

Maciej Lubiszewski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Polska

e-mail: m.lubiszewski@uwm.edu.pl

ORCID: 0000-0001-8261-7917

KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCY PRZY UDZIELANIU ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO Z WOLNEJ RĘKI

SUBJECT QUALIFICATION OF THE CONTRACTOR IN SOLE SOURCE PUBLIC PROCUREMENT

Abstract

Single-source procurement is a specific procedure for awarding a public contract. Compared to other procedures, which include tendering or negotiating and tender procedures, single-source procurement is a purely negotiated procedure, in which only one contractor takes part. In such proceedings, no offers are submitted by competing contractors. These specific features affect the way of making the qualitative selection of the contractor, i.e. verification whether there are grounds for exclusion and whether contractor meets the conditions for participation in the procedure. The purpose of this article is to determine at what point in the procedure the qualitative selection of the contractor is carried out, to what extent and how it is carried out, and how to apply the special self-cleaning mechanism provided for in the grounds for exclusion from the procedure related to arrears in paying public levies.

KEYWORDS

qualitative selection of the contractor, sole source procurement, grounds for exclusion from the procedure, conditions for participation in the procedure

SŁOWA KLUCZOWE

kwalifikacja podmiotowa wykonawcy, zamówienie z wolnej ręki, podstawy wykluczenia z postępowania, warunki udziału w postępowaniu

1. WPROWADZENIE

Kwalifikacja podmiotowa wykonawcy¹ polega na sprawdzeniu przez zamawiającego, czy wykonawca jest godny powierzenia mu wykonania zamówienia publicznego oraz czy jest on zdolny do jego realizacji na odpowiednim poziomie jakości². Pierwszy aspekt leży u podstaw przesłanek wykluczenia z postępowania. Obecnie są one uregulowane w art. 108 i 109 ustawy – Prawo zamówień publicznych³. Przepisy te określają sytuacje, w których wykonawca podlega eliminacji z postępowania. Odnoszą się one do uczciwości wykonawcy rozumianej jako niekaralność za czyny wskazane w ustawie⁴, ale także jako przestrzeganie praw i zwyczajów kupieckich⁵ składających się na standard uczciwości kupieckiej⁶.

Do oceny drugiego aspektu kwalifikacji podmiotowej, a więc zdolności do wykonania zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, służą warunki udziału w postępowaniu, których normatywną podstawę stanowią art. 112 i n. p.z.p. Celem tego mechanizmu jest sprawdzenie, czy wykonawca dysponuje

¹ Mimo że opisywany tu mechanizm jest obecny w polskim prawie zamówień publicznych od wielu lat, to używany w tym artykule termin „kwalifikacja podmiotowa” pojawił się w polskim ustawodawstwie stosunkowo niedawno. Wywodzi się on z prawa unijnego, na gruncie którego jest rozumiany jako sprawdzenie wiarygodności oraz potencjału finansowego i technicznego wykonawcy – por. A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 464.

² W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 364.

³ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), dalej: p.z.p.

⁴ Por. np. art. 108 ust. 1 pkt 1–2 oraz art. 109 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

⁵ Por. np. art. 108 ust. 1 pkt 5–6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5–10 p.z.p.

⁶ K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Zasada uczciwości kupieckiej jako zasada prawa handlowego*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, nr 1, *passim*.

prawnymi⁷, finansowymi⁸, zawodowymi i technicznymi⁹ możliwościami realizacji udzielanego zamówienia publicznego.

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców dokonywana jest w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na etapie poprzedzającym jego rozstrzygnięcie¹⁰. W przypadku postępowań o charakterze przetargowym¹¹ powinna ona nastąpić przed wyborem najkorzystniejszej oferty, natomiast w przypadku postępowań o charakterze hybrydowym (negocjacyjno-przetargowym)¹² – przed zaproszeniem do negocjacji.

