

## Reguły składania oświadczeń dotyczących braku konfliktu interesów oraz niekaralności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

dr Maciej Lubiszewski,

Katedra Prawa Gospodarczego i Prawa Handlowego,

Wydział Prawa i Administracji,

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

### 1. Zasada bezstronności i obiektywizmu

Przepisy Prawa zamówień publicznych, które stanowią przedmiot niniejszego opracowania stanowią konkretyzację jednej z fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych, jaką jest zasada bezstronności i obiektywizmu osób występujących w postępowaniu po stronie zamawiającego. Treść art. 17 ust 3 Prawa zamówień publicznych<sup>1</sup> stanowi powtórzenie art. 7 ust. 2 poprzednio obowiązującej ustawy<sup>2</sup>. Zgodnie w tych przepisami „czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm”. W literaturze przedmiotu wskazuje się na związki zasady bezstronności z zasadą konkurencji i równego traktowania wykonawców<sup>3</sup>. Mimo rozdzielenia tych zasad do odręb-

nych przepisów<sup>4</sup>, związki zachodzące pomiędzy nimi są nadal ściśle, co dostrzega prawodawca unijny rozstrzygając w art. 24 dyrektywy 2014/24/UE<sup>5</sup>, że zapobieganie konfliktom interesów ma „nie dopuścić do ewentualnego zakłócenia konkurencji i zapewnić równe traktowanie wszystkich wykonawców”. Warto dodać, że niektórzy autorzy wskazują również na związki zasady bezstronności i obiektywizmu z zasadą przejrzystości<sup>6</sup>.

To wszystko sprawia, że mamy do czynienia z jednym z najbardziej podstawowych standardów z dziedziny zamówień publicznych. Skoro zamawiający działa za pomocą osób występujących w postępowaniu, ich stronniczość lub subiektywizm są czynnikami bezpośrednio wpływającymi na ocenę całego postępowania. Mimo to w literaturze

1 ..... Dalej jako Pzp.

2 Ustawa z 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U.....

3 P. Szustakiewicz, Zasady prawa zamówień publicznych, Warszawa 2007, s. 162. Por. też J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2019, s. 88 – autor idzie dalej niż P. Szustakiewicz twierdząc, że przepis nakazujący zachowanie bezstronności i obiektywizmu przez osoby występujące w postępowaniu po stronie zamawiającego nie jest samodzielną zasadą, lecz stanowi jedynie element zasady zapewnienia w postępowaniu uczciwej konkurencji.

4 Pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu osób występujących po stronie zamawiającego ustanawiał art. 7. Obecnie zasada konkurencji i równego traktowania jest uregulowana w art. 16 Pzp, natomiast zasada bezstronności – w art. 17 Pzp.

5 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., s. 65, z późn. zm.).

6 W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 170.

stosunkowo niewiele miejsca poświęcono treści omawianej zasady. Autorzy najczęściej ograniczają się do wskazania, że jej rozwinięciem są przepisy dotyczące wyłączenia osób występujących po stronie zamawiającego. Nie jest to miejsce na akademickie rozważania, jednak warto w tym miejscu sformułować dwie krótkie uwagi. Po pierwsze, w przeciwieństwie do przepisów dotyczących wyłączenia osób z dokonywania czynności w postępowaniu, art. 17 ust. 3 Pzp znajduje zastosowanie nie tylko do prowadzenia postępowania, ale także do jego przygotowania. Po drugie standard bezstronności i obiektywizmu jest szerszy niż wymaganie, by osoba była niekarana i niewikłana w konflikt interesów. Należy zatem mieć na uwadze, że oświadczenia, o których mowa w art. 56 ust 1 i 3 odsłaniają jedynie część rzeczywistości i nawet, gdy takie oświadczenia zostały prawidłowo złożone, zamawiającemu może być postawiony zarzut naruszenia art. 17 ust. 3 Pzp. To wymaga od zamawiającego zapewnienia, by w zarówno w fazie przeprowadzenia ale też przygotowania postępowania brały udział osoby, wobec których nie tylko nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 56 ust. 1 i 3 Pzp, ale także inne okoliczności skutkujące brakiem bezstronności i obiektywizmu.

Nie zmienia to jednak faktu, że ustawodawca wskazał dwie okoliczności, których wystąpienie *ex lege* niweczy bezstronność i obiektywizm osób występujących w postępowaniu po stronie zamawiającego: konflikt interesów oraz prawomocne skazanie za określone przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji osoby te podlegają wyłączeniu z dokonywania czynności w prowadzonym postępowaniu, co zapewni zgodność z zasadą wyrażoną w art. 17 ust. 3 Pzp.

## 2. Konflikt interesów

Art. 56 ust 1 Pzp nakazuje wyłączyć z dokonywania czynności w prowadzonym postępowaniu osoby występujące w nim po stronie zamawiającego, jeżeli znajdują się w sytuacji określonej przez ustawodawcę konfliktem interesów. Prawo zamówień publicznych nie definiuje tego pojęcia, natomiast warto przytoczyć fragment art. 24 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym „pojęcie konfliktu interesów obejmuje co najmniej każdą sytuację, w której

członkowie personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie obsługi zamówień działającego w imieniu instytucji zamawiającej biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub mogący wpłynąć na wynik tego postępowania mają, bezpośrednio lub pośrednio, interes finansowy, ekonomiczny lub inny interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia.” Jest to na tyle szeroka definicja, że polski ustawodawca zdecydował się na jej uszczegółowienie, wskazując trzy konkretne sytuacje skutkujące powstaniem konfliktu interesów (art. 56 ust. 2 pkt 1-3 Pzp). Czwarta przesłanka wystąpienia konfliktu interesów (art. 56 ust. 2 pkt 4 Pzp) ma charakter ogólny i została sformułowana w sposób bardzo zbliżony do przytoczonego wyżej przepisu dyrektywy.

