

Jan Gola
Uniwersytet Wrocławski

Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako przejaw zapobiegania patologii w obrocie gospodarczym

JEL Classification: K42, H76

Keywords: corruption, public procurement.

Abstract

Terms for participation in proceedings for the award of a public procurement as an element in the prevention of pathology in economic activity

Contact between the sphere of the civil service and the private sphere creates a potential risk of the occurrence of pathologies manifesting chiefly in attempts at influencing individuals holding public posts. Proper management of public property in the process of awarding contracts is possible only through definition of terms for participation in proceedings. There is therefore no doubt that the institution of contractor exclusion may be counted among the instruments for prevention of pathologies in economic activity. The legislator has provided for powers for the awarding entity thanks to which it is able to exclude some contractors from proceedings. The purpose of the solutions discussed in the article is ensuring the participation in proceedings of those contractors which are best and are credible, and which present good and honest bids.

Łączenie się sfery administracji publicznej ze sferą prywatną tworzy potencjalne ryzyko występowania patologii przejawiających się głównie w próbach wpływania na osoby piastujące stanowiska publiczne¹. Prawidłowy zarząd mieniem publicznym w procesie udzielania zamówień możliwy jest tylko w wyniku określenia warunków udziału w postępowaniu. Nie ulega więc wątpliwości, że instytucję wyłączenia wykonawcy można zaliczyć do instrumentów zapobiegania patologii w obrocie gospodarczym. Ustawodawca przewidział uprawnienia dla zamawiającego, dzięki którym może on wykluczyć z postępowania niektórych wykonawców. Celem takich rozwiązań jest zapewnienie udziału w postępowaniu naj-

¹ G. Herc, *Dostęp do informacji w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Obywatelskie prawo do informacji*, red. T. Gardocka, Warszawa 2008, s. 112.

lepszyc i wiarygodnych reflektantów, którzy przedstawiają dobre i uczciwe oferty. Wskazane regulacje prawne stanowią uzasadnione ograniczenie zasady równości w prawie zamówień publicznych².

Nakaz równego traktowania przewidziany w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych³ nie jest nakazem bezwzględny, albowiem przepisy tej ustawy wprost mówią o eliminacji niektórych podmiotów z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub też pozwalają zamawiającym na określenie sytuacji, w jakich taka eliminacja następuje⁴.

Normodawca uporządkował problematykę wykluczenia wykonawcy w Pzp, rozszerzając zamknięty katalog przesłanek wykluczenia. Można dokonać podziału na przesłanki zaistniałe przed wszczęciem postępowania oraz przesłanki zaistniałe w jego toku⁵. Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu jest następstwem badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców na podstawie złożonych przez nich oświadczeń i dokumentów. Zamawiający, jeżeli stwierdzi, że w stosunku do wykonawcy zachodzą okoliczności wymienione w art. 24 Pzp, ma obowiązek dokonania czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

In primo, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nie należycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania. O zaistnieniu tej przesłanki można mówić tylko wtedy, gdy wykonawcę wiązała umowa z zamawiającym, a zobowiązanie z niej wynikające nie zostało wykonane lub zostało

² Zasada ta nakłada na zamawiającego obowiązek traktowania w taki sam sposób wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Zamawiający nie może w żaden sposób uprzywilejowywać czy dyskryminować jakiegokolwiek z wykonawców. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednolitej miary do wszystkich wykonawców i na jednakowym traktowaniu podmiotów znajdujących się w jednakowej bądź podobnej sytuacji. Podstawowa różnica między zasadą uczciwej konkurencji a zasadą równości odnosi się do zakresu obowiązków zamawiającego. Jeżeli zasada zachowania uczciwej konkurencji „nakłada na zamawiającego obowiązek baczenia na zachowanie swoje i wykonawców, tak zasada równości odnosi się tylko do jego działań”, P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 146–147.

³ Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm. Dalej: Pzp.

⁴ P. Szustakiewicz, *op. cit.*, s. 156.

