

Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE, EFTA i USA

W dniu 30 września 2019 r. w Warszawie odbyła się konferencja pt. „Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE, EFTA i USA”, zorganizowana przez Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

Przesłanki wykluczenia stanowią kluczowy aspekt funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Stąd inicjatywa Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych, które podjęło się analizy praktyki stosowania wybranych przesłanek wykluczenia w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu.

Efektom tej inicjatywy jest kompleksowy Raport omawiający system wykluczenia wykonawców z postępowań o zamówienie publiczne w Polsce na tle systemów obowiązujących w innych krajach europejskich, koncentrujący się na tych przesłankach wykluczenia, których wykładnia oraz praktyczne zastosowanie budzą na co dzień istotne wątpliwości interpretacyjne.

Raport został zaprezentowany podczas obrad konferencji, w której wzięli udział specjaliści i praktycy prawa zamówień publicznych, w tym przedstawiciele instytucji państwowych, m.in. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. W gronie prelegentów znaleźli się też eksperci międzynarodowi.

Poniżej prezentujemy ciekawsze fragmenty oraz najważniejsze wnioski wynikające z Raportu „Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE, EFTA i USA”, którego pełny tekst jest dostępny na stronie Internetowej Stowarzyszenia <http://www.stowarzyszeniepzp.pl/aktualnosci>.

„(...) Analiza przeprowadzona w Raporcie dotyczy następujących przesłanek wykluczenia określonych w Dyrektywie 2014/24/UE:

- wykluczenia wykonawcy z powodu poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość (art. 57 ust. 4 lit. c) Dyrektywy 2014/24/UE);
- wykluczenia wykonawcy, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne lub umowy koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania takiej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji (art. 57 ust. 4 lit. g) Dyrektywy 2014/24/UE); oraz
- wykluczenia wykonawcy z powodu (i) poważnego wprowadzenia zamawiającego w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zatajenia tych in-

formacji, nieprzedstawienia dokumentów ich potwierdzających lub (ii) podjęcia kroków, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia (art. 57 ust. 4 lit. h) oraz i) Dyrektywy 2014/24/UE). (...)

SŁOWO WSTĘPNE

Konstrukcja prawna dotycząca wykluczenia wykonawcy z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego pełni kluczową rolę w kontekście użytkowania efektywności tychże zamówień. Jej celem jest przede wszystkim minimalizacja ryzyka niewykonania, bądź nienależytego wykonania zamówienia publicznego przez określone kategorie wykonawców (*Performance risk*), jak również minimalizacja ryzyka utraty reputacji przez zamawiających w wyniku współpracy z nieodpowiednimi wykonawcami (*Reputational risk*). Konstrukcja wykluczenia wraz z mechanizmem tzw. „samooczyszczenia” (*Self-cleaning*) powinna być również traktowana jako środek prowadzący do podniesienia standardów obowiązujących u kontrahentów sektora publicznego, wpływając stopniowo na poprawę jakości całego systemu zamówień publicznych.

Analiza konstrukcji wykluczenia rodzi wiele pytań dotyczących m.in. tego w jakich sytuacjach należy wykluczać wykonawców, kiedy i pod jakimi warunkami warto pozwolić wykonawcom na powrót do rynku zamówień publicznych, czy wykluczenie powinno skutkować tylko w odniesieniu do konkretnego postępowania, czy też może wywoływać skutek wobec wszystkich postępowań prowadzonych przez zamawiających w danym kraju, czy szerzej np. w całej UE, czy wreszcie tego kto powinien decydować o zastosowaniu tego radykalnego środka wobec wykonawców.

Regulacja poświęcona wykluczeniu wykonawców z postępowania jest obecna we wszystkich aktach normatywnych, których przedmiotem jest udzielanie zamówień publicznych. Analiza komparatystyczna tychże regulacji wskazuje na wspólny koncept, którym jest ge-

neralnie rzecz ujmując intencja współpracy przez zamawiających wyłącznie z rzetelnymi i uczciwymi wykonawcami. Bliższe przyjrzenie się jednak przepisom dotyczącym przedmiotowego zagadnienia wskazuje na całą masę rozbieżności, częstokroć dotyczących nawet fundamentalnych kwestii.