Należy dodać, że konflikt interesów dotyczy sytuacji, w której dana osoba jest powiązana zarówno z zamawiającym prowadzącym dane postępowanie jak i z wykonawcą, który jest uczestnikiem tego postępowania. Konflikt ten może być rozwiązany na dwa sposoby: przez pozbawienie osoby wpływu na przebieg lub wynik postępowania lub przez wyeliminowanie z postępowania wykonawcy. Ustawodawca dał pierwszeństwo pierwszemu z tych rozwiązań, o czym świadczy treść art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, wykluczenie wykonawcy z postępowania w wyniku zachodzącego konfliktu interesów jest dopuszczalne dopiero, gdy tego konfliktu nie da się rozwiązać w inny sposób, co powinno nastąpić przede wszystkim poprzez wyłączenie z postępowania osoby występującej w nim po stronie zamawiającego.

Ważne jest również zastrzeżenie, że mechanizm wyłączenia z postępowania uregulowany w art. 56 Pzp dotyczy wyłącznie osób zaangażowanych do prowadzenia postępowania, a nie jego przygotowania. Konsekwencją zaangażowania wykonawcy w proces przygotowania postępowania może być zakłócenie konkurencji, któremu zamawiający powinien przeciwdziałać podejmując środki określone w art. 85 ust 1 Pzp. Wykluczenie wykonawcy (art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp) powinno być w takim przypadku ostatecznością, o czym stanowi art. 85 ust 2 Pzp.

Pierwszym przypadkiem konfliktu interesów jest sytuacja, w której osoba występująca w prowadzonym postę-

powaniu jednocześnie ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, tzn. stała się wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 Pzp poprzez uzewnętrznienie zamiaru uzyskania zamówienia publicznego. Nastąpi to najczęściej z chwilą wystąpienia z wnioskiem o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia, złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożenia oferty lub przystąpienia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki<sup>7</sup>.

Drugi przypadek konfliktu interesów zachodzi, gdy osoba występująca w postępowaniu po stronie zamawiającego pozostaje „w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia, lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli albo pozostają we wspólnym pożyciu z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia”. Ustawodawca wskazał w art. 56 ust 2 pkt 2 Pzp relacje osobiste, które ze względu na ich bliski charakter rzutują na bezstronność osób wykonujących czynności w postępowaniu.

Trzecim przypadkiem, w którym powstaje konflikt interesów jest sytuacja, w której osoba występująca w postępowaniu „w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia pozostawała w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą, otrzymywała od wykonawcy wynagrodzenie z innego tytułu lub była członkiem organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia”.

Wreszcie czwartą sytuacją skutkującą powstaniem konfliktu interesów jest przypadek, gdy osoba występująca w postępowaniu po stronie zamawiającego pozostaje „z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do jej bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania.” Jak wcześniej wskazano, ta przesłanka ma charakter ogólny, obejmując różnorodne sytuacje, inne niż przywołane wyżej przypadki. Istotne dla oceny, czy zachodzi

konflikt interesów jest to, aby faktyczna lub prawna relacja z wykonawcą wywoływała u rozsądnego obserwatora zewnętrznej uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności lub niezależności osoby należącej do personelu zamawiającego. Chodzi więc nie tylko o realny, ale także o postrzegany konflikt interesów<sup>8</sup>, nawet gdy w rzeczywistości dany stosunek prawny lub faktyczny nie wpłynął na czynności tej osoby podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego<sup>9</sup>.

Należy też podkreślić, że skutkiem konfliktu interesów nie musi być przychylnie, preferencyjne nastawienie osoby występującej po stronie zamawiającego wobec wykonawcy. Niedopuszczalny konflikt interesów wystąpi również wtedy, gdy jego skutkiem będzie uprzedzenie, niechęć takiej osoby względem wykonawcy. Postulowaną bezstronność należy bowiem rozumieć zarówno jako brak preferencji, jak też uprzedzeń opartych na nieobiektywnych argumentach<sup>10</sup>.

Konflikt interesów wystąpi także w przypadku uzasadnionej wątpliwości co do niezależności osoby występującej w postępowaniu po stronie zamawiającego. Za niezależność należy uznać wolność od nacisków ze strony wykonawców. Jej brak może być przyczyną stronniczości skutkującej niedopuszczalnymi preferencjami na rzecz wykonawcy, od którego uzależniony jest członek personelu zamawiającego.

Przykładami konfliktu interesu w rozumieniu art. 56 ust. 2 pkt 4 Pzp mogą być: zażyłość (przyjaźń) albo poważny spór z wykonawcą. Ta druga sytuacja może wystąpić nawet w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tytułem egzemplifikacji można wskazać, że w pewnych okolicznościach pomówienie przez wykonawcę jednego z członków komisji przetargowej o łapownictwo może być postrzegane za przyczynę silnych, negatywnych emocji wywołujących u pomówionego zrozumiałą niechęć lub strach (a więc stronniczość) wobec tego wykonawcy<sup>11</sup>.