⁵ Ustawa o zamówieniach publicznych z 1994 r. stwierdzała, że jednym z warunków stawianym dostawcom lub wykonawcom jest złożenie oświadczenia, że nie podlegali wykluczeniu na podstawie art. 19 tej ustawy. Do wykluczenia dochodziło, gdy występowały łącznie następujące przesłanki: dostawca lub wykonawca ubiegał się o zamówienie publiczne, zamawiający złożył oświadczenie woli o wykluczeniu dostawcy lub wykonawcy, gdy nastąpiła chociażby jedna z okoliczności będących podstawą wykluczenia, to jest gdy dostawcy lub wykonawcy są nierzetelni i niewiarygodni lub nie złożyli wymaganego oświadczenia w określonym terminie albo pozostają w stosunku zależności z innymi uczestnikami postępowania lub gdy podali nieprawdziwe informacje istotne w przebiegu postępowania.

wykonane w sposób nienależyty⁶. Przesłanka ta nie zachodzi, gdy wykonawca wcześniej wygrał postępowanie, ale ostatecznie nie doszło do zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia⁷. Z nienależytym wykonaniem umowy można mieć do czynienia w przypadku niedochowania terminu realizacji przedmiotu umowy z powodu zwłoki w świadczeniu. Należy pamiętać, że do zastosowania tej przesłanki niezbędnym elementem jest wyrządzenie zamawiającemu szkody⁸ na skutek braku realizacji powierzonego zadania lub niewłaściwego jego wykonania⁹. W wyniku nowelizacji Pzp z 2008 r. normodawca doprecyzował analizowaną przesłankę, stanowiąc, że wyrządzenie szkody musi zostać stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania¹⁰.

Zgodnie z ustawą z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, co do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego¹¹. Ustawa z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze¹² stanowi, że upadłość ogłasza się tylko w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Co oznacza, że nie wykonuje on swoich wymagalnych zobowiązań. Ustawodawca, formułując przesłankę wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego upadłość ogłoszono, ma na celu eliminację wykonawców niezdolnych do wykonania zamówienia. W analizach jurysprudencji poddawano krytyce regulacje — znajdu-

⁶ Przy ocenie należytej staranności wykonawcy należy odwołać się do art. 355 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). W zamówieniach publicznych ze względu na profesjonalny charakter obrotu należy pamiętać też o przepisie § 2 tego artykułu, stanowiącym o określaniu należytej staranności dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 121.

⁷ Na równi z niewykonaniem zamówienia należy traktować odmowę zawarcia umowy o zamówienie publiczne w okresie związania ofertą, która została wybrana jako najkorzystniejsza.

⁸ Szkodę należy definiować zgodnie jako uszczerbek w sferze interesów majątkowych zamawiającego. Obejmuje zarówno stratę w mieniu (*damnum emergens*), jak i utratę korzyści (*lucrum cessans*). M. Stachowiak, *op. cit.*, s. 121.

⁹ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 116.

¹⁰ Wykluczenie wykonawcy na podstawie tego przepisu może nastąpić wyłącznie, jeżeli wykonawca ponosi odpowiedzialność za okoliczności skutkujące niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Doktryna prawa cywilnego wśród okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, wymienia przede wszystkim zachowanie dłużnika noszące znamiona winy. Ocena okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, będzie miała charakter indywidualny, w zależności od postanowień umownych.

¹¹ Art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp.

¹² Zob. art. 10 ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze, Dz.U. z 2009 r., Nr 175, poz. 1361 z późn. zm.

jące się we wspomnianej ustawie z 1994 r. — dotyczące wykluczenia z postępowania w sprawie zamówień publicznych tych dostawców lub wykonawców, co do których wszczęto postępowanie upadłościowe¹³. Wszczęcie postępowania upadłościowego następuje na wniosek. Taka sytuacja stwarza możliwość wystąpienia podmiotu ubiegającego się o zamówienie z wnioskiem o uruchomienie procedury upadłościowej w celu wykluczenia konkurenta z ubiegania się o zamówienie, na przykład gdy jest jego wierzycielem. Słusznie więc po nowelizacji wskazuje się tylko na ogłoszenie upadłości i otwarcie likwidacji, która także prowadzi do zakończenia bytu prawnego danego podmiotu¹⁴.