Obecnie obowiązujące przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych pozwalają wyróżnić dwa etapy kwalifikacji podmiotowej. W pierwszej kolejności zamawiający dokonuje kwalifikacji wstępnej. Przeprowadza ją względem wszystkich wykonawców, opierając się na złożonych przez nich oświadczeniach¹³. Z kolei kwalifikacja pełna prowadzona jest jedynie wobec wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Podstawą oceny są podmiotowe środki dowodowe składane przez tego wykonawcę na wezwanie zamawiającego.

Negatywny wynik kwalifikacji podmiotowej skutkuje eliminacją wykonawcy z postępowania, co następuje przez odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Jak widać, mechanizm kwalifikacji podmiotowej został dostosowany do konstrukcji postępowania przetargowego oraz negocjacyjno-przetargowego, w których występują oferty złożone przez konkurujących ze sobą wykonawców. Celem artykułu jest ustalenie, w jaki sposób powinna zostać przeprowadzona kwalifikacja podmiotowa wykonawcy w postępowaniu procedowanym w trybie zamówienia z wolnej ręki. Szczególne cechy tego trybu (zwłaszcza brak ofert

⁷ Artykuły 113 i 114 p.z.p.

⁸ Artykuł 115 p.z.p.

⁹ Artykuł 116 p.z.p.

¹⁰ M. Falkowska, *Rzetelność i wiarygodność wykonawcy warunkiem ubiegania się o zamówienie*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2019, nr 1, s. 75.

¹¹ Trybami przetargowymi są: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony oraz tryb podstawowy prowadzony w wariantcie pierwszym (art. 275 pkt 1 p.z.p.) i w wariantcie drugim (art. 275 pkt 2 p.z.p.).

¹² W tego typu trybach negocjacje prowadzą do doprecyzowania warunków zamówienia, co z kolei umożliwia zamawiającemu zaproszenie wykonawców do składania ofert. Do tej grupy trybów należą: negocjacje bez ogłoszenia, dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne, negocjacje bez ogłoszenia oraz tryb podstawowy prowadzony w wariantcie trzecim (art. 275 pkt 3 p.z.p.).

¹³ W żargonie praktyków oświadczenia te nazywane są oświadczeniami wstępnymi. W postępowaniach, których wartość jest równa lub większa niż wartość progów unijnych, oświadczenia te składane są na podstawie formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, opracowanego przez Komisję Europejską. Zgodnie z art. 125 ust. 3 p.z.p. oświadczenia te stanowią „dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe”.

i brak konkurujących wykonawców uczestniczących w postępowaniu) prowokują pytania o: moment i sposób dokonania kwalifikacji podmiotowej¹⁴, zastosowanie podstaw wykluczenia związanych z zaległością w opłacaniu danin publicznych¹⁵ czy skutki negatywnego wyniku kwalifikacji podmiotowej¹⁶.

Próba rozwiązania przedstawionych problemów badawczych zostanie poprzeczona krótką charakterystyką trybu zamówienia z wolnej ręki oraz nielicznych norm regulujących kwalifikację podmiotową w tym trybie. Całość zamkną wnioski, w tym postulaty *de lege ferenda*.

2. CHARAKTERYSTYKA TRYBU ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający typuje wykonawcę, którego zaprasza do negocjacji, negocjuje z nim postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a następnie udziela mu zamówienia¹⁷.

Cechami charakterystycznymi tego trybu są jego negocjacyjny charakter oraz udział tylko jednego wykonawcy¹⁸.

Zamówienie z wolnej ręki jest jedynym trybem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiadającym negocjacyjnemu sposobowi zawierania umowy, który został uregulowany w art. 72 i 72¹ Kodeksu cywilnego¹⁹. Negocjacje dotyczą przede wszystkim postanowień umowy, co wynika z definicji postępowania z art. 7 pkt 18 p.z.p.²⁰. Zakończą się, gdy strony wypracują

¹⁴ Czy kwalifikacja podmiotowa wykonawcy powinna być przeprowadzona niezwłocznie po wszczęciu postępowania, w trakcie negocjacji, czy może dopiero po ich zakończeniu? Czy kwalifikacja podmiotowa wykonawcy w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki powinna zostać podzielona na kwalifikację wstępną i pełną?