8 M. Wnuk, A. Sawicki, Konflikt interesów w zamówieniach publicznych. Praktyczny poradnik, Warszawa 2017, s. 14.

9 R. Szostak /w:/ B. Nuzzo, E. Plebanek, R. Szostak, Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych, Warszawa 2020, s. 166.

10 M. Lubiszewski, Badanie konfliktu interesów i instytucja wyłączenia z postępowania w świetle przepisów nowego PZP, „Zamówienia Publiczne Doradca. Dodatek”, nr 4/2020, s. 18.

11 Ibidem.

7 J.E. Nowicki, M. Kolečki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2019, s. 256.

### 3. Karalność

Drugą z okoliczności skutkujących wyłączeniem z postępowania osoby występującej w nim po stronie zamawiającego jest prawomocne skazanie za co najmniej jedno z przestępstw wymienionych w art. 56 ust 3 Pzp. Katalog przestępstw ma charakter zamknięty. Zaliczono do niego następujące przestępstwa penalizowane w Kodeksie karnym<sup>12</sup>: sprzedajność (art. 228 Kk), przekupstwo (art. 229 Kk), płaćną protekcję (art. 230 i 230a Kk), fałsz materialny dokumentu (art. 270 Kk), niwelowanie dokumentu (art. 276 Kk), oszustwo (art. 286 Kk), oszustwo komputerowe (art. 287 Kk), nadużycie zaufania w obrocie gospodarczym (art. 296 Kk), łapownictwo menedżerskie (art. 296a Kk), oszustwo finansowe (art. 297 Kk), niwelowanie dokumentacji działalności gospodarczej (art. 303 Kk) oraz zakłócanie przetargu publicznego (art. 305 Kk).

Analiza poszczególnych przepisów Kodeksu karnego wykraczałaby poza ramy niniejszej ekspertyzy. Warto jednak dodać, że samo skazanie, nawet prawomocnym wyrokiem sądu, nie wystarczy, aby dana osoba podlegała wyłączeniu z postępowania na podstawie art. 56 ust 3 Pzp, ponieważ ustawodawca wyraźnie wymaga, aby przestępstwo było popełnione „w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego”. Weryfikacja karalności dokonywana jest przez kierownika zamawiającego lub osobę, której powierzył on tę czynność wyłącznie na podstawie oświadczenia osoby występującej w postępowaniu po stronie zamawiającego. Szczegółowa analiza, w tym ustalenie okoliczności popełnienia przestępstwa, nastąpi dopiero w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa polegającego na złożeniu fałszywego oświadczenia o niekaralności i będzie dokonywana przez właściwe organy ścigania i sądy.

Prawomocne skazanie za którekolwiek z wymienionych wyżej przestępstw oznacza utratę wiarygodności niezbędnej do występowania po stronie zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W pewnym uproszczeniu można stwierdzić, że o ile standard z art. 56 ust 1 Pzp ma służyć zapewnieniu bezstronności personelu zamawiającego, o tyle celem wymagania

niekaralności jest obiektywizm rozumiany jako kierowanie się w swoich działaniach racjami merytorycznymi, a nie etycznie wątpliwymi pobudkami.

Stan braku wiarygodności osoby skazanej w warunkach określonych w art. 56 ust 3 Pzp trwa od uprawomocnienia się wyroku skazującego do zatarcia skazania. Zasady zatarcia skazania zostały przewidziane w Kodeksie karnym, zwłaszcza w art. 106-108 Kk.

### 4. Osoby podlegające wyłączeniu

Prawo zamówień publicznych zawiera dwa katalogi osób podlegających wyłączeniu. Pierwszy z nich został sformułowany w art. 56 ust 1 Pzp dotyczącym konfliktu interesów, natomiast drugi – w art. 56 ust 3 Pzp (karalność). W pierwotnej wersji ustawy pomiędzy tymi katalogami zachodziła pewna różnica. Standard niekaralności dotyczył bowiem m.in. osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia, które nie były ujęte w katalogu osób, wobec których nie może zachodzić konflikt interesów. W grudniu 2020 r.<sup>13</sup> ustawodawca zdecydował jednak o ujednocnieniu katalogów osób podlegających wyłączeniu, przy czym ich zawartość nadal określają dwa odrębne przepisy. Tak późna zmiana przepisów sprawiła, że w obiegu znalazła się niemała liczba publikacji odnoszących się do pierwotnego brzmienia art. 56 ust. 3 Pzp, co z kolei przyczyniło się do dezorientacji wśród zamawiających. Jak się wydaje, sytuację pogorszył wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia<sup>14</sup>, w którym najwyraźniej nie uwzględniono nowelizacji Prawa zamówień publicznych uchwalonej w ostatniej chwili przed wejściem w życie ustawy.

Zgodnie z art. 56 ust. 1 i 3 Pzp osobami zaliczanymi do personelu zamawiającego, które mogą podlegać wyłączeniu z postępowania z tytułu konfliktu interesów lub karalności są: kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej, inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówie-

<sup>13</sup> Art. 2 pkt 9 lit. b ustawy z 27.11.2020 r. o zmianie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 2275.

<sup>14</sup> Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Dz.U. poz. 2434.

<sup>12</sup> Ustawa z 6.06.1997 r. Kodeks karny, Dz.U. z 2020 r. poz. 1444, 1517. Dalej jako Kk.

nia publicznego, osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub osoby udzielające zamówienia.

