

Wykluczenie wykonawcy na podstawie 20 nowych przypadków

Jakie zasady weryfikacji udzielania zamówień publicznych po nowelizacji ustawy?

Do postępowań wszczętych po dniu 28 lipca 2016 r. stosuje się nowe zasady weryfikacji, czy dany podmiot może ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Wszystkie dotychczasowe przesłanki wykluczenia z postępowania o charakterze sektorowym zostały uchylone i zastąpione nowymi. Idąc tropem regulacji unijnych do prawa zamówień publicznych wprowadzono podział przesłanek wykluczenia na obligatoryjne i fakultatywne.

Przesłanki obligatoryjne to katalog 12 nowych okoliczności; wystąpienie którejkolwiek z nich powoduje obowiązkowe wykluczenie wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12–23 pzp, art. 133 ust. 4 pzp).

Pozostałych 8 przesłanek wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 5 pzp, art. 138 ust. 1 pkt 5 pzp) to przypadki, które decyzją zamawiającego mogą eliminować wykonawcę z przetargu. Z przewidzianego katalogu przesłanek – zamawiający może wybrać, które przesłanki fakultatywne będą miały zastosowanie w danym postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że dobór adekwatnych do danego przetargu przesłanek będzie sporą trudnością dla zamawiających. O zastosowaniu dodatkowych przesłanek wykluczenia zamawiający musi poinformować w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ lub zaproszeniu do negocjacji.

Przypadki określone w przepisach pzp zostały opisane przez prawodawcę krajowego w taki sposób, że mogą powodować istotne rozbieżności interpretacyjne, co – w mojej ocenie – doprowadzi do powstania licznych sporów związanych z ich stosowaniem, zapewne kończących się przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Przesłanki obligatoryjne

Większość przypadków obowiązkowego wykluczenia z postępowania związana jest z popełnieniem przez samego wykonawcę bądź przez osobę będącą członkiem organów zarządzających lub nadzorczych wykonawcy, a także wspólników, partnerów lub komplementariuszy (w zależności od formy prawnej spółki wykonawcy), a także prokurentów wykonawcy przestępstw związanych: z udziałem w organizacji przestępczej, korupcją, nadużyciem finansowym, przestępstwami terrorystycznymi lub przestępstwami związanymi z działalnością terrorystyczną; a także z przestępstwami dotyczącymi prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, pracy dzieci i innych form handlu ludźmi. W praktyce powoduje to konieczność weryfikacji karalności wszystkich wyżej wskazanych osób, także prokurentów, co jest nowością w stosunku do poprzedniego stanu prawnego.

Wykluczeniu będzie podlegał także wykonawca, wobec którego sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne.

Tak jak w poprzednim stanie prawnym, również i obecnie zamawiający musi zweryfikować czy wykonawca wypełnił obowiązek płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne

lub zdrowotne. Niedopełnienie powyższych obowiązków będzie determinowało wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Zamawiający ma ustawowy nakaz wykluczenia wykonawcy, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zaistnienie takiej sytuacji, zamawiający musi wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Obligatoryjnemu wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty, chyba, że wykażą, iż istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu. W tym zakresie nowością jest termin złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, czyli 3 dni od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 51 ust. 1a pzp, art. 57 ust. 1 pzp, art. 60d ust. 1 pzp) lub 3 dni po otwarciu ofert (art. 86 ust. 5 pzp).

Przesłanki fakultatywne

Nowością jest możliwość wykluczenia wykonawcy, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podstawą do wykluczenia wykonawcy będzie także konflikt interesów, w tym spowodowany bezpośrednim lub pośrednim (np. przez pracownika lub współpracownika) udziałem wykonawcy w przygotowaniu postępowania; a także jeżeli wykonawca podejmował bezprawne działania mające na celu

uzyskanie zamówienia publicznego.

Zamawiający może również uznać, że będzie wykluczał wykonawcę, w stosunku do którego otwarto likwidację lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem podmiotu, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego.

Wykonawca będący osobą fizyczną a także wykonawca, którego członek organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej może zostać wykluczony z postępowania, jeżeli został prawomocnie skazany za wykroczenia przeciwko prawom pracownika lub środowisku, a za jego popełnienie wymierzono mu karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3 tys. zł. Podobny przypadek wykluczenia to wydanie przeciwko wykonawcy decyzji administracyjnej (i nałożenie w niej kary finansowej również w wysokości 3 tys. zł) stwierdzającej naruszenie prawa pracy, przepisów dotyczących prawa ochrony środowiska oraz przepisów o zabezpieczeniu społecznym.

Procedura sanacyjna

Kolejną nowością jest wprowadzenie procedury self-cleaning („samooczyszczenia się”) czyli możliwości wykazania się przez wykonawcę, że mimo teoretycznego podlegania jednej z przesta-



nek wykluczenia może on wziąć udział w przetargu. Żeby tak się stało, wykonawca powinien przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody. Wykonawca jest zobowiązany przedstawić wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Samoczyszczenie można zastosować do 19 z 20 przesłanek wykluczenia. Procedura ta nie ma zastosowania do sytuacji, gdy wykonawca zalega z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Ponadto, procedury sanacyjnej nie można

zastosować wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, w stosunku do którego orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

To do decyzji zamawiającego będzie należało czy uzna on wyjaśnienia i dowody przedstawione przez wykonawcę za wystarczające. Przyznanie zamawiającemu takiego subiektywnego prawa do oceny sytuacji, w której znalazł się wykonawca – w mojej ocenie – będzie powodowało wnoszenie odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców, którzy będą zmiierzali do ograniczenia liczby konkurentów biorących udział w postępowaniu.

*Agnieszka Zaborowska
Adwokat z Kancelarii Adwokackiej Zaborowska,
specjalizująca się w procesie udzielania
i realizacji zamówień publicznych*