

Przesłanki wykluczenia z postępowania przetargowego

Dokonana w 2016 r. nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych wprowadziła istotne zmiany w katalogu przesłanek wykluczenia z postępowania przetargowego. Jedną z nich było m.in. wyodrębnienie dwóch obligatoryjnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Sama podstawa wykluczenia nie jest zupełnie nowa – przed nowelizacją obowiązywał bowiem przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: u.p.z.p.), zgodnie z którym wykluczeniu z postępowania podlegał wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten był jednak problematyczny w stosowaniu i budził kontrowersje, a w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych zarysowały się dwie różne koncepcje jego wykładni związane z koniecznością wykazania umyślnego lub nieumyślnego działania wykonawcy.

Rażące niedbalstwo i lekkomyślność

Opisany spór interpretacyjny, który powstał na gruncie nieobowiązującego już stanu prawnego pozornie został rozwiązany wraz z nowelizacją przepisów u.p.z.p. w 2016 r., w której wyraźnie rozdzielono wprowadzenie zamawiającego w błąd przez wykonawcę, który działa w sposób umyślny lub w warunkach rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16 u.p.z.p.) oraz wprowadzenie w błąd, które następuje w wyniku lekkomyślności lub zwykłego niedbalstwa wykonawcy (art. 24 ust. 1 pkt 17 u.p.z.p.). Powyższe było z kolei konsekwencją wdrożenia przez polskiego ustawodawcę przepisów Dyrektywy 2014/24/UE oraz przesłanek wykluczenia określonych w art. 57 ust. 4 lit. h) i lit. i) dyrektywy.

W przypadku pierwszej z przesłanek, polski ustawodawca wyraźnie wskazał, że **wykluczeniu z postępowania winien podlegać wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając nieprawdziwe informacje, dotyczące wykazania**

konkretnych okoliczności np. braku podstaw do wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Z kolei warunki zastosowania drugiej z opisanych przesłanek nie są już tak rygorystyczne – do wykluczenia wykonawcy wystarczy bowiem, uznanie przez zamawiającego, że wykonawca, działając lekkomyślnie lub w warunkach zwykłego niedbalstwa przedstawił informacje (jakiegokolwiek), które wprowadziły zamawiającego w błąd i które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowaniu.

O ile na gruncie nieobowiązującego stanu prawnego przesłanka dotycząca przekazania nieprawdziwych informacji nie była szczególnie często stosowana, to ponad 1,5 roczna praktyka stosowania znowelizowanych przepisów u.p.z.p. pokazuje, że zarówno wykonawcy jak i zamawiający nagminnie powołują się na przesłanki wykluczenia dotyczące wprowadzenia w błąd. Przyczyn takiej praktyki należy doszukiwać się w zarówno w redakcji samych przepisów oraz nieprzemyślanym wdrożeniu przepisów dyrektywy, ale również zbyt powierzchownej oraz oderwanej od pozostałych przepisów zarówno u.p.z.p. jak i dyrektywy interpretacji, której dokonują zarówno zamawiający jak i organy odwoławcze.

■■■■ | DZP
więcej niż prawo



**TOMASZ
MICHALCZYK**

*radca prawny, senior
associate w Praktyce
Infrastruktury i
Energetyki kancelarii
Domański Zakrzewski
Palinka*



Niedbalstwo łatwiej udowodnić

Redakcja przepisów oraz wykładnia dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą (np. w wyroku KIO z 18 kwietnia 2017 r. sygn. KIO 576/17) wskazują, że przesłanka wykluczenia opisana w przepisie art. 24 ust. 1 pkt. 16 u.p.z.p. zawiera się w bardziej pojemnej przesłance z art. 24 ust. 1 pkt. 17 u.p.z.p. **Po co zatem zamawiający lub konkurent mają wykazywać zamiar umyślnego wprowadzenia w błąd np. co do posiadania przez wykonawcę stosownego doświadczenia i wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – innymi słowy kłamstwo wykonawcy, skoro wystarczy stwierdzenie, że wykonawca niedbale przygotował ofertę.** A więc nieumyślnie i na skutek błędu lub omyłki wprowadził zamawiającego w błąd?

Taka interpretacja przepisów prowadziłaby jednak do wniosku, że przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt. 16 u.p.z.p. jest niepotrzebna, czego nie da się pogodzić z założeniem racjonalności ustawodawcy.

Staranność zamawiającego

Do nadużywania opisanych przestępstw wykluczenia prowadzi również niestusznie utrwalone przekonanie oraz wyrażony w orzecznictwie KIO pogląd, że wykonawca w żadnym przypadku nie może nieprawdziwej informacji zastąpić informacją prawdziwą, przede wszystkim w zakresie wykazania spełnienia warunków w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

O ile takie podejście można uznać za prawidłowe gdy wykonawca wprowadza zamawiającego w błąd w sposób umyślny (art. 24 ust. 1 pkt. 16 u.p.z.p.), to w przypadku nieumyślnego wprowadzenia w błąd np. na skutek błędu lub omyłki w ofercie, dotyczącej przykładowo opisu posiadanego doświadczenia zamawiający winien zbadać jakie były intencje wykonawcy oraz przyczyny powstania takiego błędu. W konsekwencji zamawiający powinien zmierzać do ustalenia czy wykonawca faktycznie posiada wymagane doświadczenie, ale omyłkowo nie powołał go w ofercie czy może takiego doświadczenia w ogóle nie ma lub nie spełnia ono wymagań zamawiającego, a wykonawca pozostał w błędnym przekonaniu, że jego doświadczenie odpowiada warunkom postawionym w postępowaniu.

Na słuszność takiego podejścia wskazują zarówno przepisy dyrektywy jak i u.p.z.p. dotyczące możliwości uzupełnienia wymaganych w postępowaniu dokumentów, a przede wszystkim zasada proporcjonalności. **Bezrefleksyjne wykluczenie wykonawcy z postępowania, bez zbadania np. czy posiada on stosowne doświadczenie, będzie prowadzić do wykluczenia z postępowania doświadczonych wykonawców. Będzie też narażać zamawiających na ponoszenie ekonomicznych kosztów takich nieuzasadnionych decyzji, poprzez wybór ofert niejednokrotnie znacząco droższych.**

W końcu należy pamiętać, że zarówno prawodawca unijny jak i polski przewidział, że procedura samooczyszczenia (*self-cleaning*), może dotyczyć również przestępstw wykluczenia dotyczących prowadzenia w błąd. W tym zakresie jednak polskie przepisy wydają się nie oddawać dokładnie intencji prawodawcy unijnego.

Niewątpliwie jednak wykluczenie wykonawcy z powodu wprowadzenia w błąd powinna każdorazowo poprzedzić dokładna analiza okoliczności danej sprawy, wraz z badaniem doświadczenia wykonawcy, a zapowiadane prace nad nową ustawą u.p.z.p. powinny być okazją do doprecyzowania omawianych przepisów.

Podstawa prawna:

- Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579; ost. zm. Dz.U. z 2017 r. poz. 2018).