Biorąc pod uwagę definicję zawartą w słowniczku ustawowym<sup>15</sup> oraz fakt, że wyłączeniu podlegają osoby fizyczne<sup>16</sup> za **kierownika zamawiającego** należy uznać osobę, która zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową jest uprawniona do zarządzania zamawiającym albo osobę, która jest członkiem organu uprawnionego na mocy obowiązujących przepisów, statutu lub umowy do zarządzania zamawiającym. Określenie, kto jest kierownikiem zamawiającego w praktyce najczęściej nie nastręcza żadnych trudności.

Podobnie mało problematyczne jest ustalenie, kto jest **członkiem komisji przetargowej**: będzie nim osoba, która została powołana do składu komisji przetargowej przez kierownika zamawiającego lub przez pracownika, któremu kierownik zamawiającego powierzył dokonanie tej czynności.

W praktyce niejednokrotnie personel zamawiającego zaangażowany do przeprowadzenia postępowania składa się wyłącznie z kierownika i wspomagającej go komisji przetargowej. W takich przypadkach bardzo łatwo ustalić krąg osób podlegających wyłączeniu, a zatem również zobowiązanych do składania oświadczeń dotyczących konfliktów interesów i karalności. Nieco więcej wątpliwości może pojawić się w związku z określeniem, kto powinien być zaliczony do pozostałych kategorii personelu zamawiającego, o których mowa w art. 56 ust 1 i 3 Pzp.

Do **osób wykonujących czynności związane z przeprowadzeniem postępowania** należy zaliczyć każdą osobę, która nie jest członkiem komisji przetargowej a dokonuje czynności proceduralne przewidziane przez odpowiednie akty prawne (przede wszystkim Prawo zamówień publicznych i akty wykonawcze), dokumenty zamówienia lub regulamin wewnętrzny zamawiającego. Należy tu wymienić osoby, którym zlecono w szczególności: publikację ogłoszenia o zamówieniu albo przekazanie zaproszenia do udziału w postępowaniu; udostępnienie dokumentów zamówienia i innych informacji przeka-

zywanych w toku postępowania; wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia; czynności związane ze zmianą treści dokumentów zamówienia lub ogłoszenia o zamówieniu; przeprowadzenie otwarcia ofert; udział w negocjacjach z wykonawcami; dokonanie oceny i badania ofert; opracowanie listy rankingowej ofert i propozycji rozstrzygnięcia postępowania. Do tej grupy będą zaliczeni pracownicy zamawiającego wykonujący zadania niepowołanej komisji przetargowej<sup>17</sup> lub wspierający komisję przetargową<sup>18</sup>. Mogą to również być osoby niebędące pracownikami zamawiającego, lecz wykonujący czynności związane z przeprowadzeniem postępowania w ramach tzw. pomocniczych działań zakupowych, o których mowa w art. 37 ust 3 pkt 4 Pzp. W niektórych przypadkach do tej kategorii należą również biegli, o ile do ich zadań należy dokonanie czynności w postępowaniu. Zważywszy jednak, że ich podstawową funkcją jest przygotowywanie opinii, które dopiero będą stanowić podstawę dla czynności proceduralnych, najczęściej biegli będą zaliczani do kolejnej kategorii personelu zamawiającego.

Trzeba także podkreślić, że do omawianej grupy nie należą osoby, które wykonywały czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aczkolwiek często osoby takie są angażowane również do jego przeprowadzenia. Wówczas będą już stanowiły personel zamawiającego wykonujący czynności związane z przeprowadzeniem postępowania i tego tytułu – a nie z faktu dokonania czynności przygotowawczych – będą objęte wymaganiami wynikającymi z art. 56 Pzp

**Osobami mogącymi wpłynąć na wynik postępowania** będą te osoby, które nie wykonują czynności w postępowaniu, lecz ich stanowisko służbowe lub rola, jaką pełnią w związku z prowadzonym postępowaniem wpływa, lub choćby może wpłynąć, na wynik postępowania, tj. wskazanie wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienia albo unieważnienie postępowania. Nie oznacza to jednak, że kategoria ta jest ograniczona do osób występujących w ofertowej fazie postępowania, a więc w fazie,

15 Zob. art. 6 pkt 7 Pzp.

16 Wyłącznie osoby fizyczne mogą znaleźć się w sytuacji określanej w Pzp jako konflikt interesów, mogą być skazane za przestępstwa wymienione w art. 56 ust 3 Pzp oraz mogą podlegać odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych oświadczeń.

17 W postępowaniach o wartości mniejszej niż progu unijne powołanie komisji jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego.

18 Wewnętrzne regulacje obowiązujące u zamawiającego mogą przewidywać, że komisja przetargowa będzie dokonywała jedynie niektórych czynności w postępowaniu. W takim przypadku pozostałe czynności będą musiały wykonać osoby spoza komisji przetargowej.

