

## Procedury

■ Jak ustrzec się błędów w zawieranych porozumieniach dystrybucyjnych C2-3

## Aktualności

■ W Urzędzie Patentowym jest nowa, elektroniczna ścieżka do zgłoszeń C3

## Praktyka

■ Nowe zasady magazynowania odpadów mają lukę. Największe instalacje nie muszą ich wdrażać C4

## Firmy, które zawarły układ, też mogą wypaść z przetargu

**PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH** Nowa ustawa pozwala zamawiającemu wykluczyć nie tylko wykonawców znajdujących się w katastrofalnej sytuacji finansowej skutkującej likwidacją, lecz także tych, którzy z powodzeniem zakończyli restrukturyzację. I to aż na trzy lata



**Norbert Frosztega**  
adwokat, partner w Zimmerman, Sierakowski i Partnerzy, kancelarii radców prawnych i adwokatów



**Wojciech Bobik**  
aplikant radcowski w Zimmerman, Sierakowski i Partnerzy, kancelarii radców prawnych i adwokatów

Zgodnie ze starym, obowiązującym do końca 2020 r. prawem zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający mógł wykluczyć takiego wykonawcę, który znajdował się w na tyle trudnej sytuacji, że – mówiąc w uproszczeniu – nie rokowała już ona poprawy. Chodziło o wykonawców:

- w stosunku do których otwarto likwidację,
- w stosunku do których w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym było przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację ich majątku (tzw. układ likwidacyjny) lub sąd zarządził likwidację ich majątku w związku z nieodebraniem go w terminie wyznaczonym przez zarządcę (chodzi o odebranie majątku po uprawomocnieniu się postanowienia o umorzeniu postępowania restrukturyzacyjnego albo postanowienia odmawiającego zatwierdzenia układu);
- których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego, chyba że sąd zarządził likwidację jego majątku w związku z nieodebraniem go w terminie wyznaczonym przez syndyka (chodzi o odebranie majątku po uprawomocnieniu się postanowienia o umorzeniu postępowania upadłościowego).

Wykluczenie wykonawcy na podstawie powyższych przesłanek miało charakter fakultatywny. Inaczej mówiąc, zamawiający miał prawo wprowadzić powyższe przesłanki do treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, ale nie było to obowiązkowe. Jeśli jednak zamawiający zdecydował się je wprowadzić, to w toku postępowania zasadniczo zmuszony był wykluczyć wykonawcę, w przypadku którego przesłanki te zachodziły. Aby tego uniknąć, wykonawca mógł ewentualnie próbo-

wać dokonać tzw. samooczyszczenia (ang. self-cleaning), czyli przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Takie wymogi wobec wykonawców trudno kwestionować. Nie ma wątpliwości, że lepiej nie powierzać wykonania zamówienia publicznego podmiotowi, wobec którego ogłoszono upadłość albo który zawarł układ likwidacyjny, bo to z punktu zamawiającego zbyt duże ryzyko. Co jednak istotne, tak ukształtowane w poprzednim stanie prawnym przesłanki nie dyskryminowały podmiotów, które pomyślnie przeszły postępowanie restrukturyzacyjne, w ramach którego zawarto układ nieprzewidujący likwidacji ich majątku.

### Nowe prawo

Niestety nowe prawo zamówień publicznych, które weszło w życie 1 stycznia br. (ustawa z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych; Dz.U. poz. 2019; ost.zm. Dz.U. z 2021 r. poz. 464; dalej: nowe p.z.p.) przewiduje możliwość wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego już nie tylko wykonawców znajdujących się w katastrofalnej sytuacji finansowej skutkującej likwidacją, lecz także tych, którzy z powodzeniem zakończyli postępowanie restrukturyzacyjne. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 4 nowego p.z.p. katalog przesłanek jest szerszy niż w starej ustawie. Zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- w stosunku do którego otwarto likwidację,
- w stosunku do którego ogłoszono upadłość,
- którego aktywami zarządza likwidator lub sąd,
- który zawarł układ z wierzycielami,
- którego działalność gospodarcza jest zawieszona,
- który znajduje się w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury. [przykład]

Co więcej, wykluczenie następuje na okres trzech lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą owego wykluczenia (art. 111 pkt 4 nowego p.z.p.). Oznacza to, że odrzucona może być również oferta takiego wykonawcy, który przeszedł z powodzeniem postępowanie restrukturyzacyjne, zawarł układ z wierzycielami, a następnie układ w całości wykonał – o ile od zawarcia układu nie upłynęły jeszcze trzy lata.

