



Kwalifikacja podmiotowa wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne

I. Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne – zakres stosowania przepisów

W świetle art. 266 ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r. poz. 2019 z późn. zm.), zwana dalej „ustawą Pzp” do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II („Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne”), z wyjątkiem regulacji wymienionych enumeratywnie w tym przepisie. W zakresie kwalifikacji podmiotowej wykonawców zastosowania w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne nie znajduje art. 124 (reguły dotyczące żądania podmiotowych środków dowodowych), art. 125 ust. 2 i 6 (składanie JEDZa), art. 126 (wezwanie do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych) oraz art. 127 ust. 1 (odstąpienie od wzywania do złożenia podmiotowych środków dowodowych). W miejsce tych przepisów, w odniesieniu do kwalifikacji podmiotowej wykonawców w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne zastosowanie znajdują odpowiednio regulacje, o których mowa w art. 273 i 274 ustawy Pzp. W myśl art. 273 ust. 1 tej ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie:

- 1) braku podstaw wykluczenia;
- 2) spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Podmiotowymi środkami dowodowymi, o których mowa wyżej, są w świetle definicji przewidzianej w art. 7 pkt 17 ustawy Pzp środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Co istotne, jeśli chodzi o środki dowodowe potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, to żądanie ich złożenia, zarówno w postępowaniach unijnych jak i krajowych ma charakter fakultatywny. Art. 273 ust. 1 ustawy Pzp odmiennie natomiast od regulacji przewidzianej w art. 124 pkt 1 ustawy Pzp mającej zastosowanie do postępowań, w których wartość zamówień jest co najmniej równa progom unijnym, ustanawia fakultatywny charakter żądania złożenia przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia; decyzja w zakresie ustanowienia takiego wymogu względem wykonawcy należy do zamawiającego. Tytułem przykładu, jeśli uzna on za konieczne przedłożenie przez wykonawcę takich środków, a zamówienie jest udzielane z wykorzystaniem trybu podstawowego w wariantcie I (bez negocjacji) lub II (z możliwością negocjacji), zamawiający informację dotyczącą powyższego winien zamieścić w SWZ, stosownie do treści art. 281 ust. 2 pkt 3. W przypadku zaś, gdy prowadzi on postępowanie w wariantcie III (obligatoryjne negocjacje), tego rodzaju informacje powinny być określone w opisie potrzeb i wymagań zgodnie z art. 282 ust. 2 pkt 1.

Postępując się dalej przykładem trybu podstawowego należy wskazać, że stosownie do brzmienia art. 273 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca dołącza do oferty składanej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, a zatem oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. W świetle art. 125 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenie, o którym mowa wyżej potwierdza brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania ofert. Jak zostało wskazane wyżej oświadczenie to nie jest podmiotowym środkiem dowodowym, w rozumieniu art. 7 pkt 17 ustawy Pzp. Złożenie przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia ww. oświadczenia jest obligatoryjne, zakres tego oświadczenia ustala zaś zamawiający. Odmienne niż ma to miejsce w przypadku postępowań unijnych, przedmiotowe oświadczenie nie jest składane na formularzu JEDZ, ma ono charakter nieustandaryzowany; stąd też to zamawiający decyduje o jego treści. Zwyczajowo dołącza on do dokumentów zamówienia wzór takiego oświadczenia. Jednocześnie, jeśli wykonawca, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji polega na potencjale podmiotu trzeciego, stosownie do treści art. 118 ust. 3 ustawy Pzp wraz z ofertą, zobowiązany jest do złożenia zobowiązania tego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu. W przypadku zaś wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodnie z brzmieniem art. 125 ust. 4 ustawy Pzp, oświadczenie, o którym mowa wyżej składa każdy z tych wykonawców w zakresie, w jakim wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Warto również wspomnieć, że ustawa Pzp nie przewiduje w trybie podstawowym procedury odwróconej, zatem zamawiający weryfikuje oświadczenia i zobowiązania/ew. inne dokumenty dot. podmiotów trzecich, składane przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W kontekście kwalifikacji podmiotowej wykonawców w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne istotne znaczenie ma również regulacja przewidziana w art. 274 ustawy