w której zamawiający bada i ocenia złożone oferty. Wpływ na wynik postępowania ma również jego przebieg w fazie przedofertowej, w szczególności: wyjaśnienia lub zmiany dokumentów zamówienia; przebieg negocjacji z wykonawcami; sposób ostatecznego ukształtowania specyfikacji warunków zamówienia po przeprowadzonych negocjacjach; badanie i ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ukształtowane przez personel zamawiającego warunki zamówienia, jak również wynik oceny wniosków determinują krąg wykonawców, którzy zdecydują się na złożenie oferty. Do omawianej grupy zaliczyć należy przede wszystkim biegłych, których opinia może wpłynąć na: treść udzielonych wyjaśnień; zmianę specyfikacji warunków zamówienia; ocenę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ocenę (formalną i merytoryczną) oferty. Poza biegłymi, za osoby mogące wpłynąć na wynik postępowania można uznać prawników zamawiającego, którzy wspierają merytorycznie osoby wykonujące czynności w postępowaniu. W pewnych sytuacjach mogą to być również pracownicy odpowiadający za finanse zamawiającego (główny księgowy, kvestor, skarbnik), których opinia w przedmiocie zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia w istocie rzutuje na wynik postępowania<sup>19</sup>. Jeżeli pomocnicze działania zakupowe polegają na doradztwie dotyczącym przeprowadzenia postępowania, na co pozwala art. 37 ust. 3 pkt 2 Pzp, to osoby wykonujące takie działania również będą zaliczane do omawianej kategorii.

Z całą pewnością za osoby mogące wpłynąć na wynik postępowania i przez to zobowiązane do składania oświadczeń dotyczących konfliktu interesów i karalności nie należy uznawać osób, które brały udział w przygotowaniu postępowania (np. opracowały opis przedmiot zamówienia, projekt umowy, projekty dokumentów zamówienia a także osób, które ustaliły wartość zamówienia), lecz nie biorą już udziału w jego przeprowadzeniu.

Jak już wcześniej wskazano, liczne wątpliwości wynikają z treści publikacji przygotowanych przed zmianą art. 56 ust 3 Pzp oraz z obowiązujących wzorów protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Część protokołu przygotowana specjalnie na potrzeby stosowa-

nia art. 56 Pzp została zatytułowana „Osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania lub osoby mogące wpłynąć na wynik postępowania, w tym osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem postępowania”<sup>20</sup>. Fragment, w którym należy ujawnić osoby mogące wpłynąć na wynik postępowania zawiera pouczenie następującej treści: „wskazać osoby mogące wpłynąć na wynik postępowania, w tym osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem postępowania”. Jest to niewątpliwie przeoczenie prawodawcy, który nie uwzględnił zmiany art. 56 ust 3 Pzp. Najlepszym rozwiązaniem byłaby nowelizacja rozporządzenia w sprawie protokołów postępowania. Do tego czasu należy jednak kierować się omówionymi wyżej przepisami ustawowymi, które mają pierwszeństwo przed niezgodnymi z nimi przepisami aktu wykonawczego, a więc aktu normatywnego niższej rangi. Oznacza to, że we wskazanym miejscu protokołu należy wpisać osoby, które brały udział w przygotowaniu postępowania wyłącznie wtedy, gdy osoby te wzięły udział również w jego przeprowadzeniu. Tytułem przykładu można wskazać osobę, która przygotowała opis przedmiotu zamówienia (czynność przygotowawcza), a następnie opracowała opinię, która stanowiła podstawę dla wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia np. w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia. Podobny pogląd wyraził Urząd Zamówień Publicznych w swojej opinii pt. „Katalog osób zobowiązanych do złożenia oświadczeń, o których mowa w art. 56 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych”, opublikowanej 20.04.2021 r. na stronie internetowej Urzędu<sup>21</sup>.

Ostatnią kategorią osób objętych normami wynikającymi z art. 56 Pzp są **osoby udzielające zamówienia**. Za udzielenie zamówienia należy rozumieć zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zostało jednoznacznie rozstrzygnięte przez ustawodawcę w słowniczku ustawowym<sup>22</sup>. Najczęściej taką osobą będzie kierownik zamawiającego, który – o czym była już mowa – został ujęty w odrębnej kategorii. Fakt, że kierownik, z racji pełnionej funkcji, złożył oświadczenie dotyczące konfliktów intere-

20 Por. np. część 6 protokołu ZP-TP (tryb podstawowy) czy też część 5 protokołu ZP-PN (przetarg nieograniczony).

21 <https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/katalog-osob-zobowiazanych-do-zlozenia-oswiadczen,-o-ktorych-mowa-w-art.-56-ust.-4-ustawy-prawo-zamowien-publicznych> (data dostępu: 14.05.2021).

22 Art. 6 pkt 25 Pzp.

19 Taka opinia może wpłynąć na decyzję zamawiającego o unieważnieniu albo kontynuacji postępowania podejmowaną na gruncie art. 255 pkt 3 Pzp.

sów i karalności oznacza, że nie składa on już kolejnych oświadczeń z tego powodu, że jest też osobą udzielającą zamówienia. Natomiast w celu zapewnienia przejrzystości, w protokole należy wpisać kierownika zamawiającego oraz osobę udzielającą zamówienia nawet, gdy jest to ta sama osoba.

Oczywiście, jeżeli w imieniu zamawiającego umowę ma zawrzeć osoba inna niż kierownik zamawiającego, taka osoba jest zobowiązana do złożenia oświadczeń dotyczących okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 1 i 3 Pzp, a w razie zachodzenia którejs z nich – podlega wyłączeniu z dokonania tej czynności.

Osobami udzielającymi zamówienia nie są osoby parafujące umowę. Parafa nie oznacza bowiem złożenia oświadczenia woli składającego się na czynność prawną, jaką jest zawarcie umowy. Prawnik parafujący umowę jedynie potwierdza jej zgodność z prawem. Podobny wniosek należy sformułować wobec kontrasygnaty skarbnika, która nie stanowi oświadczenia woli, lecz potwierdzenie zgodności umowy z przepisami prawa finansowego oraz z budżetem zamawiającego.