¹⁵ Te podstawy wykluczenia nie zachodzą, gdy wykonawca spłaci zaległość lub zawrze wiążące porozumienie z właściwym organem przed upływem terminu składania ofert. W jaki sposób stosować tę podstawę w trybie, w którym nie są składane oferty?

¹⁶ Ustawodawca zrezygnował z odrębnej czynności wykluczenia z postępowania, przewidując, że wykonawca, wobec którego zachodzi podstawa wykluczenia, jest eliminowany z postępowania poprzez odrzucenie jego oferty. W jaki sposób wyeliminować wykonawcę z postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, w którym wykonawca nie składa oferty?

¹⁷ W. Dzierżanowski et al., *Prawo zamówień publicznych...*, s. 560.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, z późn. zm.), dalej: k.c.

²⁰ Fragment definicji odnoszącej się do wynegocjowania postanowień umowy jako celu postępowania o udzielenie zamówienia odnosi się wyłącznie do trybu zamówienia z wolnej ręki, ponieważ w pozostałych trybach czynności podejmowane w postępowaniu prowadzą do wyboru najkorzystniejszej oferty.

konsens, który legnie u podstaw umowy, ewentualnie gdy stronom nie uda się dojść do porozumienia i postępowanie zostanie zamknięte unieważnieniem na podstawie art. 255 pkt 8 p.z.p.²¹.

Natura negocjacji sprawia, że w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki nie są składane oferty²². Stanowiska negocjacyjne nie mogą być wiążące, gdyż podlegają dwustronnemu łagodzeniu w celu osiągnięcia kompromisu. W przeciwnym razie „negocjacje” przekształciłyby się w sekwencję ofert i kontrofert, skutkując częstą zamianą ról uczestników postępowania, z których każdy byłby najpierw oferentem, a następnie oblatem.

Należy dodać, że dojście do porozumienia przez negocjujące strony nie oznacza jeszcze zawarcia umowy. W tym trybie, podobnie jak w trybach przetargowych, konieczne jest odrębne zawarcie umowy w formie określonej w ustawie – Prawo zamówień publicznych²³, przy czym nie znajdzie tu zastosowania mechanizm tzw. *standstill period*, wymagający, aby umowa została zawarta po upływie czasu określonego przepisami, ponieważ termin ten jest liczony od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty²⁴.

Kolejną cechą charakterystyczną zamówienia z wolnej ręki jest to, że w postępowaniu bierze udział tylko jeden wykonawca. Brak konkurencyjności stanowi powód, dla którego przesłanki zastosowania tego trybu są taksatywnie wyliczone w katalogu ustawowym i podlegają zawężającej interpretacji²⁵. Z wyjątkiem szczególnych przypadków zmiana wykonawcy wymaga unieważnienia postępowania i wszczęcia nowego poprzez zaproszenie kolejnego wykonawcy.

3. KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCY W POSTĘPOWANIU PROWADZONYM W TRYBIE ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI W ŚWIEŁLE PRZEPISÓW PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Co do zasady, kwalifikacja podmiotowa jest mechanizmem, który znajduje zastosowanie w każdym trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia

²¹ M. Lubiszewski, *O potrzebie dalszego usprawnienia procedur negocjacyjnych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 2, s. 24.

²² A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 572–573.

²³ Artykuł 432 p.z.p. wymaga, pod rygorem nieważności, aby umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w formie pisemnej. Zgodnie z art. 78¹ § 2 k.c. w grę wejdzie również forma elektroniczna, równoważna przecież formie pisemnej.

²⁴ Artykuł 264 ust. 1 oraz art. 308 ust. 2 p.z.p.