Trzecią przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania jest zaleganie z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne z wyjątkiem przypadków, gdy uzyskał on przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. W celu wskazania, iż przedmiotowa przesłanka nie znajduje zastosowania, zamawiający winien żądać od wykonawców odpowiednich zaświadczeń z właściwego urzędu skarbowego, a w wypadku podatków i opłat lokalnych — zaświadczeń wydanych przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta), potwierdzających, że nie zalega z opłacaniem podatku, oraz zaświadczenia z właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, które potwierdzają, że nie zalega on z opłacaniem składek¹⁵.

Szczególnie należy podkreślić kolejną przesłankę instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania — popełnienie wskazanych przez normodawcę przestępstw¹⁶. Wykluczeniu podlegają wykonawcy, u których osoby odpowiedzialne za prowadzenie spraw podmiotu zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych. Wykluczeniem skutkuje także popełnienie przestępstwa skarbowego oraz udział w zorganizowanej grupie lub związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. W wypadku spółki jawnej ustawa nakazuje poddać badaniu wspólników, spółki partnerskiej zaś partnerów lub członków zarządu, spółki komandytowej i komandytowo-akcyjnej — komplementariuszy, osób prawnych —

¹³ Zob. J. Baehr, T. Kwieciński, *Komentarz do ustawy o zamówieniach publicznych*, Warszawa 1999, s. 91.

¹⁴ E. Przeszło, *Wykluczenie wykonawców w Prawie zamówień publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 3, s. 22.

¹⁵ E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 96.

¹⁶ Przesłanki te zostały wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 Pzp.

członków zarządu, a w wypadku osób fizycznych — te osoby¹⁷. Przesłanki wykluczenia nie stanowi usiłowanie popełnienia przestępstwa określonego rodzaju, lecz tylko jego popełnienie. Szczególną sytuacją jest udział w grupie lub związku mającym na celu popełnienie przestępstwa, gdyż sam udział stanowi wówczas przestępstwo¹⁸. Omawiane przepisy zawierają, w porównaniu do poprzedniego stanu prawnego, znacznie szerszy i bardziej sprecyzowany katalog podmiotów, które podlegają wykluczeniu. Wątpliwości budzi określenie „urzędujący członkowie władz” osoby prawnej¹⁹. Problem ten może być rozstrzygany na podstawie przepisów określających status prawny poszczególnych oferentów²⁰. Przepis ten ma na celu usunięcie z postępowań jak najliczniejszej grupy przedsiębiorców, których nieuczciwe i nieetyczne zachowania w sferze działalności gospodarczej zostały stwierdzone prawomocnymi wyrokami. Regulacji tych nie stosuje się do tych wykonawców, których wyroki uległy zatarciu²¹.

Wykluczone z postępowania są podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia. Odpowiedzialność takich podmiotów określa ustawa z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary²². Akt prawny ma zastosowanie do osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub związków takich jednostek. Za podmiot zbiorowy uważana jest też spółka kapitałowa w organizacji, a także zagraniczna jednostka organizacyjna (oddział lub przedstawicielstwo przedsiębiorcy zagranicznego w Polsce)²³.

Również niespełnienie warunków określonych w Pzp stanowi podstawę wykluczenia z postępowania²⁴. Ocena, czy wykonawca je spełnia, należy do zamawiającego. W zależności od charakteru zamówienia, warunków jego realizacji

¹⁷ Przesłanki, o których mowa, są uregulowane w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm., w szczególności w rozdziale XXXVI *Przesłanki przeciwko obrotowi gospodarczemu*, w rozdziale XXVIII *Przesłanki przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową* oraz w rozdziale XXIX *Przesłanki przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego*. Przesłanki skarbowe penalizuje ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy, Dz.U. z 2007 r. Nr 111, poz. 765 z późn. zm.

¹⁸ M. Stachowiak, *op. cit.*, s. 123.

¹⁹ P. Szustakiewicz, *op. cit.*, s. 160.