Należy również mieć na względzie fakt, iż omawiane w niniejszej ekspertyzie reguły obowiązują w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynności zapadające po jego zakończeniu nie są już objęte standardami wynikającymi z art. 56 Pzp. W konsekwencji zmiana umowy, mimo że wymaga takiej samej formy, co umowa nie oznacza, że osoby podpisujące aneks są zobowiązane do składania oświadczeń dotyczących konfliktu interesu i karalności lub podlegają wyłączeniu z dokonywania tej czynności.

## 5. Oświadczenie dotyczące konfliktu interesów

Jak już kilkakrotnie wskazano, osoby zaliczane do kategorii określonych w art. 56 ust 1 i 3 Pzp podlegają wyłączeniu z postępowania, a precyzyjnie rzecz ujmując – z dokonywania czynności związanych w jego przeprowadzeniem. O ile samo wyłączenie jest czynnością stosunkowo rzadką, o tyle w każdym postępowaniu osoby wykonujące czynności związane z jego przeprowadzeniem są zobowiązane do złożenia stosownych oświadczeń. Art. 56 Pzp odmiennie

reguluje kwestie związane z oświadczeniami dotyczącymi konfliktu interesu i karalności. W tym miejscu omówione są zostaną pierwsze z nich, a więc oświadczenia dotyczące okoliczności, o których mowa w art. 56 ust 1, doprecyzowanych w art. 56 ust 2 Pzp.

Ustawodawca wyróżnia oświadczenie o istnieniu konfliktu interesów (oświadczenie pozytywne) i oświadczenie o braku istnienia konfliktu interesów (oświadczenie negatywne). **Oświadczenie pozytywne** składa się niezwłocznie po powzięciu wiadomości o konflikcie interesu. Konflikt interesów – o czym już była mowa – jest relacją osoby należącej do personelu zamawiającego z wykonawcą. To oznacza, że najwcześniejszym momentem postępowania, w którym osoba zobowiązana do złożenia oświadczenia może podlegać wyłączeniu będzie jego wszczęcie poprzez zaproszenie indywidualnie oznaczonych wykonawców do udziału w postępowaniu. Z chwilą skierowania takich zaproszeń krąg wykonawców staje się znany osobom występującym w postępowaniu po stronie zamawiającego i są oni w stanie ocenić, czy znajdują się z któryms z wykonawców w relacji kwalifikowanej przez ustawodawcę jako konflikt interesów.

Alternatywna metoda wszczęcia postępowania – zamieszczenie lub przekazanie do publikacji ogłoszenia o zamówieniu nie skutkuje natychmiastowym poznaniem kręgu wykonawców przez personel zamawiającego. W przypadku rozpoczęcia postępowania prowadzonego w trybie otwartym najwcześniejszym momentem, w którym osoby występujące w postępowaniu po stronie zamawiającego mogą dowiedzieć się, kto jest wykonawcą i czy w stosunku do niego występuje konflikt interesów jest poinformowanie znanych zamawiającemu wykonawców o wszczęciu postępowania na podstawie art. 276 ust 2 Pzp<sup>23</sup> lub wystąpienie przez wykonawcę z wnioskiem o wyjaśnienie treści dokumentów zamówienia. W tej fazie postępowania zwykle ujawnieniu podlega jednak tylko część wykonawców. Chwilą, w której personel zamawiającego poznaje wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w postępowaniu wszczynanym poprzez ogłoszenie o zamówieniu jest otwarcie ofert. Jest to najpóźniejszy moment na złożenie oświadczenia pozy-

<sup>23</sup> Ten przepis ma zastosowanie do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne.

tywnego dotyczącego konfliktu interesu, przy czym należy uwzględnić fakt, że niektóre okoliczności określone w art. 56 ust. 2 pkt 4 (np. ostry konflikt wynikający z pomówienia pracownika zamawiającego o korupcję) mogą powstać na późniejszym etapie postępowania, nawet po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Ustawodawca przyjął, że brak oświadczenia pozytywnego oznacza brak konfliktu interesów, co nie musi być potwierdzane przez osoby należące do personelu zamawiającego. **Oświadczenie negatywne** (tj. oświadczenie o braku istnienia konfliktu interesów) może być złożone jednokrotnie w toku całego postępowania, nie później niż przed jego zakończeniem. Jest to jedna ze zmian prawa zamówień publicznych, które należy ocenić pozytywnie. Pod rządami wcześniej obowiązującej ustawy obowiązek złożenia oświadczenia negatywnego aktualizował się za każdym razem, gdy ujawniał się nowy wykonawca, np. składając wniosek o wyjaśnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nowe Prawo zamówień publicznych nie zakazuje składania oświadczeń negatywnych według poprzednio obowiązujących zasad. Należy jednak mieć na uwadze fakt, że złożenie oświadczenia negatywnego np. niezwłocznie po otwarciu ofert nie będzie uwzględniało okoliczności późniejszych. Lepszym rozwiązaniem wydaje się złożenie oświadczeń wraz z propozycją rozstrzygnięcia postępowania. Kierownik zamawiającego (lub osoba przez niego upoważniona) uzyska wówczas pewność, że wybór, którego dokona został zaproponowany przez osoby bezstronne. Nadal jednak istnieje ryzyko, że w postępowaniu może dojść do sytuacji, która wywoła wątpliwości co do bezstronności i niezależności członka personelu zamawiającego. Obecnie najrozsądniejszym momentem na złożenie oświadczenia o braku istnienia konfliktu interesów będzie „uprawomocnienie się” rozstrzygnięcia postępowania, co nastąpi wraz z upływem terminu na wniesienie odwołania wobec rozstrzygnięcia postępowania, ewentualnie rozstrzygnięcie takiego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Wszystkie okoliczności, które mogły zajść w postępowaniu już zaszły, a jednocześnie postępowanie nie jest jeszcze zakończone. Złożenie oświadczenia po zawarciu umowy należy natomiast uznać za spóźnione.

