



Warszawa, dnia 29 maja 2013 r.

Trybunał Konstytucyjny
al. J. Ch. Szucha 12 A
00-918 Warszawa

Wnioskodawca:

Grupa posłów na Sejm RP VII kadencji
według załączonej listy, reprezentowanych
przez Pana posła Marka Asta oraz
Pana posła Jerzego Szmita

Uczestnicy postępowania:

- 1) Sejm RP
- 2) Prokurator Generalny

Wniosek

o zbadanie zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej
art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień
publicznych (Dz. U. 2010, Nr 113, poz. 759 z późn. zm.)

Działając na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 188 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym, my niżej podpisani Posłowie na Sejm RP, działając przez wskazanych powyżej przedstawicieli, wnosimy o stwierdzenie niezgodności – z art. 2, art. 20 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz z art. 32 i art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010, Nr 113, poz. 759 z późn. zm., dalej jako „uPZP”), z

uwagi na fakt, iż wskazane powyżej regulacje uPZP naruszają wynikające z Konstytucji RP zasady:

- 1) zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa;
 - 2) proporcjonalności i określoności przepisów prawa polegającą na precyzyjności i jednoznaczności stanowionych przepisów; oraz
 - 3) zakazu ingerencji państwa w swobodę wykonywania działalności gospodarczej;
- poprzez wprowadzenie do systemu prawnego przepisów, których stosowanie prowadzi do arbitralnych rozstrzygnięć powodujących nieuzasadnioną prawnie możliwość ingerencji w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez potencjalnych oferentów-wykonawców oraz prowadzi do umieszczenia w uPZP niezrozumiałych, niejasnych, niekonsekwentnie stosowanych kryteriów powodujących podważenie zaufania oferentów-wykonawców do państwa i tworzonych przez nie prawa.

Jako naszych przedstawicieli w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym wyznaczamy Pana posła Marka Asta oraz Pana posła Jerzego Szmita.

Uzasadnienie

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 uPZP, 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 obowiązek zapłaty kary umownej wynosiły nie mniej niż 5% wartości realizowanego zamówienia i zostały stwierdzone orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Ponadto, z art. 24 ust. 1 pkt 1a uPZP wynika, iż z postępowania o udzielenie zamówienia 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.

Cytowane powyżej przepisy dotyczą instytucji wykluczenia z postępowania przetargowego tych wykonawców, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia. Wykluczenie jest przy tym obowiązkiem zamawiającego, a nie jego

uprawnieniem (co wynika wprost z literalnego brzmienia art. 24 uPZP), i stanowi co do zasady rodzaj jednostronnego rozstrzygnięcia merytorycznego zamawiającego. Zamawiający jest jedynie zobowiązany do zawiadomienia wykonawcy o fakcie wykluczenia wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym (art. 24 ust. 3 uPZP). Pierwszą przesłanką wykluczenia jest ustalenie przez zamawiającego, że wykonawca wyrządził szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując go nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Na podstawie powołanych powyżej przepisów można przy tym stwierdzić, iż nie ma istotnego znaczenia dla zaistnienia tej przesłanki (obligującej zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z przetargu), czy i kiedy szkoda została naprawiona, czy została naprawiona dobrowolnie, czy też przymusowo; jednocześnie znaczenie ma jedynie fakt, czy orzeczenie jest prawomocne, czy też nie.

Jeżeli chodzi o art. 24 ust. 1 pkt 1 uPZP, należy zauważyć że w uzasadnieniu projektu nowelizacji, która zmodyfikowała ten przepis¹ wyjaśniono, że²: *„Celem modyfikacji przesłanki wykluczenia wykonawcy, określonej przepisem art. 24 ust. 1 pkt 1, w związku z wyrządzeniem szkody zamawiającemu niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia, która została potwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu, tj. propozycja przepisu, zgodnie z którym wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy wyrządzili szkodę albo są zobowiązani do zapłaty kary umownej w wysokości minimum 5% wartości realizowanego zamówienia publicznego, jest zapewnienie, aby sankcja wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia była proporcjonalna w stosunku do popełnionego przez danego wykonawcę deliktu, w szczególności by nie podlegali wykluczeniu wykonawcy, którzy w sposób nieistotny uchybili zobowiązaniom umownym.”*

Dodatkowo ustawą z 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 87, poz. 484) do art. 24 ust. 1 uPZP został dodany pkt 1a, w brzmieniu cytowanym j.w. W tym przypadku istotny jest przede wszystkim fakt, że na tej podstawie (tzn. art. 24 ust. 1 pkt 1a uPZP) zamawiający nie musi wykazywać szkody; wystarczy tylko, że wartość niezrealizowanej umowy wynosi 5%. Wprawdzie z uzasadnienia projektu zmiany ustawy (druk nr 3677, Sejm VI kadencji) wynika, że w/w nowelizacja jest

¹ Ustawy z dnia 12.10.2012 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, ogłoszonej w Dz.U. z dnia 19.11.2012 r., poz. 1271.

² Druk sejmowy nr 455.

zgodna z Dyrektywami klasyczną³ i sektorową⁴, to jednak należy zwrócić uwagę na pewne rozbieżności, a mianowicie: z art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej wynika, iż: „wykonawca może być wykluczony, jeżeli jest winny poważnego wykluczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające”. Taka konstrukcja oznacza, że powyższe dyrektywy przewidują dopuszczalność wykluczenia każdego wykonawcy, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez zamawiającego. Poważne wykroczenie zawodowe stanowi bowiem niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę w związku z okolicznościami za które ponosi odpowiedzialność, skutkujące wypowiedzeniem umowy w sprawie jego realizacji przez zamawiającego. Należy przy tym zwrócić uwagę, że Trybunał Sprawiedliwości UE nie wykluczył uprawnienia państw członkowskich do utrzymania w mocy lub do ustanowienia, poza tymi podstawami wykluczenia, norm materialnych mających na celu między innymi zagwarantowanie poszanowania w dziedzinie zamówień publicznych zasad równego traktowania wszystkich oferentów i przejrzystości, które stanowią podwalinę dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych; jednakże wprowadzenie tego typu norm może nastąpić wyłącznie pod warunkiem że będzie przestrzegana zasada proporcjonalności⁵.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁶, który został wydany w związku z zapytaniem Krajowej Izby Odwoławczej o sposób interpretacji przepisów art. 45 ust. 2 pkt d w/w dyrektywy 2004/18/WE w związku z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 1a uPZP, zobowiązującym zamawiającego do wykluczenia z udziału w przetargu wykonawcy, z którym 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.

³ Dyrektywa nr 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.

⁴ Dyrektywa nr 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

⁵ M.in. wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 Assitur, pkt 21.

⁶ Wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11.

Pytanie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczyło właśnie wspomnianych powyżej przepisów art. 45 ust. 2 pkt d) dyrektywy klasycznej, z których wynika, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez zamawiającego, w zw. z art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17/WE. Konkretnie Krajowa Izba Odwoławcza zapytała, czy w/w przepis dyrektywy można interpretować w ten sposób, że za zawinione poważne wykroczenie zawodowe można uznać sytuację, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a uPZP. W przypadku negatywnej odpowiedzi na powyższe pytanie Izba chciała wiedzieć, czy skoro państwa członkowskie mogą wprowadzić inne niż wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE przesłanki wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które uznają za zasadne dla ochrony interesu publicznego, słusznym interesów zamawiających oraz zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, za zgodną z dyrektywą klasyczną oraz Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej można uznać przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a uPZP.

Trybunał wydał wyrok w tej sprawie, w którym stwierdził, iż: *„art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 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 o udzielenie 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”*.

Jednocześnie, w ocenie Trybunału zasady i normy prawa UE 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 o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy w sytuacji, o jakiej mowa w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne.

W konsekwencji należy uznać, że zamawiający powinni przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z udziału w przetargu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych uprzednio zbadać, czy powodem rozwiązania poprzedniej umowy było poważne wykroczenie zawodowe. W szczególności zamawiający powinien ustalić, czy nienależyte wykonanie umowy wynikało z zamierzonego działania wykonawcy lub jego rażącego niedbalstwa. Z tego względu przepisy dyrektywy 2004/18 – art. 24 ust. 1 pkt 1a uPZP stoją na przeszkodzie istnieniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania o udzielenie 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. Oznacza to jednocześnie, że próba wprowadzenia do polskiego systemu prawnego norm materialnych mających na celu (w tym przypadku wyłącznie w założeniu) zagwarantowanie poszanowania w dziedzinie zamówień publicznych zasad równego traktowania wszystkich oferentów i przejrzystości, spowodowała naruszenie zasady proporcjonalności. Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, iż z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wynika, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Trybunał Konstytucyjny uznał, że zasada ta (zasada proporcjonalności) ma w Konstytucji charakter samodzielny i całościowy. Nie ma jednak charakteru samoistnego kryterium oceny zgodności aktów normatywnych⁷.

Zasada, iż ograniczenia praw i wolności mogą być wprowadzane tylko w zakresie koniecznym, wyraża ogólną ideę praw i wolności jako sfery swobodnego działania jednostki, w którą ustawodawca może ingerować tylko w razie konieczności i tylko w niezbędnym wymiarze. Istotą zakazu nadmiernej ingerencji – wynikającej z zasady proporcjonalności – jest uznanie, że państwo nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, zwłaszcza zaś ograniczeń o zaburzonej proporcji pomiędzy stopniem naruszenia

⁷ Wyrok TK – Ts 180/99.

uprawnień jednostki a rangą podlegającego ochronie interesu publicznego. Znaczy to, że **wszelka ingerencja musi być dokonywana środkami adekwatnymi do zamierzonego celu**. Zakaz nadmiernej ingerencji pełni funkcję ochronną w stosunku do wszystkich praw i wolności, a jego adresatem jest państwo, które winno działać wobec jednostki w sposób wyznaczony rzeczywistą potrzebą⁸.

W ocenie wnioskodawcy przyjęta w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1 uPZP konstrukcja jest niezgodna z wyrażoną w Konstytucji RP zasadą równości (art. 32), zasadą wolności (swobody) działalności gospodarczej (art. 20 i 22) oraz zasadą proporcjonalności (art. 31 ust. 3).

Z art. 32 Konstytucji RP wynika, że wszyscy są równi wobec prawa i nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. Zgodnie z linią orzecznictwa procentowaną przez Trybunał Konstytucyjny, konstytucyjna zasada równości polega na tym, że wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo. A więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących⁹. Należy przy tym podkreślić, że zasada równości mieści również w sobie równość w dostępie do rynku, w tym towarów, usług i zamówień. Istotne z punktu stwierdzenia niezgodności kwestionowanych przez wnioskodawcę przepisów uPZP jest zatem przede wszystkim ustalenie, czy przyjęte rozwiązania prawne gwarantują równe traktowanie przedsiębiorców ubiegających się o zamówienie publiczne.

W ocenie wnioskodawcy przyjęta w uPZP konstrukcja wykluczenia z przetargu stanowi arbitralną decyzję urzędniczą, która pozwala wykluczyć – nie tylko z danego przetargu, ale niemal ze wszystkich przetargów publicznych w kraju – wykonawcę, który np. zszedł z placu budowy, nie wykonał zaledwie 5% wartości zamówienia, bądź uchybienie dotyczyło 5% wartości zamówienia. Oceniając obiektywnie niezwykle trudno jest znaleźć w praktyce rzetelną i doświadczoną firmę wykonawczą, której nie zdarzyłoby się żadna tego typu przewinienie. Aktualne brzmienie omawianych przepisów uPZP powoduje jednocześnie, iż o zamówienia publiczne może ubiegać się przedsiębiorca, który w ogóle nie posiada historii realizowanych inwestycji, tj. podmiot całkowicie nowy na rynku lub taki, który nie posiada realnych możliwości realizacji kontraktu, a mimo tego zamierza wziąć udział w przetargu. Istniejące regulacje w sposób oczywisty powodują zatem nieuzasadnione

⁸ Tak m.in. wyrok TK – K 47/07.

⁹ Np.: orzeczenie z dnia 9 marca 1988 r., U 7/87.

zróźnicowanie sytuacji przedsiębiorców. O niekonstytucyjnej dyskryminacji można bowiem z pewnością mówić wtedy, gdy przepisy prawa postawią jedne podmioty w sytuacji mniej korzystnej niż sytuacja innych podmiotów należących do tej samej klasy¹⁰. W tym przypadku sytuacja taka niewątpliwie ma miejsce.

Ponadto należy zwrócić uwagę na naruszenie zasady wolności gospodarczej, która ma charakter ustrojowy (art. 20 Konstytucji) a jej konkretyzację stanowi art. 22 Konstytucji, dopuszczający ograniczenie wolności działalności gospodarczej wyłącznie w drodze ustawy i wyłącznie ze względu na ważny interes publiczny. W omawianym przypadku ograniczenie wolności nastąpiło wprawdzie na podstawie ustawy (poprzez zmianę uPZP i wprowadzenie spornego brzmienia omawianych przepisów), jednak zdaniem Wnioskodawcy nie zostały uwzględnione dodatkowe przesłanki z art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Wolność gospodarcza wywodzi się z podstawowych wolności człowieka i jego prawa do własności. Nie jest ona przy tym pojęciem jednorodnym. Trybunał Konstytucyjny stwierdzał już, że art. 22 Konstytucji nie proklamuje samoistnie zasady wolności działalności gospodarczej. Przepis ten nie określa, jaka jest treść tej wolności i sfera działań, które są realizacją wolności działalności gospodarczej, lecz dotyczy konstytucyjnych wymogów ograniczenia wolności działalności gospodarczej¹¹. Trybunał zaznaczał przy tym, że wyrażenie: „wolność działalności gospodarczej” należy rozumieć zarówno jako wolność wyboru działalności gospodarczej, jak i wolność jej wykonywania¹². Nie można mieć jednocześnie wątpliwości, że na wolność gospodarczą składa się również prawo do równości wobec prawa z innymi przedsiębiorcami oraz prawo do wolnej konkurencji.

Co do zasady wolność gospodarcza nie jest jednak równoznaczna z dowolnością i w systemie prawnym mogą istnieć i istnieją granice tej wolności warunkujące zakres i sposób jej wykonywania. Istotnym elementem zasady wolności gospodarczej jest jednak, aby państwo chroniło korzystanie z wolności gospodarczej i nie ograniczało jej zakresu ponad uzasadnione potrzeby, które określone zostały w Konstytucji jako „ważny interes publiczny”. Art. 22 Konstytucji formułuje zatem dwojakiego rodzaju ograniczenia dla wprowadzania wspomnianych powyżej ograniczeń. W płaszczyźnie materialnej wymaga, aby ograniczenia wolności gospodarczej znajdowały uzasadnienie w „ważnym interesie publicznym”, a w płaszczyźnie formalnej aby były wprowadzone „tylko w drodze ustawy”.

¹⁰ Wyrok TK z dnia 10 kwietnia 2001 r., U 7/00.

¹¹ Wyrok z 29 kwietnia 2003 r. SK 24/2002 OTK ZU 2003/4A poz. 33.

¹² (por. wyrok z 7 czerwca 2005 r. K. 23/2004 OTK ZU 2005/6A poz. 62.

Jak zostało wspomniane powyżej, w omawianym przypadku wolność gospodarcza została ograniczona w drodze ustawy, tj. poprzez brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a uPZP. Nie można mieć bowiem wątpliwości, że przepisy te, wprowadzając konstrukcję wykluczenia z przetargu, powodują w praktyce ograniczenie dla pewnego kręgu wykonawców dostępu do zamówień. Jednakże w ocenie wnioskodawcy szerszej analizie powinna podlegać płaszczyzna materialna wprowadzonych ograniczeń wolności gospodarczej.

Pojęcie ważnego interesu publicznego nie ma precyzyjnego znaczenia. Odwołanie się do niego w kontekście ustalania zakresu i treści dopuszczalnych ograniczeń wolności gospodarczej może nastroić wątpliwości interpretacyjnych sprowadzających się do tego, czy w danej sytuacji ważny interes publiczny rzeczywiście zaistniał, a ponadto, jeżeli jego istnienie nie budzi zastrzeżeń, to w jakim stopniu upoważnia on do wprowadzania ograniczeń.

Z uwagi na powyższe, ustalając treści normatywne klauzuli generalnej „ważnego interesu publicznego”, zawartej w art. 22 Konstytucji, należy mieć na uwadze, że w klauzuli tej mieszczą się także inne materialnoprawne przesłanki ograniczenia wolności działalności gospodarczej niż te, które są wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji (bezpieczeństwo, porządek publiczny, ochrona środowiska, ochrona zdrowia, ochrona moralności publicznej, ochrona wolności i praw innych osób). Ustawodawca, powołując się na „ważny interes publiczny” uzasadniający ograniczenie wolności działalności gospodarczej, może się bowiem powołać również na inne przesłanki materialnoprawne niż te, które są wymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji, ale musi takie przesłanki uzasadnić przepisami lub wartościami konstytucyjnymi. Uzasadniając przyczyny, dla których ograniczenie wolności działalności gospodarczej wynikające z art. 22 Konstytucji może mieć szerszy zakres niż ograniczenie innych praw lub wolności, Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 8 kwietnia 1998 r. (K. 10/97, OTK ZU 1998/3 poz. 29), wyjaśniał, że działalność gospodarcza, ze względu na jej charakter, a zwłaszcza na bliski związek zarówno z interesami innych osób, jak i interesem publicznym, może podlegać różnego rodzaju ograniczeniom w stopniu większym niż prawa i wolności o charakterze osobistym bądź politycznym. Istnieje w szczególności legitymowany interes państwa w stworzeniu takich ram prawnych obrotu gospodarczego, które pozwolą zminimalizować niekorzystne skutki mechanizmów wolnorynkowych, jeżeli skutki te ujawniają się w sferze, która nie może pozostać obojętna dla państwa ze względu na ochronę powszechnie uznawanych wartości.

Ustawodawca powinien więc każdorazowo wykazać, iż „(...) ograniczenie wolności działalności gospodarczej służy ochronie szczególnie istotnego interesu publicznego. Konieczność ograniczenia tej wolności 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, skutki ograniczeń są proporcjonalne do ciężarów nakładanych na obywatela. Z zasady proporcjonalności wynika wymóg doboru takiego środka ograniczenia wolności lub praw, który służyłby osiągnięciu zamierzonego celu, z uwzględnieniem postulatu adekwatności. W pojęciu „ograniczenia koniecznego” zawiera się nie tylko materialnoprawne określenie treści ograniczenia, ale też dopuszczalność stosowania środków niezbędnych dla zapewnienia respektowania owego ograniczenia przez adresatów normy ograniczającej. Każdy wypadek konieczności ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści się w klauzuli ważnego interesu publicznego w rozumieniu art. 22 Konstytucji, jednak w zakresie owego ważnego interesu publicznego mieszczą się ponadto wartości niewymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W konsekwencji zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest – przynajmniej z punktu widzenia materialnoprawnych przesłanek ograniczeń – szerszy od zakresu ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji”¹³.

Powyższe oznacza, że do ograniczenia wolności działalności gospodarczej ściśle odnosi się również zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przepis ten wskazuje wprost na obszary ochrony sprawowanej przez państwo. Są nimi: bezpieczeństwo, porządek publiczny, środowisko, zdrowie, moralność publiczna oraz wolności i prawa innych osób. Nie wyklucza to jednocześnie innych przesłanek, które mogą uzasadniać ograniczenie wolności gospodarczej (zgodnie ze stanowiskiem TK cytowanym powyżej). Ograniczenia wolności gospodarczej powinny być jednak z jednej strony jak najmniejsze, z drugiej zaś wystarczające do realizacji określonego celu.

W ocenie wnioskodawcy interes publiczny polegający głównie na konieczności ochrony instytucji zamawiających, potrzebie zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, w żaden sposób nie może uzasadniać istnienia art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a uPZP w aktualnym brzmieniu uregulowania.

Za zbyt daleko idące należy bowiem uznać automatyczne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy w sytuacji faktycznego braku poważnego

¹³ Wyrok TK z dnia 08 lipca 2008 r., K. 46/2007 (OTK ZU 2008/6A poz. 104).

wykroczenia zawodowego, o którym mowa w dyrektywie klasycznej (szerszej we wcześniejszych fragmentach niniejszego wniosku).

Należy w tym kontekście zwrócić uwagę przede wszystkim na fakt, że wykluczenie wykonawcy z przetargu jest możliwe nie tylko wtedy, gdy wyrządził szkodę, ale również wtedy, gdy taka szkoda w ogóle nie została wyrządzona. Dla powstania po stronie instytucji zamawiającej obowiązku automatycznego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wystarczające zobowiązanie się przez wykonawcę do zapłaty kary umownej w wysokości przewyższającej ustawowy próg 5% wartości zamówienia. Istotny staje się zatem nie tyle sam fakt wyrządzenia szkody przez wykonawcę, ile okoliczność, czy i w jaki sposób kara umowna została zapisana w kontrakcie. Innymi słowy, obowiązek zapłaty kary umownej nie musi oznaczać, że zamawiający poniósł jakąkolwiek szkodę związaną z niewykonaniem zamówienia przez wykonawcę. Kara umowna może być bowiem sankcją za uchybienie czysto formalne, które w niczym nie przeszkodziło przy prawidłowej realizacji danego kontraktu. Dodatkowo należy mieć na uwadze, że z przepisów prawa cywilnego wynika wprost, że obowiązek zapłaty kary umownej nie jest stricte związany z faktem powstania szkody po stronie uprawnionej do żądania kary¹⁴. Kara umowna nie wymaga ponadto dowodzenia wysokości szkody oraz stanowi obciążenie, które wynika wyłącznie z zawartej przez strony umowy, do której stosuje się przepisy o charakterze cywilnoprawnym. Strony łączy w tym kontekście tylko stosunek zobowiązaniowy, w którym samodzielnie określają one obowiązki, których naruszenie powoduje zapłatę kar umownych, jak również samodzielnie określają wysokość tych kar umownych. W praktyce kary umowne mogą być zastrzeżone (i często spotyka się tego typu regulacje) nawet na wypadek tak drobnych uchybień jak kilkudniowe opóźnienie w dostarczeniu raportu lub faktury, czy też innych dokumentów rozliczeniowych.

Sankcja w postaci wykluczenia wykonawcy, na okres 3 lat - zasadniczo z każdego postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w Polsce na podstawie uPZP - jest w ocenie wnioskodawcy zdecydowanie niewspółmierna w tego typu przypadkach w odniesieniu do wagi interesu publicznego polegającego na konieczności ochrony zamawiających przed nierzetelnymi wykonawcami. Obowiązujące regulacje powodują bowiem, że z postępowań wykluczani są także wykonawcy, którzy nie popełnili poważnego

¹⁴ Zgodnie z art. 484 §1 KC, kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Potwierdził to również Sąd Najwyższy – uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna – zasada prawna z dnia 6 listopada 2003 r. III CZP 61/03, OSP 2004 nr 9, poz. 115, str. 487. Zgodnie z tą uchwałą zasądzenie kary umownej wyrokiem Sądu nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem wyrządzenia zamawiającemu szkody.

wykroczenia zawodowego, nie spowodowali szkody po stronie zamawiającego, a pomimo tego byli zgodnie z umową zobowiązani do zapłaty kary umownej w wysokości wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 1 uPZP. Fakt wykluczenia danego wykonawcy z postępowania przetargowego został zatem powiązany nie tyle z wyrządzeniem szkody, co z powstaniem po stronie wykonawcy obowiązku zapłaty kary umownej (niezależnie od przyczyny, która powoduje obowiązek zapłaty tej kary).

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 15 marca 2012 r. (I ACa 101/12), z którego wynika, że „wedle art. 484 § 1 k.c. całkowity brak szkody wierzyciela lub jej niewielka wartość co najwyżej uzasadnia miarkowanie kary, a nie zupełne zwolnienie z jej zapłaty.” Oznacza to sankcję w postaci wykluczenia w przetargu również dla tych wykonawców, którzy w ogóle nie spowodowali powstania szkody po stronie zamawiającego; liczy się bowiem okoliczność zasądzenia dla zamawiającego kary umownej w wysokości wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 1 uPZP.

W kontekście powyższego, nie ma co do zasady żadnych wątpliwości, że zaskarżone przepisy uPZP budzą zastrzeżenia co do tego, czy sankcja wykluczenia z postępowania dotyka tylko tych wykonawców zobowiązanych do zapłaty kary umownej, którzy należą do kategorii „(...) wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie (...)” (taki był właśnie deklarowany przez ustawodawcę cel wprowadzenia omawianych ograniczeń); czy też obejmuje wszystkich wykonawców zobowiązanych do zapłaty kary umownej - z powodu naruszenia określonych umową przyczyn niezależnie od wyrządzonej szkody lub nawet w razie jej braku, a także bez badania jej wysokości (w praktyce tak wygląda faktyczne zastosowanie zaskarżonego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 uPZP). Należy jednocześnie podkreślić, że nie do przyjęcia jest stan, w którym kilku potencjalnych wykonawców popełniających podobne wykroczenie (powodujące po stronie zamawiającego znaczną szkodę) znajdzie się w skrajnie odmiennej sytuacji tylko z powodu wysokości kary umownej (jedni zostaną wykluczeni z danego postępowania, w stosunku do innych nie wystąpi przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 1 uPZP).

W związku z powyższym należy zauważyć, iż w systemie zamówień publicznych umowę najczęściej kształtuje zamawiający. Istotą kary umownej jest oderwanie jej wysokości od faktycznie poniesionej szkody (o czym we wcześniejszych fragmentach niniejszego wniosku). Pomimo cywilnoprawnego charakteru zawieranego kontraktu i formalnej swobody obu stron w zakresie kształtowania jego treści, na gruncie uPZP, wysokość kary umownej jest również określana przez zamawiającego. Zamawiający może zatem samodzielnie określić

karę umowną na takim poziomie, że zawsze może ona osiągnąć 5% wartości realizowanego zamówienia. Również z tego względu za niezgodne z zasadami Konstytucji należy uznać skonstruowanie rozwiązania, na podstawie którego wykonawca może zostać wykluczony z przetargu z powodu powstania po jego stronie obowiązku zapłaty kary umownej.

Niezależnie od powyższego nie jest również w sposób przejrzysty sprecyzowane, czy zakresem zastosowania przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a uPZP objęte są tylko przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania w przeszłości umów zawartych w postępowaniach przetargowych prowadzonych na gruncie uPZP, czy też wszystkich zamówień publicznych w rozumieniu art. 2 pkt 13 uPZP, nawet jeżeli zostały zawarte przy zastosowaniu innych procedur (o których mowa w art. 4 pkt 1 lit. a uPZP). Prowadzi to w praktyce do eliminacji z postępowań także tych oferentów, którzy w przeszłości naruszyli umowne obowiązki z kontraktów w ogóle nie zawieranych w procedurze określonej uPZP¹⁵. Potwierdza to surowość i nieadekwatność sankcji wykluczenia do jej podstaw merytorycznych.

Powyższe wskazuje, że kara umowna, również ze względu na podstawy jej zapłaty, nie może stanowić samodzielnego kryterium wykluczenia z przetargu, nie powiązanego z zakładanym celem wprowadzenia przesłanek w art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a uPZP, tzn. wykluczenia wykonawców którzy spowodowali szkody wykonując zamówienie publiczne. Należy przy tym ponownie podkreślić, że wykonawcy przystępujący do realizacji zamówień publicznych nie mają w praktyce możliwości ingerowania w treść zawieranych umów ani też realnego wpływu na ich ostateczną treść, w tym przede wszystkim na postanowienia dotyczące kar umownych. Istniejące regulacje uPZP mogą mieć w związku z tym realny wpływ na decyzje gospodarcze podejmowane przez wykonawców (ograniczają w sposób praktyczny możliwość dochodzenia praw przed sądem z uwagi na możliwość zasądzenia w wyroku kary umownej na rzecz zamawiającego).

Niezależnie od powyższego należy podkreślić jeszcze jeden aspekt związany z wykluczeniem wykonawcy z przetargu z powodu powstania po jego stronie obowiązku zapłaty kary umownej. A mianowicie, wprowadzona do uPZP konstrukcja wykluczenia może zadziałać wstecz. Z brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 1 uPZP wynika bowiem, że niekorzystny dla wykonawcy prawomocny wyrok sądowy zasądzający na rzecz zamawiającego karę umowną w wysokości minimum 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego, zapadły

¹⁵ Tak np.: Sąd Okręgowy w Warszawie w odniesieniu do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a uPZP w związku z odstąpieniem od umowy – wyrok z dnia 23.11.2013 r. (sygn. akt V Ca 2497/12).

w okresie ostatnich 3 lat może prowadzić do wykluczenia danego wykonawcy z rynku (całego rynku) zamówień publicznych. Skutek ten następuje niezależnie od tego, czy w okresie przed wprowadzeniem w/w przepisu w aktualnym brzmieniu, taki skutek nie był możliwy z uwagi na to, że zamawiający w ogóle nie poniósł szkody.

Podsumowując, należy w tym miejscu ponownie zaznaczyć, że przesłanki wykluczenia powinny być ukształtowane w art. 24 ust. 1 pkt 1 uPZP w taki sposób, aby rzeczywiście pozwoliły ustalić i wykluczyć wykonawców oczywiście nierzetelnych, a poza tym powinny być one równe dla wszystkich wykonawców. Wyłącznie taka regulacja pozwoliłaby bowiem na zgodne z Konstytucją zrealizowanie ograniczenia wolności działalności gospodarczej, tzn. przy uwzględnieniu ważnego interesu publicznego oraz zasady proporcjonalności.

Niezależnie od powyższego przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a uPZP nakazuje obligatoryjnie zamawiającemu wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia 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.

Podobnie jak w przypadku omawianego wcześniej art. 24 ust. 1 pkt 1 uPZP (co do wprowadzenia kary umownej jako samodzielnej przesłanki wykluczenia z przetargu), cytowany powyżej art. 24 ust. 1 pkt 1a uPZP wskazuje, że przyczyną wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest także rozwiązanie umowy przez wykonawcę oraz jej wypowiedzenie lub odstąpienie od niej.

Podobnie również jak wcześniej, wątpliwości na gruncie tej regulacji sprowadzają się do jej niejednoznaczności oraz do zróżnicowania sytuacji poszczególnych wykonawców, a przede wszystkim do oderwania przesłanki rozwiązania (wypowiedzenia, odstąpienia) umowy od okoliczności poniesienia szkody przez zamawiającego. Aktualne brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 1a uPZP oznacza bowiem, że w praktyce nawet w przypadku niesłusznego odstąpienia albo wypowiedzenia umowy przez zamawiającego (tzn. bez związku z faktem nierzetelnego wykonania przez wykonawcę zamówienia w taki sposób, który spowodował szkodę po stronie zamawiającego), wykonawca przez 3 lata będzie pozbawiony możliwości udziału w przetargach na zamówienia publiczne. W ocenie wnioskodawcy obligatoryjne

wykluczenie z przetargu powinno być ściśle związane z okolicznościami, na podstawie których zamawiający dokonuje zakończenia stosunku prawnego z danym wykonawcą. Innymi słowy nie można pominąć oceny tych okoliczności stanowiących podstawę rozwiązania, czy też odstąpienia od umowy, które świadczą o winie lub braku winy danego wykonawcy (przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej). Należy przy tym zwrócić uwagę, że zgodnie z zasadą swobody umów, strony umowy o wykonanie zamówienia publicznego mogą dowolnie kształtować łączący je stosunek prawny. Należy przy tym pamiętać, że w tego typu kontraktach zauważalna jest w sposób oczywisty dominująca pozycja zamawiającego, który może praktycznie dowolnie ukształtować postanowienia związane z możliwością rozwiązania, wypowiedzenia oraz odstąpienia od umowy. Uprawnienie takie może być przyznane zamawiającemu w umowie również niezależnie do tego, czy wykonawca naruszył umowę w jakikolwiek sposób, czy naraził zamawiającego na szkodę, czy szkoda taka w ogóle powstała.

W ocenie wnioskodawcy przyjęcie rozwiązania pozwalającego instytucji zamawiającej na wykluczenie z przetargu wykonawcy, z którym uprzednio rozwiązana została umowa z przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności, czy też z takich przyczyn, na które wręcz nie posiadał żadnego wpływu (siła wyższa), narusza konstytucyjne zasady, w tym w szczególności zasadę proporcjonalności. W sposób nieuprawniony powoduje również eliminację z rynku zamówień publicznych tych wykonawców, których w żaden sposób nie można uznać za nierzetelnych. Jest to szczególnie dotkliwe, z punktu widzenia wykonawcy, również dlatego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie ma obowiązku badania przyczyn, które wcześniej spowodowały rozwiązanie umowy z danym wykonawcą (nawet w sytuacji, gdy mowa jest o tym samym zamawiającym i wykonawcy).

W tym kontekście za rażąco nieuzasadnione należy uznać założenie ustawodawcy, iż do postępowań przetargowych nie powinni być dopuszczani wykonawcy, z którymi stosunki umowne zakończono w sposób wskazany w art. 24 ust. 1 pkt 1a uPZP. Rażąca jest przede wszystkim dowolność i arbitralność tego typu regulacji, ponieważ zakłada ona, iż każdorazowe orzeczenie sądu zapadałoby na korzyść zamawiającego, a w żadnym wypadku na korzyść wykonawcy. Taka konstrukcja przepisu może w praktyce prowadzić do nadużycia uprawnień przez zamawiających w zakresie rozwiązywania umów na podstawie jednostronnego oświadczenia woli (zasadniczo nie weryfikowalnego, jeśli chodzi o istnienie faktycznych i prawnych podstaw takiego oświadczenia). Interesujące jest przy tym

uzasadnienie wprowadzenia takiego rozwiązania, dokonane w projekcie do ustawy wprowadzającej do uPZP przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a. Wynika z niego mianowicie, że skoro niezasadne jest wpisywanie na listę nierzetelnych wykonawców takiego wykonawcy, w odniesieniu do którego nie zapadł jeszcze prawomocny wyrok sądowy, to przesłankę wykluczenia mógłby ustalać i stosować sam zamawiający, który rozwiązał, wypowiedział lub odstąpił od umowy zawartej z podlegającym wykluczeniu wykonawcą. Zdaniem wnioskodawcy argument ten przemawia jednak wprost za usunięciem w/w przepisu jako niezgodnego z Konstytucją RP, w szczególności z tego powodu, że jednym podmiotem decydującym o wykluczeniu wykonawcy jest zamawiający. Powoduje to w sposób oczywisty naruszenie równowagi w relacjach pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, ponieważ skutkiem jest obligatoryjne wykluczenie wykonawcy nie tylko z przetargów przed tym samym zamawiającym, ale także ze wszystkich postępowań przed wszystkimi zamawiającymi. Konieczne jest wskazanie w tym miejscu, że interes publiczny uzasadniający ograniczenie wolności gospodarczej w żadnym razie nie może być utożsamiany z partykularnymi interesami jego poszczególnych uczestników, w tym przypadku instytucji zamawiających. Sankcja wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne może mieć również i ten, realny, skutek, iż arbitralnie i bezzasadnie dokonane wyłączenie wykonawcy z katalogu potencjalnych kontrahentów na wiele lat, prowadzić może do ograniczenia zasady uczciwej konkurencji.

Reasumując, opisany powyżej zakres stosowania (względnie możliwość zastosowania) zaskarżonych przepisów uPZP powoduje w ocenie wnioskodawcy naruszenie zasady ochrony zaufania obywateli do państwa. Zasada ta oznacza, że organ państwowy nie może, podejmując działania wobec obywateli, zastawiać swego rodzaju „pułapek” na adresatów aktów normatywnych, a przeciwnie – powinien stwarzać stan bezpieczeństwa prawnego i możliwości decydowania o własnym postępowaniu opartym na możliwości przewidywania konsekwencji prawnych uregulowań. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego¹⁶, zasada ochrony zaufania obywatela do państwa i do prawa, określana także jako zasada lojalności państwa wobec obywatela, wyraża się w takim stanowieniu i stosowaniu prawa, aby obywatel mógł układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań oraz w przekonaniu, iż jego działania podejmowane zgodnie z obowiązującym prawem będą także w przyszłości uznawane przez porządek prawny. Przyjmowane przez ustawodawcę

¹⁶ TK w wyroku z dnia 25.06.2002 r. – K.27/00; K 45/01.

nowe unormowania nie mogą zaskakiwać ich adresatów, którzy powinni mieć czas na dostosowanie się do zmienionych regulacji i spokojne podjęcie decyzji w sprawie przyjęcia właściwego postępowania. W pierwszej kolejności podjęcie tego typu decyzji wymaga ustalenia, na ile oczekiwanie jednostki może narazić ją na prawne skutki, których nie mogła przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań. Opisane powyżej zastrzeżenia do uPZP jasno potwierdzają, iż nie sposób precyzyjnie przewidzieć skutków prawnych zawarcia określonego kontraktu, skoro postanowienia umowne mogą mieć daleko idące skutki w przyszłych postępowaniach przetargowych, w których określona osoba może następnie zgłosić swój udział. Należy w związku z tym zwrócić uwagę, że zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, naruszeniem Konstytucji jest stanowienie przepisów niejasnych, wieloznacznych, które nie pozwalają obywatelowi na przewidzenie konsekwencji prawnych jego zachowań. Przykładowo: z wyroku TK z dnia 10 listopada 1998 r. (K 39/97) wynika, że: *„należyta poprawność, precyzyjność i jasność przepisów prawnych ma szczególne znaczenie, gdy chodzi o ochronę konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela. Adresat normy prawnej musi wiedzieć, jakie jego zachowanie i z jakich przyczyn ma znaczenie prawne”*. Podobnie we wcześniejszym wyroku TK¹⁷ stwierdził, że: *„z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika, że każda regulacja prawna, nawet o charakterze ustawowym, dająca organowi państwowemu uprawnienia do wkraczania w sferę praw i wolności obywatelskich, musi spełnić wymów dostatecznej określoności”*.

Mając na uwadze powyższe należy także podkreślić, że z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wynika, iż ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Trybunał Konstytucyjny uznał, że zasada ta (zasada proporcjonalności) ma w Konstytucji charakter samodzielny i całościowy¹⁸. Zasada, iż ograniczenia praw i wolności mogą być wprowadzane tylko w zakresie koniecznym, wyraża ogólną ideę praw i wolności jako sfery swobodnego działania jednostki, w którą ustawodawca może ingerować tylko w razie konieczności i tylko w niezbędnym wymiarze. Istotą zakazu nadmiernej ingerencji – wynikającej z zasady proporcjonalności – jest uznanie, że państwo nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, zwłaszcza zaś

¹⁷ Wyrok TK z dnia 19 czerwca 1992 r. (U. 6/92).

¹⁸ Wyrok TK – Ts 180/99.

ograniczeń o zaburzonej proporcji pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą podlegającego ochronie interesu publicznego. Znaczy to, że wszelka ingerencja musi być dokonywana środkami adekwatnymi do zamierzonego celu. Zakaz nadmiernej ingerencji pełni funkcję ochronną w stosunku do wszystkich praw i wolności, a jego adresatem jest państwo, które winno działać wobec jednostki w sposób wyznaczony rzeczywistą potrzebą¹⁹.

Ustawodawca musi zatem każdorazowo wykazać, iż ograniczenie wolności działalności gospodarczej służy ochronie szczególnie istotnego interesu publicznego. Konieczność ograniczenia tej wolności 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, skutki ograniczeń są proporcjonalne do ciężarów nakładanych na obywatela. Z zasady proporcjonalności wynika wymóg doboru takiego środka ograniczenia wolności lub praw, który służyłby osiągnięciu zamierzonego celu, z uwzględnieniem postulatu adekwatności. W pojęciu „ograniczenia koniecznego” zawiera się nie tylko materialnoprawne określenie treści ograniczenia, ale też dopuszczalność stosowania środków niezbędnych dla zapewnienia respektowania owego ograniczenia przez adresatów normy ograniczającej. W omawianym przypadku przepisy uPZP zostały wprowadzone w takim brzmieniu (zastrzeżenia jak wyżej), iż zdaniem wnioskodawcy są wynikiem rażącego naruszenia przez ustawodawcę wspomnianych powyżej zasad konstytucyjnych. Ustawodawca dla osiągnięcia założonego celu regulacji powinien wybierać bowiem najmniej uciążliwe środki. Oznacza to, że jeśli ten sam cel można osiągnąć stosując środki w mniejszym stopniu ograniczające prawa i wolności, to zastosowanie środka bardziej uciążliwego stanowi wykroczenie ponad konstytucyjną konieczność. Zaskarżone przepisy art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a uPZP należy zakwestionować również jako skonstruowane w sposób sprzeczny z zasadami należytej legislacji oraz techniki legislacyjnej. Wskazane już wyżej istotne wątpliwości interpretacyjne, jak również błędy popełnione przy konstruowaniu brzmienia tych przepisów sprawiają, że zamawiający, a także właściwe organy państwowe, mogą je w praktyce interpretować z negatywnymi skutkami dla wykonawców (w sposób nieuzasadniony z uwagi na cel wprowadzenia tych przepisów do systemu prawnego). W demokratycznym państwie prawnym nie powinny być natomiast tolerowane przepisy, których stosowanie prowadzi do arbitralnych rozstrzygnięć, co podważa zaufanie wykonawców do państwa i tworzonego przez nie prawa. Niezgodne z zasadą demokratycznego państwa prawnego jest stanowienie przepisów, nie spełniających wymogów

¹⁹ Tak m.in. wyrok TK – K 47/07.

w zakresie ich dostatecznej jasności, rzetelności i poprawności, w tym także ich zgodności z zasadami techniki legislacyjnej.

Mając na uwadze powyższe wnosimy jak na wstępie.

W załączeniu:

- lista posłów popierających wniosek.
- 5 odpisów wniosku