Łukasz Pasternak

e-mail: lukasz_pasternak@interia.pl

Kilka uwag o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

STRESZCZENIE

Instytucja wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została uregulowana w art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (zwanej dalej jako p.z.p.). Celem powyższej instytucji jest efektywne wydatkowanie środków publicznych oraz zapobieżenie sytuacji, w której zamówienie publiczne zostanie udzielone wykonawcy, który nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia publicznego.

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielanie zamówienia publicznego. Autor prowadzi rozważania, uwzględniając zmiany wprowadzone ustawą z dnia 12 października 2012 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, która weszła w życie w dniu 20 lutego 2013 roku.

Instytucja wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wydaje się interesująca zarówno pod względem naukowym, jak i stosowania prawa w praktyce.

SŁOWA KLUCZOWE

administracja publiczna, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

1. Uwagi wprowadzające

Zamówienia publiczne to sfera, w której rokrocznie wydatkowane są ogromne środki finansowe pochodzące z budżetu państwa, dlatego też jednym z podstawowych celów systemu zamówień publicznych jest racjonalne i efektywne wydatkowanie środków publicznych. Celowi temu sprzyjają różne instytucje przewidziane przez ustawę Prawo zamówień publicznych¹. Jedną z tych instytucji jest instytucja wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uregulowana w art. 24 p.z.p. Instytucja ta w swoim założeniu ma sprzyjać efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych poprzez niedopuszczenie do tego, by zamówienie publiczne zostało udzielone wykonawcy, który w związku z posiadanymi cechami nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia

1 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tekst jedn. DzU nr 113, poz. 759 ze zm.

publicznego, lub do sytuacji zagrażającej podstawowym zasadom zamówień publicznych². Enumeratywny katalog przesłanek zobowiązujących zamawiającego do wykluczenia z postępowania wykonawcy został zawarty w art. 24 p.z.p.

Autor niniejszego opracowania swoją uwagę skoncentrował głównie na przesłankach wykluczenia wykonawcy z postępowania, związanych z popełnieniem przestępstwa oraz orzeczeniem zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez podmiot zbiorowy. Przedmiotowe rozważania autora uwzględniają zmiany wprowadzone ustawą z dnia 12 października 2012 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi³, które weszły w życie z dniem 20 lutego 2013 roku. Przedmiotowe opracowanie zostało uaktualnione również o przepisy ustawy nowelizującej ustawę prawo zamówień publicznych z dniem 28 lipca 2016 roku, wprowadzone przez ustawę z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw⁴.

Instytucja wykluczenia wykonawcy z postępowania wydaje się zagadnieniem interesującym zarówno z naukowego punktu widzenia, jak również w przypadku praktycznego stosowania prawa, co skłania do poświęcenia temu zagadnieniu nieco więcej uwagi⁵.

2. Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania

Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały zawarte w art. 24 p.z.p. Analiza tych przesłanek pozwala przyjąć, iż można je po-
dzielić na grupy:

- niespełnienie warunków udziału w postępowaniu lub niezaproszenie do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert lub niewykazanie braku podstaw do wykluczenia;
- otwarcie likwidacji lub ogłoszenie upadłości wykonawcy,
- zaleganie przez wykonawcę z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne czy zdrowotne,
- skazanie za przestępstwo,
- orzeczenie sądowego zakazu ubiegania się o zamówienia przez podmiot zbiorowy,
- przestępstwa związane z wykonywaniem pracy przez poszczególnych cudzoziemców,
- bezpośrednie wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- złożenie odrębnych ofert przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej.

2 Tak też J. Kaspryszyn, *Wykluczenie wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne z powodu wyrządzenia szkody*, „Kwartalnik Prawa Zamówień Publicznych” 2008, nr 3, s. 22.

3 Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, DzU z 2012 r., poz. 1271 – dalej ustawa nowelizująca.

4 DzU z 2016 r., poz. 1020.

5 Ofertę wykonawcy wykluczonego należy traktować jako ofertę odrzuconą – zob. art. 24 ust. 4 p.z.p.

Rozważania w przedmiocie przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinny być prowadzone w świetle przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny⁶ dotyczących wykonywania zobowiązań. Na taką konstatację pozwala nie tylko brzmienie art. 24 p.z.p., ale również odesłanie do Kodeksu cywilnego zawarte w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, które to do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nakazują stosować przepisy Kodeksu cywilnego⁷.

3. Skazanie za przestępstwo

Charakterystycznym przepisem służącym przeciwdziałaniu zachowaniom kryminogennym w obszarze zamówień jest przepis art. 24 ust 1 pkt 13 p.z.p. Przepis ten zawiera przesłanki, które są podstawą wykluczenia z postępowania wykonawców, u których osoby odpowiedzialne za prowadzenie spraw danego podmiotu zostały prawomocnie skazane za przestępstwo określone w ustawie Prawo zamówień publicznych.

W przypadku spółki jawnej ustawa nakazuje poddać badaniu wspólników, w przypadku spółki partnerskiej – partnerów lub członków zarządu, w przypadku spółki komandytowej i komandytowo-akcyjnej – komplementariuszy, w przypadku osób prawnych – członków zarządu, a w przypadku osób fizycznych – te osoby⁸. We wszystkich przypadkach badaniu należy poddać również prokurenta. Wyłączeniu z postępowania mogą więc podlegać wykonawcy będący osobami fizycznymi, spółkami jawnymi, spółkami partnerskimi, komandytowymi, komandytowo-akcyjnymi, spółkami z ograniczoną odpowiedzialnością i spółkami akcyjnymi, w których to określone osoby zostały prawomocnie skazane za przestępstwo, o którym mowa:

- a) w art. 165a, art. 181–188, art. 189a, art. 218–221, art. 228–230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270–309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny (DzU poz. 553 z późn. zm.) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 roku o sporcie (DzU z 2016 r., poz. 176);
- b) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny;
- c) skarbowe;
- d) o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 roku o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (DzU poz. 769).