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Pzp. Jak wynika z ust. 1 przywołanego przepisu, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Ww. przepis określa więc procedurę wezwania wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeśli zamawiający zdecydował się na jego weryfikację. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na fakt, iż ustawodawca, w odniesieniu do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne przewidział krótszy – co najmniej 5 dniowy, termin na składanie podmiotowych środków dowodowych. W myśl komentowanego przepisu adresatem wezwania, o którym mowa wyżej jest wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona. W tym miejscu należy jednak zwrócić uwagę na brzmienie art. 274 ust. 2 ustawy Pzp, który umożliwia wezwanie wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych (aktualnych na dzień ich złożenia), jeśli wymóg w ww. zakresie został ustanowiony w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Wezwanie, o którym mowa wyżej, może być zatem skierowane do wykonawców na każdym etapie postępowania w przypadku gdy jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, w tym na etapie składania ofert podlegających negocjacji lub niezwłocznie po ich złożeniu. Sytuacja tego rodzaju może mieć więc miejsce w przypadku prowadzenia postępowania w trybie podstawowym w wariantcie III tj. z obowiązkowymi negocjacjami. Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych przez wszystkich wykonawców, na etapie składania ofert wstępnych, może być celowe, gdyż pozwoli uniknąć późniejszych negocjacji z wykonawcą, którego wykluczenie mogłoby się okazać konieczne.

Jednocześnie, podstawę do żądania uaktualnienia złożonych uprzednio podmiotowych środków dowodowych stanowi art. 274 ust. 3 ustawy Pzp. Na mocy ww. przepisu, w związku z zaistnieniem uzasadnionych podstaw co do ich nieaktualności zamawiającemu przysługuje nieograniczone czasowo (w ramach prowadzonego postępowania) uprawnienie do wezwania wykonawcy lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych. Co istotne, składane w odpowiedzi środki winny być aktualne na dzień ich złożenia. Ustawa Pzp kładzie nacisk na aktualność składanych dokumentów. Wynika to z założenia ustawodawcy, że warunki udziału w postępowaniu oraz okoliczności związane z niepodleganiem wykluczeniu winny być spełnione w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś tylko w określonym momencie tj. np. w chwili składania oferty lub konkretnego podmiotowego środka dowodowego. Kwestia aktualności podnoszona jest również w treści rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 23 grudnia 2020r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

wykonawcy (Dz.U. z 2020r. poz. 2415), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie podmiotowych środków dowodowych”. W uzasadnieniu do tego rozporządzenia wskazano, że „racjonalizacji wymagają przepisy dotyczące okresów ważności niektórych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw wykluczenia. Celem tej regulacji jest zapewnienie aktualności składanych dokumentów”. W poprzednim stanie prawnym terminy, w których dokumenty powinny być wystawione (zwykle wynoszące 3 lub 6 miesięcy), liczyły się wstecz od upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Obecnie okresy ważności dokumentów należy powiązać z datą ich złożenia.

Jednocześnie warto również zauważyć, że ustawa Pzp, zarówno w odniesieniu do postępowań unijnych jak i krajowych, przewiduje analogiczne zasady dotyczące procedury uzupełniania oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych, jak te, przyjęte w ustawie Pzp z 2004r. Ww. kwestie w sposób szczegółowy reguluje art. 128 ustawy Pzp. Przepis ten, w ust. 1 przewiduje, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Co istotne, ustawa nie precyzuje jaki termin zamawiający winien wyznaczyć wykonawcy celem złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów; decyzję w tym zakresie pozostawia w gestii zamawiającego. Przyjmuje się jednak, że termin ten musi być realny w tym znaczeniu, że powinien zapewnić możliwość dokonania ww. czynności wykonawcy działającemu z należytą starannością w standardowych warunkach. Jednocześnie, podobnie jak miało to miejsce w ustawie Pzp z 2004r., za dopuszczalne należy uznać jednokrotne wezwanie do uzupełnienia lub poprawienia tej samej nieprawidłowości wynikającej z tych samych dokumentów lub oświadczeń. Jak wynika z brzmienia art. 128 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa wyżej, aktualne na dzień ich złożenia. Koniecznym jest również zwrócenie uwagi na treść ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków dowodowych nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji. Ustawodawca w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp przewidział również możliwość żądania przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 tej ustawy lub złożonych podmiotowych środków dowodowych. Podkreślenia wymaga fakt, że umocowanie do złożenia