Przyjęte i omówione tu rozwiązanie niewątpliwie ogranicza liczbę wymaganych oświadczeń, opierając się

na domniemaniu braku istnienia konfliktu interesów. To domniemanie może być podważone, np. przez jednego z wykonawców, który podejrzewa, że pomiędzy członkiem komisji przetargowej a konkurencyjnym wykonawcą zachodzi konflikt interesów. W takiej sytuacji nie ma przeszkód, aby kierownik zamawiającego zażądał od tej osoby, aby ta złożyła pozytywne lub negatywne oświadczenie niezależnie od tego, czy takie oświadczenie zostało złożone wcześniej.

## 6. Oświadczenie dotyczące karalności

Weryfikacja karalności również następuje w oparciu o oświadczenie osoby występującej w postępowaniu po stronie zamawiającego. Podobnie jak w przypadku oświadczeń dotyczących konfliktu interesów, ustawodawca wyróżnił oświadczenie negatywne (o niekaralności) i pozytywne (o karalności), przy czym ustanowił jeden standard dotyczący czasu jego złożenia.

Zgodnie z art. 56 ust. 6 Pzp zarówno negatywne, jak i pozytywne oświadczenie dotyczące karalności składa się „przed rozpoczęciem wykonywania czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia”. Z normy tej nie wynika, żeby musiało to nastąpić bezpośrednio przed przystąpieniem do czynności proceduralnej. Nie można też interpretować tego przepisu jako zakazu składania oświadczenia przed wszczęciem postępowania. Nie ma przeszkód, aby kierownik zamawiającego, członkowie komisji przetargowej i inne znane już osoby, które wystąpią w postępowaniu złożyły stosowne oświadczenia po zakończeniu czynności przygotowujących postępowanie, przed jego wszczęciem. Przykładowo, kierownik zamawiającego może złożyć takie oświadczenie wraz z zatwierdzeniem dokumentów zamówienia, członkowie komisji przetargowej – wraz z powołaniem ich w skład takiej komisji, natomiast biegły może złożyć oświadczenie dotyczące karalności w odpowiedzi na jego powołanie (co może nastąpić jeszcze przed wszczęciem postępowania).

Jednocześnie nie będzie niezgodne w omawianym przepisie złożenie oświadczenia bezpośrednio przed przystąpieniem do wykonywania czynności związanej z przeprowadzeniem postępowania, co najczęściej nastąpi



w przypadku osób występujących w postępowaniu incydentalnie. Przykładowo, projektant może złożyć stosowne oświadczenie w odpowiedzi na przekazany projektantowi wniosek wykonawcy o wyjaśnienie treści dokumentacji projektowej, stanowiącej część specyfikacji warunków zamówienia, natomiast prawnik zamawiającego – bezpośrednio przed przystąpieniem do sporządzania opinii prawnej, która ma wyjaśnić określone wątpliwości prawne związane z prowadzonym postępowaniem. Z całą pewnością należy jednak stwierdzić, że omawiana norma zakazuje składania oświadczeń dotyczących karalności już po rozpoczęciu wykonywania czynności w postępowaniu, nawet jeżeli czynność ta jeszcze nie została zakończona.

Przepis określający czas złożenia oświadczenia dotyczącego karalności nie reguluje wprost przypadku osoby udzielającej zamówienia. Z definicji postępowania zawartej w art. 6 pkt 18 Pzp jednoznacznie wynika, że zawarcie umowy nie stanowi już czynności postępowania, więc wymaganie z art. 56 ust 6 Pzp, by oświadczenie zostało złożone „przed rozpoczęciem wykonywania czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia” nie może być tu bezpośrednio zastosowane. Aby określić czas, w którym osoba udzielająca zamówienia powinna złożyć oświadczenie dotyczące karalności, konieczna jest wykładnia rozszerzająca i uznanie, że taka osoba jest obowiązana złożyć oświadczenie przed rozpoczęciem wykonywania czynności zawarcia umowy. W praktyce dotyczy to osoby udzielającej zamówienia innej niż kierownik zamawiającego, który najczęściej złoży stosowne oświadczenie znacznie wcześniej (np. przed wszczęciem postępowania, przed zmianą treści specyfikacji warunków zamówienia albo przed wyborem oferty najkorzystniejszej).

## 7. Szczególne wymagania dotyczące oświadczeń

Art. 56 ust 4 Pzp zawiera pewne normy w równym stopniu odnoszące się do oświadczeń dotyczących konfliktu interesów oraz oświadczeń dotyczących karalności.

Pierwsza z nich odnosi się do formy oświadczenia. Nowe Prawo zamówień publicznych stanowi kolejny krok w kierunku pełnej elektronizacji postępowań. Kluczo-

we znaczenie należy przypisać art. 61 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym komunikacja w postępowaniu co do zasady odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Wprawdzie jedną z zasad udzielania zamówień jest zasada pisemności, jednak ustawodawca definiując pisemność w art. 6 pkt 16 Pzp wyraźnie wskazał, że polega ona między innymi na przekazywaniu informacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. To może budzić przekonanie, że każdy dokument wytworzony lub przekazany w toku postępowania powinien być dokumentem elektronicznym.

