



Warszawa, 24. 06. 2015 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Dariusz Piasta

UZP/DP/026/651(2)/15/MM

KW- 5229/15

Pan
Waldemar Ślugocki
Sekretarz Stanu
Ministerstwo Infrastruktury
i Rozwoju

Stanowisko Prawa Minimum

W odpowiedzi na pismo z dnia 1 czerwca 2015 r. (znak DWI-III-82110-(7)-18-BM, TWo/14), dotyczące wydania opinii prawnej w zakresie ogólnej interpretacji i wykładni przepisu art. 83 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą” Pzp, w świetle analizy zachowań oferentów w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegających zarówno na równoczesnym składaniu oferty jako wykonawca oraz występowaniu jako podwykonawca innego przedsiębiorcy w tym samym przetargu, jak również na składaniu wyjaśnień w zbliżonym zakresie, uprzejmie informuję, co następuje.

Ustawa Pzp nie zawiera wprost regulacji zakazujących jednemu podmiotowi występowania w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako wykonawca oraz podwykonawca w ramach oferty innego wykonawcy. Niewątpliwie na gruncie przepisów ustawy Pzp dany podmiot może złożyć tylko jedną ofertę (art. 82 ust. 1 ustawy Pzp), czyli nie jest prawnie dopuszczalne, aby jeden podmiot pełnił rolę więcej niż jednego wykonawcy – rozumianego jako podmiot, który składa ofertę – w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie dotyczy to przypadków składania oferty nie tylko jako samodzielny podmiot, lecz również w ramach tzw. konsorcjum (art. 23 ustawy Pzp).

Sytuację, w której jeden podmiot złożył ofertę jako wykonawca oraz występuje jako podwykonawca w ramach oferty innego wykonawcy, będąc obowiązany jako podwykonawca do realizacji niemal całego zamówienia, należy oceniać zarówno w świetle przepisów Kodeksu cywilnego (w związku z odesłaniem zawartym w art. 14 ustawy Pzp), jak i na gruncie przepisów dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji oraz ochrony konkurencji.

Jakkolwiek nie jest zakazane – zarówno na gruncie ustawy Pzp, jak i Kodeksu cywilnego – jednoczesne występowanie przez dany podmiot zarówno w roli wykonawcy, jak i podwykonawcy innego wykonawcy, a także składanie oferty przez wykonawcę, jeżeli wykonanie całości zamówienia ma zostać powierzone podwykonawcy, odmiennie należy ocenić sytuację, w której podwykonawca mający zrealizować całość lub prawie całość zamówienia jednocześnie składa ofertę jako wykonawca. W takim przypadku zastosowanie powinien znaleźć przepis art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nieważną jest nie tylko czynność prawna będąca sprzeczną z ustawą, ale także czynność prawna mająca na celu obejście ustawy. *Czynność prawna mająca na celu obejście ustawy polega na takim ukształtowaniu jej treści, które z punktu widzenia formalnego (pozornie) nie sprzeciwia się ustawie, ale w rzeczywistości (w znaczeniu materialnym) zmierza do zrealizowania celu, którego osiągnięcie jest przez nią zakazane*¹. W przypadku zatem, gdy dokonując czynności prawnej wykorzystującej prawnie dopuszczalne instytucje przewidziane przepisami ustawy Pzp (w szczególności instytucję podwykonawstwa), doprowadza się do powstania sytuacji prawnej takiej samej lub bardzo zbliżonej do tej, która jest zabroniona przez obowiązujące przepisy prawne (złożenie przez jeden podmiot więcej niż jednej oferty), mamy do czynienia z czynnością prawną, którą należy uznać za nieważną na podstawie art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, jako mającą na celu obejście przepisu art. 82 ust. 1 ustawy Pzp ustawy. Oferta ww. wykonawcy (będącego jednocześnie podwykonawcą) będzie podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, przewidującego odrzucenie oferty, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. innych niż ustawa Pzp. Taką samą sankcję należy zastosować w stosunku do oferty wykonawcy, w ramach której ww. wykonawca występował jako podwykonawca, o ile ten pierwszy wykonawca zdawał sobie sprawę, że jego podwykonawca ma także zamiar złożyć ofertę jako wykonawca (także w ramach tzw. konsorcjum) w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

¹ Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna. S. Dmowski, S. Rudnicki, Wydanie 10, Warszawa 2011, str. 281.

Przedmiotową sytuację należy także rozpatrywać w kontekście regulacji dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji, w szczególności jako znowę przetargową, co też w niniejszej sprawie miało miejsce w ramach decyzji wydanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Stwierdzenie, czy konkretne zachowanie podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wymaga w każdym przypadku dokonania dokładnej analizy konkretnych okoliczności pod kątem zaistnienia znamion danej postaci czynu nieuczciwej konkurencji. W przypadku tzw. znowy przetargowej analizy tej należy dokonywać w szczególności z uwzględnieniem celu tej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, którym to celem jest doprowadzenie do udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy, udzielenie zamówienia na konkretnych warunkach czy też wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku. W związku z tym samo występowanie przez jeden podmiot jako wykonawca oraz podwykonawca innego wykonawcy, mający zrealizować całość lub prawie całość przedmiotu danego zamówienia, nie świadczy jeszcze o występowaniu znowy przetargowej, skutkującej obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający jest bowiem obowiązany do udowodnienia, że powyższa sytuacja jest skutkiem zawarcia pomiędzy tymi dwoma podmiotami porozumienia, któremu przyświeca jeden z ww. celów znowy przetargowej. Udowodnienie występowania znowy przetargowej na ogół nie jest łatwe. Zamawiającemu nie można stawiać zarzutu z powodu braku odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jeżeli pomimo przeprowadzenia stosownego postępowania wyjaśniającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie było możliwe – w ramach środków prawnych przysługujących zamawiającemu, udowodnienie zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji w postaci znowy przetargowej.

Odnosząc się do zawartej w ww. piśmie prośby o *przekazanie informacji na temat innych możliwych i prawnie dopuszczalnych konfiguracji, w których ten sam podmiot gospodarczy może występować w jednym przetargu, oraz przesłanek, w oparciu o które mógłby on wówczas (ewentualnie) podlegać wykluczeniu*, uprzejmie informuję, iż tak jak wskazano powyżej, z ustawy Pzp wynika, że jeden podmiot nie może złożyć więcej niż jednej oferty, czyli nie może występować jako więcej niż jeden wykonawca. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają wprost regulacji zakazujących lub dopuszczających inne sytuacje, w których jeden podmiot występuje w dwóch lub więcej rolach. Wszystkie tego typu sytuacje należy oceniać w konkretnych okolicznościach danach sprawy, m. in. pod kątem dopuszczenia się przez dany podmiot czynu nieuczciwej konkurencji czy też nieważności danej czynności prawnej. W zależności od tego, z jakim rodzajem uchybienia przepisów

będziemy mieli do czynienia w danej sprawie, odmienna może być zarówno sankcja, jak i podstawa prawna jej zastosowania.

Na marginesie należy także wskazać, iż w powyższym zakresie nowe regulacje zawiera dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, będąca obecnie przedmiotem prac legislacyjnych w celu wdrożenia jej do krajowego porządku prawnego. Zgodnie z art. 58 ust. 4 akapit drugi, w ramach kwalifikacji podmiotowej wykonawców, instytucje zamawiające mogą w szczególności wymagać, aby wykonawcy mieli wystarczający poziom doświadczenia wykazany odpowiednimi referencjami dotyczącymi zamówień wykonanych wcześniej. Instytucja zamawiająca może uznać, że dany wykonawca nie ma wymaganych zdolności zawodowych, jeżeli ustaliła, że wykonawca ma sprzeczne interesy, które mogą mieć wpływ na realizację zamówienia.

Z pewną zmianą
P. A. A.