



**PIERÓG**  
& Partnerzy

Na zgłaszane przez Państwa pytania, wątpliwości bądź sygnalizowane niejasności przepisów, odpowiadają prawnicy specjalizujący się w problematyce zamówień publicznych z Kancelarii Pieróg & Partnerzy, która sprawuje merytoryczny patronat nad tą rubryką.

**Dzisiaj na pytania Czytelników  
odpowiadają aplikanci radcowscy  
Kacper Kaleta i Jakub Mokrzycki z Kancelarii Prawnej  
Pieróg & Partnerzy.**



# Prawnik podpowiada

## WYKLUCZENIE Z POSTĘPOWANIA

**W ubiegłym roku wzięliśmy udział w postępowaniu na świadczenie usług. Na skutek omyłki, w jednym z dokumentów, wskazaliśmy nieściśle informacje. W konsekwencji zamawiający wykluczył nas z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W tym roku ponownie chcemy wziąć udział w postępowaniu. Boimy się, że zamawiający wykluczy nas z postępowania z powodu sytuacji sprzed roku. Czy będzie mógł to zrobić? Postępowanie ma wartość powyżej progów unijnych, prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a dodatkowo przewidziano wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp.**

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych z postępowania wyklucza się z „wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.” Niewątpliwie przesłanka

ta odnosi się do postępowania, w trakcie którego przedstawione zostały nieprawdziwe informacje. Cytowany przepis nie określa jednoznacznie, czy wprowadzenie w błąd może stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy w późniejszych postępowaniach. Uwzględniając jednak całokształt obowiązujących przepisów oraz funkcje wspomnianej regulacji, odrzucić należy jej rozszerzającą wykładnię.

Analizując przedstawione zagadnienie należy odwołać się do art. 24 ust. 7 Pzp, w którym określono okres wykluczania wykonawców, w związku z wystąpieniem poszczególnych przesłanek wykluczenia. W przepisie tym nie wymieniono jednak okresu „przedawnienia” wprowadzenia zamawiającego w błąd.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż brak jest podstaw do przyjęcia, iż ustawodawca „przeoczył” przypadek wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Przyjęcie takiej wykładni, sprzecznej z koncepcją „racjonalnego ustawodawcy”, wymagałoby przekonywującego uzasadnienia, którego nie sposób sformułować na podstawie obowiązujących przepi-

sów. W szczególności, nie możliwe powinno być dokonanie innej, „racjonalnej” wykładni.

Drugą możliwą interpretacją niewymienienia przedmiotowej przesłanki w art. 24 ust. 7 Pzp byłoby uznanie, iż było to celowe działanie ustawodawcy. Zgodnie z tą wykładnią, wykluczenie następowaloby niezależnie od czasu, jaki upłynął od wprowadzenia w błąd wskazanego w ustawie. Przyjęcie tego poglądu musiałoby prowadzić do stwierdzenia, że wykonawca, który raz został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, nie może wziąć udziału w żadnym późniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Warto również wskazać, że najdłuższy okres wykluczenia wykonawcy, przewidziany w Pzp wynosi 5 lat (m.in. w przypadku popełnienia przestępstwa). Tym samym sankcja nieograniczona w czasie (w przypadku wprowadzenia w błąd) byłaby nieproporcjonalna do wagi przewinienia wykonawcy, działającego przeciw nieumyślnie.

Mając na uwadze powyższe uznać należałoby, iż niewymiennie przesłanki wprowadzenia w błąd nie wynika ani z niedopatrzenia ustawodawcy, ani nie ma na celu wprowadzenia szczególnej sankcji. Brak jej wskazania wynika bowiem z założenia, iż wykonawca podlega wykluczeniu wyłącznie w jednym postępowaniu – w tym w którym nieprawdziwe informacje zostały podane. Tym samym zrealizowany zostanie cel w postaci wykluczenia nierzetelnego wykonawcy z postępowania, przy jednoczesnym zachowaniu proporcjonalności czynu i sankcji.

W pytaniu wskazano, iż szacunkowa wartość postępowania przekroczy tzw. „progi unijne”. Tym samym, wraz z ofertą, złożony powinien zostać tzw. JEDZ (jednolity europejski dokument zamówienia). Wykonawca, wypełniając ten dokument, zobowiązany jest również do złożenia oświadczenia co do braku podstaw wykluczenia z postępowania. W związku z powyższym, można odwołać się do „Instrukcji wypełniania JEDZ-ESPD”, sporządzonej przez Urząd Zamówień Publicznych. Przyjęto w niej, iż przesłanka wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 Pzp znajduje zastosowanie wyłącznie w jednym po-

stępowaniu. W instrukcji dotyczącej ostatniej przesłanki wymienionej w Części III, sekcji C JEDZ, wskazane zostało bowiem, iż: „W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie wprowadzenia w błąd zamawiającego w niniejszym postępowaniu.”