W znowelizowanym brzmieniu ustawy ustawodawca zrezygnował z wyliczenia opisowego przestępstw, w przypadku których skazanie wykluczało wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W obecnym brzmieniu ustawy Prawo za-

⁶ DzU z 1964 r., nr 16, poz. 93 ze zm. (dalej k.c.).

⁷ Zob. art. 14 p.z.p.

⁸ M. Stachowiak, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 4, Wolters Kluwer Warszawa 2010, s. 172.

mówień publicznych, ustawodawca co do zasady, z wyłączeniem przestępstw skarbowych (albowiem tak wskazano na przestępstwa skarbowe w ogólności), w sposób jednoznaczny wskazał, jakie konkretnie czyny popełnione przez wykonawcę skutkują wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co istotne należy dodać, iż w stosunku do poprzedniego brzmienia ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca zrezygnował ze sformułowania „w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia”, co – jak się wydaje – skutkuje szerszym kręgiem podmiotów podlegających wyłączeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W obecnym brzmieniu ustawy wystarczającym do wykluczenia jest skazanie sprawcy za określony czyn zabroniony, który to czyn nie musi pozostawać w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Do przestępstw objętych katalogiem przestępstw wymienionym w art. 24 pkt 13 p.z.p. zaliczyć można czyny zabronione zawarte w rozdziale XXXVI Kodeksu karnego, to jest przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu. Najbardziej typowym przestępstwem odnoszącym się do zamówień publicznych jest przestępstwo stypizowane w art. 305 k.k. penalizujące poniekąd tak zwane przestępstwa przetargowe. Ustawodawca postanowił penalizować zachowania polegające na udaremnieniu lub utrudnieniu przetargu publicznego albo wejściu w porozumienie z inną osobą w sytuacji, gdy podejmowane czynności działają na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, a działanie to ma na celu osiągnięcie korzyści majątkowej. Penalizowane są również zachowania polegające na rozpowszechnianiu informacji lub przemilczeniu istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu albo wejście w porozumienie z inną osobą, działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

Innym czynem zabronionym popełnianym w sferze zamówień publicznych zawartym w rozdziale XXXVI k.k. jest tak zwane oszustwo kapitałowe spenalizowane w art. 297 § 1 i 2 k.k. Przedmiotem ochrony w tym wypadku jest prawidłowość funkcjonowania instytucji finansowo-gospodarczych, do których zalicza się między innymi instytucje udzielające zamówień publicznych.

Kolejną charakterystyczną grupę przestępstw popełnianych w systemie zamówień publicznych stanowią przestępstwa stypizowane w art. 228–230a k.k., będące przestępstwami o charakterze korupcyjnym. Czyny te polegają w zasadniczej mierze na wręczaniu przez wykonawców podmiotom reprezentującym zamawiającego korzyści majątkowych w celu uzyskania kontraktu.

Uwagę zwracają również przestępstwa związane z udziałem w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Tego rodzaju przestępstwa w sferze zamówień publicznych w istotny sposób zagrażają bezpieczeństwu finansów publicznych. Powszechnie przyjmuje się, że zorganizowaną grupę przestępczą stanowią co najmniej trzy osoby, których celem jest popełnianie określonych przestępstw bądź popełnianie przestępstw różnego rodzaju. W nauce prawa wskazuje się, iż różnica pomiędzy grupą przestępczą a związkiem przestępczym wiąże się z wewnętrzną organizacją grupy przestępczej. Dla powstania grupy przestępczej wystarczające jest bowiem występowanie luźnego związku między jej członkami, których łączy wspólna chęć popełniania przestępstw i gotowość działania na rzecz grupy, natomiast

związek posiada zazwyczaj wewnętrzną strukturę, najczęściej zhierarchizowaną. Takie stanowisko potwierdza również sądownictwo, w którym wskazuje się, że „dla przyjęcia, iż pewna grupa stanowi związek, nie jest istotne, czy zachodziła w niej potrzeba stosowania rygorów organizacyjnych, lecz to, czy były one w ogóle przewidziane. Nie można stawiać znaku równości pomiędzy dobrowolnym podporządkowaniem się autorytetowi innej osoby a wynikającym z porozumienia zobowiązaniem do wypełniania jej poleceń z ustalonymi konsekwencjami odmowy ich wykonania”⁹.

Art. 24 p.z.p. milczy na temat uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia spółki będącej osobą prawną, której wspólnicy (lub akcjonariusze) zostali skazani za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt. 13. Zasadne jest więc twierdzenie, iż taka spółka, której wspólnik lub akcjonariusz został skazany za wyżej wymienione przestępstwa, jeżeli nie jest członkiem organu zarządzającego takiej spółki lub jej prokurentem, nie zostanie wyłączona z postępowania o udzielenie zamówienia. Istnieje więc ryzyko, że wspólnicy mogą sięgać po niedozwolone środki, które będą miały na celu oddziaływać na zamawiającego w taki sposób, by „ich spółka” wygrała przetarg. Działania te, choć niepożądane, nie powinny nieść ze sobą tak daleko idących konsekwencji jak wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem mogłyby się stać swoistym sposobem pozbywania się „konkurencji” z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Działania takie mogłyby polegać na zakupie jednej akcji przez osobę skazaną za przestępstwa, o których w art. 24 ust. 1 pkt 13 p.z.p., co w przypadku dużych spółek akcyjnych mogłoby skutkować wykluczaniem ich z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wydaje się jednak, iż pomimo pewnego niebezpieczeństwa przepisy mówiące o wyłączeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w omawianym w tym punkcie zakresie są prawidłowo skonstruowane¹⁰ i nie wymagają większych zmian, ponieważ zapis, który pozwalałby wyłączyć z postępowania o udzielenie zamówienia osobę prawną, w przypadku gdyby jej akcjonariusz (lub wspólnik) skazany był za przestępstwo, na przykład przekupstwa, w praktyce mógłby prowadzić do absurdów, w szczególności w przypadku spółek akcyjnych, w których akcjonariat pozostaje mocno „rozdrobniony”. Jednocześnie zauważyć należy, że w przypadku spółek kapitałowych to organy zarządzające reprezentują spółkę, a nie jej wspólnicy (lub akcjonariusze), chyba że ci są jednocześnie urzędującymi członkami organu zarządzającego. Jednak wtedy w stosunku do takich osób prawnych znajdują zastosowanie odpowiednie przepisy ustawy¹¹. Dlatego też niecelowe byłoby ponoszenie konsekwencji prawnych przykładowo przez spółkę akcyjną za działania nieuczciwego akcjonariusza, który posiadałby tylko jedną, niewiele znaczącą akcję.

9 Zob. wyrok składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 23 marca 1992 r., II KRN 433/91, OSNKW 1992, nr 7–8, poz. 48.

10 Mowa tu wyłącznie o regulacji art. 24 ust 1 pkt 13 p.z.p.

11 Zob. art. 24 ust. 1 pkt. 13 p.z.p. – „wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo: a) o którym mowa w art. 165a, art. 181–188, art. 189a, art. 218–221, art. 228–230a, art. 250a, art. 258 lub art. 270–309 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (DzU poz. 553 z późn. zm.) lub art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (DzU z 2016 r. poz. 176), b) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, c) skarbowe, d) o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (DzU poz. 769)”.

Wykonawca w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien udowodnić tę okoliczność stosownymi dokumentami. Stosownym dokumentem w tym przedmiocie jest karta karna z Krajowego Rejestru Karnego wydana nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego albo składania ofert¹². Obcokrajowcy będący członkami organów zarządzających wykonawców krajowych, aby potwierdzić fakt, iż nie byli karani za przestępstwo określone w art. 24 ust. 1 pkt 13, powinni przedłożyć w toku postępowania zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby (właściwego ze względu na ich miejsce zamieszkania). Jeżeli w jakimś kraju nie wydaje się takich dokumentów, wówczas wykonawcy powinni złożyć oświadczenie, o którym mowa w § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

4. Orzeczenie sądowego zakazu ubiegania się o zamówienia przez podmiot zbiorowy

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 21 p.z.p. zamawiający z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza wykonawcę będącego podmiotem zbiorowym, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Przechodząc do analizy przedmiotowej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, w pierwszej kolejności należy zauważyć, iż ustawa z dnia 28 października 2012 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary¹³ definiuje pojęcie podmiotu zbiorowego. Zgodnie z art. 2 tej ustawy podmiotem zbiorowym jest osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej¹⁴, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków. Podmiotem zbiorowym w rozumieniu ustawy jest również spółka handlowa z udziałem Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek, spółka kapitałowa w organizacji, podmiot w stanie likwidacji oraz przedsiębiorca niebędący osobą fizyczną, a także zagraniczna jednostka organizacyjna. Jakkolwiek podmiotami zbiorowymi w rozumieniu wyżej wskazanej ustawy z całą pewnością nie są spółki cywilne, bowiem podmiotami praw w ich przypadku są wspólnicy tychże spółek.

Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych wskazuje przesłanki, na podstawie których podmioty zbiorowe ponoszą odpowiedzialność karną. Zgodnie z tą ustawą pod-

12 Zob. S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 237.

13 Tekst jedn. DzU z 2012 r., poz. 768 ze zm.

14 Z powyższego wynika, iż podmiotem zbiorowym jest również spółka jawna. Wobec tego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinna przedstawić stosowne zaświadczenie o niekaralności z zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 13 p.z.p. – zob. wyrok ZA z 21.1.2005 r., UZP/ZO/0-61/05, A. Elżanowska, M. Śledziwska, *Prawo zamówień publicznych. Zbiory orzecznictwa Becka*, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 151–152.

mioty zbiorowe ponoszą odpowiedzialność za czyn zabroniony, będący zachowaniem osoby fizycznej, która:

- a) działa w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania, podejmowania w jego imieniu decyzji lub wykonywania kontroli wewnętrznej albo przy przekroczeniu tego uprawnienia lub niedopełnieniu tego obowiązku;
- b) została dopuszczona do działania w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez osobę, o której mowa w pkt 1;
- c) działa w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, za zgodą lub wiedzą osoby, o której mowa w pkt 1;
- d) jest przedsiębiorcą, który bezpośrednio współdziała z podmiotem zbiorowym w realizacji celu prawnie dopuszczalnego, jeżeli zachowanie to przyniosło lub mogło przynieść podmiotowi zbiorowemu korzyść, chociażby niemajątkową.

Odnosząc powyższe do dyspozycji zawartej w art. 24 ust. 1 pkt. 21 p.z.p., wskazać należy, że wykluczeniu z postępowania podlega tylko taki podmiot zbiorowy, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne. Trzeba wspomnieć, że zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez sąd orzekany jest fakultatywnie¹⁵. Każdy inny zakaz lub kara wydana na podstawie ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyn zabroniony pod groźbą kary nie skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający zatem w celu sprawdzenia, czy nie zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powinien żądać od wykonawcy aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 21 p.z.p., wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu do składania ofert albo wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

5. Przestępstwa związane z wykonywaniem pracy przez poszczególnych cudzoziemców

Z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, iż zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców będących osobami fizycznymi, spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, których (odpowiednio) wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej¹⁶ – przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku.

15 Por. art. 9 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyn zabroniony pod groźbą kary, tekst jedn. DzU z 2012 r., poz. 768 – dalej u.p.z.k.

16 DzU z 2012 r., poz. 769.

Przestępstwami, objętymi dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt. 13 lit. d p.z.p., są przestępstwa polegające na powierzeniu w tym samym czasie wykonywania pracy wielu cudzoziemcom przebywającym bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, powierzeniu wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi przebywającemu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu, jak również na uporczywym powierzeniu w związku z wykonywaną działalnością gospodarczą wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Penalizowane jest również powierzenie wykonywania pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w warunkach szczególnego wykorzystania lub takiemu cudzoziemcowi będącemu pokrzywdzonym przestępstwem określonym w art. 189a § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny¹⁷. Warunki szczególnego wykorzystania zostały zdefiniowane w art. 10 ust. 3 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z powyższym przepisem przez warunki szczególnego wykorzystania rozumie się warunki pracy osoby lub osób, którym powierzono wykonywanie pracy z naruszeniem prawa, uchybiające godności człowieka i rażąco odmienne, w szczególności ze względu na płeć, w porównaniu z warunkami pracy osób, którym powierzono wykonywanie pracy zgodnie z prawem, wpływające zwłaszcza na zdrowie lub bezpieczeństwo osób wykonujących pracę. W świetle wspomnianej wyżej ustawy penalizowane jest również podżeganie i pomocnictwo do popełnienia wyżej wskazanych czynów, przez co skazanie określonego podmiotu za podżeganie czy pomocnictwo w popełnieniu czynu zabronionego, o którym mowa w art. 9 i 10 ustawy, skutkować może wykluczeniem określonego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

6. Otwarcie likwidacji lub ogłoszenie upadłości wykonawcy

Przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawarta w art. 24 ust. 5 p.z.p. ma zapobiegać sytuacjom, w których wykonawca będzie całkowicie niezdolny do wykonania zamówienia¹⁸, albowiem wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlega wykonawca, w stosunku do którego otwarto likwidację, w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 332 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 roku – Prawo restrukturyzacyjne (DzU poz. 978 z późn. zm.) lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację

¹⁷ DzU z 1997 r., nr 88, poz. 553. Zgodnie z art. 189a § 1 k.k., kto dopuszcza się handlu ludźmi, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. Penalizowane jest również przygotowanie do popełnienia tego czynu zabronionego.

¹⁸ Por. P. Pieprzycza, *Wykluczenie wykonawcy z postępowania*, Wolters Kluwer, Wrocław 2011, s. 23.

cję majątku upadłego, chyba że sąd zarządził likwidację jego majątku w trybie art. 366 ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku – Prawo upadłościowe (DzU z 2015 r., poz. 233 z późn. zm.). Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia likwidacji ani upadłości. Dlatego też w celu zdefiniowania wyżej wymienionych pojęć konieczne jest sięgnięcie do innych ustaw regulujących problematykę upadłości oraz likwidacji. Likwidacja podmiotów gospodarczych zasadniczo regulowana jest w przepisach odnoszących się do ich utworzenia. Dla spółek handlowych właściwe regulacje w tym zakresie zawiera ustawa Kodeks spółek handlowych¹⁹. Otwarcie likwidacji następuje w chwili pojawienia się przyczyny rozwiązania spółki, natomiast wpis do właściwego rejestru w przypadku spółek prawa handlowego ma charakter deklaratoryjny. Powyższe prowadzi do jednoznacznej konstatacji, że fakt otwarcia likwidacji wobec wykonawcy skutkuje obowiązkiem jego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przykładowo fakt podjęcia uchwały przez wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością o rozwiązaniu spółki skutkuje obowiązkiem jej wykluczenia przez zamawiającego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nieco bardziej skomplikowanym zagadnieniem jest wykluczenie wykonawcy z uwagi na jego upadłość. Upadłość uregulowana została przepisami ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze²⁰. Stosownie do postanowień art. 10 Prawa upadłościowego i naprawczego upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny, co oznacza, iż nie wykonuje on swoich wymagalnych zobowiązań²¹. Prawo upadłościowe i naprawcze wyróżnia dwa rodzaje upadłości, to jest upadłość likwidacyjną oraz upadłość z możliwością zawarcia układu. Brzmienie art. 24 ust. 1 pkt. 5 p.z.p. pozwala przyjąć, iż bezwarunkowo z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają wykonawcy, w stosunku do których ogłoszono upadłość likwidacyjną. Natomiast ci wykonawcy, wobec których ogłoszono upadłość z możliwością zawarcia układu w sytuacji, gdy łącznie spełniają następujące warunki:

- zawarli z wierzycielami układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu,
- zawarty układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli poprzez likwidację majątku,
- mogą brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie podlegają wykluczeniu²²,

nie będą podlegać wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

19 Tutaj ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, tekst jedn. DzU z 2013 r., poz. 1030 – dalej k.s.h. Należy w tym miejscu odnotować, iż dla przedsiębiorstw państwowych właściwe w tym zakresie są przepisy ustawy z 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (DzU z 2012 r., nr 112, poz. 981).

20 Ustawa z dnia 28.02.2003 r. prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jedn. DzU z 2012 r., poz. 1112 ze zm.).

21 Dłużnika będącego osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczyć wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje.

22 Por. P. Karkoszka, *Wykluczenie wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia. Komentarz praktyczny*, ABC nr 110468.

7. Zaleganie przez wykonawcę z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne czy zdrowotne

Uzasadnieniem dla wprowadzenia przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartej w art. 24 ust. 1 pkt. 15 p.z.p. była chęć eliminacji z postępowania wykonawców, którzy uzyskują lepszą pozycję w stosunku do swoich konkurentów w wyniku niepłacenia należności publicznoprawnych²³.

Art. 24 ust. 1 pkt. 15 nakazuje wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków²⁴, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem sytuacji, gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Przepis ten dotyczy więc wszelkich opłat i podatków wynikających z odpowiednich ustaw²⁵.

Powyższa przesłanka wykluczenia z postępowania wykonawcy nie budzi rozbieżności zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Z uwagi na tę okoliczność autor niniejszego opracowania postanowił poświęcić nieco uwagi sposobom, za pomocą których wykonawca może wykazać, iż nie zalega z uiszczeniem podatków i innych należności, o których mowa w przedmiotowej przesłance wykluczenia.

Wykonawca chcący udowodnić, że nie zalega z uiszczaniem podatków i opłat, powinien przedłożyć na tę okoliczność stosowny dokument wydany przez odpowiednie urzędy. Właściwym zaświadczeniem o niezaleganiu z opłacaniem podatków przez wykonawcę będzie zaświadczenie wydane przez Urząd Skarbowy stwierdzające wyżej wspomnianą okoliczność. Z treści dokumentu powinno wynikać, że wykonawca nie zalega z opłatami lub uzyskał zezwolenie, odroczenie, rozłożenie na raty lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji. Stanowisko to potwierdza również Krajowa Izba Odwoławcza, która wskazuje, że „nie dopuszcza się możliwości, aby okoliczność o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne mogła zostać zweryfikowana przez zamawiającego na podstawie innego dokumentu niż zaświadczenie właściwego organu”. Zdaniem KIO obowiązujące przepisy nie uprawniają wykonawcy do wykazania braku podstawy do wykluczenia z postępowania w wyżej wymienionych okolicznościach poprzez złożenie samego oświadczenia wykonawcy²⁶. W tym miejscu warto zauważyć, co uprzednio budziło poważne wątpliwości i było przyczyną sporów, że wykonawca, który uzyskał decyzję o rozłożeniu na raty zaległych płatności, nie ma obowiązku przedkładania zamawiającemu dokumentu

23 Por. W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 205.

24 Z art. 51 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (DzU z 2005 r., nr 8, poz. 60 ze zm.) wynika, że przez zaległość podatkową rozumie się podatek niezapłacony w terminie, jak również niezapłaconą w terminie zaliczkę na podatek lub ratę podatku.

25 Por. J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, wyd. 12, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 135–136; M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 179–180.

26 Zob. wyrok KIO z 25.11.2010 r., KIO 2485/10, LEX nr 690573; wyrok KIO z 24.11.2009 r., KIO/UZP 1432/09, LEX nr 533266; wyrok KIO z 4.09.2009 r., KIO/UZP 1082/09, KIO/UZP 1095/09, KIO/UZP 1112/09, LEX nr 516516.

potwierdzającego, że raty zaległych płatności są przez niego terminowo opłacane. Tym samym zamawiający nie jest uprawniony do żądania takiego dokumentu od wykonawcy²⁷.

8. Bezpośrednie wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Ustawodawca postanowił wprowadzić tę przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na fakt, iż bezpośredni udział wykonawcy w toku przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może stawiać go w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do innych podmiotów biorących udział w tym postępowaniu²⁸. Zamawiający chcąc wykluczyć wykonawcę na podstawie tego przepisu, zobowiązany jest do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego z udziałem wykonawcy, w celu zbadania, czy zachodzą okoliczności powodujące wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasadę tę potwierdza orzecznictwo sądów europejskich.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt. 19 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności lub których pracownik lub osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brała udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Brzmienie powyższego przepisu prowadzi do wniosku, iż zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu z postępowania określonego wykonawcy, zobowiązany jest zbadać, czy zachodzą następujące przesłanki:

- a) wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności,
- b) udział tego wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skutkowało będzie naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

Analizując powyższe przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, można stwierdzić, iż Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie wtedy, gdy doszło do utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez utrudnienie dostępu do informacji pozostałym wykonawcom ubiegającym się o zamówienia, a fakt ten został udowodniony²⁹. Przykładem praktyk skutkujących obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest między innymi bezpośrednio

27 Por. wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z 4.04.2006 r., VI Ca 115/06, A. Elżanowska, M. Śledziwska, op.cit., s. 147.

28 Por. G. Mazurek, *Praktyczne aspekty wykluczenia wykonawców z powodu „konfliktu interesów” na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. Komentarz praktyczny*, ABC nr 134117.

29 Por. P. Karkoszka, op.cit.

sporządzanie przez wykonawcę kosztorysu inwestorskiego robót budowlanych, jeżeli jego treści nie udostępniono pozostałym wykonawcom, a informacja ta miała wpływ na treść składanych ofert³⁰. Jednak dowolne powiązanie wykonawcy z osobami uczestniczącymi bezpośrednio w przygotowaniu postępowania nie stanowi podstawy do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na brak naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców postępowania o udzielenie zamówienia publicznego³¹, albowiem nie każde powiązanie skutkować będzie naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegał będzie również wykonawca, który w celu sporządzenia oferty posługiwał się osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, bowiem posłużenie się taką osobą mogło skutkować uprzywilejowaniem wykonawcy w stosunku do innych wykonawców³². Warto dodać, że wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie będzie zasadne, gdy wykonawca dokonał oszacowania wartości zamówienia w innym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego na tożsamy przedmiot zamówienia, a następnie zamawiający dokonał (bez udziału wykonawcy) aktualizacji szacunkowej wartości zamówienia³³.

9. Niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert na przedłużony okres związania ofertą

Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie spełnili warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Do takich warunków z całą pewnością zaliczyć można obowiązek wniesienia wadium. Pomiędzy faktem, iż obecne brzmienie nie wskazuje wprost, iż wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wnieśli wadium, to nie powinno budzić wątpliwości, iż wniosek taki płynie z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. Niedochowanie obowiązków w zakresie wniesienia wadium wbrew żądaniom zamawiającego skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego³⁴. Wykluczeniu z postępowania podlegają więc wykonawcy, których oferta w jakimkolwiek momencie w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zabezpieczona wadium, to jest nie tylko w czasie przed wyborem oferty najkorzystniejszej, ale również w okresie, w którym oferta wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza w wyniku wykonania czynności nakazanych orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej³⁵.

Z art. 45 ust. 6 p.z.p. wynikają formy, w jakich wykonawcy mogą wносить wadium. Wykonawcy mogą wносить wadium zarówno w formie pieniężnej, jak i w formie niepienięż-

30 Zob. orzeczenie KIO z 31.07.2009 r., KIO/UZP 920/09, LEX nr 511854; orzeczenie KIO z 16.04.2009 r., KIO/UZP 430/09, LEX nr 497467; orzeczenie KIO z 23.07.2009 r., KIO/UZP 871/09, LEX nr 511922.

31 Zob. orzeczenie KIO z 8.10.2009 r., KIO/UZP 1307/09, LEX nr 526356.

32 Por. wyrok KIO z 21.02.2012 r., KIO 252/12, LEX nr 1126937.

33 Por. wyrok ZA z 8.08.2006 r., UZP/ZO/0-2243/06, A. Elżanowska, M. Śledzińska, op.cit., s. 153–154.

34 Zob. wyrok ZA z 18.09.2006 r., UZP/ZO/0-2473/06, LEX nr 1102444.

35 Zob. M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, s. 183.

nej. Wadium wnoszone w formie gwarancji bankowej wywołuje skutki, które ustawa wiąże z jego wniesieniem dopiero w chwili faktycznego doręczenia zamawiającemu stosownego dokumentu. Jedną z form wnoszenia wadium w formie niepieniężnej jest wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej. Odnosić przy tym należy, że dokument gwarancji bankowej powinien zostać doręczony zamawiającemu przez wykonawcę. Brak doręczenia przedmiotowego dokumentu skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Trzeba również pamiętać, iż dokument wadium nie może zostać uzupełniony, wobec czego wada w postaci niedoręczenia tego dokumentu nie może zostać uzupełniona przez wykonawcę³⁶.

Nawiązując do problematyki wniesienia wadium, wskazać należy – jak również trafnie zauważa Krajowa Izba Odwoławcza – iż wniesienie wadium niezgodnie z wymaganiami formalnymi zawartymi w SIWZ nie powoduje skutku nieważności wadium, w szczególności wadium, które wykracza poza wymagania prawa zamówień publicznych nie skutkuje jego nieważnością³⁷. Komisja przetargowa powinna podjąć czynności mające na celu zbadanie i ocenę ofert, w tym zbadanie terminowości oraz prawidłowości wniesienia wadium. Badanie dokumentów wadialnych powinno odbywać się przy ocenie oryginalnych dokumentów wadialnych. Dopiero negatywny wynik badania przeprowadzonego przez komisję przetargową może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

10. Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania

Zgodnie z brzmieniem ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wymagane jest zatem spełnienie łącznie dwóch przesłanek:

- a) przedstawienie informacji wprowadzających w błąd (mogą to być również informacje nieprawdziwe, a więc takie, które nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie faktycznym, który to został ustalony w sposób niebudzący wątpliwości)³⁸;
- b) złożone informacje mają lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania;
- c) złożone informacje wprowadzające w błąd zostały złożone w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Nowelizacja ta prawdopodobnie miała na celu usunięcie wątpliwości interpretacyjnych co do woli podmiotu składającego wprowadzające w błąd informacje. Uprzednio bowiem ten z pozoru oczywisty przepis w praktyce budził wiele wątpliwości interpretacyjnych, do-

36 Por. wyrok KIO z 20.11.2009 r., KIO/UZP 1427/09, KIO/UZP 1428/09, LEX nr 533247.

37 Por. wyrok KIO z 28.09.2009 r., KIO/UZP 1175/09, LEX nr 522004; wyrok KIO z 4.09.2009 r., KIO/UZP 1082, 1095, 1112/09, LEX nr 516516.

38 Por. wyrok KIO z 22.02.2012 r., KIO 267/12, LEX nr 1126973.

tyczących woli wykonawcy co do złożenia przez niego informacji nieprawdziwych. Przepis ten rodził pytanie, czy wykluczeniu podlega wykonawca, który złożył informacje nieprawdziwe, mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania niezależnie od jego woli, czy też wykluczeniu podlega wykonawca, który złożył takie informacje umyślnie w sposób celowy.

Podjmując próbę udzielenia odpowiedzi na zadane wyżej pytanie, należało w pierwszej kolejności wskazać na przepisy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi³⁹, które były podstawą wprowadzenia do krajowego porządku prawnego przedmiotowej przyczyny wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią art. 45 ust. 2 lit. g wspomnianej dyrektywy „z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy (...) dyrektywy”.

Wówczas wskazywano, iż ówczesny art. 24 ust. 2 pkt. 17 posługuje się pojęciem „wprowadzenia w błąd”, w związku z tym wydaje się, iż użycie takiego sformułowania przez ustawodawcę zakłada umyślność działania wykonawcy, z uwagi na fakt, iż wprowadzenie w błąd w swojej istocie zakłada umyślność działania. Takie stanowisko potwierdza również najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zdaniem której podanie nieprawdziwych informacji wiąże się ze świadomym wskazaniem przez wykonawcę informacji odbiegających od rzeczywistości, które miały na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego w celu uzyskania zamówienia publicznego⁴⁰. Mimo że przesłanka winy czy też umyślności nie została zawarta wprost w art. 24 ust. 1 pkt. 17 p.z.p., to w istocie musi zająć. Uzasadnieniem dla takiego stanowiska jest również fakt, iż inne rozumienie tego przepisu prowadziłoby w praktyce do krzyżowania się zakresów art. 24 ust. 1 pkt. 17 i art. 26 ust. 3 p.z.p., nakładającego na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów. Z uwagi na powyższe wykonawca, który popełni błąd w treści oświadczenia składanego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, uruchamia procedurę wezwania do uzupełnienia dokumentów, nie skutkuje to natomiast automatycznym wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁴¹. Obecnie wystarczające jest stwierdzenie, iż wykonawca nieprawdziwe dane złożył w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności.

Powyższe prowadzi więc do wniosku, iż zgodnie z obecnym brzmieniem z art. 24 ust. 1 pkt. 17 p.z.p. przesądzając o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego, zamawiający powinien badać, czy złożone przez wykonawcę dokumenty zostały złożone w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa lub czy wykonawca składając informacje wprowadzające w błąd, dokonał najwyższej staranności wymaganej od

39 Dz. Urz. UE L, nr 134 z 2004, s. 114.

40 Zob. wyrok KIO z 28.1.2013 r., KIO 64/13, niepubl.

41 Zob. I. Treścińska, *Wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji. Komentarz praktyczny*, ABC nr 107473.

niego przed złożeniem do zamawiającego stosownych informacji. Stwierdzenie, iż złożone przez wykonawcę informacje wprowadzające w błąd nie były wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, pozwala przyjąć, iż niemożliwe będzie w takim wypadku wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli okaże się, iż wykonawca działał nieumyślnie (brak lekkomyślności lub niedbalstwa), wówczas zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów.

11. Niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt. 12 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

12. Złożenie odrębnych ofert przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej

Ustawą z dnia 12 października 2012 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁴² wprowadzono art. 24 ust. 2 pkt. 5, wprowadzający nową przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uzasadnieniem dla jej wprowadzenia był:

- a) obowiązek implementacji do krajowego porządku prawnego postanowień Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 roku 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 jej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE⁴³;
- b) chęć zapobieżenia możliwości manipulowania przetargami przez wykonawców, między którymi zachodzą ścisłe zależności.

Obecnie kwestię tę reguluje art. 24 ust. 1 pkt. 23 p.z.p., który stanowi, że zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁴⁴, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie zauważyć wypadnie, że wykazanie, że istniejące między wykonawcami stosunki lub powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji, nie będzie skutkowało obowiązkiem ich wykluczenia przez instytucje zamawiające.

42 DzU z 2012 r., poz. 1271.

43 Dz. Urz. UE. L 216 z 20.08.2009 r., s. 76.

44 DzU nr 50, poz. 331, z późn. zm.

Analizując przedmiotową przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w pierwszej kolejności należy zdefiniować pojęcie grupy kapitałowej. Prawo zamówień publicznych nie definiuje tego pojęcia, ale odsyła w tym zakresie do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Pojęcie „grupy kapitałowej” zostało zdefiniowane w art. 14 u.o.k.k. Zgodnie z definicją tam zawartą pod pojęciem grupy kapitałowej należy rozumieć wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób pośredni lub bezpośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę⁴⁵. Definicja zawarta w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów przyjmuje szerokie rozumienie grupy kapitałowej. Z grupą kapitałową mamy już do czynienia wówczas, gdy jeden przedsiębiorca ma pozycję faktycznie dominującą w co najmniej dwóch „firmach”, a więc ma możliwość decydowania o zobowiązaniach w kilku przedsiębiorstwach. Wprowadzona przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania nakłada również na wykonawców dodatkowy obowiązek złożenia wraz z ofertą oświadczenia zawierającego listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informację o tym, że wykonawca należy do tej samej grupy kapitałowej⁴⁶.

Podsumowanie

Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niewątpliwie sprzyjają efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych pochodzących z budżetu państwa poprzez niedopuszczenie do sytuacji, gdy zamówienie publiczne zostanie udzielone wykonawcy, który w związku z posiadanymi cechami nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego lub znajduje się w sytuacji, która zagraża podstawowym zasadom zamówień publicznych. Przepisy zawarte w art. 24 p.z.p. są również wyrazem jednej z fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych, to jest zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jakkolwiek zauważyć wypadnie, iż wartości aksjologiczne, jakie legły u podstaw wprowadzenia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, były ze wszech miar pożądane, albowiem instytucja ta miała nie tylko sprzyjać efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych, ale również zapobiegać występowaniu zachowań o charakterze patologicznym. Instytucja wykluczenia wykonawcy z postępowania sprawia, że należy przywiązywać do niej szczególną wagę, a wszelkie przepisy mogące być przyczynkiem do występowania nadużyć w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinny być eliminowane. Uzupełniając wskazać należy, że wykluczenie wykonawcy z postępowania nie jest czynnością, która wywiera skutek z mocy ustawy, albowiem w celu wykluczenia wykonawcy wymagana jest aktywność zamawiającego⁴⁷. O fakcie wykluczenia zamawiają-

45 Szerzej w zakresie rozumienia grupy kapitałowej zob. J. Andała-Sępkowska, *Instytucja wykluczenia wykonawców pozostających w tej samej grupie kapitałowej, Komentarz praktyczny*, ABC nr 167777.

46 Zob. art. 26 ust. 2d p.z.p.

47 S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pelczyński, *op.cit.*, s. 227.

cy informuje niezwłocznie wykonawcę⁴⁸, podając wykonawcy uzasadnienie prawne podjęcia tejże czynności. Od czynności tej wykonawcy przysługuje odwołanie.

Bibliografia

- Andała-Sępkowska J., *Instytucja wykluczenia wykonawców pozostających w tej samej grupie kapitałowej, Komentarz praktyczny*, ABC nr 167777.
- Babiarz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Dyrektywa 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 jej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L 216 z 20.08.2009 r.).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L, nr 134 z 2004 r., s. 114).
- Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Dzierżanowski W., *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Elżanowska A., Śledziewska M., *Prawo zamówień publicznych. Zbiory orzecznictwa Becka*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Karkoszka P., *Wykluczenie wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia. Komentarz praktyczny*, ABC nr 110468.
- Kaspryszyn J., *Wykluczenie wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne z powodu wyrządzenia szkody*, „Kwartalnik Prawa Zamówień Publicznych” 2008, nr 3.
- Mazurek G., *Praktyczne aspekty wykluczenia wykonawców z powodu „konfliktu interesów” na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. Komentarz praktyczny*, ABC nr 134117.
- Orzeczenie KIO z 16.04.2009 r., KIO/UZP 430/09., LEX nr 497467.
- Orzeczenie KIO z 23.07.2009 r., KIO/UZP 871/09, LEX nr 511922.
- Orzeczenie KIO z 31.07.2009 r., KIO/UZP 920/09, LEX nr 511854.
- Orzeczenie KIO z 8.10.2009 r., KIO/UZP 1307/09, LEX nr 526356.
- Pieprzyc P., *Wykluczenie wykonawcy z postępowania*, Wolters Kluwer, Wrocław 2011.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, wyd. 12, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Treścińska I., *Wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji. Komentarz praktyczny*, ABC nr 107473.
- Ustawa z 25 września 1981 r. o przedsiębiorcach państwowych (DzU z 2012 r., nr 112, poz. 981).
- Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (DzU z 2012 r., poz. 1271).
- Ustawa z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (DzU z 2012 r., poz. 769).

48 Por. M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*, s. 185.

- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (tekst jedn. DzU z 2013 r., poz. 1030).
- Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (DzU nr 50, poz. 331 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (DzU z 2016 r., poz. 1020).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (DzU z 1964 r., nr 16, poz. 93 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (DzU z 2005 r., nr 8, poz. 60 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn. DzU z 2012 r., poz. 768).
- Ustawa z dnia 28 października 2012 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn. DzU z 2012 r., poz. 768 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. DzU nr 113, poz. 759 z późn. zm.).
- Wyrok KIO z 20.11.2009 r., KIO/UZP 1427/09, KIO/UZP 1428/09, LEX nr 533247.
- Wyrok KIO z 21.02.2012 r., KIO 252/12 r., LEX nr 1126937.
- Wyrok KIO z 22.02.2012 r., KIO 267/12, LEX nr 1126973.
- Wyrok KIO z 24.11.2009 r., KIO/UZP 1432/09, LEX nr 533266.
- Wyrok KIO z 25.11.2010 r., KIO 2485/10 r., LEX nr 690573.
- Wyrok KIO z 28.09.2009 r., KIO/UZP 1175/09, LEX nr 522004.
- Wyrok KIO z 28.1.2013 r., KIO 64/13, niepubl.
- Wyrok KIO z 4.09.2009 r., KIO/UZP 1082/09, KIO/UZP 1095/09, KIO/UZP 1112/09, LEX nr 516516.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z 4.04.2006 r., VI Ca 115/06.
- Wyrok składu 7 sędziów SN z 23.03.1992 r., II KRN 433/91, OSNKW 1992, nr 7–8, poz. 48.
- Wyrok ZA z 18.09.2006 r., UZP/ZO/0-2473/06, LEX nr 1102444.
- Wyrok ZA z 21.1.2005 r., UZP/ZO/0-61/05.
- Wyrok ZA z 8.08.2006 r., UZP/ZO/0-2243/06.

A FEW REMARKS ABOUT EXCLUSION OF CONTRACTOR FROM PROCEDURE OF AWARDING PUBLIC PROCUREMENT

SUMMARY

The institution of exclusion of economic operator from procedure of awarding public procurement has been governed in article 24 of act Public Procurement Law passed on 29th January 2004 (hereinafter called as "p.z.p."). The purpose of the above mentioned institution is effective spending of public funds is to prevent such situation in which public procurement will be awarded to the contractor that in respect of any of the attribute does not guarantee the proper performance of a public contract.

The purpose of this elaboration is presentation of circumstances justifying the exclusion of contractor from the awarding of a public contract. The Author of this elaboration subject considerations leads in light of the changes introduced by the Act of 12th October 2012 amending the Act – Public Procurement Law and the Law on concessions for works or services, which came into force on 20th February 2013.

The Institution of exclusion of the contractor from procedure of awarding public procurement seems to be interesting both from an academic point of view, as well as the practical application of the law.

KEYWORDS

public administration, procedure of awarding public

Translated by Łukasz Pasternak