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

oferty mieści się w katalogu „innych oświadczeń lub dokumentów składanych w postępowaniu”, o których mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Podsumowując, art. 273 i 274 ustawy Pzp są przepisami „zastępującymi” wyłączone w art. 266 regulacje odnoszące się do prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. W pozostałym zakresie, do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne zastosowanie znajdują przepisy działu II tej ustawy, a więc również te dotyczące kwalifikacji podmiotowej wykonawców, które to przedmiotowa ustawa reguluje w rozdziale 2.

II. Wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Ustawa Pzp ustanawia podział przesłanek wykluczenia na obligatoryjne, których badanie jest obowiązkowe oraz fakultatywne, których weryfikacja pozostawiona jest do decyzji zamawiającego. Jeśli więc zdecyduje się on przeprowadzić analizę istnienia przesłanek fakultatywnych względem danego wykonawcy, winien konkretne podstawy wykluczenia, które będzie oceniał, wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jednocześnie należy zauważyć, że znacznemu ograniczeniu w stosunku do poprzednio obowiązujących przepisów, ulega ilość obligatoryjnych przesłanek wykluczenia, które ustawa Pzp wymienia w art. 108. Ustawodawca zmienił charakter części przesłanek wykluczenia; niektóre z nich, dotychczas obligatoryjne, stały się fakultatywnymi, powiększając tym samym katalog przewidziany w art. 109 ust. 1 tej ustawy.

W związku z tym, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne nie ma obowiązku żądania złożenia przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia, badanie ww. okoliczności przez zamawiającego może się odbywać jedynie w oparciu o złożone przez tego wykonawcę oświadczenie o braku podstaw wykluczenia, którego wzór może określić zamawiający. Natomiast w sytuacji, gdy zamawiający przewidzi w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia „pełną” weryfikację, brak podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawca winien potwierdzać, przedstawiając wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Katalog podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania przewidziany został w § 2 i 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych (§ 4 w odniesieniu do wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej). Podmiotowymi środkami dowodowymi potwierdzającymi niepodleganie wykluczeniu, w świetle § 2 są m.in. informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie wskazanym w ust. 1 pkt 1 tego przepisu, oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086) (§ 2 ust. 1 pkt 2), zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat (§ 2 ust. 1 pkt 4).

Istotnym novum jest wprowadzona w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp zasada mająca zastosowanie w odniesieniu do fakultatywnych podstaw wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp (naruszenie przez wykonawcę obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, naruszenie obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy, przestępstwa i wykroczenia karne, likwidacja wykonawcy, upadłość, zawarcie układu z wierzycielami lub zawieszenie działalności gospodarczej wykonawcy, poważne zawinione naruszenie przez wykonawcę obowiązków zawodowych) lub 7 (niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwale nienależyte wykonywanie przez wykonawcę istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji), zgodnie z którą zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności, gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Na mocy ww. przepisu zamawiający może więc odstąpić od wykluczenia wykonawcy, co do którego zmaterializowała się przesłanka wskazana wyżej, jeśli zastosowanie tego rodzaju sankcji byłoby oczywiście nieproporcjonalne do istniejącego naruszenia. Użyty w ww. przepisie zwrot „w sposób oczywisty nieproporcjonalne” oznacza, że zamawiający nie powinien mieć jakichkolwiek wątpliwości co do nieproporcjonalności wykluczenia tego wykonawcy. Jeżeli nieproporcjonalność wykluczenia nie ma charakteru oczywistego – brak jest podstaw do odstąpienia od zastosowania tego rodzaju sankcji wobec wykonawcy, co do którego zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1-5 lub 7 ustawy Pzp.

