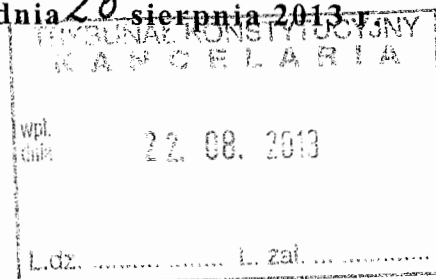




RZECZPOSPOLITA POLSKA  
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 20 sierpnia 2013 r.



PG VIII TK 56/13

K 20/13

## TRYBUNAŁ KONSTITUCYJNY

W związku z wnioskiem Grupy Posłów o stwierdzenie niezgodności art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) z art. 2, art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 32 i art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

– na podstawie art. 33 w zw. z art. 27 pkt 5 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) –

**przedstawiam następujące stanowisko:**

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), w zakresie, w jakim nakazują wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie są winni poważnego wykroczenia zawodowego, są niezgodne z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,
- 2) w pozostałym zakresie postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym.

## Uzasadnienie

Grupa Posłów na Sejm RP VII kadencji (dalej: Wnioskodawca) zwróciła się do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o stwierdzenie niezgodności art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.; dalej: p.z.p. lub prawo zamówień publicznych) z art. 2, art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 32 i art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z uwagi na fakt, iż wskazane regulacje naruszają wynikające z Konstytucji zasady:

- 1) zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa;
- 2) proporcjonalności i określoności przepisów prawa – polegającą na precyzyjności i jednoznaczności stanowionych przepisów;
- 3) zakazu ingerencji państwa w swobodę wykonywania działalności gospodarczej

– poprzez wprowadzenie do systemu prawnego przepisów, których stosowanie prowadzić może do arbitralnych rozstrzygnięć powodujących nieuzasadnioną prawnie możliwość ingerencji w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez potencjalnych oferentów – wykonawców oraz prowadzi do umieszczenia w prawie zamówień publicznych niezrozumiałych, niejasnych, niekonsekwentnie stosowanych kryteriów powodujących podważenie zaufania oferentów – wykonawców do państwa i tworzonego przez nie prawa.

Uzasadniając powyższy pogląd, Wnioskodawca stwierdził, że zaskarżone 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, i stanowi co do zasady rodzaj jednostronnego rozstrzygnięcia merytorycznego zamawiającego.

Zaskarżone przepisy mają następujące brzmienie:

„Art. 24. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

1) 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;

1a) 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;”.

W uzasadnieniu analizowanego wniosku jego Autorzy w sposób dość nieuporządkowany przedstawiają argumenty mające świadczyć o niekonstytucyjności obu zaskarżonych przepisów. Sytuacja taka utrudnia jednoznaczne ustalenie, które z powołanych wzorców kontroli odnoszą się do poszczególnych przepisów. Niewątpliwie jednak – w ocenie Wnioskodawcy – art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p. jest niezgodny z wyrażoną w Konstytucji zasadą równości – art. 32, zasadą wolności (swobody) działalności gospodarczej – art. 20 i art. 22 oraz zasadą proporcjonalności – art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej (s. 7 wniosku).

Wnioskodawca twierdzi, że zaskarżona konstrukcja wykluczenia z przetargu stanowi arbitralną decyzję urzędniczą. Pozwala ona wyeliminować wykonawcę, który nie wykonał zaledwie 5% wartości zamówienia. Umożliwia natomiast ubieganie się o zamówienie przedsiębiorcy, który w ogóle nie posiada historii realizowanych inwestycji. Istniejąca regulacja prowadzi do

nieuzasadnionego różnicowania sytuacji przedsiębiorców. O niekonstytucyjnej dyskryminacji można mówić wtedy, gdy przepisy prawa postawią jedne podmioty w sytuacji mniej korzystnej niż sytuacja innych podmiotów należących do tej samej klasy. W tym przypadku – w ocenie Wnioskodawcy – sytuacja taka niewątpliwie ma miejsce.

Wnioskodawca zwraca uwagę na naruszenie przez zaskarżony przepis zasady wolności gospodarczej, która ma ustrojowy charakter (art. 20 Konstytucji), a jej konkretyzację stanowi art. 22 ustawy zasadniczej, dopuszczający ograniczenie tej wolności wyłącznie w drodze ustawy i jedynie ze względu na ważny interes publiczny. Ograniczenie wolności działalności gospodarczej nastąpiło na podstawie ustawy, ale nie zostały uwzględnione dodatkowe przesłanki wynikające z art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zdaniem Wnioskodawcy, interes publiczny, polegający głównie na konieczności ochrony instytucji zamawiających i potrzebie zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, nie stanowi „ważnego interesu publicznego”, o którym stanowi art. 22 Konstytucji. Ustawodawca nie wykazał, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej służy ochronie szczególnie uzasadnionego interesu publicznego. Konieczność ograniczenia tej wolności jest uzasadniona, o ile ustanowione ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności. Dlatego, zdaniem Wnioskodawcy, ograniczenia wprowadzone w art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p. (a także w ust. 1 pkt 1a tego artykułu) naruszają zasady, o których mowa w art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji (s. 8 – 10 wniosku).

W ocenie Wnioskodawcy, treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p. budzi wątpliwości, czy sankcja wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia dotyka tylko wykonawców, którzy są zobowiązani do zapłaty kary umownej i równocześnie należą do kategorii wykonawców, którzy wyrządzili szkodę w trakcie realizacji zamówienia, czy obejmuje wszystkich wykonawców zobowiązanych do zapłaty kary umownej. Uzależnienie decyzji o wykluczeniu od wysokości kary umownej – zdaniem Wnioskodawcy – doprowadza do

powstania nierówności między wykonawcami.

Wnioskodawca wskazuje ponadto, że wprowadzona do prawa zamówień publicznych konstrukcja wykluczenia może działać wstecz. Z brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p. wynika, że niekorzystny dla wykonawcy prawomocny wyrok sądowy zasadzający karę umowną w wysokości minimum 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego, zapadły w okresie ostatnich 3 lat, może prowadzić do wykluczenia danego wykonawcy z całego rynku zamówień publicznych. Sankcja ta następuje, mimo że w okresie przed wprowadzeniem tego przepisu w obecnie obowiązującym brzmieniu nie była ona przewidziana.

Uzasadniając odrębnie naruszenie norm konstytucyjnych przez uregulowanie zawarte w art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p., Wnioskodawca podnosi, że z art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 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 (Dz. Urz. UE L 2004 Nr 134, str. 114; dalej: dyrektywa klasyczna), wynika, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który „jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające”. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r., sygn. C-465/11, orzekł, że: „Artykuł 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 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” (s. 4 – 5 wniosku; omówienie cytowanego wyroku, ze wskazaniem miejsca jego publikacji, znajduje się w dalszej części niniejszego stanowiska, na stronach 21 – 26).

Przesłanki wykluczenia wykonawcy wyszczególnione w art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. są szersze niż te określone w art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej. W konsekwencji, wprowadzenie do polskiego systemu prawnego powyższego przepisu prawa zamówień publicznych spowodowało – zdaniem Wnioskodawcy – naruszenie zasady proporcjonalności, wywodzonej z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Istotą zakazu nadmiernej ingerencji – wynikającego z zasady proporcjonalności – jest uznanie, że państwo nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, zwłaszcza zaś ograniczeń o zaburzonej proporcji pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą podlegającego ochronie interesu publicznego (s. 6 – 7 wniosku).

Zdaniem Wnioskodawcy, 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 p.z.p. Regulacja taka jest dowolna i arbitralna, ponieważ zakłada ona, że każdorazowe orzeczenie sądu zapadałoby na korzyść zamawiającego. Taka konstrukcja przepisu może w praktyce prowadzić do nadużycia uprawnień przez zamawiających w zakresie rozwiązywania umów na podstawie jednostronnego oświadczenia woli. Powoduje to naruszenie równowagi w relacjach pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami. Interes publiczny uzasadniający ograniczenie wolności gospodarczej nie może być utożsamiany z partykularnymi interesami poszczególnych uczestników. Dlatego przepis ten narusza zasady wyrażone w art. 20, art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Ponadto zakres możliwego zastosowania obu zaskarżonych przepisów powoduje – w ocenie Wnioskodawcy – naruszenie zasady ochrony zaufania obywateli do państwa. Zgodnie z nią, organ państwowy nie może 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. Zasada ta wyraża się w takim stanowieniu i stosowaniu prawa, aby obywatel mógł układać swoje sprawy w zaufaniu, że nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań, oraz w przekonaniu, że jego działania podejmowane zgodnie z obowiązującym prawem będą także w przyszłości uznawane przez porządek prawny. Należyta poprawność, precyzyjność i jasność przepisów prawnych ma szczególne znaczenie, gdy chodzi o ochronę konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela. Ustawodawca dla osiągnięcia założonego celu regulacji powinien wybierać 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 Wnioskodawca zakwestionował również jako skonstruowane w sposób sprzeczny z zasadami należytej legislacji oraz techniki legislacyjnej. Wskazane wątpliwości interpretacyjne sprawiają, że zamawiający, a także właściwe organy państwowe, mogą je w praktyce interpretować z negatywnymi skutkami dla wykonawców. W demokratycznym państwie prawnym nie powinny być tolerowane przepisy, których stosowanie prowadzi do arbitralnych rozstrzygnięć, co podważa zaufanie do państwa i tworzonego przez nie prawa.

Przedstawiony w analizowanym wniosku problem konstytucyjny sprowadza się do zbyt szerokiego określenia w zaskarżonych przepisach podstaw mogących uzasadniać wykluczenie wykonawców z postępowania o

udzielenie zamówienia, a w szczególności do braku ograniczenia przesłanek takiego wykluczenia do wykonawców winnych poważnego wykroczenia zawodowego.

Rzeczywisty zakres zaskarżenia wniosku, ustalony nie tylko na podstawie jego *petitum*, lecz, zgodnie z zasadą *falsa demonstratio non nocet*, także na podstawie analizy uzasadnienia wniosku, nie dotyczy całego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a p.z.p., lecz wyłącznie tych części obu punktów, w oparciu o które wyłączeniu podlegają również wykonawcy, którzy nie są winni poważnego wykroczenia zawodowego.

W zakresie podanych wzorców kontroli konstytucyjnej Wnioskodawca nie sformułował precyzyjnie, zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. nr 102, poz. 643 ze zm.; dalej: ustawa o TK), zarzutów naruszenia art. 77 ust. 2 Konstytucji. Mimo wymienienia tego artykułu w *petitum* wniosku, brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia zarzutu w tym zakresie. Wnioskodawca nie powołał również dowodów na poparcie zarzutu naruszenia przez zaskarżone regulacje art. 77 ust. 2 Konstytucji.

Dlatego w tym zakresie, wobec niespełnienia wymagań określonych w art. 32 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy o TK, postępowanie podlega umorzeniu – ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Na marginesie należy jednak nadmienić, że zaskarżone przepisy nie odnoszą się do sądowego dochodzenia naruszonych wolności lub praw i nawet w przypadku przedstawienia przez Wnioskodawcę uzasadnienia naruszenia przez nie art. 77 ust. 2 Konstytucji wzorzec ten byłby nieadekwatny.

Wśród powołanych przez Wnioskodawcę wzorców kontroli na plan pierwszy wysuwa się wyrażona w art. 2 Konstytucji zasada demokratycznego państwa prawnego. Z brzmienia art. 2 ustawy zasadniczej da się odczytać trzy osobne zasady: państwa demokratycznego, państwa prawnego oraz państwa



sprawiedliwego, które połączone wytwarzają nową jakość – ogólniejszą i bardziej abstrakcyjną zasadę państwa demokratycznego, prawnego i sprawiedliwego. Od tej ogólnej zasady uprawnione jest wyróżnienie dwóch zasad pochodnych: zasady zaufania (lojalności) i związanej z nią zasady pewności prawa. Wyprowadza się z nich zasady drugiego stopnia, w tym m.in.: zasadę zakazu retroakcji i zasadę prawidłowej legislacji, obejmującą zasadę określoności prawa.

Adresatami zasady państwa demokratycznego, prawnego i sprawiedliwego są przede wszystkim organy legislatywy.

Treść zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa (lojalności państwa względem obywateli) da się zredukować do zakazu zastawiania przez przepisy pułapek, formułowania obietnic bez pokrycia bądź nagłego wycofywania się przez państwo z ustalonych reguł postępowania.

Funkcją zasady poprawnej legislacji nie jest tylko zapewnienie prawidłowości prawa regulującego stosunki między władzami publicznymi i obywatelami, lecz w ogólności prawa, dla którego jest konieczna dla osiągnięcia celów wyznaczonych danemu uregulowaniu. Ponad wszelką wątpliwość, na czoło wysuwa się zagwarantowanie pewności i bezpieczeństwa prawnego obywatelom, dlatego z zasady tej wynika zakaz stanowienia przepisów, które pozostawiają organom państwowym zbyt dużą swobodę oraz umożliwiają dowolność rozstrzygnięć. Zasada ta odnosi się także do formułowania celów, które prawodawca chce osiągnąć swoim działaniem. Stanowi ona podstawę do oceny, czy sformułowane ostatecznie przepisy prawne w prawidłowy sposób wyrażają wysławianą normę oraz czy nadają się do realizacji zakładanego celu.

Określoność prawa jest zasadą pochodną drugiego stopnia. Wynika z niej, że każdy przepis aktu prawotwórczego, zwłaszcza zaś dotyczący wolności i praw jednostki lub przewidujący możliwość zastosowania wobec niej sankcji, powinien być sformułowany w sposób poprawny, jasny i precyzyjny, tym

samym zapewniający przewidywalność skutków jego zastosowania (zob. W. Sokolewicz, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, tom V, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007, tezy do art. 2, s. 10, 18 – 19, 34, 46 – 49 oraz powołane tam orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego).

Przed dokonaniem merytorycznej oceny zaskarżonych przepisów pod kątem ich zgodności z powyższym wzorcem kontroli zasadne jest skrótowe omówienie obowiązującego systemu zamówień publicznych.

Problematykę zamówień publicznych regulowała poprzednio ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 76, poz. 344 ze zm.). Ustawa ta zaczęła obowiązywać od 1 stycznia 1995 r. (wobec jednostek samorządowych rok później) i wprowadziła ujednolicone zasady postępowania przy wydatkowaniu środków publicznych. Zastąpiła tym samym szereg własnych zasad postępowania stosowanych przez urzędy i instytucje publiczne, opierających gospodarkę finansową na obowiązującym wtedy prawie budżetowym. Ustawa dała początek jednolitemu systemowi zamówień publicznych, chociaż sama, jako twór nowy i niesprawdzony, była kilkunastokrotnie nowelizowana na przestrzeni zaledwie kilku lat. Jej udoskonalane przepisy coraz bardziej zbliżały się do rozwiązań proponowanych przez dyrektywy unijne. W chwili przystąpienia Polski do Unii Europejskiej dyrektywy te zaczęły bezpośrednio wpływać na stanowione w Polsce przepisy, stąd nowe prawo zamówień publicznych, uchwalone ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r., która weszła w życie 2 marca 2004 r., opiera się przede wszystkim na rozwiązaniach unijnych (zob. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wydawnictwo C. H. Beck, 2012 r., teza 1 do art. 1).

Zamówienia publiczne na rynku europejskim regulowane są przede wszystkim poprzez dyrektywy. Przedmiotowe akty prawne kierowane są do krajów członkowskich, zobowiązują je do harmonizacji, tj. dostosowania krajowych przepisów w zakresie zamówień publicznych do standardów Unii

Europejskiej. Dyrektywa nie jest bezpośrednio obowiązującym źródłem prawa w krajach członkowskich. Zobowiązuje jedynie władze państw członkowskich do dostosowania prawa krajowego w odpowiednim czasie, przy czym forma oraz metoda implementacji założeń dyrektywy pozostawiona jest władzom państwowym. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę na fakt, iż zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, jeżeli dana norma zawarta w dyrektywie jest sformułowana na tyle jasno i precyzyjnie, że jednostka na jej podstawie może w pełni korzystać ze swoich praw, to w takim wypadku dyrektywa może wywrzeć skutek bezpośredni i nie jest zależna od krajowych przepisów wykonawczych. W sferze zamówień publicznych skutek bezpośredni wywołują te postanowienia dyrektyw, które odnoszą się m.in. do zakresu przedmiotowego i podmiotowego dyrektyw, wyboru procedury, zasad konkurencji, wspólnych reguł technicznych i wspólnych zasad ogłoszeń i udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, procedury odrzucania ofert o rażąco niskiej cenie (zob. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wydawnictwo C. H. Beck, 2012 r., teza 3 do art. 1).

Od dnia 30 kwietnia 2004 r. w Unii Europejskiej obowiązują nowe dyrektywy regulujące problematykę zamówień publicznych. Należy do nich powołana już dyrektywa klasyczna oraz dyrektywa 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 (Dz. Urz. UE L 2004 Nr 134, s. 1; dalej: dyrektywa sektorowa). Dostosowanie prawa zamówień publicznych do nowych dyrektyw nastąpiło ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Nr 79, poz. 551), która w znaczący sposób zmieniła obowiązującą ustawę. W nowej wersji prawo zamówień publicznych zaczęło obowiązywać od dnia 25 maja 2006 r.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych jest

podstawowym aktem prawnym systemu zamówień publicznych. Jednakże nie wolno zapominać, że, stosując przepisy tej ustawy, należy wziąć pod uwagę również uregulowania wynikające z ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.; dalej: k.c. lub Kodeks cywilny). Zgodnie bowiem z art. 14 p.z.p., do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej.

Przepisy działu II prawa zamówień publicznych dotyczą postępowania o udzielenie zamówienia. Znajdujący się w tym dziale art. 24 zawiera katalog przesłanek skutkujących wykluczeniem danego wykonawcy z postępowania.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest instytucją, która w swym założeniu ma nie dopuścić do udzielenia zamówienia publicznego takiemu wykonawcy, który w związku z posiadanymi cechami nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia lub znajduje się w sytuacji, która zagraża podstawowym zasadom udzielania zamówień publicznych. Ustawodawca wprowadza katalog przesłanek powodujących po stronie zamawiającego zaistnienie obowiązku podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Jest to dolegliwość nakładana na wykonawcę, którą zobowiązany jest stwierdzić zamawiający (zob. J. Andała – Sępkowska, *Wykluczanie wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych*, komentarz praktyczny ABC nr 130675, opubl. LEX).

Ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 87, poz. 484) rozszerzono katalog przesłanek warunkujących zastosowanie instytucji wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez dodanie punktu 1a do art. 24 ust. 1 p.z.p. Ustawę tę opublikowano w Dzienniku Ustaw z dnia 26 kwietnia 2011 r. i zaczęła ona obowiązywać od dnia 11 maja 2011 r.

Jak wynika z uzasadnienia poselskiego projektu powyższej ustawy,

wprowadzenie dodatkowej przesłanki wykluczenia wykonawcy podyktowane jest faktem, „iż niewykonanie zamówienia publicznego przez wykonawcę albo nienależyte jego wykonanie prowadzące do rozwiązania umowy bez uzyskania przez zamawiającego zakładanego świadczenia, tj. realizacji zamówienia publicznego zgodnie z umową zawartą po przeprowadzeniu postępowania w sprawie jego udzielenia, stanowi poważne naruszenie obowiązków wykonawcy wobec zamawiającego. Naruszenie to niesie bowiem za sobą liczne trudności dla zamawiającego związane m.in. z: niezrealizowaniem zadania publicznego w terminie, niebezpieczeństwem utraty środków finansowych, koniecznością zabezpieczenia inwestycji w okresie przejściowym do wyboru kolejnego wykonawcy oraz ponownym przeprowadzeniem postępowania w celu wyboru wykonawcy zamówienia, (...). Zamawiający w celu wykluczenia na podstawie proponowanej przesłanki nie musiałby wykazywać szkody wyrządzonej mu przez wykonawcę, gdyż zaistnienie okoliczności skutkujących rozwiązaniem, wypowiedzeniem lub odstąpieniem od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, mają charakter poważnych naruszeń zobowiązań przyjętych w umowie o zamówienie publiczne” (druk nr 3677, Sejm RP VI kadencji). W uzasadnieniu tego projektu podkreślono, że proponowany przepis jest zgodny z prawem unijnym, tj. dyrektywą klasyczną (art. 45 ust. 2 lit. d) oraz dyrektywą sektorową, które przewidują dopuszczalność wykluczenia każdego wykonawcy, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego. Zdaniem projektodawców, niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę w związku z okolicznościami, za które ponosi on odpowiedzialność, skutkujące wypowiedzeniem umowy przez zamawiającego, stanowi poważne wykroczenie zawodowe w rozumieniu powołanych dyrektyw.

Kolejna istotna – z punktu widzenia badanej problematyki – modyfikacja przyczyn wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia została wprowadzona ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy –

Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r. poz. 1271). Mocą tej ustawy wprowadzono do prawa zamówień publicznych dwie grupy przepisów. Pierwsza grupa to przepisy, których bezpośrednim celem jest implementacja do polskiego porządku prawnego norm dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 2009 Nr 216, s.76; dalej: dyrektywa obronna). Druga grupa przepisów to przede wszystkim regulacje, które są związane z dyrektywami z zakresu zamówień publicznych, a także wyrokami Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) dotyczącymi zamówień publicznych.

W grupie przepisów wykraczających poza implementację dyrektywy obronnej znalazła się zmiana brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p. W przepisie tym dodano drugą przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienie. Jest nią – obok przewidzianego już w pierwotnym brzmieniu przepisu wyrządzenia szkody przez wykonawcę na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia – także zobowiązanie do zapłaty kary umownej. Ponadto, dla wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu, wprowadzono wymóg stwierdzenia orzeczeniem sądu wysokości szkody lub obowiązku zapłaty kary umownej nie mniejszej niż 5% wartości realizowanego zamówienia.

Jak wynika z uzasadnienia projektu tej ustawy, „[c]elem 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” (druk nr 455, Sejm RP VII kadencji).

Uzasadnienie powyższe tłumaczy motywy ustawodawcy w zakresie określenia minimalnego progu w wysokości 5% wartości realizowanego zamówienia, jako dającego podstawę do wykluczenia wykonawcy. Brak jest natomiast wyjaśnienia powodów rozszerzenia obowiązku wykluczenia na wykonawców, co do których orzeczono jedynie obowiązek zapłaty kary umownej.

