

POSTĘPOWANIE

Już na gruncie prawa zamówień publicznych obowiązującego do końca 2020 r. praktycy prawa restrukturyzacyjnego podnosili, że podmioty w restrukturyzacji są de facto pozbawione możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Mimo że otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego nie było samo w sobie przesłanką wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, to podmioty w restrukturyzacji doznawały pośredniej dyskryminacji za sprawą przesłanek, które z pozoru nie miały z restrukturyzacją nic wspólnego. Nowe prawo zamówień publicznych poszerza przesłankę wykluczenia odnoszącą się do zawarcia przez wykonawcę układu z wierzycielami. Jednocześnie dodaje klauzulę, której umiejętne stosowanie przez podmioty udzielające zamówień publicznych pozwoli uniknąć wykluczania wykonawców tylko z tej przyczyny, że znajdują się w restrukturyzacji lub zawarli już układ z wierzycielami.

Stan prawny
przed 2021 r.

Na podstawie dotychczasowego prawa zamówień publicznych, po myśli art. 24 ust. 5 pkt 1, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający mógł wykluczyć wykonawcę:

- w stosunku do którego otwarto likwidację,
- w stosunku do którego w postępowaniu restrukturyzacyjnym sąd zatwierdził układ likwidacyjny (czyli przewidujący zaspokojenie wierzycieli przez likwidację majątku dłużnika) lub sąd zarządził likwidację jego majątku w związku z nieodebraniem go w terminie wyznaczonym przez zarządcę (po uprawomocnieniu się postanowienia o umorzeniu postępowania restrukturyzacyjnego albo postanowienia odmawiającego zatwierdzenia układu dłużnik ma obowiązek odebrać własny majątek od zarządcy),
- którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli nie jest to układ likwidacyjny, chyba że sąd zarządził likwidację jego majątku w związku z nieodebraniem go w terminie wyznaczonym przez syndyka (po uprawomocnieniu się postanowienia o umorzeniu postępowania upadłościowego dłużnik ma obowiązek odebrać majątek od syndyka).

Przytoczone podstawy wykluczenia miały charakter fakultatywny, co oznacza, że to zamawiający decydował, czy wprowadzić je do treści ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia. Jednak wprowadzenie ich do ogłoszenia lub wspomnianych dokumentów wiązało zamawiającego, a zatem co do zasady musiał on wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę podpadającego pod taką przesłankę.

Z postępowania mógł być wykluczony wykonawca, który w postępowaniu restrukturyzacyjnym zawarł z wierzycielami układ likwidacyjny. Zatem – a contrario – wykonawca, który zawarł układ inny niż likwidacyjny, nie mógł być wykluczony z postępowania.

Od razu dodać warto, że układy likwidacyjne są raczej odstępstwem od reguły i nie zdarzają się często. Dlatego powyższa przesłanka wykluczenia z rzadka znajdowała zastosowanie. Takie jej ukształtowanie można więc było uznać za trafne.

Tym, co faktycznie tamowało podmiotom w restrukturyzacji drogę do uczestniczenia w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, była fakultatywna przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8. Pozwalała ona wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia

Nawet gdyby posiadał środki na spłatę zadłużenia wobec ZUS czy Skarbu Państwa, art. 252 ust. 1 prawa restrukturyzacyjnego stanowi, że od dnia otwarcia postępowania do dnia jego zakończenia albo uprawomocnienia się postanowienia o umorzeniu spełnianie przez dłużnika albo zarządcę świadczeń wynikających z wierzytelności, które z mocy prawa są objęte układem, jest niedopuszczalne.

Tak jak w przypadku każdej fakultatywnej przesłanki wykluczenia, tak i w przypadku omówionych wyżej wykonawca mógł podjąć próbę tzw. samooczyszczenia, czyli przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Niemniej wskazane w ustawie przykładowe sposoby samooczysz-

” Jak wynika art. 109 ust. 3 nowego prawa zamówień publicznych, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, m.in. gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka

tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

Utrzymana została fakultatywność powyższych przyczyn wykluczenia. Podobnie jak w poprzednim stanie prawnym, tak i obecnie o wprowadzeniu ich do ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia decyduje zamawiający.

w przeciwieństwie do poprzedniego, zawiera jeszcze jeden niezwykle ważki przepis. W art. 109 ust. 3 zadekretowano bowiem, że 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 wyko-

restrukturyzacyjne, dzieli się proporcjonalnie na wierzytelność układową i pozaukładową – tej pierwszej podmiot w restrukturyzacji nie może spełnić).

Konieczne jest rzetelne
zbadanie

Przed wykluczeniem wykonawcy na podstawie jednej z fakultatywnych przesłanek

Wykonawca w trakcie restrukturyzacji nie jest bez szans



NORBERT FROSZTEGA

Nowe prawo zamówień publicznych poszerza przesłankę wykluczenia odnoszącą się do zawarcia przez wykonawcę układu z wierzycielami. Jednocześnie dodaje klauzulę, której umiejętne stosowanie przez podmioty udzielające zamówień publicznych pozwoli uniknąć wykluczania niektórych wykonawców.

” Nowa ustawa zachowuje również fakultatywną podstawę wykluczenia wykonawcy, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami albo zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Aby zamawiający miał sposobność zweryfikowania, czy wykonawca naruszył któryś z tych obowiązków, mógł żądać od wykonawcy przedłożenia zaświadczenia o niezaleganiu, wystawionego m.in. przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych lub urząd skarbowy. Problem polegał na tym, że podmiot, wobec którego otwarto postępowanie restrukturyzacyjne, wśród wierzytelności układowych (czyli – w uproszczeniu – powstałych przed otwarciem postępowania i których sposób spłaty ma regulować układ) najczęściej posiadał również wierzytelności publicznoprawne. Wobec tego nie mógł otrzymać zaświadczenia o niezaleganiu.

czenia jednoznacznie świadczyły, że zostało ono pomyślane jako środek obrony przede wszystkim przed wykluczeniem na podstawie przesłanek odwołujących się do skazania za przestępstwo.

Nowe regulacje

Prawo zamówień publicznych, które zacznie obowiązywać 1 stycznia 2021 r., pozwala wykluczyć wykonawcę:

- w stosunku do którego otwarto likwidację,
- w stosunku do którego ogłoszono upadłość,
- którego aktywności zarządza likwidator lub sąd,
- który zawarł układ z wierzycielami,
- którego działalność gospodarcza jest zawieszona,
- który znajduje się w innej

Istotnej modyfikacji uległa jednak przesłanka odwołująca się do zawarcia układu z wierzycielami. O ile poprzednio ograniczała się wyłącznie do układów likwidacyjnych, o tyle obecnie obejmuje każdy rodzaj układu. Wystarczy zatem, że wykonawca zawrze w postępowaniu restrukturyzacyjnym układ z wierzycielami handlowymi (i to nawet układ częściowy), przewidujący wyłącznie odroczenie terminów zapłaty, a będzie to podstawą do wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 111 pkt 4 nowego prawa zamówień publicznych okres wykluczenia wyniesie trzy lata od zawarcia układu. Możliwe więc, że wykonawca zdąży w całości układowy, a nadal będzie znajdował się w okresie wykluczenia.

Nowe prawo zamówień publicznych zachowuje również fakultatywną podstawę wykluczenia wykonawcy, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. To też wykonawca w restrukturyzacji, który pośród wierzytelności układowych ma również wierzytelności publicznoprawne, nadal będzie podpadał pod rzeczoną podstawę wykluczenia. Jednakże nowe prawo zamówień publicznych,

nawcy jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Powyższa regulacja może stanowić skuteczne narzędzie niwelowania przeszkód w uczestniczeniu przez podmioty w restrukturyzacji w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Pod warunkiem że zamawiający będą z niej korzystać.

Zastosowanie klauzuli nieproporcjonalności wymagać będzie indywidualnej analizy każdej sprawy. Niemniej wskazać można przypadki, w których wykluczenie wykonawcy zasadniczo zawsze będzie środkiem oczywście nieproporcjonalnym. Po pierwsze, wykluczeniu nie powinien podlegać wykonawca, który zawarł układ z wierzycielami, a następnie w całości go wykonał, nawet jeśli od jego zawarcia nie upłynęły jeszcze trzy lata. Po drugie, wykluczeniu nie powinien podlegać wykonawca, który zawarł nielikwidacyjny układ z wierzycielami i terminowo go wykonuje. I wreszcie po trzecie, wykluczeniu nie powinien podlegać wykonawca, który zalega z podatkami lub składkami na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne tylko za okres rozliczeniowy, w którym otwarto postępowanie restrukturyzacyjne (wierzytelność za okres rozliczeniowy, w trakcie którego zostało otwarte postępowanie

przewidzianych w nowym prawie zamówień publicznych zamawiający powinien zawsze rzetelnie zbadać, czy wykluczenie nie będzie środkiem oczywście nieproporcjonalnym. W przeciwieństwie do instytucji samooczyszczenia, przy której inicjatywa leży po stronie wykonawcy, z klauzuli nieproporcjonalności zamawiający może skorzystać niezależnie od tego, czy wykonawca podniósł, iż wykluczenie go byłoby oczywście nieproporcjonalne. Art. 109 ust. 3 nowego prawa zamówień publicznych szczególnie często powinien być wykorzystywany w odniesieniu do wykonawców w restrukturyzacji lub takich, którzy zawarli już układ z wierzycielami i obecnie terminowo go wykonują, czy wręcz wykonali go w całości. W innym przypadku dojdzie do sytuacji, w której fakultatywna przesłanka wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia całkowicie zniweczy istotę procedur restrukturyzacyjnych, wypaczając ich sens oraz cel wdrażania wobec podmiotów, które w ramach prowadzonej działalności realizują zamówienia publiczne.

/©

Autor jest adwokatem i współnikiem w Zimmerman i Wspólnicy sp. k.