Ustawa Pzp wprowadziła również modyfikacje dotyczące możliwości skorzystania przez wykonawców z tzw. samooczyszczenia; przepisy w tym zakresie zostały znacznie uszczegółowione. Istota procedury tzw. samooczyszczenia (z ang. self – cleaning) sprowadza się do pozostawienia wykonawcom możliwości wykazania odpowiednimi środkami swojej rzetelności, mimo istnienia w stosunku do nich podstaw do wykluczenia z postępowania. Założeniem powyższego nie jest więc kwestionowanie bytu tych przesłanek, a udowodnienie, że pomimo wystąpienia konkretnej podstawy, dany wykonawca pozostaje wiarygodny. Self – cleaning został uregulowany w art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W świetle ww. przepisu procedura tzw. samooczyszczenia może mieć zastosowanie w przypadku zmaterializowania się przesłanek wykluczenia przewidzianych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

10 ustawy Pzp. Z powyższego wynika więc, że self cleaning może być wykorzystywany zarówno w odniesieniu do przesłanek obligatoryjnych jak i fakultatywnych. Z treści art. 110 ust. 2 ustawy Pzp można również wywnioskować, że jego dyspozycją nie zostały objęte podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 3 (wydania względem wykonawcy prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne) i pkt 4 ustawy Pzp (prawomocnego orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne) oraz z art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (naruszenia przez wykonawcę obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne). Jednocześnie art. 110 ust. 2 przedmiotowej ustawy wskazuje na konkretne środki, wyodrębnione w ramach trzech kategorii, jakie winien podjąć wykonawca by wykazać swoją rzetelność, a tym samym uniknąć wykluczenia. W ślad za brzmieniem tego przepisu należą do nich:

1) naprawienie lub zobowiązanie się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizowanie personelu,

c) wdrożenie systemu sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzenie struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadzenie wewnętrznych regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

W tym miejscu należy podkreślić, że ustawa Pzp wymaga łącznego spełnienia ww. przesłanek. W kontekście omawianego zagadnienia warto również zauważyć, że ocena, czy podjęte przez wykonawcę zagrożone wykluczeniem czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, stosownie do zapisów art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, należy do zamawiającego. Przepis wskazuje, że w ramach dokonywanej analizy zamawiający winien mieć na względzie wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. W przypadku, gdy zamawiający uzna, że środki



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

naprawcze zastosowane przez wykonawcę nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, jest zobowiązany wykluczyć go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

III. Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

W art. 112 ust. 1 ustawa Pzp podtrzymuje wyrażoną w ustawie Pzp z 2004r. zasadę, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest określać warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Powyższe oznacza, że wymogi udziału w postępowaniu stawiane wykonawcom winny być adekwatne, a zatem odpowiednie biorąc pod uwagę zarówno wartość zamówienia, jego rodzaj, zakres, jak i poziom skomplikowania jego realizacji. Art. 112 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;
- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Ustawodawca wyodrębnił zatem nowy rodzaj warunku, mający zastosowanie w postępowaniach krajowych i unijnych, który zakłada weryfikację wykonawcy pod kątem jego zdolności do występowania w obrocie gospodarczym. W myśl art. 113 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunku, o którym mowa wyżej, zamawiający może wymagać, aby wykonawcy prowadzący działalność gospodarczą lub zawodową byli wpisani do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w kraju, w którym mają siedzibę lub miejsce zamieszkania. Z ww. przepisem koresponduje § 6 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, który uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą lub zawodową dokumentu potwierdzającego stosowny wpis wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem.

Wymóg posiadania przez wykonawcę uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, ustawa Pzp precyzuje w art. 114. Na mocy tego przepisu zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania:

- 1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej lub
- 2) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

3) statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Analizując ww. przepis nie sposób nie zauważyć częściowego przeniesienia na grunt ustawy Pzp regulacji przewidzianej w § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, która umożliwiła zamawiającemu wystąpienie z żądaniem przedstawienia dokumentu koncesji, zezwolenia, licencji na potwierdzenie spełniania warunków lub kryteriów selekcji dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Pewne podobieństwo wyraża się również w zakresie wskazanego w tym rozporządzeniu żądania dokumentu potwierdzającego status członkowski wykonawcy w określonej organizacji, od którego uzależnione jest prawo do świadczenia nabywanej przez zamawiającego usługi w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, przy czym wymóg ten, zarówno w rozporządzeniu w sprawie dokumentów jak i w ustawie Pzp, ograniczony został tylko do zamówień na usługi.