Minister Spraw Zagranicznych, dokonując w toku procesu legislacyjnego oceny proponowanych zmian, stwierdził: „Do czasu wydania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyroku w sprawie C-465/11 Forposta (dawniej Praxis) et ABC Direct Contact oraz zakończenia postępowania prowadzonego przez Komisję Europejską na podstawie art. 258 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (naruszenie nr 2011/4017) nie jest możliwa jednoznaczna ocena zgodności z prawem Unii Europejskiej art. 24 ust. 1 pkt 1 projektu ustawy” (pismo z dnia 24 maja 2012 r., sygn. DPUE-920-1472-10/ml/16).

W celu dokonania interpretacji przesłanki wykluczenia wykonawcy, opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p., należy uwzględnić przepisy k.c. dotyczące wykonywania zobowiązań.

O przesłance opisanej w art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p. można mówić tylko wtedy, gdy wykonawcę wiązała z zamawiającym umowa, a zobowiązanie wynikające z tej umowy nie zostało wykonane lub zostało wykonane w sposób nienależyty. Wykluczeniu na podstawie tej przesłanki podlega taki wykonawca,

który nie realizuje zobowiązania wynikającego z umowy lub też realizuje je w sposób sprzeczny z postanowieniami umowy.

Zamówienie należy rozumieć jako zobowiązanie, a wobec tego niewykonanie zamówienia – jako niewykonanie zobowiązania w znaczeniu wynikającym z art. 471 k.c. O niewykonaniu zamówienia można mówić wówczas, gdy świadczenie wykonawcy nie zostało w ogóle spełnione, natomiast o nienależytym wykonaniu zamówienia – gdy świadczenie nie zostało spełnione w terminie albo gdy przedmiot świadczenia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia.

W zakresie prowadzonej działalności gospodarczej należyta staranność ocenia się przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru tej działalności. Niezachowanie należytej staranności oznacza winę dłużnika (art. 472 k.c.).

Przy ocenie należytej staranności wykonawcy należy odwołać się do art. 355 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). W zamówieniach publicznych, ze względu na – w większości – profesjonalny charakter obrotu, należy mieć na względzie również przepis art. 355 § 2 k.c., stanowiący o określaniu należytej staranności dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Istotne jest jednak, aby w wyniku powyższych działań wykonawcy zaistniała szkoda po stronie zamawiającego. W oparciu o doktrynę szkodę należy rozumieć jako powstałą, wbrew woli poszkodowanego, różnicę pomiędzy danym stanem majątkowym a stanem, jaki zaistniałby, gdyby nie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę. Na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych można mówić wyłącznie o szkodzie w mieniu. Szkoda w mieniu może polegać albo na umniejszeniu majątku (strata), albo na utracie korzyści (zob. D. Szczepański, *Wyrządzenie szkody jako przesłanka wykluczenia*



*wykonawcy z postępowania*, komentarz praktyczny ABC nr 112953, opubl. LEX).

Samo powstanie szkody nie jest wystarczające do powstania odpowiedzialności odszkodowawczej za nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy. Zgodnie z art. 471 k.c., co zostało powtórzone w art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p., niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia (umowy) musi być następstwem okoliczności, za jakie wykonawca (dłużnik) odpowiada.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: V CSK 515/07, opubl. Legalis) stwierdził: „Odszkodowanie za nienależyte wykonanie umowy, dochodzone na podstawie art. 471 k.c. jest świadczeniem mającym powetować szkodę spowodowaną niewłaściwym działaniem bądź zaniechaniem dłużnika. Jest to roszczenie o innym charakterze niż roszczenie o wykonanie umowy. Ma na celu wyrównanie uszczerbku wywołanego nieprawidłowym zachowaniem kontrahenta, a nie wymuszenie na nim wykonania zobowiązania zgodnie z treścią umowy. Obowiązek naprawienia szkody obejmuje jej całość, w tym także uszczerbek wywołany nieotrzymaniem należnych świadczeń we właściwym czasie, w wypadku świadczeń pieniężnych obejmujący także odsetki należne za opóźnienie”.

Art. 471 k.c. reguluje zakres odpowiedzialności kontraktowej dłużnika. Niemniej jednak w praktyce zakres odpowiedzialności może być przez strony modyfikowany w ramach określonych m.in. art. 473 § 1 k.c. Stosownie do powołanego przepisu, dłużnik może – przez umowę – przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Zaistnienie wskazanych okoliczności oznacza, iż w razie naruszenia zobowiązania, mającego swoje źródło w tych okolicznościach, następują wszelkie skutki, jakie Kodeks cywilny uzależnia od naruszenia zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Pozostaje to odpowiedzialnością *ex*

contractu wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. W takim przypadku dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p. jest konieczne stwierdzenie, iż wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie z powodu przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi, choćby na zasadzie ryzyka. Jeśli zatem przyjął na siebie odpowiedzialność na zasadzie ryzyka i zostanie stwierdzona okoliczność umowna uzasadniająca tę odpowiedzialność, należy uznać, iż przesłanka zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zakresie odnoszącym się do niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia zaktualizowała się (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2011 r., sygn. KIO 2630/11, opubl. Legalis).

Kara umowna, której pojęcie wprowadzono do przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p., jest instytucją *stricte* cywilną, służącą naprawieniu szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, realizowaną poprzez zastrzeżenie zapłaty określonej sumy pieniężnej (art. 483 k.c.).

Najistotniejszą funkcję, jaką pełni kara umowna, jest jednak funkcja kompensacyjna. Kara umowna jest surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego. Ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2003 r., III CKN 122/01, LEX nr 141400). Jednocześnie ważnym zadaniem kary umownej jest zabezpieczenie wykonania zobowiązania, tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Zastrzeżenie kary umownej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania.

Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Z tego względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określone są przez pryzmat ogólnych przesłanek

kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Wierzyciel, dla którego zastrzeżona została kara umowna, nie ma obowiązku wykazywać faktu poniesienia szkody oraz że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Dla realizacji przysługującego mu roszczenia o zapłatę kary umownej musi jednak wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

W art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p. wyłącznie wyrządzenie szkody zostało *stricte* połączone z pojęciem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Nie oznacza to jednak, że zobowiązanie do zapłaty kary umownej, o którym mowa w omawianym przepisie, jest niezależne od nieprawidłowych zachowań wykonawcy, których skutkiem było niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Kara umowna – co należy przypomnieć – jest bowiem instytucją z natury rzeczy prowadzącą do rekompensaty strat poniesionych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy (art. 483 § 1 k.c.). Swoista różnica polega natomiast na tym, że w przypadku obciążenia wykonawcy obowiązkiem zapłaty kary umownej pozostaje on w dalszym ciągu zobowiązany do wykonania zamówienia. Jak bowiem stanowi art. 483 § 2 k.c., dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się ze zobowiązania przez zapłatę kary umownej (zob. K. Młodecka, *Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, cz. II, komentarz praktyczny ABC nr 173118, opubl. LEX*).

Jedną z przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. jest rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca.

Oceniając przedstawione w powołanym wcześniej druku sejmowym nr 3677 motywy wprowadzenia omawianego przepisu, nie sposób nie zauważyć, że jako motyw przewodni wprowadzenia nowej podstawy wykluczenia wskazywane jest wadliwe sformułowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który przewiduje zastosowanie sankcji w postaci wykluczenia „dopiero” po przeprowadzeniu – często dwuinstancyjnego – postępowania sądowego. Odpowiedzią ustawodawcy na ten stan jest wprowadzenie możliwości nałożenia na wykonawcę równie surowej, jak przewidziana w przytoczonym przepisie, sankcji bez jakiegokolwiek kontroli sądowej. Należy przy tym zważyć, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. stanowi bezpośredni efekt własnego działania zamawiającego (rozwiązania, wypowiedzenia, odstąpienia od umowy), które może okazać się nieuzasadnione. Co więcej, sankcja wykluczenia jest niezależna od poprawności wypowiedzenia, rozwiązania lub odstąpienia od umowy (zob. P. Granecki, *op. cit.*, teza 9 do art. 24).

