

Podmiotowe środki dowodowe składane na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – wybrane zagadnienia

I. Podstawa wykluczenia wykonawcy z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz podmiotowe środki dowodowe składane na potwierdzenie braku ww. podstawy wykluczenia z postępowania

Jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada zachowania uczciwej konkurencji, przewidziana w art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. zm., dalej jako: „ustawa Pzp”). Ustawa Pzp zawiera w związku z tym mechanizmy, których celem jest wyeliminowanie sytuacji mogących powodować zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jedną z sytuacji, w których może dojść do naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest **zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji**. Do kwestii tej odnosi się art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który sankcjonuje takie zachowanie wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Przywołany wyżej przepis zawiera w sobie dwie sytuacje, których wystąpienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Pierwsza z nich odnosi się do **porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego**, tj. zarówno takich, które zostały zawarte **w postępowaniu, w którym jest składana oferta** (wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), **jak również tych, które zostały zawarte w innym postępowaniu** (prowadzonym przez tego samego lub innego zamawiającego).

Druga sytuacja dotyczy **złożenia przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej odrębnych ofert** (ofert częściowych lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) **w tym samym postępowaniu**, tj. porozumienia zawartego pomiędzy członkami tej samej grupy kapitałowej,

W celu potwierdzenia braku wskazanej podstawy wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do § 2 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w *sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy* (Dz. U. poz. 2415 z późn. zm., zwanego dalej „rozporządzeniem”), zamawiający może żądać:

- 1) oświadczenia wykonawcy o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej – w celu weryfikacji przynależności wykonawcy do grupy kapitałowej (§ 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia);
- 2) oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp – w celu wykazania braku zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji (§ 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia).

Niniejsza opinia dotyczy wybranych zagadnień dotyczących weryfikacji istnienia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, zawartego pomiędzy członkami tej samej grupy kapitałowej w sytuacji złożenia przez nich odrębnych ofert (ofert częściowych, wniosków o dopuszczenie do udziału) w postępowaniu, w zakresie podmiotowych środków dowodowych składanych na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

II. Czy istnieje obowiązek żądania oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym została złożona tylko jedna oferta (odpowiednio jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) oraz w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki?

Punktem wyjścia do odpowiedzi na postawione pytanie jest wskazanie, że w świetle art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, badaniu podlega m.in. zakłócenie konkurencji wynikające ze składania przez członków grupy kapitałowej odrębnych ofert w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ustawa Pzp nie zawiera definicji pojęcia „grupa kapitałowa”, odsyłając w tym zakresie do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która w art. 4 pkt 14 stanowi, że pod pojęciem grupy kapitałowej rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. **Grupa kapitałowa nie jest zatem jednym podmiotem, ale grupą odrębnych podmiotów, powiązanych gospodarczo, z których każdy może samodzielnie uzyskać status wykonawcy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.**

Należy zauważyć, że aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie złożenia przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, konieczne jest, aby w postępowaniu złożyły oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu **co najmniej dwóch wykonawców.**

Innymi słowy, nie można zastosować przesłanki wykluczenia wykonawcy na ww. podstawie prawnej, w sytuacji, gdy ofertę (odpowiednio wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) złożył tylko jeden wykonawca. W takiej sytuacji nie zachodzi bowiem ryzyko, że członkowie grupy kapitałowej złożyli odrębne od siebie oferty (w postępowaniu jest tylko jedna oferta).

Mając zatem na względzie cel, jakemu służy składanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenia o grupie kapitałowej, wyjaśnić należy, że obowiązek złożenia ww. oświadczenia aktualizował się będzie w sytuacji, gdy w postępowaniu ofertę (odpowiednio wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) **złożyło co najmniej dwóch wykonawców.**

Zatem w przypadku, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono tylko jedną ofertę (odpowiednio jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), oświadczenie w zakresie grupy kapitałowej, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia jest **bezprzedmiotowe dla toczącego się postępowania.**

W związku z powyższym, w sytuacji, w której w postępowaniu złożono tylko jedną ofertę (odpowiednio jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), zamawiający nie wzywa wykonawcy do złożenia ww. oświadczenia.