²⁰ Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 czerwca 2002 r., UZP/Z0/0-674/02. Dostępny na stronie www.uzp.gov.pl.

²¹ P. Szustakiewicz, *op. cit.*, s. 160.

²² Dz.U. Nr 197, poz. 1661 z późn. zm.

²³ Zob. A. Antoniuk-Drożdż, *Zakres podmiotowy ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 2, s. 111 nn.

²⁴ Do warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1–3 zaliczamy: posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień; posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; znajdowanie się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

oraz stopnia złożoności przedmiotu zamówienia zamawiający ma możliwość sprecyzowania wymagań, jakie muszą spełniać wszyscy potencjalni wykonawcy, stosownie do potrzeb konkretnego zamówienia. Opis tych wymagań musi znaleźć się w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert²⁵.

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się także wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem przeprowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sprawdzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności²⁶. Jeśli więc zamawiający poweźmie wiadomość, że ofertę złożył przedsiębiorca, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania albo posługuje się osobami wymienionymi w tym przepisie, to wyklucza go z postępowania. Podmioty, które mają dostęp do wiedzy ze wstępnego etapu przygotowania procedury o udzielenie zamówienia i przez to są w lepszej sytuacji od pozostałych wykonawców, są eliminowane z przedmiotowego postępowania i nie mogą wykorzystywać swojej przewagi²⁷. Po nowelizacji Pzp nie przewiduje już wyjątku w postaci dokonywania czynności związanych z przygotowaniem postępowania dokonywanych przez autora miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, jeżeli przedmiotem postępowania są prace projektowe wynikające z tychże planów. Dozwolony jest udział w postępowaniu wykonawców, którzy uczestniczyli w przygotowaniu postępowania lub posługiwali się takimi osobami przy sporządzaniu oferty, jeżeli nie ograniczy to uczciwej konkurencji²⁸. Należy zwrócić uwagę, że skutek wykluczenia odnosi się tylko do uczestnictwa w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania oraz że analizowana przesłanka nie ma zastosowania, gdy²⁹: zamawiający udziela zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, gdy został przeprowadzony konkurs, o którym mowa w art. 110 Pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów prac konkursowych; zamawiający udziela zamówienia z wolnej ręki z powodu określonych okoliczności³⁰.

Wykonawca, który w trakcie postępowania o zamówienie publiczne składa dokumenty zawierające nieprawdziwe informacje, a mające wpływ na wynik

²⁵ Niedopuszczalne jest stawianie przed wykonawcami wymagań, które z góry eliminowałyby część wykonawców, na przykład przez domaganie się przedstawienia wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw lub robót o wartości przekraczającej szacunkową wartość planowanego zamówienia. E. Norek, *op. cit.*, s. 89.

²⁶ Zob. art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

²⁷ P. Szustakiewicz, *op. cit.*, s. 161.

²⁸ Zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2008 r., KIO/UZP 120/07. Dostępny na stronie www.uzp.gov.pl.

²⁹ P. Granecki, *op. cit.*, s. 120.

³⁰ Gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę: z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej oraz gdy przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110 Pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.

postępowania, również powinien być wykluczony z tego postępowania. Ustawodawca nie dokonał dalszej konkretyzacji informacji, których nieprawdziwe przedstawienie zamawiającemu prowadzi do wykluczenia wykonawcy. Należy więc skonstatować, że wiadomością taką będzie każda informacja zawarta w dokumentacji, oświadczeniu czy ofercie, dzięki której wykonawca uzyskuje lepszą pozycję w ubieganiu się o zamówienie, niż gdyby podał informację prawdziwą. Chciałbym podkreślić, że nie istnieje na gruncie przedmiotowej ustawy domniemanie nieprawdziwości informacji składanych przez wykonawców, w związku z tym zamawiający nie może stosować tego przepisu, nie zebrawszy odpowiednich dowodów nieprawdziwości informacji. W przypadku udowodnienia tych okoliczności zamawiający zobowiązany jest do poinformowania organów ścigania o takim zdarzeniu, dlatego że jest to przestępstwo przewidziane w kodeksie karnym³¹.