Raport ukazuje złożoność problematyki dotyczącej wykluczenia wykonawców z postępowania na gruncie wybranych przepisów Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, jak również na gruncie krajowych regulacji państw członków UE i EFTA.

(...)

ROZUMIENIE POJĘCIA FAKULTATYWNOŚCI W DYREKTYWIE 2014/24/UE

Przepisy Dyrektywy 2014/24/UE przewidują dwie podstawowe grupy sytuacji, których wystąpienie może prowadzić do wykluczenia danego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Chodzi generalnie o przesłanki obligatoryjne (art. 57 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE)¹ i przesłanki fakultatywne (art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE).

Przedmiotem analizy zawartej w Raporcie są wybrane przesłanki fakultatywne i to na nich koncentrują się uwagi w nim przedstawione. Jednym z najistotniejszych elementów wpływających na właściwą koordynację lub harmonizację przepisów w tym zakresie jest ustalenie sposobu rozumienia pojęcia *fakultatywnych* przesłanek wykluczenia i wskazanie dopuszczalnych modeli ich transpozycji do porządków krajowych.

Przyjmując wybrane fakultatywne przesłanki wykluczenia do prawa krajowego, ustawodawca mógł zmienić ich charakter i określić je jako obligatoryjne.

Jak pokazuje analiza rozwiązań przyjętych w krajach UE oraz EFTA, w państwach, które wdrożyły do prawa krajowego fakultatywne przesłanki wykluczenia, wy-

¹ Z uwzględnieniem przepisów zawartych w art. 57 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE.

stępują co najmniej dwa, zupełnie odmienne, podejścia. Można je scharakteryzować w następujący sposób:

a) pozostawienie instytucji zamawiającej całkowitej swobody, co przejawia się w tym, że to ona decyduje o zastosowaniu danej przesłanki w danym postępowaniu w dokumentach zamówienia (najczęściej oczywiście w ogłoszeniu o zamówieniu²). Oznacza to, że do instytucji zamawiającej należy każdorazowo decyzja, czy w ogóle zamierza ona brać daną przesłankę pod uwagę w postępowaniu. Innymi słowy, instytucja zamawiająca może zdecydować, że w danym postępowaniu nie bada przesłanek fakultatywnych, lub bada tylko wybrane. Takie rozwiązanie przyjęto np. w Polsce³ oraz w Holandii⁴.

Jak się wydaje, w ramach tego systemu można wyróżnić dodatkowe modele:

- i. np. w Polsce, gdy instytucja zamawiająca wskaże, że będzie badała daną fakultatywną podstawę wykluczenia, czyni z niej niejako automatycznie podstawę do obligatoryjnego wykluczenia. Oznacza to, że w przypadku wystąpienia sytuacji w niej wskazanej w praktyce nie bada się tego, czy ewentualne wykluczenie danego wykonawcy jest proporcjonalne do naruszenia, które popełnił;
- ii. inaczej jest np. w Holandii, gdzie w ramach przewidzianej przesłanki fakultatywnej dodatkowo następuje obowiązkowe badanie proporcjonalności, które poprzedza ewentualną decyzję o wykluczeniu, jeżeli tylko zamawiający ogłosi w jaki sposób i na jakich warunkach będzie tej zasady przestrzegał⁵;

b) pozostawienie instytucji zamawiającej częściowej swobody, co przejawia się w tym, że przesłanki fakultatywne są stosowane *ex lege* w każdym postępowaniu, a instytucja zamawiająca jest zobowiązana do każdorazowego badania ich wystąpienia. *Fakultatywność* w tym przypadku oznacza zatem prawo do oceny danej sytuacji i ewentualnego braku wykluczenia danego wykonawcy, jeśli instytucja zamawiająca uzna, że byłoby to nieproporcjonalne w stosunku do popełnionego czynu, z zastrzeżeniem przestrzegania zasady rów-

nego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców.

Nie ulega wątpliwości, że w zależności od przyjętego modelu, praktyka stosowania fakultatywnych przesłanek wykluczenia może się różnić. Niewątpliwie nie sprzyja to budowaniu spójnego systemu prawnego dotyczącego zamówień publicznych na poziomie unijnym, czemu – jak się wydaje – miał służyć nowy pakiet legislacyjny z 2014 r.