### Sposoby obrony

Jak przedsiębiorca może się bronić? Niekorzystne dla wykonawców zmiany w nowym p.z.p. nie oznaczają, że jest on na całkowicie

### PRZYKŁAD

#### Jak pogorszyła się sytuacja przedsiębiorcy

Firma BudMost SA zakończyła z powodzeniem restrukturyzację w sierpniu 2020 r., zawierając układ z wierzycielami. Układ przewiduje zaspokojenie wierzycieli w perspektywie dwóch kolejnych lat i nie ma charakteru likwidacyjnego (nie zakłada likwidacji majątku spółki). Spółka BudMost SA zajmuje się budowaniem mostów i miała zaplanowany udział w dwóch postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na budowę dużych mostów. Jedno postępowanie rozpoczęło się w grudniu 2020 r. (na podstawie przepisów starego prawa zamówień publicznych), drugie w kwietniu 2021 r. – na podstawie nowego p.z.p. Omawiana zmiana przesłanek wykluczenia skutkuje tym, że o ile BudMost SA mógł bez przeszkód ubiegać się o udzielenie zamówienia w przetargu grudniowym, o tyle z przetargu kwietniowego może już zostać wykluczony. Przyczyną wykluczenia może być sam fakt zawarcia wspomnianego układu w sierpniu 2020 r., nawet jeśli jest on w pełni realizowany.

Co więcej, nawet jeśli BudMost SA wykona w pełni układ w sierpniu 2022 r., to z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może być wykluczony jeszcze przez kolejny rok, tj. do sierpnia 2023 r.

straconej pozycji. W przypadku nowej podstawy wykluczenia, podobnie jak w przypadku przesłanki w postaci istnienia zaległości publicznoprawnych (o czym piszemy dalej), zastosowanie może znaleźć klauzula proporcjonalności. W nowym p.z.p. dodany został bowiem przepis, który stanowi, że zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne (art. 109 ust. 3 nowego p.z.p.). Dodatkowo w ustawie utrzymano procedurę samooczyszczenia (self-cleaningu), której odmiennosć na gruncie znowelizowanych przepisów polega na tym, że przewidziano przykładowy katalog czynności, które wykonawca musi podjąć, aby wykazać swoją rzetelność. Upraszczając, różnica pomiędzy klauzulą proporcjonalności a self-cleaningiem polega na tym, że ciężar dowodu wykazania przesłanek samooczyszczenia ciąży na podmiocie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, klauzulę proporcjonalności zamawiający powinien zaś stosować z urzędu.

W obu przypadkach ostatecznie wszystko pozostaje w rękach zamawiającego, którzy mają bardzo szeroki zakres decyzyjności. W odniesieniu do wykonawcy, który wykonał zawarty układ, niezależnie od tego, że ten powinien się bronić procedurą samooczyszczenia, zamawiający z całą pewnością powinien jednak skorzystać z klauzuli proporcjonalności i w konsekwencji nie wykluczać takiego przedsiębiorcy z postępowania. Również w stosunku do wykonawcy, który terminowo wykonuje zawarty układ, zamawiający powinien się poważnie zastanowić, czy jego wykluczenie nie będzie w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Należałoby wręcz postulować przyjęcie przez zamawiających dobrej praktyki, sprowadzającej się do tego, że zawsze gdy wykonawca zawarł układ z wierzycielami, który terminowo

obsługuje (a tym bardziej, gdy układ już w całości wykonał), omawiana przesłanka wykluczenia nie powinna być stosowana.

### Wskazana aktywna postawa

Decydując się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, spółka, która zawarła nie dawniej niż trzy lata wcześniej układ z wierzycielami, powinna zatem wykazać się dodatkową aktywnością. Z pewnością nie może pozostać bierna i liczyć to, że zamawiający jej nie wykluczy z zamówienia, uznając, że byłoby to oczywiście nieproporcjonalne. Polem do walki jest sygnalizowana procedura self-cleaningu. A zatem wykonawca startujący w przetargu powinien z własnej inicjatywy wykazać, że podjął, podejmuje i ma zamiar kontynuować takie działania, które z jednej strony mają uchronić go przed ponownym znalezieniem się trudnej sytuacji ekonomicznej (zwłaszcza poprzez eliminację przyczyn, które w przeszłości doprowadziły do niewypłacalności lub zagrożenia niewypłacalnością), z drugiej zaś pozwolili na wykonanie układu zgodnie z jego treścią, a przy tym regulowanie bieżących zobowiązań i prowadzenie działalności gospodarczej. Zbiór tych okoliczności powinien tworzyć obraz kandydata na wykonawcę jako podmiotu, który zna przyczyny, które doprowadziły do konieczności wdrożenia restrukturyzacji i zawarcia układu, a jednocześnie zapobiega ich powtórzeniu się, utrzymując zdolność finansowo-organizacyjno-techniczną do wykonania zamówienia, o udzielenie którego się ubiega. Jeśli powyższe się nie uda i pomimo starań wykonawcy dojdzie do jego wykluczenia na podstawie przesłanki zawarcia układu z wierzycielami, to pozostanie walka w Krajowej Izbie Odwoławczej.