Kwestie związane ze spełnianiem przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu dotyczącego ich sytuacji finansowej lub ekonomicznej reguluje art. 115 ustawy Pzp. Przepis ten, w ust. 1 precyzuje, że w ramach powyższego zamawiający może żądać w szczególności:

- 1) aby wykonawcy posiadali określone minimalne roczne przychody, w tym określone minimalne roczne przychody w zakresie działalności objętej zamówieniem;
- 2) aby wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących w szczególności stosunek aktywów do zobowiązań;
- 3) posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej;
- 4) posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych.

W § 8 ust. 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych wskazany został otwarty katalog podmiotowych środków dowodowych, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Powyższe wynika z użytego w tym przepisie sformułowania „w szczególności”, a zatem ustawodawca wymienia tylko przykładowe rodzaje podmiotowych środków dowodowych służących wykazaniu spełnienia warunku, o którym mowa wyżej (sprawozdanie finansowe albo jego część, oświadczenie wykonawcy o rocznym przychodzie wykonawcy lub o przychodzie wykonawcy w obszarze objętym zamówieniem; informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, dokumenty potwierdzające, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zamówienia), zamawiający zaś uprawniony jest do żądania innych dokumentów, niewskazanych w ww. regulacji, ale tylko odpowiednich i proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i postawionych warunków. Istotna zmiana nastąpiła również w zakresie okresu ważności dokumentu wymienionego w § 8 ust. 1 pkt 3. Stosownie do treści ww. przepisu okres ważności informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy wynosi 3 miesiące wstecz od dnia jej złożenia, zamiast 1 miesiąc wstecz od dnia upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tak jak wynikało to z § 2 ust. 2 pkt 3 poprzednio obowiązującego rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Ostatni z katalogu ustawowego, o którym mowa w art. 112 ust. 2 ustawy Pzp, rodzaj warunku udziału w postępowaniu odnosi się do zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców. Na mocy art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, w ramach tego wymogu, zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Jednocześnie ustawa Pzp przyznaje zamawiającym uprawnienie do żądania od wykonawców, aby spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Wymogi te mogą przykładowo dotyczyć wdrożenia przez wykonawcę innowacyjnych technologii, stosowania określonych norm produkcyjnych, potwierdzonych certyfikatami np. ISO i innymi dokumentami wydawanymi przez podmioty uprawnione do kontroli jakości. Mogą się one również odnosić do spełniania przez wykonawcę standardów zapewniających realizację zamówienia z uwzględnieniem kwestii związanych z ochroną środowiska, ekologią. Brzmienie ust. 2 ww. przepisu zostało zaś dostosowane do treści art. 58 ust. 4 dyrektywy klasycznej. Zmiana polega na doprecyzowaniu, że zamawiający może na każdym etapie postępowania uznać, że wykonawca nie spełnia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej jeśli posiadanie przez tego wykonawcę sprzecznych interesów może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Jednocześnie, z przepisu wynika, że sytuacja taka może mieć miejsce w przypadku zaangażowania zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze. Okoliczności tego rodzaju mogą więc zaistnieć, gdy dany wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wraz ze swoim personelem jednocześnie realizują też inne zadania. Analiza możliwości prawidłowego wykonania przez ten podmiot przedmiotowego zamówienia powinna uwzględniać stopień zaangażowania wykonawcy w prowadzone równoległe prace, ich rodzaj, specyfikę, stopień zaawansowania tych prac oraz okoliczność, czy zostaną one zakończone do czasu rozpoczęcia