Warto jednak zauważyć, że elektronizacja nie dotyczy wszystkich aspektów udzielania zamówienia publicznego. Po pierwsze, środki komunikacji elektronicznej nie muszą być stosowane poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że umowa może zostać zawarta w zwykłej formie pisemnej, o której mowa w art. 78 Kodeksu cywilnego<sup>24</sup>. Po drugie, obowiązek stosowania środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy komunikacji zamawiającego z wykonawcami, o czym świadczy tytuł Rozdziału 7 ustawy, który otwiera przywołany art. 61 Pzp. Oświadczenia dotyczące konfliktu i interesów oraz karalności nie są składane w toku komunikacji zamawiającego z wykonawcami, przez co nie są objęte normą wynikającą z art. 61 ust 1 Pzp<sup>25</sup>.

W konsekwencji należy uznać, że formę pisemną oświadczenia, o której mowa w art. 56 ust. 4 Pzp należy rozumieć zgodnie z art. 78 Kc. Dokument zawierający treść oświadczenia powinien zostać zatem opatrzony własnoręcznym podpisem osoby składającej oświadczenie. Nie ma przeszkód, by oświadczenie mogło zostać złożone w formie elektronicznej, która – co zostało już wskazane – jest równoważna formie pisemnej. Trzeba w tym miejscu dodać, że forma elektroniczna, o której tu mowa będzie zachowana wyłącznie wtedy, gdy dokument zostanie spo-

<sup>24</sup> Ustawa z 23.04.1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. z 2020 r. poz. 1740, 2320, dalej jako Kc. Na marginesie warto zauważyć, że strony mogą zdecydować się na użycie formy elektronicznej umowy, która zgodnie z art. 78<sup>1</sup> § 1 Kodeksu cywilnego jest równoważna formie pisemnej.

<sup>25</sup> Ten sam wniosek odnosi się również do samego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który może być prowadzony w formie pisemnej. Co więcej, wzór protokołu, wymagający złożenia podpisu na każdej stronie w oznaczonym miejscu formularza sprawia, że najwygodniejsza jest forma pisemna.

rażony w postaci elektronicznej i opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Forma elektroniczna dokumentu może ułatwić współpracę z członkami personelu zamawiającego pracującymi zdalnie. W standardowych okolicznościach znacznie wygodniejsza może okazać się zwykła forma pisemna oświadczenia. Natomiast za niezgodne z art. 56 ust. 4 Pzp będą oświadczenia złożone w formie dokumentowej, w tym również w postaci elektronicznej opatrzonej elektronicznym podpisem zaufanym lub osobistym.

Druga norma, wynikająca z art. 56 ust 4 Pzp określa, kto odbiera oświadczenia dotyczące konfliktu interesów i karalności. Tą osobą jest „kierownik zamawiającego lub osoba, które powierzył on czynności w postępowaniu”. Użycie spójnika „lub”, oznaczającego alternatywę łączną prowadzi do wniosku, że w jednym postępowaniu oświadczenia mogą być odbierane zarówno przez kierownika jak również przez osobę przez niego upoważnioną. Takie rozwiązanie pozwala m.in. na odebranie oświadczenia składanego przez kierownika zamawiającego. Podsumowując, oświadczenia co do zasady odbiera kierownik zamawiającego, natomiast oświadczenie kierownika – inna osoba upoważniona. Możliwe jest również rozwiązanie, w którym osoba upoważniona przez kierownika odbiera oświadczenia od wszystkich osób występujących w postępowaniu po stronie zamawiającego, przy czym sama składa swoje oświadczenia kierownikowi zamawiającego. Ponadto należy uznać, że osoba, której kierownik powierzył czynności w postępowaniu, upoważniona do odebrania oświadczeń powinna być pracownikiem zamawiającego, co wynika z art. 52 ust. 2 Pzp, który ma zastosowanie również do art. 56 Pzp.

Wreszcie trzecia norma, która została zakodowana w art. 56 ust 4 Pzp nakazuje uprzedzić osobę zobowiązaną do złożenia oświadczenia o odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia. Informacja o takim uprzedzeniu powinna znaleźć się w treści składanego oświadczenia. W praktyce najczęściej przybiera to postać sformułowania „Uprzedzony(a) o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywego oświadczenia oświadczam, że...”. Takie uprzedzenie jest warunkiem umożliwiającym pociągnięcie do odpowiedzialności karnej, co wynika

z art. 233 Kodeksu karnego<sup>26</sup>. Dobrą praktyką jest pouczenie zeznającego o treści tego przepisu, aczkolwiek zaniechanie tego nie niweczy odpowiedzialności karnej.

---

<sup>26</sup> Ustawa z dn. 6.06.1997 r. Kodeks karny, Dz. U. z 2020 r. poz. 1444, 1517.



Narodowy Instytut Samorządu Terytorialnego powstał w 2015 r.  
Jest państwową jednostką budżetową podległą MSWiA.  
Działa na rzecz dalszej profesjonalizacji samorządu terytorialnego i administracji publicznej.

EKSPERTYZY NIST, ul. Zielona 18, Łódź 90-601  
Sekretariat tel. +48 42 633 10 70  
e-mail: sekretariat@nist.gov.pl