem prawa unijnego. Kontynuując swoje rozważania, TSUE orzekł, że pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego”, występujące w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d omawianej dyrektywy, obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę. Pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że „odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony”. Tym samym jakkolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazywać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, to nie jest ono automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem zawodowym. Zdaniem TSUE pojęcie „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”, użyte w art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p., jest bardzo szerokie i może obejmować sytuacje dalece wykraczające poza postawę danego wykonawcy wykazującą zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony.

W projekcie ustawy w druku nr 1653 zawarto propozycję modyfikacji zasad dotyczących wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, ujętych w art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a p.z.p. Zmiana miała polegać przede wszystkim na podwyższeniu progu wysokości szkody z 5% do 10% wartości zamówienia oraz na wprowadzeniu winy jako przesłanki odpowiedzialności z tytułu niewykonania czy nienależytego wykonania zamówienia albo rozwiązania umowy przez zamawiającego. Projekt ustawy skierowany został do pierwszego czytania do Komisji Gospodarki.

W przedstawionym 4 lutego 2014 r. stanowisku Rady Ministrów wobec poselskiego projektu ustawy w druku nr 1653 sformułowano postulat usunięcia art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a p.z.p. oraz dodania art. 24 ust. 2a w brzmieniu: „Zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który w okresie 5 lat, a w przypadku dostaw lub usług 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 lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Motywacją dla

wystąpienia z takim wnioskiem była potrzeba uwzględnienia wskazań zawartych w wyroku TSUE z 13 grudnia 2012 r. W uzasadnieniu rządowego stanowiska wskazano, że polskiemu systemowi prawnemu nie jest znane pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego”, a samo pojęcie „wykroczenie” jest związane z przepisami zawartymi w ustawie z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 482 ze zm.). W propozycji brzmienia art. 24 ust. 2a posłużono się pojęciem "naruszenia obowiązków zawodowych", a okoliczność ich naruszenia mogła być wykazana za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z propozycją wprowadzenia art. 24 ust. 2a zaplanowano uchylenie art. 154 pkt 5a i art. 154b p.z.p., traktujących o wykazie wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a, prowadzonym przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Przesłanką odpowiedzialności miałyby być wina umyślna lub rażące niedbalstwo wykonawcy.

W konsekwencji, w sprawozdaniu podkomisji utworzonej do szczegółowego rozpatrzenia poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (druki sejmowe nr: 1076, 1226, 1335 i 1653/VII kad.) z 10 lipca 2014 r., a następnie w sprawozdaniu Komisji Gospodarki (druk sejmowy nr 2638/VII kad.) z 23 lipca 2014 r. postulowano uchylenie art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a p.z.p. i dodanie art. 24 ust. 2a w 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 lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia”.

Dnia 25 lipca 2014 r. ustawa o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu zaproponowanym przez komisję (gdy chodzi o zasady

wykluczania wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia), została uchwalona przez Sejm. Przedstawione przez Senat poprawki w zakresie omawianego zagadnienia miały charakter redakcyjny. Dnia 16 września 2014 r. Prezydent RP podpisał ustawę z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232; dalej; ustawa nowelizująca), której art. 5 stanowi, iż ustawa wchodzi w życie po upływie 30 dni od dnia jej ogłoszenia w Dzienniku Ustaw (tj. 19 października 2014 r.).

II. Analiza formalnoprawna

1. Punktem wyjścia dla oceny dopuszczalności merytorycznego rozpoznania wniosku grupy posłów powinien być art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.; dalej: ustawa o TK), zgodnie z którym: „Trybunał umarza na posiedzeniu niejawnym postępowanie: [...] jeżeli akt normatywny w zakwestionowanym zakresie utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał”. Przepisu tego nie stosuje się, jeżeli wydanie orzeczenia o akcie normatywnym, który utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia, jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw (art. 39 ust. 3 ustawy o TK).

W pierwszej kolejności zasadne jest rozważenie, czy w świetle art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK zaskarżone przepisy utraciły moc obowiązującą. W swoim dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wyrażał pogląd, że samo uchylenie przepisu, który jest przedmiotem kontroli, nie zawsze jest równoznaczne z utratą przez niego mocy obowiązującej. Uchylony przepis należy bowiem traktować jako obowiązujący, jeżeli nadal możliwe jest jego zastosowanie do jakiegokolwiek sytuacji z przeszłości, teraźniejszości lub przyszłości i na jego podstawie mogą być podejmowane indywidualne akty stosowania prawa (zob. przykładowo postanowienia TK z: 23 października 2001 r., sygn. akt K 4/01; 6 kwietnia 2005 r., sygn. akt SK 8/04; 16 listopada 2005 r., sygn. akt K 14/05; 4 marca 2008 r., sygn. akt K 13/06; 15 grudnia 2009 r., sygn. akt K 30/08; 19 grudnia 2012 r., sygn. akt K 32/11 oraz wyroki TK z: 4 października 2000 r., sygn. akt P 8/00; 21 maja 2001 r., sygn. akt SK 15/00; 11 grudnia 2001 r., sygn. akt SK 16/00; 22 października 2002 r., sygn. akt SK 39/01; 2 lipca 2003 r., sygn. akt P 27/02; 13 czerwca 2006 r., sygn. akt SK 54/04; 9 lipca 2009 r., sygn. akt K 31/08).

Jak wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku o sygn. akt K 35/08, norma prawna obowiązuje, jeżeli w systemie prawnym istnieje obowiązek przestrzegania owej normy przez jej adresatów, tj. obowiązek postępowania w sytuacji określonej w hipotezie normy w sposób wskazany w jej dyspozycji. Pojęciom obowiązywania norm prawnych i stosowania norm prawnych odpowiadają dwa odrębne przedziały czasowe – okres obowiązywania i okres stosowania normy prawnej. Norma prawna obowiązuje (w wąskim znaczeniu tego słowa), jeżeli w danym momencie stanowi wiążący wzorzec zachowań dla jej adresatów. Uchylenie normy prawnej oznacza, że wzorzec postępowania zawarty w dyspozycji normy przestaje wiązać adresatów normy. Jednocześnie każda norma prawna wywołuje skutki prawne lub faktyczne, które trwają po jej uchyleniu, przy czym skutki te mogą trwać bezterminowo. Przedział czasowy, w którym norma prawna wyznacza określone powinne zachowania jej adresatów, nie pokrywa się z przedziałem czasowym, w którym organy stosujące prawo dokonują oceny określonych zachowań z punktu widzenia tej normy. Istota problemu dotyczącego umorzenia postępowania na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK polega zatem na ocenie, czy w rzeczywistości nastąpiło wyłączenie z systemu prawa niekonstytucyjnego przepisu. Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie podtrzymuje linię orzecniczą stwierdzającą, że wykładnia zwrotu „akt normatywny utracił moc obowiązującą”, zawartego w art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK, powinna zmierzać do oceny, czy zaskarżona norma prawna została usunięta z porządku prawnego nie tylko w sensie formalnoprawnym, lecz także czy uchylony przepis nie wywiera nadal określonych skutków dla obywateli i czy może być nadal stosowany. Jedynie tak rozumiana utrata mocy obowiązującej może skutkować umorzeniem postępowania. *Ergo*, umorzenie postępowania wskutek utraty mocy obowiązującej aktu normatywnego może nastąpić jedynie wtedy, gdy osiągnięty został podstawowy cel tego postępowania, polegający na usunięciu z systemu prawa, jeszcze przed wydaniem orzeczenia, wadliwego aktu normatywnego lub wadliwego przepisu.

Wątpliwości co do obowiązywania określonego aktu normatywnego Trybunał Konstytucyjny rozstrzyga *a casu ad casum* na tle konkretnych przepisów i ich kontekstu normatywnego. Uchylony przepis należy bowiem traktować jako obowiązujący, dopóki zgodnie z miarodajną normą prawa międzynarodowego (normą intertemporalną) możliwe jest jego zastosowanie. W podobnym tonie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu o sygn. akt K 10/02, stwierdzając, że

„dopiero treść normy derogującej czy przejściowej pozwala odpowiedzieć na pytanie czy uchylony lub zmieniony przepis utracił moc obowiązującą w tym sensie, że nie może być w ogóle stosowany”. Istota owego problemu tkwi zatem w ocenie, czy w rzeczywistości nastąpiło wyłączenie z systemu źródeł prawa wadliwego przepisu. Dopiero po ustaleniu, że uchylony przepis nie może być stosowany, a w szczególności nie wywiera już określonych skutków dla adresatów zawartych w nim norm, możliwe staje się umorzenie postępowania.

Ustawodawca winien każdorazowo określić w przepisach przejściowych wpływ nowej ustawy na stosunki powstałe pod działaniem ustawy lub ustaw dotychczasowych (zob. § 30 ust. 2 pkt 1 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”; Dz. U. Nr 100, poz. 908). W analizowanej sprawie ustawodawca, co do zasady, przesądził o dalszym działaniu ustawy dawnej do stosunków będących w toku w chwili wejścia w życie ustawy nowelizującej. Zgodnie z art. 3 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a prawa zamówień publicznych. Wyłączenie to dotyczy zasad wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia, do których to postępowań prawodawca zdecydował o bezpośrednim działaniu ustawy nowej. Jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy w druku nr 1653, celem art. 4 ust. 1 (którego nieco zmienioną wersję stanowi art. 3 ustawy nowelizującej) było „jak najszybsze usunięcie negatywnych skutków obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a”. Tak więc sprawy wszczęte i niezakończone decyzją ostateczną w przedmiocie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia będą rozstrzygane w oparciu o nowe (a nie poddane nowelizacji) przepisy prawne. W związku z powyższym należy uznać, że kwestionowane w niniejszej sprawie przepisy p.z.p. utraciły moc obowiązującą w świetle art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK.

2. W dalszej kolejności należy rozważyć zasadność umorzenia postępowania, w związku z treścią art. 39 ust. 3 ustawy o TK.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, orzekanie o zgodności z Konstytucją uchylonych przepisów jest dopuszczalne w dwóch sytuacjach: po pierwsze wówczas, gdy kwestionowane przepisy – mimo uchylenia – mogą być nadal stosowane na

podstawie normy intertemporalnej; po drugie, jeżeli wydanie orzeczenia o akcie normatywnym, który utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia, jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw (art. 39 ust. 3 ustawy o TK). Z kolei wydanie przez Trybunał Konstytucyjny orzeczenia jest konieczne dla zapewnienia ochrony konstytucyjnych wolności i praw, gdy zapewnienie *de lege lata* skutecznej ochrony tych praw – wobec bezczynności ustawodawcy – nie jest możliwe bez wydania takiego orzeczenia. Chodzi tu o każdą sytuację, w której wolności i prawa konstytucyjne zostały naruszone w wyniku wydania lub stosowania badanego aktu normatywnego i w chwili wydawania orzeczenia nie są należycie chronione, a w szczególności ustawodawca nie usunął skutków ich naruszeń, zaś wydanie przez Trybunał Konstytucyjny orzeczenia o niekonstytucyjności aktu normatywnego prowadzi do zapewnienia ochrony tych wolności i praw.

W orzecznictwie Trybunału na tle art. 39 ust. 3 ustawy o TK podnoszone były czasem wątpliwości, czy orzekanie na podstawie tego przepisu o nieobowiązującym akcie normatywnym jest dopuszczalne w wypadku tzw. kontroli abstrakcyjnej, wszczynanej w wyniku wniosku uprawnionego podmiotu (zob. przykładowo postanowienie TK z 25 listopada 2008 r., sygn. akt K 8/06). Orzecznictwo Trybunału w odniesieniu do tej kwestii nie jest jednolite. Jednakże nawet w orzeczeniach, w których Trybunał dopuścił orzekanie na podstawie art. 39 ust. 3 ustawy o TK o nieobowiązującym akcie normatywnym zakwestionowanym w trybie kontroli abstrakcyjnej, podkreśla się, że jest to dopuszczalne jedynie w zupełnie wyjątkowych wypadkach, gdy wnioskodawca (na którym spoczywa ciężar dowodu), inicjując kontrolę abstrakcyjną, w sposób wystarczająco przekonujący i szczegółowy udowodni, że wydanie orzeczenia o nieobowiązujących przepisach jest niezbędne dla ochrony ściśle określonych konstytucyjnych praw i wolności konkretnych, wskazanych indywidualnie podmiotów, a celu tego nie można osiągnąć innymi metodami (zob. przykładowo wyrok pełnego składu TK z 16 marca 2011 r., sygn. akt K 35/08 oraz postanowienie TK z 19 grudnia 2012 r., sygn. akt K 32/11).

Istotą kontroli abstrakcyjnej jest badanie zgodności normy prawnej w oderwaniu od okoliczności konkretnego przypadku. Kognicja Trybunału Konstytucyjnego nie jest zatem ograniczona przez związek kontrolowanej normy z indywidualną sprawą. W postanowieniu TK z 30 marca 2009 r. (sygn. akt K 28/07) Trybunał stwierdził, że art. 39 ust. 3 ustawy o TK, jako wyjątek od ogólnej zasady orzekania wyłącznie o przepisach obowiązujących (art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK),

nie może być interpretowany rozszerzająco. Do takiego wniosku prowadzi analiza językowa art. 39 ust. 3 ustawy o TK. Skoro mówi się tam o przesłance „konieczności”, to wymaga się szczególnie przekonujących argumentów, że umorzenie postępowania w sprawie wywołać może skutki niekorzystne dla ochrony praw i wolności jednostki. Przesłanka „konieczności” ma bowiem znacznie bardziej kategoryczny charakter niż stwierdzenie, że wydanie orzeczenia byłoby „pożądane” bądź „pożyteczne” (zob. również postanowienia TK z: 8 października 2001 r., sygn. akt K 40/00; 16 listopada 2005 r., sygn. akt K 14/05; 19 lutego 2008 r., sygn. akt K 20/05 oraz wyrok TK z 30 marca 2005 r., sygn. akt K 19/02). W przypadku pytania prawnego lub skargi konstytucyjnej (kontrola konkretna) istnieje domniemanie, że wydanie orzeczenia jest niezbędne dla zapewnienia ochrony konstytucyjnych wolności lub praw. W wypadku kontroli abstrakcyjnej wnioskodawca jest zobowiązany przedstawić odpowiednie argumenty uzasadniające niezbędność wydania orzeczenia o przepisie nieobowiązującym dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw. Brak takich argumentów prowadzi do umorzenia postępowania.

Na gruncie niniejszej sprawy analiza wniosku nie daje podstaw do uznania, że podstawą jego złożenia była ochrona konstytucyjnych wolności i praw konkretnych podmiotów (np. że impulsem do jego zainicjowania były liczne postępowania sądowe i administracyjne w sprawach dotyczących nieuzasadnionego wykluczenia z postępowania przetargowego). Dlatego też, zdaniem Sejmu, wydanie orzeczenia o przepisach zakwestionowanych przez grupę posłów nie jest niezbędne dla zapewnienia ochrony konstytucyjnych wolności i praw, a rozstrzygnięcie merytoryczne w zakresie konstytucyjności kwestionowanego przepisu stało się bezprzedmiotowe.

Należy także odnotować, że zarzuty wnioskodawców koncentrujące się wokół zagadnienia przesłanek wykluczenia (wykonawców) z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały skonsumowane w wyniku uchwalenia i wejścia w życie ustawy nowelizującej.

Po pierwsze, trzeba podkreślić, że ustawodawca zrezygnował w aktualnej konstrukcji z bezwzględnego charakteru przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 2a p.z.p. (jak miało to miejsce na gruncie art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a p.z.p.). W obecnym stanie prawnym zamawiający może wykluczyć wykonawcę z postępowania w przypadku zaistnienia przesłanek, o których mowa w przepisie, nie jest do tego jednak zobligowany. Decydujące znaczenie będą miały okoliczności towarzyszące

naruszeniu obowiązków zawodowych przez wykonawcę. Ponadto, zasadniczej zmianie uległa podstawa wykluczenia wykonawców z ubiegania się o zamówienie publiczne. Ustawodawca zrezygnował ze sztywnie określonych przesłanek w postaci wyrządzonej wcześniej szkody lub nałożonej kary umownej bądź też wcześniejszego rozwiązania umowy z danym wykonawcą na rzecz „poważnego naruszenia obowiązków zawodowych” przez wykonawcę. Tym samym zdezaktualizowaniu uległ podstawowy zarzut zawarty we wniosku, a mianowicie automatyzm wykluczenia z postępowania przetargowego, który w konsekwencji – zdaniem wnioskodawców – prowadził do naruszenia zasady równości oraz w nieproporcjonalnym stopniu ograniczał wolność działalności gospodarczej (wniosek, s. 7). Wprowadzenie owej klauzuli nakłada na zamawiających obowiązek wykazania każdorazowo (za pomocą dowolnych środków dowodowych) zaistniałego naruszenia. Zatem traci na znaczeniu zastrzeżenie wyrażone przez wnioskodawców, że sankcja w postaci wykluczenia z postępowania obciąża wykonawców w sposób niewspółmierny do wagi interesu publicznego, polegającego na konieczności ochrony zamawiających przed nierzetelnymi wykonawcami. Ponadto, ustawodawca w sposób wyraźny ograniczył odpowiedzialność wykonawców jedynie do zawinionego zachowania. Jak wynika z uzasadnienia rządowego stanowiska wobec poselskiego projektu ustawy w druku nr 1653, propozycja dotycząca zmian w zakresie wykluczenia wykonawców z postępowania wychodzi naprzeciw potrzebom wykonania wyroku TSUE z 13 grudnia 2012 r. Ma to znaczenie również w tym kontekście, że analiza treści wspomnianego wyroku stanowi obszerny fragment argumentacji zawartej we wniosku.

3. Biorąc powyższe pod uwagę, Sejm wnosi o **umorzenie postępowania** w niniejszej sprawie, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, ze względu na utratę mocy obowiązującej przez akt normatywny w zakwestionowanym zakresie.

MARSZAŁEK SEJMU



Radosław Sikorski