Oba modele mają swoje wady i zalety. Przykładowo model „polski” (lit. a) punkt i. powyżej) z jednej strony może gwarantować przejrzystość i pewność prawa na poziomie danego postępowania, instytucja zamawiająca stosuje bowiem wybrane przez siebie fakultatywne przesłanki wykluczenia w sposób bezwzględny w praktyce jak przesłanki obligatoryjne. Z drugiej jednak strony instytucja zamawiająca może w jednym postępowaniu badać określone przesłanki (oczywiście informując o tym uprzednio wykonawców), by w kolejnym już tego nie robić.

Model b) z kolei, jak się wydaje, może zwiększać konkurencyjność postępowań, ograniczając nadmierne

² W procedurach bez ogłoszenia, w informacji przekazywanej zapraszanym wykonawcom.

³ Por. art. 24.6 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. 2018 poz. 1986 ze zm.)

⁴ TSUE z 14 grudnia 2016 r., C-171/15 Connexion Taxi Services, EU:C:2016:948, pkt 30, w którym wskazano, że: “w zakresie możliwości wykluczenia wykonawcy za poważne wykroczenie zawodowe Królestwo Niderlandów nie zawarło warunków zastosowania art. 45 ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy w swoich przepisach, tylko powierzyło stosowanie tego uprawnienia instytucjom zamawiającym w rozporządzeniu. Rozpatrywane w postępowaniu głównym niderlandzkie przepisy uprawniają bowiem instytucje zamawiające do ogłoszenia, że do danego zamówienia publicznego będą mieć zastosowanie fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 45 ust. 2 tej dyrektywy.” Wyrok dotyczył przepisów poprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/WE, ale jego tezy pozostają wciąż aktualne.

⁵ Ibidem, pkt 31, 38. Dla porządku trzeba wskazać, że sprawa rozpatrywana przez TSUE dotyczyła jedynie przesłanki poważnego wykroczenia zawodowego.

wykluczanie wykonawców w związku z uchybieniami, które poddane ocenie zgodnie z zasadą proporcjonalności – nie będą jednak podważały ich wiarygodności i rzetelności⁶. Nie oznacza to jednak, że zamawiającemu może być pozostawiona całkowita swoboda na etapie wykluczania (stosowania przesłanki), ponieważ pozostawiałoby to wykonawców w stanie niepewności odnośnie do możliwości uczestniczenia w postępowaniu.

PRZESŁANKA OKREŚLONA W ART. 57 UST. 4 LIT. C DYREKTYWY 2014/24/UE

Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. c) Dyrektywy 2014/24/UE instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość (...).

Sposób transpozycji przesłanki wykluczenia do krajowych porządków prawnych

(...) Aż w dwudziestu siedmiu państwach przesłanka wykluczenia z powodu poważnego wykroczenia zawodowego została ukształtowana jako fakultatywna, podczas gdy jedynie w pięciu państwach nadano jej obligatoryjny charakter (Austria, Hiszpania, Portugalia, Słowacja oraz Włochy) (...).

Okres wykluczenia

W większości państw okres wykluczenia zaczyna się liczyć od dnia wystąpienia naruszenia stanowiącego podstawę wykluczenia. W przypadku 11 państw uznano, że okres ten liczy się od uprawomocnienia się orzeczenia sądowego lub decyzji organu administracji publicznej stwierdzających zaistnienie „poważnego wykroczenia zawodowego”. Jedynie w Szwajcarii początek okresu wykluczenia określa się odrębnie dla danego przypadku.

Przeważającym okresem wykluczenia są 3 lata (22 państwa). Okres ten wywodzony jest głównie z treści art. 57 ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE. Jedynie w przypadku 3 państw okres ten wynosi 5 lat. W kolejnych 3

państwach jest on skrócony do 2 lat. W Szwajcarii przepisy prawa nie określają okresu wykluczenia – jest on ustalany w każdym przypadku odrębnie w ramach orzeczenia zapadającego w danej sprawie.

W niektórych państwach (Cypr, Hiszpania, Francja, Rumunia, Islandia, Bułgaria, Włochy) dopuszcza się **zróżnicowanie okresu wykluczenia w drodze ustalenia przez sądy lub organy administracji publicznej wydającego w danej sprawie orzeczenia** stwierdzającego zaistnienie poważnego wykroczenia zawodowego (tzw. prejudykatu).

Interesujące rozwiązanie funkcjonuje w Grecji, w której okres wykluczenia trwa – co do zasady – 3 lata, jednakże sam zamawiający w ogłoszeniu o konkretnym zamówieniu może – zgodnie z zasadą proporcjonalności – skrócić ten okres. Podobne rozwiązania funkcjonują w Szwecji, Norwegii i Austrii,

Zupełnie odmienną regulację wprowadził Lichtenstein, w którym wykluczenie obejmuje jedynie postępowanie, w którym instytucja zamawiająca wydała decyzję o wykluczeniu, a nie odnosi się do przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Możliwość samooczyszczenia

We wszystkich państwach wykonawca, który dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego, może skorzystać z procedury samooczyszczenia. Może tego dokonać poprzez przedstawienie dowodów, że podjęte przez niego środki pozwalają wykazać jego rzetelność.

W większości państw brak jest szczegółowej regulacji dotyczącej samooczyszczenia. Ocena dowodów przed-

⁶ Wydaje się, iż w przypadku Polski ustawodawca dostrzegł również ten aspekt, proponując w nowym PZP zastosowanie modelu „holenderskiego”. Por. art. 109 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych: W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1–5 lub 7 [są to fakultatywne podstawy wykluczenia], zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Ustawa ma wejść w życie 1 stycznia 2021 r.

stawianych przez wykonawców winna uwzględniać okoliczności każdego przypadku, z poszanowaniem zasady proporcjonalności.

Dowodami, które mogą przedstawiać wykonawcy w celu wykazania, iż podjęte przez nich środki pozwalają wykazać ich rzetelność, mogą być⁷:

- (i) **potwierdzenie naprawienia szkody**, np. poprzez zapłatę odszkodowania (Niemcy);
- (ii) **podjęcie działań kadrowych**, w tym wyciągnięcie konsekwencji wobec pracowników i współpracowników wykonawcy, którzy dopuścili się czynności lub zaniechań skutkujących powstaniem przesłanki, włącznie ze zwolnieniem takich osób;
- (iii) **podjęcie środków technicznych i organizacyjnych**, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy, takich jak:
 - przeprowadzenie szkoleń wdrażających personel do przestrzegania określonych reguł;
 - wprowadzenie dodatkowych systemów kontroli i wewnątrzorganizacyjnego *compliance*, wraz z okresową oceną funkcjonowania tych systemów;
- (iv) **współpraca wykonawcy z zamawiającym lub z organami** ścigania lub innymi organami, np. antymonopolowymi;
- (v) **wniesienie środka zaskarżenia** od nieprawomocnego wyroku, na podstawie którego zamawiający kwestionuje rzetelność wykonawcy (Chorwacja).

Ciekawe rozwiązanie dotyczące samooczyszczenia funkcjonuje na Łotwie, gdzie wprost przyznaje się zamawiającym prawo do skierowania wniosku o opinię do właściwych organów karnych lub administracyjnych na temat przedstawionych przez wykonawców środków w ramach instytucji samooczyszczenia.

W doktrynie niemieckiej akcentuje się konieczność udokumentowania podjęcia określonych środków przez wykonawców oraz zwraca się uwagę na przydatność audytów zewnętrznych dla wykazania skuteczności podjętych przez wykonawcę działań w celu zapobiegania nieprawidłowego postępowania przez wykonawcę w przyszłości.

W większości państw nie jest jasne czy z instytucji samooczyszczenia wykonawcy powinni korzystać wyprzedzająco, czy też dopiero na wyraźne wezwanie instytucji zamawiającej. Tę kwestię wyraźnie uregulowano w Estonii, gdzie wykonawcy powinni przedstawić dowody świadczące o ich rzetelności już wraz z ofertą, przyznając się niejako do tego, że ma wobec nich zastosowanie przesłanka wykluczenia.

Z kolei w Grecji i Polsce (choć nie brakuje stanowisk przeciwnych⁸) wskazuje się, że skuteczne samooczyszczenie może się odbyć jedynie na etapie składania oferty/wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu bądź JEDZ. W konsekwencji, w przypadku późniejszego ustalenia, że dany wykonawca podlega wykluczeniu, nie będzie on mógł skorzystać z instytucji samooczyszczenia.

PRZESŁANKA OKREŚLONA W ART. 57 UST. 4 LIT. G DYREKTYWY 2014/24/UE

Na podstawie art. 57 ust. 4 lit g) Dyrektywy 2014/24/UE, możliwość wykluczenia wykonawcy istnieje wówczas, gdy wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne lub umowy koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania takiej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Sposób transpozycji przesłanki wykluczenia do krajowych porządków prawnych

Przesłanka ta została wprowadzona we wszystkich państwach członkowskich, z wyjątkiem Irlandii. W większości państw przesłanka ta ma charakter fakultatywny. Charakter obligatoryjny nadano jej w Austrii, Litwie, Portugalii, we Włoszech i w Hiszpanii (...).

⁷ Warto zauważyć, że w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, która ma wejść w życie 1 stycznia 2021 r. wskazano, że wykonawca ma udowodnić zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki.

⁸ Zob. przykładowo wyrok KIO w sprawie KIO 1576/19.

Okres wykluczenia

W większości państw wykluczenie wykonawcy następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Są jednak kraje, w których okres wykluczenia wykonawców na podstawie tej przesłanki to 2 lata – jest tak w Chorwacji, Danii oraz na Malcie.

Wyjątkowo krótki jest okres, w jakim wykonawca może być wykluczony z postępowania funkcjonuje na Łotwie – wynosi 1 rok od rozwiązania umowy. W niektórych państwach (Polska, Szwecja, Rumunia i Grecja) wskazywano także, że sąd może zdecydować o innym okresie obowiązywania przesłanki wykluczenia i okres ten rozpoczyna bieg od momentu wydania orzeczenia sądowego.

Różnice pomiędzy państwami dotyczą także początku biegu okresu wykluczenia. W większości krajów okres ten rozpoczyna bieg od momentu nienależytego wykonania umowy, a nie od momentu nastąpienia skutków, do jakich może prowadzić taki stan realizacji zamówienia. Natomiast w niektórych krajach rozpoczyna on bieg od momentu nałożenia sankcji, czyli np. od daty rozwiązania kontraktu lub nałożenia kar umownych (Francja, Austria).

W Zjednoczonym Królestwie okres 3-letni liczony jest od wystąpienia zdarzenia (albo dowiedzenia się o nim), ale w przypadku odstąpienia od umowy to 3 lata od odstąpienia. W niektórych krajach, jak np. we Włoszech, jeśli w kwestii danego nieprawidłowego zachowania wykonawcy wydany został wyrok sądowy, to okres wykluczenia wynosi 5 lat od wydania wyroku (podczas gdy w przypadku braku wyroku dotyczącego danego naruszenia okres we Włoszech, jak w większości krajów członkowskich Unii Europejskiej, wynosi 3 lata).

Możliwość samooczyszczenia

W kwestii samooczyszczenia krajowe regulacje prawne brzmią analogicznie do regulacji unijnej. W konsekwencji również, większość państw wskazuje na sposoby samooczyszczenia podane w Dyrektywie 2014/24/UE.

Podkreśla się przede wszystkim, że nie ma zamkniętego katalogu środków możliwych do podjęcia w ramach procedury samooczyszczenia. Adekwatność tych środków jest oceniana indywidualnie w zależności od przypadku, co do zasady zatem, wykonawcy mogą przedstawiać takie dowody, jakie są stosowne w danej sprawie.

Jako przykłady środków używanych w ramach procedury samooczyszczenia wskazuje się:

Chorwacja:

- (i) potwierdzenia płatności na rzecz podmiotów, którzy ponieśli szkodę;
- (ii) dowody współpracy z państwowym biurem prokuratora Republiki Chorwacji/Chorwackiej Agencji ds. Konkurencji;
- (iii) najczęstszą przyczyną wykluczenia jest odpowiedzialność wąskiego kręgu osób fizycznych, które dopuściły się czynów przestępczych lub są winne wątpliwej praktyki biznesowej – w takich przypadkach przedkładane są dowody zwolnienia takich osób;
- (iv) nie będzie skuteczne w tym zakresie samo oświadczenie dyrektora podmiotu gospodarczego, w którym opisuje on podjęte środki samooczyszczenia, i które nie zawiera wyczerpującego uzasadnienia lub jeśli środki te nie są szczegółowo opisane.

Niemcy:

- (i) podjęcie odpowiednich działań może zostać wykazane za pomocą zewnętrznego audytu, a także prowadzenie stałych kontroli skuteczności wprowadzonych środków.

Norwegia:

- (i) zwolnienie osób odpowiedzialnych za naruszenia w poprzednich postępowaniach;
- (ii) wprowadzanie kodeksów dobrych praktyk;
- (iii) wprowadzanie wewnętrznych systemów kontroli;
- (iv) wprowadzanie systemu ujawniania naruszeń;
- (v) przeprowadzenie szkoleń dla pracowników.

Włochy:

- (i) środki mające na celu zapewnienie odpowiednich kompetencji pracowników, w tym przeprowadzenie określonych działań szkoleniowych;
- (ii) działania mające na celu poprawę jakości usług poprzez działania organizacyjne, strukturalne i/lub pomocnicze;
- (iii) ponowne powołanie organów korporacyjnych.

Łotwa:

- (i) według prawa łotewskiego wobec wykonawcy, który spełnia przesłankę wykluczenia, instytucja zamawiająca może zażądać dodatkowej gwarancji należytego wykonania umowy lub ustalić takie warunki wykonania zamówienia, by wykonanie niezgodne z istotnymi warunkami umowy było dla wykonawcy ekonomicznie nieopłacalne.

PRZESŁANKA OKREŚLONA W ART. 57 UST. 4 LIT. H ORAZ I DYREKTYWY 2014/24/UE

Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. h) oraz i) Dyrektywy 2014/24/UE, instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:

- (i) jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających, wymaganych na mocy art. 59 Dyrektywy 2014/24/UE;
- (ii) jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzję w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.

Sposób transpozycji przesłanki wykluczenia do krajowych porządków prawnych

Tylko w dwóch państwach nie wdrożono omawianych przesłanek jako dwóch odrębnych, samodzielnych i niezależnych od siebie podstaw wykluczenia wykonawcy. Dotyczy to Hiszpanii⁹ i Norwegii¹⁰, które podjęły decyzję o wprowadzeniu jednej podstawy wykluczenia dotyczącej przekazania instytucji zamawiającej nieprawdziwych informacji. W Hiszpanii ma ona charakter obligatoryjny, a w Norwegii fakultatywny. W pozostałych 29 państwach zachowano odrębność obu przesłanek wykluczenia. O ile zatem w przypadku samego wprowadzenia obu przesłanek wykluczenia nie występują pomiędzy badanymi państwami istotne odmienności, o tyle pewne różnice są zauważalne w zakresie nadanego tym przesłankom charakteru (tj. obligatoryjnego albo fakultatywnego).

Przeważa rozwiązanie, zgodnie z którym obie przesłanki mają charakter fakultatywny (20 spośród wszystkich badanych państw oraz Norwegia, gdzie istnieje jedna tylko podstawa wykluczenia o charakterze fakultatywnym).

W siedmiu przypadkach wprowadzono rozwiązanie całkowicie odmienne, nadając obu przesłankom charakter obligatoryjny (Węgry, Włochy, Litwa, Portugalia, Słowacja, Polska oraz Hiszpania, gdzie istnieje jedna przesłanka o obligatoryjnym charakterze). Występowa-

⁹ W przypadku Hiszpanii kwestię tę reguluje ustawa o umowach sektora publicznego, który wyklucza z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę będącego winnym wprowadzenia w błąd przy składaniu wymaganych oświadczeń lub przy przekazywaniu jakichkolwiek informacji dotyczących zdolności wykonawcy, ale też zaniedbania przy zgłoszeniu informacji o zmianach określonych danych dotyczących wykonawcy.

¹⁰ W przypadku Norwegii kwestię tę reguluje ustawa o zamówieniach publicznych, zgodnie z którą instytucja zamawiająca może wykluczyć dostawcę, chyba że wykluczenie jest nieproporcjonalne, jeżeli dostawca dostarczył poważne błędne lub wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzję dotyczącą wykluczenia, kwalifikacji lub wyboru wykonawcy lub jeżeli dostawca postanowił nie podawać tych informacji.

ły także **rozwiązania „mieszane”**, np. gdzie podstawa wykluczenia za poważne wprowadzenie w błąd (art. 57 ust. 4 lit. h) Dyrektywy 2014/24/UE) ma charakter obligatoryjny, a z art. 57 ust. 4 lit. i) Dyrektywy 2014/24/UE charakter fakultatywny (Bułgaria, Czechy, Austria) (...).

Okres wykluczenia

Różnice między państwami występują w odniesieniu do: (i) długości okresu wykluczenia oraz (ii) momentu, od którego ten okres należy liczyć. **Okres wykluczenia zazwyczaj wynosi trzy lata.** Czasami okres ten jest krótszy (Chorwacja – 2 lata, Dania, Portugalia – do 2 lat, Litwa – 1 rok).

W niektórych państwach (Czechy, Norwegia, Polska) w ogóle nie określono szczegółowo okresu wykluczenia w odniesieniu do omawianych przesłanek, a sama czynność wykluczenia wykonawcy ma w związku z tym charakter jednorazowy, tzn. odnosi skutek prawny wyłącznie w danym, konkretnym postępowaniu, w którym doszło do przekazania nieprawdziwych informacji.

W Danii instytucja zamawiająca decyduje każdorazowo o okresie wykluczenia wykonawcy w decyzji o wykluczeniu wykonawcy. W tym przypadku (znowu w powiązaniu z zasadą proporcjonalności) zamawiający decyduje o długości okresu, który maksymalnie może wynosić 2 lata.

Z kolei na Malcie zaistnienie samej przesłanki skutkuje wpisaniem wykonawcy na czarną listę, a ewentualną procedurę samooczyszczenia można przeprowadzić tylko przy czynności wpisu (w celu obrony przed wpisem). Tym samym dopiero prawomocny wpis na listę (niezaskarżony przez wykonawcę z powołaniem się na procedurę samooczyszczenia) wywołuje skutki prawne w postaci wykluczenia z kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Różne jest podejście w odniesieniu do momentu, od którego należy liczyć okres wykluczenia. Dyrektywa 2014/24/UE posługuje się bowiem w tym przypadku nieprecyzyjnym określeniem “odnośnie zdarzenie”.

Najczęściej momentem początkowym jest data zaistnienia zdarzenia, czyli moment przekazania nieprawdziwych informacji do instytucji zamawiającej, lub data wykluczenia wykonawcy. Rzadziej wskazywane są inne momenty (np. data upływu terminu składania ofert – Niemcy, data zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – Węgry).

Możliwość samooczyszczenia

W znakomitej większości badanych państw istnieje możliwość zastosowania samooczyszczenia do obu przesłanek wykluczenia. Zdarzają się jednak państwa (Łotwa, Portugalia), w których jest to możliwe tylko w odniesieniu do przesłanki z lit. i). W innych natomiast zastosowanie samooczyszczenia może być utrudnione w praktyce (np. Malta, Węgry).

Utrudnienia, o których mowa powyżej dotyczą przede wszystkim konieczności uzyskania orzeczenia organu sądowego/quasi-sądowego, w celu wykazania skuteczności samooczyszczenia (Malta i Węgry).

Utrudnienie może dotyczyć również momentu, do którego możliwe jest wykazanie podjęcia niezbędnych środków. W Polsce, Grecji i Estonii wykazanie samooczyszczenia może się odbyć jedynie na etapie składania oferty/wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu bądź JEDZ. W przypadku późniejszego ustalenia, że dany wykonawca podlega wykluczeniu w oparciu o omawiane przesłanki, nie będzie on mógł skorzystać z instytucji samooczyszczenia¹¹.

¹¹ W tym tonie wypowiedziała się polska Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 14 czerwca 2018 r., sygn. KIO 1102/18: „instytucja samooczyszczenia jest podejmowana z inicjatywy samego wykonawcy, w sytuacji, gdy ten ma świadomość i wie, że podlega wykluczeniu. Samooczyszczenie winno być dokonane najpóźniej wraz ze złożeniem dokumentu JEDZ, czyli wraz z upływem terminu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Późniejsze, następcze w wyniku wezwania zamawiającego, czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu, samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji.” W innym wyroku wprost wskazano jednak na konieczność doprecyzowania możliwości zastosowania procedury samooczyszczenia (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1470/18).