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

realizacji zamówienia, o którego udzielenie ubiega się ten wykonawca. Dokonując interpretacji art. 116 ust. 2 ustawy Pzp podkreślić jednak należy, że ustawodawca, poprzez użycie w treści ww. przepisu sformułowania „w szczególności”, pozostawił otwarty katalog przypadków, w których może zająć sprzeczność interesów. Pozostając w temacie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców należy odnieść się również do brzmienia § 9 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Przepis ten, wymieniając podmiotowe środki dowodowe, jakich może żądać zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, implementował art. 60 ust. 4 dyrektywy klasycznej uzależniając ich rodzaj od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług. § 9 ust. 1 pkt 1 przedmiotowego rozporządzenia wskazuje na możliwość żądania przez zamawiającego wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane. W zakresie dostaw lub usług, możliwość żądania podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 przedmiotowego rozporządzenia odnosi się do wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane. Zarówno w przypadku robót budowlanych jak i dostaw oraz usług, wymagane jest złożenie dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Dowodami, w myśl § 9 ust. 1 pkt 1 i 2 przedmiotowego rozporządzenia są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane oraz dostawy lub usługi zostały wykonane (a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych – są wykonywane) a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty (w przypadku robót budowlanych) lub oświadczenie wykonawcy (w przypadku dostaw lub usług). Co istotne, ustawodawca w § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych uszczegółowił sposób liczenia terminów, które mają obejmować żądane wykazy, zarówno w odniesieniu do robót budowlanych jak i dostaw i usług. § 9 ust. 1 pkt 11 ww. rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych uprawnia natomiast zamawiającego do żądania:

- a) próbek, opisów lub fotografii dostarczanych produktów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego,
- b) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Ww. środki mają w założeniu potwierdzać wiedzę i umiejętności (know – how) wykonawcy i wykazywać jego zdolność do zapewnienia odpowiedniej jakości zamówienia.

Ustawa Pzp, w art. 117 precyzuje kwestie związane z wymaganiami stawianymi wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Ust. 2 ww. przepisu zakłada, że warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Natomiast, zgodnie z ust. 3 ww. regulacji w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

IV. Udostępnienie zasobów przez podmioty trzecie

Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Ustawa Pzp, przesądza więc o możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich także w odniesieniu do potwierdzenia spełnienia kryteriów selekcji. W świetle omawianej regulacji, powoływanie się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego jest możliwe jedynie w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej, a więc wyłączone w odniesieniu do zdolności do występowania w obrocie gospodarczym oraz uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Jak stanowi art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W kontekście omawianego zagadnienia należy mieć jednak również na względzie ograniczenie korzystania z zasobów podmiotów trzecich wynikające z dyspozycji art. 121 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zamówienia na dostawy. Wykonawca, który decyduje się skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego (w sytuacji, gdy nie ma zastosowania art. 121 ustawy Pzp), winien wykazać zamawiającemu, że na etapie wykonania zamówienia będzie faktycznie tym potencjałem dysponował. W nawiązaniu do powyższego konieczne jest zatem przytoczenie art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, który nakłada na wykonawcę obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Należy pamiętać, że stosownie do treści art. 123, wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powołać się na potencjał podmiotu trzeciego, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji tego podmiotu. Powyższa zasada odzwierciedla stanowisko TSUE wyrażone w wyroku wydanym w sprawie C-387/14 Esaprojekt. W związku powyższym, niedozwolona jest sytuacja, by wykonawca deklarujący, na etapie składania ofert lub odpowiednio wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym zobowiązujący się do realizacji zamówienia we własnym zakresie, na późniejszym etapie – powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego.

V. Podsumowanie

Reasumując powyższe rozważania należy stwierdzić, że ustawa Pzp, w zakresie kwalifikacji podmiotowej wykonawców w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne, ustanawia szereg nowych rozwiązań legislacyjnych oraz modyfikuje te, istniejące w poprzednim stanie prawnym. W konsekwencji, wprowadzone, w odniesieniu do kwalifikacji podmiotowej wykonawców modyfikacje ustawowe, wymusiły konieczność zaprojektowania nowego rozporządzenia w sprawie rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, precyzującego kwestie związane z potwierdzaniem spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia.