

PRACA ZBIOROWA

ekspertów z Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych

Prawo zamówień publicznych

INTERPRETACJE · PORADY · KOMENTARZE · REKOMENDACJE

OGÓLNOPOLSKIE
STOWARZYSZENIE
KONSULTANTÓW
ZAMÓWIEŃ
PUBLICZNYCH

OSK ZP

20 lat



ROZDZIAŁ 10.

WYKLUCZENIE Z POSTĘPOWANIA

10.1. Z jakich powodów wykonawcę można wykluczyć z postępowania

Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 ustawy z 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp), co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Przytoczony powyżej przepis jest przesłanką fakultatywną, która znajduje zastosowanie, jeśli zamawiający przewidzi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykluczenie wykonawcy na podstawie tej przesłanki. Musi ona być odzwierciedlona w sposób identyczny do przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4) ustawy Pzp. Nie można brzmienia przesłanki w żaden sposób zmieniać, a zatem wykluczenia wykonawcy można dokonać tylko na warunkach wskazanych w ustawie poprzez wierne odzwierciedlenie w siwz przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4) ustawy Pzp.

Ustawodawca przewidział dowolność dla zamawiającego w zakresie zastosowania przesłanek fakultatywnych. Przy czym owa dowolność wyraża się tylko w decyzji o zastosowaniu danej przesłanki. Jeśli przesłanka została już przez zamawiającego przewidziana, to zamawiający jest zobowiązany ją zastosować, jeśli spełnią się okoliczności przewidziane w hipotezie tego przepisu.

Czy warto zatem przewidywać w siwz przesłankę, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp? Istotą tego przepisu jest eliminacja nierzetelnych wykonawców, szczególnie tych, którzy wcześniej nie wykonali lub nienależycie wykonali wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji. Ustawodawca zastrzegł, że nienależyte wykonanie musiało nastąpić w istotnym stopniu, a także, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało doprowadzić do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Trudno zdefiniować „istotny stopień”, gdyż jest to określenie nieostre i niedające się

zdefiniować. Ów „istotny stopień” będzie zawsze zależny od konkretnego stanu faktycznego i okoliczności towarzyszących niewykonaniu lub nienależytemu wykonaniu danego zamówienia.

Wykładnia powołanego powyżej przepisu prowadzi do wniosku, iż ustawodawca wskazał na nierzetelność wykonawcy w stosunku do określonej kategorii umów, a zatem umów w sprawie zamówień publicznych oraz umów w sprawie koncesji. Wykonawca, który nierzetelnie wykonał w istotnym stopniu lub nie wykonał zamówienia/kontraktu na rynku komercyjnym nie będzie wykluczony na tej podstawie wykluczenia.

Można by polemizować z tą wykładnią, zastanawiając się, czy nie prowadzi do absurdu, i rozważyć zastosowanie wykładni celowościowej, jednak na prawidłowe rozumowanie w tym zakresie wskazuje określenie podmiotów, których mają dotyczyć umowy w sprawie zamówienia publicznego czy umowy koncesji, a mianowicie zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 ustawy Pzp.

W przywołanym powyżej przepisie ustawodawca odwołał się do przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a zatem jeśli wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał umowę (w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji) z przyczyn, które nie leżą po jego stronie, to obowiązek wykluczenia wykonawcy nie ma zastosowania. Przyczyny, które nie leżą po stronie wykonawcy, to tylko te, które leżą po stronie zamawiającego. Natomiast przyczyny leżące po stronie wykonawcy należy rozumieć szeroko, będzie to nie tylko niedbalstwo, rażące niedbalstwo, ale także lekkomyślność oraz ryzyko, które wzięła na siebie wykonawca w związku z realizacją danego kontraktu.

Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2396/10, w którym wskazała:

„przyczyny leżące po stronie wykonawcy” jest pojęciem szerszym niż pojęcie „wina”, gdyż przyczyny te nie muszą wynikać z winy wykonawcy, ale mogą być również wynikiem działań osób trzecich.

Analiza tego przepisu wskazuje, że niewykonanie, nienależyte wykonanie umowy musi doprowadzić do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Spójnik „lub” występujący w tym przepisie wskazuje, iż wystarczające jest zaistnienie tylko jednej z dwóch wskazanych sytuacji, aby doszło do wypełnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie. W omawianym przepisie wątpliwości budzi wskazanie dotyczące rozwiązania umowy.

W przepisach prawa brakuje definicji rozwiązania umowy. Jako rozwiązanie umowy wskazuje się najczęściej wskazanie aneksu zmieniającego umowę poprzez jej rozwiązanie, ale za zgodnym porozumieniem stron. Jednakże takie

przyjęcie rozwiązania umowy na gruncie omawianego przepisu nie oddaje celu tej przesłanki, za pomocą której miano eliminować nierzetelnych wykonawców. Stąd rozwiązanie umowy w przypadku przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp należy rozumieć niezwykle szeroko, jako wszelkie przypadki odstąpienia czy wypowiedzenia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wydaje się bowiem, iż przyjęcie takiej konstrukcji prowadzi do wykładni tego przepisu oddającej jej cel, czyli eliminację nierzetelnych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówień publicznych.

Poprzez zasądzenie odszkodowania należy natomiast rozumieć zasądzenie odszkodowania poprzez wydanie konkretnego orzeczenia sądowego, w którym zasądzona zostaje konkretna kwota, a zatem zasądzenie w wyniku przegrania procesu sądowego, a nie np. w wyniku zawartej między stronami ugody. Przy czym ustawodawca nie wskazuje, iż wyrok ma być prawomocny, co czyni między innymi w przesłance wykluczenia, o której przykładowo mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 15) ustawy Pzp.

Omawiając przesłankę wykluczenia „nierzetelnego wykonawcy”, należy zwrócić uwagę na jeszcze dwa aspekty, a mianowicie na fakt, iż w stosunku do tej przesłanki w przepisie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp ustawodawca przewidział instytucję samooczyszczenia. Dlatego też nierzetelny wykonawca ma możliwość naprawienia swoich błędów i jeśli dokona samooczyszczenia, które zamawiający uzna – zamawiający nie będzie mógł wykluczyć takiego wykonawcy. Drugim aspektem jest kwestia okresu, w jakim zamawiający może dokonać wykluczenia. Przepis art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż wykluczenie wykonawcy następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Reasumując, należy jeszcze raz podkreślić, iż po pierwsze, aby wykluczyć nierzetelnych wykonawców na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający musi tę przesłankę przewidzieć i wskazać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po drugie, musi zaistnieć szereg okoliczności wskazanych w tym przepisie (niewykonanie, nienależyte wykonanie w istotnym stopniu), które doprowadzi do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, a ponadto zamawiający może wykluczyć takiego wykonawcę tylko w terminie 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Podstawa prawna:

* ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.).

10.2. Zmowa przetargowa – co może zrobić zamawiający

Pojęcie „zmowa przetargowa” nie należy do języka prawnego, tj. przepisy ustaw nie posługują się tym określeniem. Przyjmuje się²⁰ jednak, że tzw. definicja legalna zminy przetargowej zawarta jest w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.k.). Zgodnie z tym przepisem:

(...) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 5 lit. b u.o.k.k. przez pojęcie porozumienia należy rozumieć nie tylko umowy zawierane między przedsiębiorcami, ale wszelkie uzgodnienia w tym zakresie dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Analiza treści ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp) prowadzi jednak do wniosku, że w żadnym przepisie nie ma bezpośredniego nawiązania do art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k.

Niemniej jednak powszechnie przyjmuje się, że zawarcie porozumienia mającego cechy tzw. zminy przetargowej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k.).²¹ Warto przypomnieć, że zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Artykuł 3 ust. 1 u.z.n.k. stanowić więc może samodzielną podstawę do uznania danego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (nawet jeśli ten czyn nie wypełnia znamion zachowań wymienionych w art. 3 ust. 2 oraz art. 5–17d u.z.n.k.). Pogląd ten potwierdza Sąd Najwyższy w wyroku z 4 listopada 2011 r. (sygn. akt I CSK 796/10):

Art. 3 u.z.n.k. pełni zarówno funkcję uzupełniającą, jak i korygującą. Oznacza to, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zachowanie, którego nie można zakwalifikować zgodnie z art. 5–17 u.z.n.k., jeżeli jest sprzeczne z prawem lub do-

²⁰ Tak J.E. Nowicki, A. Bazan, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 89 Prawa zamówień publicznych*, wyd. II, stan prawny: 1 września 2015 r., LEX.

²¹ Tak J.E. Nowicki, A. Bazan, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 89 Prawa zamówień publicznych*, wyd. II, stan prawny: 1 września 2015 r., LEX; M. Mikulska-Nawacka, *Czyn nieuczciwej konkurencji jako podstawa odrzucenia oferty. Komentarz praktyczny ABC*, LEX; P. Soszyńska-Purtak, *Zmowa przetargowa, cz. I, Komentarz praktyczny ABC*, LEX.

brymi obyczajami, a ponadto narusza interes przedsiębiorcy lub klienta bądź mu zagraża

Tak samo wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 3 stycznia 2012 r. (sygn. akt 2709/11).