²⁵ M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 573.

z wolnej ręki, nie może podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 p.z.p. Nie ma też przeszkód, aby zamawiający zastosował w tym trybie fakultatywne podstawy wykluczenia z postępowania określone w art. 109 p.z.p. lub warunki udziału w postępowaniu.

Cechy charakterystyczne trybu zamówienia z wolnej ręki – zwłaszcza fakt, że w postępowaniu bierze udział tylko jeden wykonawca oraz że w wielu przypadkach pilność wymaga, aby postępowanie to było jak najbardziej odformalizowane – uzasadniają jednak specyficzne uregulowanie niektórych aspektów kwalifikacji podmiotowej.

Zgodnie z art. 215 ust. 1 p.z.p. zamawiający może odstąpić od stosowania art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p., które nakazują wykluczyć z postępowania wykonawcę prawomocnie skazanego za przestępstwo wyliczone w art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Odstępstwo to jest dopuszczalne jedynie wtedy, gdy zamówienie udzielane jest na jednej z podstaw wymienionych w art. 215 ust. 1 p.z.p. Analiza tego przepisu pozwala uznać, że chodzi o sytuacje, w których bezwzględna konieczność udzielenia zamówienia publicznego danemu wykonawcy²⁶ przeważa nad zakazem udzielania zamówień publicznych skazanym prawomocnie wykonawcom. Wyjątkowy charakter omawianego przepisu prowadzi do wniosku, że pozostałe obligatoryjne podstawy wykluczenia z postępowania (art. 108 ust. 1 pkt 3–6 oraz art. 108 ust. 2 p.z.p.) będą zawsze obowiązywały w postępowaniach prowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Kolejną szczególną regulację kwalifikacji podmiotowej wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki można znaleźć w art. 217 ust. 2 i 3 p.z.p. Zgodnie z pierwszym z przywołanych przepisów wykonawca „składa” oświadczenie wstępne oraz podmiotowe środki dowodowe nie później niż „wraz z zawarciem umowy”. Z kolei art. 217 ust. 3 p.z.p. pozwala zamawiającemu na odstąpienie od żądania od wykonawcy złożenia oświadczenia wstępnego. Przywołane przepisy mają zastosowanie wyłącznie w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (dalej: postępowania unijne). Ich celem jest odformalizowanie postępowania poprzez brak określonego ustawowo terminu dokonania kwalifikacji wstępnej oraz umożliwienie rezygnacji z oświadczenia wstępnego, które w postępowaniach unijnych, co do zasady, muszą być składane na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, przysparzającym trudności wielu wykonawcom.

Nieco odmiennie został sformułowany przepis art. 306 ust. 2 p.z.p., który ma zastosowanie do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne (dalej: postępowania krajowe). W takich postępowaniach zamawiający „może żądać”

²⁶ Konieczność ta wynika z monopolistycznej pozycji tego wykonawcy albo ze szczególnych okoliczności faktycznych, gdy w grę wchodzi potrzeba ograniczenia poważnych skutków zdarzenia losowego, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach.

od wykonawcy złożenia oświadczenia wstępnego lub podmiotowych środków dowodowych „przed udzieleniem zamówienia”.

Przywołane przepisy dowodzą, że w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki kwalifikacja podmiotowa nie musi być dokonywana na podstawie oświadczenia wstępnego, natomiast zamawiający są zobowiązani żądać od wykonawców złożenia podmiotowych środków dowodowych jedynie w postępowaniach unijnych.

4. MOMENT PRZEPROWADZENIA KWALIFIKACJI PODMIOTOWEJ

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargowym albo negocjacyjno-przetargowym czas przeprowadzenia kwalifikacji podmiotowej wyznaczają przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych. Przykładowo w przetargu nieograniczonym oraz w trybie podstawowym (w wariantach pierwszym i drugim) oświadczenie wstępne składane jest wraz z ofertą; wstępna kwalifikacja podmiotowa jest więc dokonywana przez zamawiającego niezwłocznie po otwarciu ofert. Pełna kwalifikacja podmiotowa jest dokonywana po wytypowaniu oferty najwyższej ocenionej²⁷. Wykonawca, który ją złożył, jest zobowiązany do przekazania zamawiającemu podmiotowych środków dowodowych w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, który nie może być krótszy niż 10 dni (przetarg nieograniczony) albo 5 dni (tryb podstawowy). Pozytywny wynik pełnej kwalifikacji podmiotowej jest warunkiem *sine qua non* wyboru najkorzystniejszej oferty.

Streszczone reguły nie mają zastosowania do trybu zamówienia z wolnej ręki, w którym – jak już wskazano – nie są składane oferty. Oznacza to, że moment oraz sposób przeprowadzenia kwalifikacji podmiotowej wyznacza zamawiający, określając go w zaproszeniu wykonawcy do negocjacji. Należy bowiem uznać, że obowiązujące w danym postępowaniu podstawy wykluczenia oraz warunki udziału wraz z zasadami kwalifikacji podmiotowej, w tym wykaz oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych oraz terminy ich składania, stanowią „informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania”, które zamawiający powinien przekazać wykonawcy wraz z zaproszeniem go do negocjacji, co wynika z art. 217 ust. 1 p.z.p.

Zamawiający, wyznaczając czas przeprowadzenia kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, musi uwzględnić treść art. 217 ust. 2 i art. 306 ust. 2 p.z.p. Przepisy te określają najpóźniejszy moment („wraz z zawarciem umowy” oraz „przed udzie-

²⁷ P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 459.

leniem zamówienia”²⁸), w którym wykonawca składa oświadczenie wstępne lub podmiotowe środki dowodowe. Chodzi przy tym o takie oświadczenie lub środki dowodowe, które potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu; nawet jeżeli są one składane „wraz z zawarciem umowy”, zamawiający powinien więc powstrzymać się z udzieleniem zamówienia do czasu wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości co do ich formy lub treści. Względy praktyczne nakazują zatem wyznaczenie terminu na złożenie oświadczenia wstępnego lub podmiotowych środków dowodowych w taki sposób, aby zamawiający mógł zareagować stosownie do treści złożonych dokumentów, tj. wezwać do złożenia wyjaśnień lub do uzupełnienia braków, a nawet odmówić zawarcia umowy i unieważnić postępowanie.

5. PODZIAŁ KWALIFIKACJI PODMIOTOWEJ NA WSTĘPNĄ I PEŁNĄ

Omówiony podział kwalifikacji podmiotowej na wstępną i pełną jest spójny z eliminacyjnym charakterem procedury przetargowej oraz negocjacyjno-przetargowej. Wstępna kwalifikacja podmiotowa dotyczy wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu i jest prowadzona na podstawie oświadczeń własnych wykonawców. Pełną kwalifikacją podmiotową objęty jest jedynie ten z wykonawców, który złożył ofertę najwyższej ocenioną. Ten etap kwalifikacji prowadzi się na podstawie podmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Jak widać, pełną kwalifikację podmiotową przeprowadza się wyłącznie względem tego z wykonawców, który ma największą szansę na uzyskanie zamówienia, dzięki czemu pozostali wykonawcy nie są niepotrzebnie obciążeni do składania środków podmiotowych.

W trybie zamówienia z wolnej ręki oddzielenie kwalifikacji wstępnej od pełnej nie jest niezbędne. Co więcej, ustawodawca – o czym już była mowa – dopuścił możliwość odstąpienia od żądania od wykonawcy oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p., co oznacza, że zamawiający może całkowicie pominąć wstępną kwalifikację podmiotową. Nawet w przypadku, gdy zamawiający nie korzysta z tego proceduralnego udogodnienia, oświadczenie wstępne może być złożone przez wykonawcę wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi.

²⁸ Różnica między sformułowaniami użytymi w tych przepisach w praktyce udzielania zamówień publicznych sprowadza się do niuansu. W postępowaniach unijnych oświadczenie wstępne lub podmiotowe środki dowodowe mogą zostać doręczone zamawiającemu wraz z oświadczeniem woli składającym się na umowę w sprawie zamówienia publicznego, co będzie miało znaczenie przy korespondencyjnym procesie zawarcia kontraktu. W postępowaniach krajowych takie zachowanie wykonawcy należałoby uznać za spóźnione.

Nie ma jednak przeszkód, aby zamawiający ukształtował proces kwalifikacji podmiotowej na wzór postępowań przetargowych oraz negocjacyjno-przetargowych i nałożył na wykonawcę obowiązek złożenia oświadczenia wstępnego przy przystępowaniu do negocjacji, natomiast po ich zakończeniu zobowiązał wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Takie rozwiązanie nieco skomplikuje postępowanie, lecz może zmniejszyć ryzyko wikłania się w negocjacje z wykonawcą, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia.

6. ZAKRES ZASTOSOWANIA PODSTAW WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA ZWIĄZANYCH Z ZALEGŁOŚCIĄ W OPŁACANIU PODATKÓW, OPŁAT I SKŁADEK

Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, wobec którego wydano prawomocny wyrok lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z opłacaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne²⁹. Zamawiający może rozszerzyć zakres tej przesłanki na każdy przypadek naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek, wprowadzając do warunków zamówienia fakultatywną podstawę wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p.³⁰.

Obie podstawy wykluczenia z postępowania związane z zaległością w opłacie danin publicznych zostały wyposażone w szczególnie mechanizm samooczyszczenia³¹, pozwalający wykonawcy uchylić się od eliminacji z postępowania. W tym celu wykonawca musi wykazać zamawiającemu, że: „przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności”³². Granice temporalne dokonania spłaty zaległości lub zawarcia porozumienia w sprawie spłaty mają służyć zapobieżeniu sytuacji, w której wykonawca

²⁹ Artykuł 108 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

³⁰ Różnice między tymi podstawami wykluczenia zostały omówione w doktrynie – por. m.in. M. Lubiszewski, *Zaległość podatkowa jako podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 53, s. 351–360.

³¹ Zasadniczy mechanizm samooczyszczenia został uregulowany w art. 110 ust. 2 i 3 p.z.p., nie obejmuje on jednak omawianych tu podstaw wykluczenia z postępowania związanych z zaległością w opłacie danin publicznych.

³² Artykuł 108 ust. 1 pkt 3 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

splaci zaległość podatkową dopiero wtedy, gdy będzie w stanie oszacować swoje szanse na uzyskanie zamówienia (np. po otwarciu ofert)³³.

Stosowanie tego mechanizmu w trybie zamówienia z wolnej ręki budzi wątpliwości, gdyż udział wykonawcy w postępowaniu jest inicjowany przez zamawiającego, a nie w drodze oferty albo wniosku wykonawcy o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto w tym trybie, o czym była już mowa, nie dochodzi do złożenia oferty. Powstaje zatem pytanie o granice czasowe spłaty zaległości lub zawarcia porozumienia w sprawie takiej spłaty.

Wydaje się, że w grę wchodzi trzy możliwe interpretacje. Zgodnie z pierwszą z nich omawiany mechanizm w ogóle nie ma zastosowania do zamówienia z wolnej ręki. Wystąpienie w dowolnym momencie postępowania zaległości musi skutkować bezwzględnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania, zakończeniem negocjacji i unieważnieniem postępowania – i nawet spłata zaległości lub zawarcie porozumienia w sprawie spłaty przed udzieleniem zamówienia nie uchyli tych skutków. Taka interpretacja jest niewłaściwa, ponieważ *de facto* prowadzi do zaostżenia ustawowej przesłanki wykluczenia z postępowania przy braku wyraźnej normy prawnej. Omawiane przepisy stanowią implementację art. 57 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2014/24/UE³⁴. Wprawdzie przyjmuje się, że państwa członkowskie są uprawnione do określenia czasu, w którym powinno dojść do spłaty zaległości lub stosownego porozumienia w tej sprawie³⁵, nie oznacza to jednak, że prawo krajowe może całkowicie wyłączyć ten mechanizm w stosunku do określonego rodzaju procedur.

Druga możliwa interpretacja polega na uznaniu, że spłata zaległości lub zawarcie porozumienia w sprawie tej spłaty powinny nastąpić przed udzieleniem zamówienia. Na takim stanowisku stanęli m.in. autorzy urzędowego komentarza Prawa zamówień publicznych³⁶. Wobec braku wyraźnej regulacji ustawowej należy uznać, że ta interpretacja jest najwłaściwsza, ponieważ wątpliwości dotyczące podstaw eliminacji z postępowania powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Wydaje się, że możliwa jest również trzecia interpretacja, zgodnie z którą omawiany mechanizm powinien być stosowany w sposób uwzględniający jego cel, jakim jest uniknięcie sytuacji, w której wykonawca dokonuje spłaty zaległości lub zawiera porozumienie z właściwym organem dopiero wtedy, gdy uznaje, że ma realne szanse na uzyskanie zamówienia. Wykładnia teleologiczna nakazuje

³³ M. Lubiszewski, *Zaległość podatkowa...*, s. 355.

³⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65), dalej: dyrektywa 2014/24/UE.

³⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 9 lutego 2006 r., C-226/04, EU:C:2006:94, § 31. Por. też R. Caranta, A. Sanchez-Graells, *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham, Northampton 2021, s. 604–605.

³⁶ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 380.

uznać, że spłata lub zawarcie porozumienia powinny nastąpić przed zaangażowaniem się wykonawcy w sposób analogiczny do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty. W przypadku zamówienia z wolnej ręki takim momentem jest przystąpienie przez wykonawcę do negocjacji. W rezultacie przyjęcia takiej wykładni wykonawca zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, wobec którego zachodzi podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 6 lub art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p., mógłby przystąpić do tych negocjacji dopiero po spłacie zaległości lub po zawarciu porozumienia. Restrykcyjny charakter proponowanego podejścia do mechanizmu samooczyszczenia wymaga jednak określenia przez zamawiającego takiego *modus operandi* w dokumentach zamówienia, tj. w zaproszeniu do negocjacji.

7. SKUTKI NEGATYWNEGO WYNIKU KWALIFIKACJI PODMIOTOWEJ

Wykonawca, wobec którego zachodzi co najmniej jedna przesłanka określona w art. 108 lub art. 109 p.z.p., podlega wykluczeniu z postępowania. Wykluczenie to może nastąpić na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, co wynika z art. 110 p.z.p. Obecnie obowiązujące przepisy nie przewidują wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie przewidują odrębnej czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy, wobec którego zachodzi któraś z przesłanek z art. 108 lub art. 109 p.z.p. Jedynym sposobem eliminacji wykonawcy, który nie przeszedł pozytywnie kwalifikacji podmiotowej, jest odrzucenie jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 p.z.p.³⁷ albo odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Tu ponownie pojawia się wątpliwość wynikająca ze szczególnego charakteru trybu zamówienia z wolnej ręki. Skoro w tym trybie nie występuje wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ani oferta, to w jaki sposób zamawiający powinien wyeliminować z postępowania wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania, lub który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu?

Z całą pewnością należy stwierdzić, że niedopuszczalne jest udzielenie zamówienia wykonawcy, wobec którego zachodzą podstawy określone w art. 108 lub art. 109 p.z.p., lub niespełniającemu warunków udziału w postępowaniu. Występujący w trybie zamówienia z wolnej ręki brak możliwości eliminacji wykonawcy

³⁷ Przepis ten znajduje zastosowanie w postępowaniach prowadzonych w trybach: przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz partnerstwa innowacyjnego.

z postępowania poprzez odrzucenie jego wniosku albo oferty sprawia, że jedynym możliwym rozwiązaniem jest zakończenie przez zamawiającego negocjacji i unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 8 p.z.p.

8. WNIOSKI

Kwalifikacja podmiotowa wykonawców ma zastosowanie w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, z wyjątkiem przewidzianej w art. 215 p.z.p. możliwości odstąpienia od stosowania art. 108 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Wprawdzie zamawiający może również odstąpić od żądania od wykonawcy złożenia oświadczenia wstępnego, należy to jednak uznać za ułatwienie proceduralne, a nie uchylenie całego mechanizmu kwalifikacji podmiotowej.

Cechy *stricte* negocjacyjnego trybu zamówienia z wolnej ręki (brak wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofert, udział w postępowaniu tylko jednego wykonawcy) sprawiają, że standardowe reguły dokonywania kwalifikacji podmiotowej, dostosowane do trybów przetargowych i negocjacyjno-przetargowych, wymagają adaptacji. Zamawiający, kierując się celem postępowania oraz względem sprawności, powinien określić: zakres kwalifikacji podmiotowej (obligatoryjne podstawy wykluczenia / fakultatywne podstawy wykluczenia / warunki udziału w postępowaniu), moment (przed przystąpieniem do negocjacji / w trakcie negocjacji / po zakończeniu negocjacji przez udzieleniem zamówienia) oraz sposób jej przeprowadzenia (kwalifikacja wstępna / kwalifikacja pełna / oświadczenie wstępne / podmiotowe środki dowodowe).

Niemale wątpliwości interpretacyjne budzą podstawy wykluczenia z postępowania związane z zaległością w opłacaniu podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Szczególny mechanizm samooczyszczenia przewidziany w art. 108 ust. 1 pkt 3 i art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p. nie uwzględnia faktu, że w trybie zamówienia z wolnej ręki nie dochodzi do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ani oferty. Według niektórych autorów do samooczyszczenia może dojść zatem w każdym momencie postępowania, przed udzieleniem zamówienia. Taka interpretacja niweczy jednak jeden z celów tej specyficznej regulacji prawnej, jakim było nakłonienie wykonawcy do spłaty zaległości lub do zawarcia porozumienia w sprawie tej spłaty jeszcze przed złożeniem wniosku lub oferty, a więc zanim pozna on swoje szanse na uzyskanie zamówienia. Przepisy ustawy nie sprzeciwiają się temu, aby zamawiający określił w zaproszeniu do negocjacji, że do spłaty zaległości w opłacaniu danin publicznych lub do zawarcia stosownego porozumienia w tej sprawie musi dojść przed przystąpieniem wykonawcy do negocjacji. Takie wyraźne postanowienie dokumentu zamówienia stałoby się wiążącym warunkiem zamówienia. Wątpliwość tę powinien jednak rozstrzygnąć ustawodawca, który powinien uwzględnić

specyfikę zamówienia z wolnej ręki w treści art. 108 ust. 1 pkt 3 i art. 109 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Jeżeli kwalifikacja podmiotowa wykaże, że wobec wykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania lub że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, zamawiający jest zobowiązany zakończyć negocjacje bez udzielenia zamówienia i unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 8 p.z.p.

REFERENCES

- Caranta R., Sanchez-Graells A., *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Cheltenham, Northampton 2021
- Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Jerzykowski J., Kittel M., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021
- Falkowska M., *Rzetelność i wiarygodność wykonawcy warunkiem ubiegania się o zamówienie*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2019, nr 1
- Gawrońska-Baran A., Wiktorowska E., Wiktorowski A., Wójcik P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021
- Granecki P., Granecka I., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021
- Jaworska M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021
- Kopaczyńska-Pieczniak K., *Zasada uczciwości kupieckiej jako zasada prawa handlowego*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, nr 1
- Lubiszewski M., *O potrzebie dalszego usprawnienia procedur negocjacyjnych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 2
- Lubiszewski M., *Zaległość podatkowa jako podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 53
- Nowak H., Winiarz M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021
- Sołtysińska A., Talago-Sławoj H., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016