Nowelizacja Pzp z dnia 5 listopada 2009 r. ujednoliciła podstawę wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przez wprowadzenie zapisu, iż wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający nie ma już dylematu, czy wykonawca nie spełnia warunku, czy też spełnia go, lecz nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających jego spełnienie. Poza tym „nowe sformułowanie przepisu powoduje, że to wykonawca ma wykazać i przekonać zamawiającego, że spełnia warunki i nie podlega wykluczeniu, nie zaś zamawiający ma wykazywać niespełnienie warunków przez wykonawcę”³².

Obowiązkiem wykonawcy jest złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 22 ust. 1 Pzp oraz wszelkich dokumentów podmiotowych wymaganych przez zamawiającego³³. Wykluczenie następuje w razie niezłożenia dokumentów w ogóle oraz w razie złożenia dokumentów zawierających błędy³⁴. O wykluczeniu zamawiający zawiadamia wszystkich wykluczonych wykonawców jednocześnie, z tym że jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę, przedmiotowe zawiadomienie dokonywane jest niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej. W innych trybach zawiadomienie o wykluczeniu dokonywane jest po zaistnieniu tej czynności równocześnie wobec wszystkich wykonawców podlegających wykluczeniu³⁵.

Zamawiający po podjęciu decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania niezwłocznie go o tym powiadamia, przekazując mu uzasadnienie rzeczywi-

³¹ P. Granecki, *op. cit.*, s. 121.

³² J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 134.

³³ Niedochowanie tego obowiązku skutkuje wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 22 ust. 2 pkt 3 Pzp.

³⁴ Od tej zasady istnieje jednak wyjątek. Art. 26 ust. 3 Pzp nakazuje zamawiającemu w pewnych okolicznościach wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentacji. Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r., V GA 40/09, LEX.

³⁵ P. Granecki, *op. cit.*, s. 122.

ste i prawne. Wskazanie przez zamawiającego podstaw wykluczenia powinno być jednoznaczne i niepozostawiające wątpliwości. Podstawy rzeczywiste wykluczenia powinny zostać właściwie udokumentowane przez zamawiającego³⁶. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Oznacza to, że nie konkuruje ona dalej o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie podlega badaniu i ocenie przez zamawiającego³⁷.

Wykonawca ma prawo bronić się przed wykluczeniem w postępowaniu odwoławczym. Należy podnieść także, że zgodnie z art. 24a³⁸ zamawiający niezwłocznie po uprawomocnieniu się orzeczenia, o którym mowa w analizowanym przeze mnie przepisie, przekazuje jego odpis Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych. Niezwłocznie³⁹ po jego otrzymaniu organ ten dokonuje zmiany w wykazie wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu⁴⁰. W obecnym stanie prawnym niemożliwe jest więc ukrywanie przez wykonawcę faktu wykluczenia.

Wprowadzony w 2008 r. przepis korzystny jest jednak również dla wykonawcy. Wyrządzenie szkody musi być bowiem stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu, natomiast, przed nowelizacją, jeśli wykonawca nie wykonywał zamówienia lub wykonywał je w sposób nienależyty, a zamawiający doznał szkody, to pojawiały się problemy interpretacyjne, czy jednostronna opinia zamawiającego w wymienionym zakresie była wystarczająca do wykluczenia z postępowania⁴¹. Wbrew literalnemu brzmieniu tego przepisu nie tylko zamawiający, ale każda zainteresowana osoba może przekazać Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych odpis orzeczenia, jeżeli dotyczy ono niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego⁴². Wykaz nierzetelnych wykonawców jest prowadzony w formie elektronicznej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych.

³⁶ Zob. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14 września 2006 r., UZP/ZO/0-2462/06. Dostępny na stronie www.uzp.gov.pl.

³⁷ P. Granecki, *op. cit.*, s. 122.

³⁸ Art. 24a dodany został ustawą z dnia 4 września 2008 r., Dz.U. Nr 171, poz. 1058, która weszła w życie 24 października 2008 r.

