

Zmiana art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp wprowadzona ustawą z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2021 poz. 2054) w kontekście postępowań o udzielenie zamówienia publicznego będących w toku

W dniu 1 stycznia 2022 r. wszedł w życie art. 10 ustawy z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2021 poz. 2054), który wprowadza zmianę art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Na skutek tej zmiany do katalogu czynów zabronionych powodujących obowiązkowe wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały dodane przestępstwa, o których mowa w art. 47 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2020 r. poz. 1133 oraz z 2021 r. poz. 2054) oraz w art. 54 ust. 1–4 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 523, 1292, 1559 i 2054).

Ustawa z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw wprowadzając zmianę art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp nie rozstrzyga kwestii wpływu nowej regulacji na postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będące w toku tj. wszczęte i niezakończone przed dniem 1 stycznia 2022 r. Z art. 15 ustawy zmieniającej wynika, że ustawa ta, z wyjątkiem trzech przepisów, wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2022 r., co ma zastosowanie m.in. do przepisu art. 10 wprowadzającego powyższą zmianę w zakresie ustawy Pzp. Ustawa zmieniająca nie zawiera zatem odrębnego przepisu przejściowego odnoszącego się do zmiany w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp.

Jak wskazywał Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie (por. wyrok z dnia 8 listopada 2006 r., sygn. K 30/06, OTK ZU nr 10/A/2006, poz. 149), brak przepisów przejściowych nie przesądza sam przez się o luce w zakresie regulacji intertemporalnej. W polskiej kulturze prawnej zostały wykształcone reguły międzyczasowe, które znajdują zastosowanie w procesie stosowania prawa. Jeżeli brakuje wyraźnie wyrażonej woli ustawodawcy, sąd i inne organy stosujące prawo muszą kwestię intertemporalną rozstrzygnąć na podstawie tych właśnie reguł, mając wybór między zasadą dalszego działania ustawy dawnej i zasadą bezpośredniego skutku ustawy nowej. Milczenie ustawodawcy co do reguły intertemporalnej należy uznać za przejaw jego woli bezpośredniego działania nowego prawa, chyba że przeciw jej zastosowaniu przemawiają ważne racje systemowe lub aksjologiczne takie jak np. zasada bezpieczeństwa prawnego.

W związku z powyższą zmianą brzmienia art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp i w sytuacji braku przepisów przejściowych odnoszących się do tej zmiany, należy wskazać na istnienie takich ważnych przyczyn natury zarówno aksjologicznej jak i systemowej przemawiających za zastosowaniem w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i nie zakończonych przed dniem 1 stycznia 2022 r. zasady dalszego (przedłużonego) działania ustawy Pzp w jej dotychczasowym brzmieniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone, stosownie do art. 7 pkt 18 ustawy Pzp, jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego. Każda czynność zamawiającego w takim postępowaniu jest z reguły powiązana z innymi przeszłymi czynnościami lub oddziałuje na czynności przyszłe. Czynnościami określającymi warunki zamówienia dotyczące zarówno postępowania o udzielenie zamówienia jak i samego zamówienia są: publikacja ogłoszenia o zamówieniu oraz udostępnienie dokumentów zamówienia. W świetle art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego zamawiający od chwili udostępnienia warunków zamówienia jest zobowiązany postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia oraz udostępnionymi dokumentami określającymi te warunki. Ponieważ warunki zamówienia odnoszą się m.in. do podstaw wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mających zastosowanie w danym postępowaniu, od chwili opublikowania ogłoszenia o zamówieniu oraz udostępnienia dokumentów zamówienia, poza sytuacjami dopuszczonymi ustawą, warunki zamówienia, w tym podstawy wykluczenia wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie powinny ulegać zmianie. Powyższy wniosek można wyprowadzić również ze spoczywającego na zamawiającym obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także z zasady przejrzystości. Zgodnie z poglądem utrwalonym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciężących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (por. wyrok z dnia 9 lutego 2006 r., La Cascina i in., C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 32).

Z uwagi na niezmienności przyjętych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunków zamówienia, do których należą m.in. podstawy wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniu, w tym podstawa wyrażona w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp, w przypadku zmian legislacyjnych w przepisach ustawy Pzp ustawodawca przyjmuje z zasady regułę intertemporalną stosowania przepisów dotychczasowych w odniesieniu do postępowań wszczętych a nie zakończonych przed datą wejścia w życie ustawy zmieniającej. Reguła ta została wyrażona w szczególności w art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2020 z późn. zm.). Z uwagi na taki sam cel i wskazane wyżej przyczyny systemowe, w tym ze względu na potrzebę ochrony zasad przewidzianych dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego takich jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak też zasadę przejrzystości, wyrażające się m.in. w niezmienności warunków udziału w postępowaniu obejmujących podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu, a także ze względu na potrzebę zachowania pewności prawa, uzasadnione jest, zastosowanie zasady dalszego (przedłużonego) działania ustawy Pzp w brzmieniu sprzed zmiany również w odniesieniu do powyższej zmiany art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp.

Podsumowując, do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w oparciu o przepisy ustawy Pzp wszczętych i nie zakończonych przed dniem 1 stycznia 2022 r., w związku ze zmianą art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp wprowadzoną ustawą z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, ma zastosowanie ustawa Pzp w jej dotychczasowym brzmieniu.