# Firmy, które zawarły układ, też mogą wypaść z przetargu

Dokończenie ze s. C1

## Publicznoprawne należności już nie pogrążą

Są też zmiany na lepsze. Pod rządami starej ustawy poważną bolączką była fakultatywna przesłanka wykluczenia dotycząca naruszenia przez wykonawcę obowiązku dotyczącego płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Katalog dokumentów, jakich zamawiający mógł domagać się od wykonawcy w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu, pozwalał zamawiającemu żądać przedłożenia m.in. zaświadczeń o niezaleganiu z opłacaniem podatków oraz składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Uzyskanie takiego zaświadczenia przez podmiot w restrukturyzacji, jeśli wśród wierzytelności układowych znajdowały się także zobowiązania publicznoprawne, było niemożliwe. Czasami prowadziło to do absurdalnych sytuacji, w których wysokość wierzytelności publicznoprawnych była drobna i dłużnik byłby w stanie je natychmiast spłacić, aby uzyskać

zaświadczenie o niezaleganiu, ale nie mógł tego uczynić, gdyż w czasie trwania postępowania restrukturyzacyjnego wiąże go ustawowy zakaz regulowania zobowiązań objętych układem. Tym sposobem z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykluczani byli nie tylko wykonawcy, wobec których zawarto w postępowaniu restrukturyzacyjnym układ likwidacyjny, lecz także wszyscy, którzy wśród wierzytelności układowych mieli składki na ubezpieczenia społeczne lub podatki.

Na szczęście nowe p.z.p. w kwestii wykluczenia z powodu zaległości publicznoprawnych wprowadziło pozytywną zmianę. Sama fakultatywna przesłanka wykluczenia pozostała, podobnie jak zachowało moc rozporządzenie pozwalające żądać od wykonawcy przedłożenia zaświadczeń o niezaleganiu. Sytuację przedsiębiorców z zaległościami publicznoprawnymi poprawia jednak nowo dodany art. 109 ust. 3 nowego p.z.p., który jednoznacznie stanowi, że zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonal-

ne. Ustawa wskazuje bowiem, że o nieproporcjonalności można mówić w szczególności, gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Nowy przepis jest zatem swoim kołem ratunkowym, które wydaje się wręcz stworzone do stosowania wobec podmiotów w restrukturyzacji. Ponieważ jednak treść przepisu jest dość ogólna, praktyka pokaże, czy zamawiający zdecydują się w ten właśnie sposób z niego korzystać.

## Sprzeczne sygnały

Uchwalając nowe prawo zamówień publicznych, ustawodawca najwyraźniej zapomniał o przyjętej przed ponad pięcioma laty ustawie z 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 814; ost.zm. Dz.U. z 2020 r. poz. 1298), a w szczególności o celu, jaki mu wówczas przyświecał. Uchwalając prawo mające ułatwiać przedsiębiorcom uzdrowienie, ustawodawca deklarował, że pozwoli ono dłużnikom łatwiej zabiegać

o zaufanie wierzycieli i innych uczestników obrotu niż w sytuacji, gdy ciążyło na dłużnikach piętno upadłych. Co więcej, również ostatnio, w dobie kryzysu wywołanego pandemią, przyjęte zostały kolejne rozwiązania prawne mające wspomóc przedsiębiorców w procesie restrukturyzacji. Mowa zwłaszcza o uproszczonym postępowaniu restrukturyzacyjnym (wprowadzonym tarczą antykryzysową 4.0) oraz ustawie z 16 lipca 2020 r. o udzielaniu pomocy publicznej w celu ratowania lub restrukturyzacji przedsiębiorców (Dz.U. poz. 1298). Zatem z jednej strony państwo ułatwia przedsiębiorcom restrukturyzację, przeznaczając na ten cel niemałe środki (choć i tak niewystarczające) oraz zachęca inne podmioty do nawiązywania współpracy z przedsiębiorcami w restrukturyzacji. Z drugiej jednak strony zmiany, jakie wprowadzono w nowym p.z.p., odizolować mogą przedsiębiorców w restrukturyzacji od publicznych pieniędzy, które mogliby pozyskać, wykonując zadania publiczne. Różnica między pomocą publiczną a wynagrodzeniem za wykonane zadanie publiczne

jest taka, że tę pierwszą trzeba w końcu spłacić. Dlatego prawdziwą pomocą dla przedsiębiorców w restrukturyzacji byłoby ułatwienie im dostępu do postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Nowe p.z.p. hołduje jednak przeciwnej filozofii. Pozostaje mieć nadzieję, że ustawodawca szybko się zreflektuje i dostrzeże, że eliminacja z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy zawarli układ z wierzycielami, jest trudna do pogodzenia z zasadą proporcjonalności, ale przede wszystkim godzi w ideę restrukturyzacji, która tak mocna była podkreślana przy wprowadzaniu do naszego systemu prawa ustawy – Prawo restrukturyzacyjne. Dopóki jednak zmiana legislacyjna nie nastąpi, dopóty pozostaje mieć wiarę w racjonalne podejście do przesłanek wykluczenia przez zamawiających.

©

**Norbert Frosztęga**, adwokat, partner w Zimmerman, Sierakowski i Partnerzy, kancelarii radców prawnych i adwokatów  
**Wojciech Bobik**, aplikant radcowski w Zimmerman, Sierakowski i Partnerzy, kancelarii radców prawnych i adwokatów