³⁹ Zamawiający powinien przekazać otrzymane orzeczenie jak najszybciej przy uwzględnieniu wykonywania bieżących spraw związanych z realizacją zadań.

⁴⁰ Zob. art. 154 pkt 5a Pzp.

⁴¹ P. Granecki, *op. cit.*, s. 122.

⁴² Zgodnie z art. 154b ust. 1 w wykazie wykonawców zamieszcza się następujące dane: oznaczenie wykonawcy (obejmujące: w odniesieniu do osób fizycznych imię i nazwisko, numer PESEL oraz miejsce zamieszkania, a jeżeli prowadzi działalność gospodarczą także firmę, adres prowadzenia działalności gospodarczej oraz numer wpisu do ewidencji działalności gospodarczej; w odniesieniu do osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej — firmę oraz siedzibę, a także numer wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego); wskazanie orzeczenia sądu stwierdzającego wyrządzenie szkody przez wykonawcę, obejmujące datę jego wydania, sygnaturę akt, określenie sądu, który je wydał, oraz datę, od której orzeczenie jest prawomocne.

Prezes Urzędu jest obowiązany automatycznie z chwilą upływu trzech lat od daty uprawomocnienia się orzeczenia usunąć z wykazu oznaczenie wykonawcy, którego dane orzeczenie dotyczyło⁴³.

Podsumowując, należy stwierdzić, że instytucja wykluczenia wykonawców niewątpliwie przyczynia się do zapobiegania patologii w obrocie gospodarczym. Szczególną rolę można jej przypisać odnośnie do prewencji antykorupcyjnej. Dziedzina zamówień publicznych jest nieodłącznie związana ze zjawiskiem korupcji w administracji publicznej⁴⁴. Powodem tego może być fakt, że zamówienia publiczne tworzą obecnie ważną część rynku w znaczeniu ekonomicznym (element gospodarki wolnorynkowej). O jej znaczeniu przesądza stale rosnąca wartość udzielanych zamówień, która powoduje, że ich uzyskiwanie staje się dla niektórych przedsiębiorców podstawowym sposobem funkcjonowania w gospodarce. Sytuacja ta wpływa na zaostrzenie się konkurencji na rynku zamówień publicznych, zachęcając do zachowań korupcyjnych zmierzających do pozyskiwania zamówień. Środkiem służącym ograniczeniu tego niekorzystnego zjawiska staje się między innymi wprowadzenie instrumentów związanych z wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Bibliografia

- Antoniak-Drożdż A., *Zakres podmiotowy ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 2.
- Baehr J., Kwieciński T., *Komentarz do ustawy o zamówieniach publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 1999.
- Gola J., Klich G., *Badanie zjawiska korupcji w administracji publicznej w świetle niektórych nauk społecznych*, [w:] *Współzależność dyscyplin badawczych w sferze administracji publicznej*, red. S. Wrzosek, M. Domagała, J. Izdebski, T. Stanisławski, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Herc G., *Dostęp do informacji w prawie zamówień publicznych*, [w:] *Obywatelskie prawo do informacji*, red. T. Gardocka, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Norek E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Przeszło E., *Wykluczenie wykonawców w Prawie zamówień publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 3.
- Stachowiak M., [w:] M. Stachowiak, J. Jurzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Szustakiewicz P., *Zasady prawa zamówień publicznych*, Publicus, Warszawa 2007.

⁴³ Zob. art. 154 b ust. 3 Pzp.

⁴⁴ Por. J. Gola, G. Klich, *Badanie zjawiska korupcji w administracji publicznej w świetle niektórych nauk społecznych*, [w:] *Współzależność dyscyplin badawczych w sferze administracji publicznej*, red. S. Wrzosek et al., Warszawa 2010, s. 585 nn.

Źródła prawa

- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2007 r. Nr 111, poz. 765 z późn. zm.).
- Ustawa z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. Nr 197, poz. 1661 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Orzecznictwo

- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21 czerwca 2002 r., UZP/ZO/0-674/02.
- Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14 września 2006 r., UZP/ZO/0-2462/06.
- Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2008 r., KIO/UZP 120/07.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r., V GA 40/09.