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż wykonawca podlegałby wykluczeniu jedynie w przypadku, gdyby wprowadził zamawiającego w błąd w aktualnie toczącym się postępowaniu. Nieistotna pozostaje natomiast kwestia wcześniejszego wykluczenia wykonawcy, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, w innych postępowaniach. Dotyczy to również przypadków, gdy poprzednie postępowania były prowadzone przez tego samego zamawiającego oraz miało zbliżony przedmiot.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej spotkać się można jednak z wyrokami, które zdają się przyjmować odmienną wykładnię. Na przykład w wyroku z dnia 13 lutego 2018 r.<sup>1</sup> wskazane zostało iż: „W przypadku więc przesłanki wykluczenia z pkt. 17 art. 24 ust. 1 ustawy Pzp uznać należy, że dopuszczalność samooczyszczenia „aktualizuje się” dopiero w kolejnym postępowaniu, dopiero bowiem w przypadku kolejnego postępowania fakt istnienia podstawy wykluczenia jest już wykonawcy znany (wykonawca został uprzednio, w innym postępowaniu wykluczony i ciąży na nim odium wykonawcy przedstawiającego zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd)”. W świetle wcześniej przytoczonych argumentów, wydaje się iż Izba koncentrując się na problematyce *self-cleaningu* (również budzącej poważne wątpliwości), nie uwzględniła skutków przyjętej wykładni.

Na marginesie warto wskazać, iż wcześniejsze wprowadzenie wykonawcy w błąd mogłoby stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy, zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Stwierdzenie wystąpienia tej przesłanki musi odbywać się w odniesieniu do konkretnych stanów faktycznych. Zgodnie z treścią pytania, zamawiający nie zdecydował się jednak na wprowadzenie tej przesłanki fakultatywnej.

<sup>1</sup> Sygn. KIO 185/18.

## SPOSÓB WNIESIENIA WADIUM W PIENIĄDZU

**W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium w wysokości 5 000,00 zł. Czy w związku z tym wykonawca może dokonać wpłaty wymaganej kwoty gotówką w kasie banku zamawiającego, na numer rachunku wskazany w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia?**

W art. 45 ust. 6 Pzp ustawodawca wprowadził katalog zamknięty form zabezpieczenia wadialnego, który dopuszcza także możliwość wniesienia wadium w pieniądzu. Art. 45 ust. 7 precyzuje ponadto, że: „wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wykonawcy wskazany przez zamawiającego”. Literalna wykładnia przywołanego przepisu może budzić zatem kontrowersje w kontekście wniesienia wadium poprzez wpłatę gotówki w banku zamawiającego. Pzp wprost posługuje się bowiem pojęciem „przelew”, co może rodzić przypuszczenie, iż intencją ustawodawcy było zobowiązanie wykonawców do przeprowadzania tego rodzaju transakcji z wykorzystaniem rachunku bankowego wykonawcy w celu zupełnej eliminacji obrotu gotówkowego dla zabezpieczenia wadialnego.

W przeważającej części orzeczeń Krajowa Izba Odwoławcza stoi jednak na odmiennym stanowisku, a mianowicie, że w przypadku wniesienia wadium w postaci wpłaty gotówki na rachunek zamawiającego nie mamy do czynienia z działaniem sprzecznym z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z art. 45 ust. 1 i 7 Pzp, czyli z wniesieniem wadium w sposób nieprawidłowy, a odrzucenie oferty w takiej sytuacji, należałoby uznać za przejaw skrajnego formalizmu<sup>2</sup>. Przyjęcie, że za prawidłowe należy uznać jedynie wadium wniesione przez wykonawcę w formie pieniężnej przez dokonanie przelewu na rachunek bankowy zamawiającego stoi w sprzeczności zarówno z celem zabezpieczenia wadialnego, jak również z funkcją ochroną jaką pełni w systemie prawa cywilnego ta forma zabezpieczenia złożonej w przetargu oferty.

Za przesądzający o skuteczności wniesienia wadium należy według Krajowej Izby Odwoławczej uznać argument, że zamawiający w opisywanej sytuacji dys-

ponuje kwotą zabezpieczenia we właściwej wysokości wpłaconą przed terminem składania ofert, a zatem oferta jest skutecznie zabezpieczona.

W tym miejscu należy wskazać jednak, że odmienne stanowisko wyraził Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 26 lutego 2015 r.<sup>3</sup> który twierdzi, że: „zastrzeżenie to należy uznać za celowy wybór ustawodawcy w procedurze zamówień publicznych, jeżeli się generalnie zważy na konieczność zachowania przy obrocie z udziałem jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych - zasad legalizmu i przejrzystości finansów, wyrażających się także w zamiśle dopuszczania przedsiębiorców (wykonawców) nie ukrywających przepływów finansowych w swej działalności gospodarczej, tudzież przeciwdziałaniu zjawiskom tzw. „prania brudnych pieniędzy” lub pozostawiania w „szarej strefie”.

Za prawidłowe należy uznać jednak stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w przeciwieństwie do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego słusznie stawia cel przepisu nad jego literalnym brzmieniem. Z praktycznego punktu widzenia, mając na uwadze przywołany wyrok WSA we Wrocławiu, aby uniknąć ewentualnego sporu z zamawiającym, rekomenduje się, aby Wykonawca w miarę możliwości dokonywał wpłaty wadium w pieniądzu za pośrednictwem rachunku bankowego. Praktyka w prowadzeniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego pokazuje bowiem, iż jest to najczęstszy sposób wniesienia wadium w pieniądzu, do którego przyzwyczajeni są zamawiający.

<sup>2</sup> Np. KIO 207/17, KIO 743/17, KIO 2585/17.

<sup>3</sup> III SA/Wr 886/14.

**Pytania, z dopiskiem  
„Prawnik podpowiada”,  
prosimy kierować  
na adres:**

**redakcja@publicus.pl**