Powyższe rozważania będą miały także zastosowanie do postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. W przypadku postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający nie weryfikuje wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przesłanki wykluczenia wykonawcy **w zakresie złożenia przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej ofert**, z uwagi na fakt, że **w takim postępowaniu występuje tylko jeden wykonawca.** Ponadto, w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki nie mamy do czynienia z ofertą.

W świetle powyższego uprawniony jest wniosek, że zamawiający nie żąda złożenia przez wykonawcę podmiotowego środka dowodowego, jakim jest oświadczenie o przynależności albo braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w przypadku, gdy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Pamiętaj

jednak należy, że wykonawca podlega weryfikacji na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia (w innych postępowaniach) mającego na celu zakłócenie konkurencji (zob. art. 111 pkt 4 ustawy Pzp).

III. Czy zachodzi obowiązek żądania oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wobec podmiotu udostępniającego potencjał wykonawcy?

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zasadą jest, iż badanie podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby odbywa się w takim samym zakresie, w jakim w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający weryfikuje brak podstaw wykluczenia wobec wykonawcy.

Wynika to z art. 119 ustawy Pzp, zgodnie z którym, w przypadku, w którym wykonawca decyduje się na skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, zamawiający zobowiązany jest ocenić czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Tym samym ww. przepis nakłada na zamawiającego obowiązek zweryfikowania kwalifikacji podmiotu udostępniającego zasoby, z uwagi na to, że podmiot ten (w danym zakresie) zastępuje wykonawcę.

Jednakże podstawa wykluczenia o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie ewentualnego zaistnienia zakłócenia konkurencji pomiędzy członkami grupy kapitałowej, którzy złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu **może mieć miejsce wyłącznie w stosunku do wykonawcy**, bowiem to wykonawca (a nie podmiot udostępniający zasoby) jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i tylko on może złożyć ofertę odrębną lub częściową bądź wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Skoro podmiot udostępniający zasoby nie składa oferty w postępowaniu, to nie ma wpływu na jej treść. To wykonawca jest dysponentem oferty, decyduje o treści oferty i czynnościach podjętych w ramach postępowania (wykonawca może zadecydować o wejściu z innymi wykonawcami w porozumienie ograniczające konkurencję). Podmiot trzeci jedynie udostępnia swoje zasoby w celu spełnienia warunków udziału w tym postępowaniu przez wykonawcę.

Konsekwentnie, zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w par. 2 ust. 1 pkt 1 i 3–7 oraz ust. 2, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Z treści powyższego przepisu wynika, że jego zakres – w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji nie obejmuje podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia (tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej). **Powyższe oznacza zatem, że do weryfikacji podmiotu udostępniającego zasoby nie stosuje się podmiotowego środka dowodowego wymienionego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia.**

Uprawniony jest zatem wniosek, że zamawiający nie żąda od podmiotu udostępniającego zasoby złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Należy jednak przypomnieć, że **weryfikacja podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu**

zakłócenie konkurencji. W takim przypadku podmiot trzeci będzie musiał złożyć oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp – w celu wykazania braku zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji (§ 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia).

IV. Podsumowanie:

1. Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego **została złożona tylko jedna oferta (odpowiednio jeden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), zamawiający nie bada przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie przynależności wykonawcy do grupy kapitałowej**, a w konsekwencji nie wzywa ww. wykonawcy do złożenia oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.
2. W postępowaniu prowadzonym **w trybie zamówienia z wolnej ręki, w którym występuje tylko jeden wykonawca, zamawiający nie weryfikuje wskazanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przesłanki wykluczenia wykonawcy w zakresie, w jakim dotyczy przynależności do grupy kapitałowej**, co oznacza, że nie żąda złożenia przez wykonawcę podmiotowego środka dowodowego, jakim jest oświadczenie o przynależności albo braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia.
3. **W odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby zamawiający nie bada jego przynależności do grupy kapitałowej.** Zatem do weryfikacji podmiotu udostępniającego zasoby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie stosuje się podmiotowego środka dowodowego wymienionego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, co oznacza, że nie żąda się oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.