Rozwiązanie umowy z wykonawcą, stanowiące podstawę jego późniejszego wykluczenia, w oparciu o treść art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p., z kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia, może być następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania przez niego zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które z mocy ustawy nie ponosił on odpowiedzialności, za które jednak odpowiedzialność przyjął na zasadzie ryzyka na mocy art. 473 § 1 k.c.

Tak szerokie określenie podstaw wykluczenia wykonawców budzi zastrzeżenia co do zgodności zaskarżonych przepisów z art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej. Na wątpliwości w tym zakresie wskazywali przedstawiciele doktryny w komentarzach do prawa zamówień publicznych (zob. J. Pieróg, *op. cit.*, teza 10 do art. 24 i powołana tam publikacja; P. Granecki, *op. cit.*, teza 9 do art. 24).

Zgodnie z art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej, z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.

Równocześnie akapit drugi tego ustępu stanowi: „Zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, Państwa Członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu.”.

Krajowa Izba Odwoławcza, w ramach sporu toczącego przez spółki Forposta S.A. (dawniej Praxis sp. z o.o.) i ABC Direct Contact sp. z o.o. z Poczta Polska S.A. w przedmiocie podjętej przez tę ostatnią spółkę decyzji o wykluczeniu ich z ogłoszonego przez siebie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, postanowieniem z dnia 30 sierpnia 2011 r. zwróciła się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Sprawę zarejestrowano w TSUE pod sygn. C-465/11.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za niezbędne zawiesić prowadzone postępowanie i zwrócić się do TSUE z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18 (...) w brzmieniu: «z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który (...) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające» w związku z art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17 (...) można interpretować w ten sposób, że za takie zawinione poważne wykroczenie zawodowe można uznać sytuację, w której dana instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, z powodu okoliczności, za które wykonawca ten 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?

2) W przypadku negatywnej odpowiedzi na pytanie pierwsze: czy, jeśli państwo członkowskie może wprowadzić inne niż wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18 (...) podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które uzna za zasadne dla ochrony interesu publicznego, słuszych interesów instytucji zamawiających oraz zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, za zgodną z tą dyrektywą oraz Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej można uznać sytuację, w której wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, 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?”.

Rozpoznając powyższą sprawę TSUE stwierdził, że Krajowa Izba Odwoławcza nie zwróciła się do Trybunału o ocenę zgodności właściwych przepisów krajowych z prawem Unii ani o wykładnię tych przepisów. Wniosła tylko o dokonanie wykładni uregulowań Unii z zakresu zamówień publicznych w celu ustalenia, czy w postępowaniu głównym należy odstąpić od zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. Zadane pytania są istotne dla rozstrzygnięcia omawianego sporu, ponieważ Poczta Polska unieważniła decyzję o udzieleniu spornego zamówienia ze względu na to, że wykonawcy, których oferty wygrały, musieli zostać obowiązkowo wykluczeni z postępowania na podstawie przytoczonego przepisu krajowego.

TSUE podkreślił, że pojęcia „poważnego” „wykroczenia” „zawodowego” zawarte w omawianym art. 45 ust. 2 lit. d mogą zostać wyjaśnione

i doprecyzowane w prawie krajowym, zawsze jednak z poszanowaniem prawa Unii. Pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” 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, które stwierdzane są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. Niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można co do zasady uznać za wykroczenie zawodowe.

Jednak 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 jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia „poważnego wykroczenia” wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy.

Tymczasem uregulowania art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. nakazują instytucji zamawiającej wykluczyć z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wykonawcę, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca „ponosi odpowiedzialność”, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą z nim w sprawie wcześniejszego zamówienia publicznego.

Pojęcie „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” jest bardzo szerokie i może obejmować sytuacje dalece wykraczające poza postawę danego wykonawcy wykazującą zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Dlatego pojęcia „poważnego wykroczenia” w rozumieniu art. 45 ust 2 lit d dyrektywy klasycznej nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność” dany wykonawca.

Ponadto uregulowania art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. same określają kryteria, na podstawie których zachowanie wykonawcy w przeszłości zmusza daną instytucję zamawiającą do automatycznego wykluczenia go z właśnie wszczętego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, nie pozostawiając tej instytucji zamawiającej możliwości dokonania oceny, dla każdego przypadku oddzielnie, wagi rzekomego zawinionego uchybienia danego wykonawcy w związku z wykonaniem wcześniejszego zamówienia.

W związku z tym TSUE stwierdził, że uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego nie ograniczają się do wytyczenia ogólnych ram stosowania art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d dyrektywy klasycznej, lecz nakładają w tym względzie na instytucje zamawiające wiążące warunki i konieczność automatycznego wyciągnięcia konsekwencji z określonych okoliczności, przekraczając tym samym zakres uznania, który przysługuje państwom członkowskim na mocy art. 45 ust. 2 akapit drugi omawianej dyrektywy w zakresie określania szczegółowych zasad stosowania podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d, przy poszanowaniu prawa Unii.

Odpowiadając na drugie z przedstawionych przez Krajową Izbę Odwoławczą pytań, TSUE zauważył, że chociaż z art. 54 ust. 4 dyrektywy sektorowej wynika, iż instytucje zamawiające mogą ustalać jakościowe kryteria wyboru wykraczające poza kryteria wykluczenia wymienione w art. 45 dyrektywy klasycznej, to jednak zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału wspomniany art. 45 ust. 2 omawianej dyrektywy zawiera zamknięty katalog podstaw mogących uzasadniać wykluczenie wykonawcy z udziału w przetargu ze względów wynikających z obiektywnych okoliczności i dotyczących jego cech zawodowych, a w związku z tym stoi na przeszkodzie uzupełnianiu przez państwa członkowskie zawartego w nim wykazu o inne podstawy wykluczenia wynikające z kryteriów dotyczących cech zawodowych. Jedynie w sytuacji, gdy dana podstawa wykluczenia nie jest związana z cechami



zawodowymi wykonawcy, a zatem nie podlega wyczerpującemu wyliczeniu w postaci takiego zamkniętego katalogu, można rozważać ewentualną dopuszczalność takiej podstawy w świetle zasad i innych norm prawa Unii z zakresu zamówień publicznych. Tymczasem art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. ustanawia podstawę wykluczenia dotyczącą cechy zawodowej zainteresowanego wykonawcy, co znajduje potwierdzenie w fakcie, że polski ustawodawca przywołał art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy klasycznej na poparcie przyjęcia tego przepisu krajowego. Tego rodzaju podstawa wykluczenia, wykraczająca poza ramy zamkniętego katalogu zawartego w omawianym art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej, nie jest dopuszczalna w świetle zasad i innych norm prawa Unii z zakresu zamówień publicznych.

Z powyższych względów TSUE orzekł w następujący sposób:

„1) Artykuł 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 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.” (wyrok TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r., sygn. C-465/11, opubl. na stronie [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu) oraz w systemie LEX).

Na marginesie należy nadmienić, że na rozprawie przed TSUE Rząd polski zwrócił się o ograniczenie zakresu temporalnego skutków wyroku, na wypadek gdyby Trybunał dokonał wykładni art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych takich, jak uregulowania będące przedmiotem postępowania głównego. TSUE nie uwzględnił tego wniosku stwierdzając, że, po pierwsze, hipotezy „poważnego wykroczenia zawodowego” w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej oczywiście nie spełnia podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. Po drugie, z orzecznictwa, dobrze utrwalonego już w chwili uchwalania omawianego przepisu krajowego, wynika, że taka podstawa wykluczenia nie może być uzasadniona w świetle zasad i innych norm prawa Unii w zakresie zamówień publicznych.

Orzeczenie to jest wiążące dla sądu krajowego i stron postępowania w tej konkretnej sprawie, której dotyczyło pytanie prejudycjalne, oraz dla innych sądów krajowych, jeśli zetkną się z identycznym problemem. Zważywszy jednak na autorytet TSUE, orzeczenie najprawdopodobniej nie będzie ignorowane i stanie się jednoznaczną przesłanką interpretacyjną.

Po ukazaniu się powyższego wyroku Urząd Zamówień Publicznych zamieścił w Internecie opinię, w której podkreślił, że art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. obowiązuje, a zamawiający jest obowiązany wykluczyć danego wykonawcę, jeżeli po przeprowadzeniu analizy okoliczności związanych z rozwiązaniem, wypowiedzeniem albo odstąpieniem od umowy ustali, że jest ono następstwem

poważnego wykroczenia zawodowego popełnionego przez danego wykonawcę, w szczególności niewykonania przez niego lub niewłaściwego wykonania zamówienia wskazującego na zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo (<http://uzp.gov.pl>).

Wśród praktyków zajmujących się problematyką zamówień publicznych wyrok TSUE z 13 grudnia 2012 r. spowodował różne komentarze. Część prawników uważała, że przesłanki wykluczenia wykonawców zostały przez TSUE mocno ograniczone, a niektórzy twierdzili, że na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. nie da się nikogo wykluczyć. Wykładnia pronunijna powinna bowiem prowadzić do wniosku, że nasze przesłanki są niezgodne z tymi wskazanymi w dyrektywie klasycznej i nie można jednych nakładać na drugie (zob. S. Wikariak, *Wyrok jest, ale nie wiadomo, kogo i kiedy wykluczać z przetargów*, [w:] *Dziennik Gazeta Prawna*, wyd. z dnia 19 grudnia 2012 r.). Wskazywano, że wyrok TSUE w sposób jednoznaczny przesądza o niezgodności przepisu krajowego, zawartego w art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p., z przepisami prawa unijnego. Jako taki powinien być zatem jak najszybciej usunięty z krajowego porządku prawnego. Jakikolwiek inne interpretacje tego wyroku wprowadzają w błąd zarówno instytucje zamawiające, jak i wykonawców (zob. H. Talago – Sławoj, *Podstawy wykluczenia wykonawcy w świetle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2012 r.*, [w:] *Zamówienia Publiczne. Doradca*, nr 1/2013, s. 36 – 43; W. Sławiński, *Konieczna indywidualna ocena*, [w:] *Rzeczpospolita*, wyd. z dnia 20 lutego 2013 r.). Podkreślano też, że uznanie, jakoby pojęcie „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca”, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p., w istocie miało oznaczać „zamierzone działanie/winę umyślną” lub „rażące niedbalstwo” wykonawcy, staje w opozycji z jednej strony do wyraźnego brzmienia art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p., a z drugiej strony – nie uwzględnia utrwalonego rozróżnienia tych terminów w prawie cywilnym (zob.

M. Drozdowicz, *Skutki wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2012 r.*, [w:] *Zamówienia Publiczne. Doradca*, nr 1/2013, s. 44 – 48).

Na potrzebę dostosowania naszych przepisów do dyrektyw unijnych w omawianym zakresie zwraca uwagę również Urząd Zamówień Publicznych, który w dniu 5 sierpnia 2013 r. przekazał do Komitetu Stałego Rady Ministrów projekt zmian w art. 24 ust. 1 p.z.p. (zob. K. Bobrowska, *Wykluczeni z przetargu*, [w:] *Rzeczpospolita*, wyd. z dnia 7 sierpnia 2013 r.).

Podsumowując powyższe rozważania przypomnieć należy, że niewątpliwie art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej zawiera zamknięty katalog podstaw mogących uzasadnić wykluczenie wykonawcy z udziału w przetargu ze względów wynikających z obiektywnych okoliczności i dotyczących jego cech zawodowych. Użyte w tym artykule pojęcie „poważne wykroczenie zawodowe” odnosi się zwykle do zachowania danego wykonawcy wskazującego na zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tej przesłanki wykluczenia nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność” dany wykonawca. Przesłanki wykluczenia wykonawcy, zawarte w art. 24 ust. 1 pkt 1 i pkt 1a p.z.p., zobowiązują zamawiającego do wykluczenia nie tylko wykonawców, którzy dopuścili się poważnego wykroczenia zawodowego, ale również tych ponoszących odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia na zasadzie ryzyka, w oparciu o umowną modyfikację zakresu odpowiedzialności zgodnie z art. 473 § 1 k.c.

Na państwach członkowskich Unii Europejskiej ciąży obowiązek pełnego i terminowego transponowania treści wydanej dyrektywy do krajowego porządku prawnego. W przypadku braku implementacji norm dyrektyw do porządku prawnego danego państwa albo dokonania implementacji niepełnej lub spóźnionej, orzecznictwo TSUE dopuszcza bezpośredni skutek dyrektyw. Skutek taki jest dopuszczalny pod warunkiem, że: przepisy danej dyrektywy są

precyzyjne i bezwarunkowe, z jej norm wynikają prawa jednostek wobec państwa, ponadto upłynął już termin implementacji dyrektywy przez dane państwo członkowskie, a jej normy nie zostały implementowane albo implementacja jest nieprawidłowa. Nie mogą natomiast mieć przyznanej bezpośredniej skuteczności normy dyrektyw, z których wynikają obowiązki jednostek wobec państwa czy obowiązujące w układzie horyzontalnym (zob. S. Biernat, [w:] *Prawo Unii Europejskiej*, pod red. J. Barcza, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2004, s. 275 – 276).

Analizowane przepisy, regulujące postępowanie między zamawiającymi a wykonawcami, należy traktować jako dotyczące stosunków między jednostkami. Dlatego nie jest uprawnione przyjmowanie bezpośredniego obowiązkiwania norm wynikających z art. 45 dyrektywy klasycznej.

Wobec braku możliwości bezpośredniego zastosowania powyższych norm zasadne jest rozważenie ich wykorzystania przy stosowaniu wykładni przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a p.z.p. Trybunał Sprawiedliwości UE w licznych orzeczeniach stwierdził, że sądy państw członkowskich mają obowiązek interpretowania prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym. Początkowo zagadnienie to było rozważane w kontekście dyrektyw, które nie zostały terminowo lub w pełni implementowane do prawa krajowego, w sytuacji, gdy ich normom nie można było przyznać bezpośredniej skuteczności, ze względu na niespełnienie niezbędnych wymagań. Z czasem obowiązek ten w orzecznictwie Trybunału został znacznie rozszerzony na normy zawarte w innych źródłach prawa wspólnotowego, również w prawie pierwotnym. Nie ma już przy tym znaczenia, czy normy prawa wspólnotowego są bezpośrednio skuteczne, czy też są tego przymiotu pozbawione.

Należy jednak przyjąć, że obowiązek prawspólnotowej wykładni występuje jedynie w granicach „luzu decyzyjnego” przysługującego organom stosującym prawo, to jest uznania, a także ich kompetencji do interpretowania

tw. pojęć niedookreślonych wynikających z prawa krajowego. Niedopuszczalna byłaby zatem wykładnia *contra legem*.

Uwzględnianie omawianego obowiązku w procesie wykładni prawa krajowego może doprowadzić do zastosowania tego prawa także w taki sposób, że spowoduje to nałożenie lub rozszerzenie obowiązków jednostek, albo, ujmując rzecz ogólniej: pogorszenie sytuacji prawnej jednostek (zob. S. Biernat, *op. cit.*, s. 283 – 284).

Należy zauważyć, że możliwa jest wykładnia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a zgodna z brzmieniem art. 45 ust. 2 lit d dyrektywy klasycznej. Dał temu dowód Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 29 października 2012 r., sygn. akt V Ca 2012 r. (opubl. LEX nr 1315896). W wyroku tym sąd stwierdził, że rozwiązanie przyjęte w art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p. ma charakter wyjątkowy i – jako takie – nie podlega wykładni rozszerzającej, zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*. Przepis ten należy wyklądać zawężająco i ma on zastosowanie jedynie do sytuacji, w których wypowiedziano (rozwiązano) umowę z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, w sytuacji, gdy można stwierdzić winę wykonawcy w naruszeniu, które klasyfikować można jako uchybienie zasadom profesjonalizmu, a do tego naruszenie to musi być poważne. Ten ostatni element „został przez ustawodawcę uwzględniony w prawie polskim, skoro chodzi jedynie o naruszenie, które pozwala na unicestwienie istniejącego węzła prawnego”. Zdaniem sądu, w rozpatrywanej sprawie zbędne było występowanie z pytaniem prejudycjalnym do TSUE, gdyż istnieje możliwość uzgodnienia treści omawianego przepisu z prawem unijnym zawartym w art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej.

Taka wykładnia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a p.z.p. nie jest jednak powszechna. Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach często odwołuje się do literalnego brzmienia tych przepisów. Przyjmując, że prawo zamówień publicznych stanowi wdrożenie do porządku krajowego dyrektyw unijnych,

przypomina równocześnie, że, zgodnie z zasadą implementacji, regułą jest stosowanie przepisów dyrektywy za pośrednictwem wdrażających je przepisów prawa krajowego, a organy orzekające nie mogą w drodze zabiegów interpretacyjnych dokonywać takiej wykładni przepisów, której rezultat byłby sprzeczny z ich wyraźnym brzmieniem. W konsekwencji, w interpretacji zwrotu „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” organy te odwołują się do rozumienia opartego na brzmieniu odpowiednich przepisów Kodeksu cywilnego, a nie przepisów dyrektywy klasycznej (zob. np. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia: 7 września 2011 r., sygn. KIO 1822/11; 20 grudnia 2011 r., sygn. KIO 2630/11 i 10 lutego 2012 r., sygn. KIO 169/12, opubl. Legalis).

Taki stan prawny niewątpliwie narusza zaufanie obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Zaskarżone przepisy naruszają bezpieczeństwo prawne i mogą stanowić swoistą pułapkę dla oferentów, którzy stoją przed decyzją o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Umożliwiają one bowiem różnorodną wykładnię znaczenia pojęć stanowiących podstawę wykluczenia wykonawców, w zależności od tego, czy ich rozumienie oparte jest na treści przepisów krajowych, czy na treści norm prawa unijnego podlegającego implementacji. Równocześnie brak jest czytelnych wskazań, która interpretacja jest prawidłowa i będzie stanowiła podstawę ewentualnych późniejszych rozstrzygnięć organów sądowych.

Na postanowienie w przedmiocie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie skarga do właściwego sądu okręgowego (art. 180 ust. 2 pkt 3 i art. 198a p.z.p.). Zamawiający, podejmując decyzję o wykluczeniu wykonawcy w oparciu o literalne brzmienie przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a p.z.p., naraża się na uchylenie jego decyzji w toku prowadzonego postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz przed sądem. Wobec przytoczonych rozbieżności wśród prawników – praktyków w zakresie oceny

skutków wyroku TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r., trudno jest oczekiwać od zamawiających rozstrzygnięcia, czy dokonywać interpretacji podstaw wykluczenia przy uwzględnieniu norm zawartych w art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej, czy – do czasu nowelizacji przepisów art. 24 ust. 1 p.z.p. – stosować je w dotychczasowym brzmieniu.

Nowelizacje przepisów prawa zamówień publicznych, które doprowadziły do wprowadzenia do obrotu prawnego zaskarżonych przepisów, są przykładem naruszenia zasady ochrony zaufania jednostki do państwa, zasady prawidłowej legislacji i zasady określoności prawa.

Zgodnie z orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego, zasada ochrony zaufania jednostki do państwa i stanowionego przez nie prawa, zwana także zasadą lojalności państwa względem obywateli, ściśle wiąże się z bezpieczeństwem prawnym jednostki. Wyraża się ona, jak już wcześniej sygnalizowano, w takim stanowieniu i stosowaniu prawa, „by nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela i aby mógł on 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” (wyrok z dnia 7 lutego 2001 r., sygn. K. 27/00, OTK ZU nr 2/2001, poz. 29). Opierają się one zatem na pewności prawa, czyli takim zespole cech przysługujących prawu, które gwarantuje jednostce bezpieczeństwo prawne, umożliwiając jej decydowanie o swoim postępowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania organów państwa, a zarazem znajomości konsekwencji prawnych, jakie postępowanie to może za sobą pociągnąć (zob. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 14 czerwca 2000 r., sygn. P. 3/00, OTK ZU nr 5/2000, poz. 138 czy 28 lutego 2012 r., sygn. K 5/11, OTK ZU nr 2/A/2012, poz. 16).

Należy zauważyć, że art. 2 Konstytucji, w aspekcie wynikającej z niego zasady przyzwoitej legislacji, był wielokrotnie przedmiotem interpretacji



Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał wskazywał, że w zasadzie przyzwoitej legislacji mieści się „wymaganie określoności przepisów, które «muszą być formułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny»”, a standard ten wymagany jest „zwłaszcza gdy chodzi o ochronę praw i wolności oraz o sytuacje, gdy istnieje możliwość stosowania sankcji wobec obywatela” (zob. wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 11 stycznia 2000 r., sygn. K. 7/99, OTK ZU nr 1/2000, poz. 2 oraz 17 maja 2005 r., sygn. P 6/04, OTK ZU nr 5/A/2005, poz. 50). Podkreślał przy tym, że nakaz przestrzegania zasad poprawnej legislacji «jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania do państwa i prawa», a same zasady poprawnej legislacji «obejmują również podstawowy z punktu widzenia procesu prawotwórczego etap formułowania celów, które mają zostać osiągnięte przez ustanowienie określonej normy prawnej. Stanowią one podstawę oceny, czy sformułowane ostatecznie przepisy prawne w prawidłowy sposób wyrażają wysławianą normę oraz czy nadają się do realizacji zakładanego celu» (wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 24 lutego 2003 r., sygn. K 28/02, OTK ZU nr 2/A/2003, poz. 13 oraz powołany wyżej wyrok o sygn. P 6/04).

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego punktem wyjścia dla kontroli konstytucyjności prawa jest zawsze założenie racjonalnego działania ustawodawcy. Nakazuje ono przyjąć, że wszelkie działania prawodawcy są efektem dogłębnego rozważenia problemu i dojrzałej decyzji. Od racjonalnego prawodawcy wymaga się, by jego rozstrzygnięcia były podejmowane na gruncie wszechstronnej i uporządkowanej wiedzy i aby przewidywał środki prawne adekwatne do osiągnięcia założonych celów. Innymi słowy: legislacja w tym sensie nieracjonalna nie może być w demokratycznym państwie prawnym uznana za „przyzwoitą”, choćby nawet spełniała wszelkie, przewidziane przez obowiązujące ustawy, formalne kryteria tworzenia prawa (na przykład w zakresie formy aktu czy trybu jego uchwalenia i ogłoszenia) – zob. wyroki

Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 22 czerwca 1999 r., sygn. K. 5/99, OTK ZU nr 5/1999, poz. 100 oraz powołany wcześniej wyrok o sygn. P 6/04.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał w swoim orzecznictwie, że ustawodawca cieszy się względną swobodą stanowienia prawa odpowiadającego założonym celom politycznym i gospodarczym, a Trybunał Konstytucyjny nie jest powołany do kontrolowania celowości i trafności przyjmowanych przezeń rozwiązań. Stwierdzał jednocześnie, że granice tej swobody ograniczają normy konstytucyjne, w tym zwłaszcza zasada demokratycznego państwa prawnego (zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 stycznia 1996 r., sygn. K. 18/95, OTK ZU nr 1/1996, poz. 1 oraz wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 8 kwietnia 1998 r., sygn. K 10/97, OTK ZU nr 3/1998, poz. 29 czy 26 czerwca 2012 r., sygn. P 13/11, OTK ZU nr 6/A/2012, poz. 67).

Zaskarżone przepisy, w zakresie, w jakim nakazują wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie są winni poważnego wykroczenia zawodowego, naruszają na kilku płaszczyznach zasady wynikające z art. 2 Konstytucji.

Naruszenie zasady poprawnej legislacji widać już na początku procesu prawotwórczego, na etapie formułowania celów, które miały zostać osiągnięte przez kolejne nowelizacje art. 24 ust. 1 p.z.p.

Jak wskazują przedstawiciele doktryny, dodany nowelą z dnia 25 lutego 2011 r. nowy pkt 1a w art. 24 ust. 1 jest przykładem psucia ustawy. Przepis ten powstał jako projekt poselski, ale jednocześnie uzyskał poparcie Rządu. Pretekstem do jego powstania stała się konkretna sytuacja, w której jeden z zamawiających rozwiązał umowę z wykonawcą, a następnie wybrał tego samego wykonawcę w kolejnym przetargu. W odpowiedzi na taką sytuację powstał projekt poselski wprowadzający pkt 1a do art. 24 ust. 1 p.z.p. Stanowisko Rządu do projektu poselskiego „podnosi tylko te okoliczności prawne, które pokazują niezbędną nowelizacji, pomija zaś zagrożenia, a nawet

wprowadza w błąd niefrasobliwością w interpretowaniu prawa” (J. Pieróg, *op. cit.*, teza 8 do art. 24). W uzasadnieniu tego projektu wskazano, że niewykonanie albo nienależyte wykonanie zamówienia publicznego stanowi poważne naruszenie obowiązków i takie określenie przesłanki wykluczenia wykonawcy jest zgodne z art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej.

O błędności tych założeń najlepiej świadczy powołane uzasadnienie wyroku TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r., w którym stwierdzono, że z orzecznictwa, dobrze utrwalonego już w chwili uchwalania art. 24 ust. 1 pkt 1a p.z.p., wynika, iż taka podstawa wykluczenia nie może być uzasadniona w świetle zasad i innych norm prawa Unii w zakresie zamówień publicznych.

Również w przypadku nowelizacji z dnia 12 października 2012 r. deklarowany w uzasadnieniu projektu cel zmiany art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p. zrealizowano jedynie częściowo, co zostało już omówione na stronie 15 niniejszego stanowiska. Dokonując tej nowelizacji, nie wzięto ponadto pod uwagę wątpliwości co do jej zgodności z prawem unijnym, zgłaszanych przez Ministra Spraw Zagranicznych (w piśmie z dnia 24 maja 2012 r., sygn. DPUE-920-1472-10/ml/16).

Taki sposób wprowadzenia zmian w prawie zamówień publicznych podważa domniemanie racjonalnego działania ustawodawcy, podejmującego rozstrzygnięcia na gruncie wszechstronnej i uporządkowanej wiedzy oraz przewidującego środki prawne adekwatne do osiągnięcia założonych celów.

Zaskarżone przepisy, w zakresie, w jakim nakazują wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie są winni poważnego wykroczenia zawodowego, naruszają zasadę określoności przepisów, gdyż nie zostały one sformułowane poprawnie. Analiza ich treści *prima facie* może prowadzić do wniosku, że są one precyzyjne i jasne. Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia rzeczywiście są w nich określone w jasny i precyzyjny sposób. Okoliczność ta może dodatkowo utwierdzać adresatów tych norm, dokonujących wykluczenia

wykonawcy w warunkach określonych w art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a p.z.p., że podejmując taką decyzję – wobec podmiotu, który nie jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, a jedynie ponosi odpowiedzialność za okoliczności prowadzące do wyrządzenia szkody, dające podstawę do nałożenia kary umownej lub rozwiązania umowy – działają zgodnie z prawem.

Problemem jest jednak fakt, że wykładnia pojęcia „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” w oparciu o prawo krajowe, a zwłaszcza przepisy Kodeksu cywilnego, prowadzi do sprzecznego z prawem unijnym rozumienia znaczenia przesłanek wykluczenia wykonawców. Paradoksalnie, pozorna precyzyjność i jasność zaskarżonych przepisów w takiej sytuacji może stanowić przeszkodę do prounijnej ich wykładni, gdyż może być ona traktowana jako wykładnia *contra legem*. Tym samym przepisy te stanowią pułapkę dla adresatów norm i naruszają ich bezpieczeństwo prawne. Nie pozwalają one bowiem na jednoznaczne określenie konsekwencji prawnych, jakie może za sobą pociągnąć podjęta na ich podstawie decyzja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, co wcześniej już zostało omówione.

Na zakończenie warto jeszcze odwołać się do poglądu zaprezentowanego w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2013 r., sygn. U 5/12. W wyroku tym Trybunał podkreślił, że „stanowiące część systemu prawa obowiązującego w Polsce pochodne prawo unijne nie może zastąpić obowiązku ustawodawcy krajowego do prawidłowego sformułowania przepisu upoważniającego, a już w szczególności do precyzyjnego zdefiniowania przedmiotu regulacji wykonawczej. (...) dopuszczalność implementacji prawa unijnego do krajowego porządku prawnego nie tylko w ustawie, ale również w rozporządzeniu, nie znosi ciężącego na ustawodawcy obowiązku przestrzegania Konstytucji w zakresie rozdziału materii między ustawę a rozporządzenie oraz formalnych podstaw stanowienia aktów wykonawczych do ustawy (OTK ZU nr 6/A/2013, poz. 88). Co prawda wyrok ten odnosi się w głównej mierze do zgodności rozporządzenia z delegacją ustawową, ale na

potrzeby niniejszego stanowiska istotna jest konstatacja, że implementacja prawa unijnego do krajowego porządku prawnego musi odbywać się z poszanowaniem zasad określonych w Konstytucji.

Zaskarżone przepisy art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a p.z.p. w zakresie, w jakim nakazują wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie są winni poważnego wykroczenia zawodowego, wymogu tego nie spełniają, naruszając w szczególności zasady wynikające z art. 2 Konstytucji.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, jeżeli Trybunał orzeka o niezgodności zakwestionowanej regulacji chociażby tylko z jednym ze wskazanych wzorców kontroli, postępowanie w zakresie badania zgodności tej regulacji z pozostałymi wzorcami kontroli może zostać umorzone na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK ze względu na zbędność wyrokowania (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2012 r., sygn. Kp 10/09, OTK ZU nr 1/A/2012, poz. 4, cz. III, pkt 3.8 uzasadnienia oraz powołane tam orzecznictwo). Zasadne jest zatem umorzenie postępowania w zakresie badania zgodności zaskarżonych przepisów z art. 20 i art. 22 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 32 Konstytucji z powodu zbędności orzekania.

Z tych względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia  
Prokuratora Generalnego  
*Robert Hernand*  
Zastępca Prokuratora Generalnego