Wobec powyższego, skoro zawarcie porozumienia o cechach zmowy przetargowej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, to stwierdzenie przez zamawiającego takiego stanu rzeczy powinno skutkować odrzuceniem oferty przedsiębiorcy (przedsiębiorców), który takie porozumienie zawarł na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazać jednak trzeba, że na skutek nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. ustawy Pzp (dalej: nowelizacja ustawy Pzp) dodano nową podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp:

z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Na mocy art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp możliwość wykluczenia wykonawcy na tej podstawie istnieje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przepis ten także więc dotyczy porozumień, które można określić mianem „zmowy przetargowej”, przy czym w odróżnieniu od porozumienia zdefiniowanego w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. mowa jest w nim wyłącznie o „zakłóceniu konkurencji”. Pojęcie jest to jednak na tyle ogólne, iż można nim objąć zarówno eliminację, ograniczenie, jak i naruszenie konkurencji, o których mowa w ww. przepisie. Wobec tego w przypadku stwierdzenia wystąpienia zmowy przetargowej zamawiający stoi przed wyborem, z którego przepisu skorzystać: czy odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, czy też wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Wydaje się jednak, że wybór ten nie jest dowolny.

W interpretacji wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych²² wskazano na różnice pomiędzy dwoma analizowanymi przepisami. Przede wszystkim art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie na etapie oceny ofert, podczas gdy art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp może być zastosowany na każdym etapie postępowania, z uwagi na to, że badanie podstaw wykluczenia wykonawcy możliwe jest przez cały czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (co może być szczególnie istotne w postępowaniach wieloetapowych).

²² Zob. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/kwalifikacja-podmiotowa-wykonawcow/>, dostęp: 28 września 2017 r.

Ponadto w odróżnieniu od art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 tej ustawy odnosi się również do porozumień zawieranych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego aniżeli to, w którym prowadzona jest procedura udzielenia zamówienia. Istotne jest także i to, że w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp mowa jest o porozumieniu zawartym z innym wykonawcą – „wykonawcą” w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Jeśli więc wykonawca zawrze znowę przetargową z podmiotem nieuczestniczącym w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia (czyli niebędącym „wykonawcą”), to zamawiający nie będzie mógł go wykluczyć z postępowania²³.

Podsumowując, wydaje się, że o ile są spełnione warunki określone w art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, to przepis ten powinien mieć pierwszeństwo przed art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż został wprowadzony do Prawa zamówień publicznych w celu bezpośredniego usankcjonowania znowy przetargowych, tj. aby zamawiający nie musieli uciekać się do penalizacji znowy przetargowej poprzez odwołanie się do czynu nieuczciwej konkurencji. Praktyka, a przede wszystkim orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskażą dopiero, jakie są relacje pomiędzy analizowanymi przepisami.

Być może pewną wskazówką jest postanowienie²⁴ Krajowej Izby Odwoławczej z 20 kwietnia 2017 r., gdzie odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołanie zostało odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż Izba stwierdziła, że nie jest władna wypowiedzieć się o zaistnieniu lub nie – deliktów określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów i do rozpoznania odwołania nie mają zastosowania przepisy Prawa zamówień publicznych. Wydaje się, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp nie mógłby się spotkać z odmową rozpoznania odwołania przez Izbę.

Dla pełniejszej analizy zagadnienia warto jeszcze wskazać na marginesie na podstawę wykluczenia określoną w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

(...) z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2017 r. poz. 229, 1089 i 1132), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału

²³ Zob. K. Różowicz, *Wykluczenie wykonawcy z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, komentarz praktyczny*, ABC nr 297110, LEX.

²⁴ Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 20 kwietnia 2017 r., KIO 662/17, opubl. uzp.gov.pl.

w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przepis ten dotyczy więc sytuacji, w której co najmniej dwóch wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej składa odrębne oferty w danym postępowaniu, co z kolei prowadzi do zakłócenia konkurencji. Co warto jednak podkreślić, pomiędzy tymi wykonawcami niekoniecznie musi istnieć jakiekolwiek porozumienie co do takiego zachowania – można bowiem wyobrazić sobie przypadek, w którym wykonawcy, należąc co prawda do tej samej grupy kapitałowej, nie mają świadomości, że składają oferty w tym samym postępowaniu (szczególnie wtedy, gdy grupa kapitałowa jest bardzo liczna, a powiązania pomiędzy wykonawcami luźne). Jeśli jednak zamawiający stwierdziłby istnienie porozumienia o cechach zmowy przetargowej, to podstawą wykluczenia wykonawców będzie także art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp bądź oferty wykonawców podlegać będą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z zasadami przedstawionymi w powyższych akapitach.

Podstawa prawna:

- ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.),
- ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.),
- ustawa z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2017 r. poz. 229 ze zm.),
- ustawa z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020 ze zm.),
- wyrok Sądu Najwyższego z 4 listopada 2011 r., sygn. akt I CSK 796/10,
- wyrok KIO z 3 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2709/11.

Agnieszka Dylong