

# Refleksje na temat przesłanek wykluczenia i praktyki ich stosowania w świetle orzecznictwa sądowego i KIO

---

MAGDALENA GRABARCZYK  
KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA  
WARSZAWA, 30 WRZEŚNIA 2019 R.

# Transpozycja dyrektyw z 2014 r.

Dyrektywa 2014/24/UE	Ustawa Prawo zamówień publicznych
Art. 57 ust. 4 lit. h)	Art. 24 ust. 1 pkt 16
Art. 57 ust. 4 lit. i)	Art. 24 ust. 1 pkt 17
Art. 57 ust. 4 lit. c)	Art. 24 ust. 5 pkt 2
Art. 57 ust. 4 lit. g)	Art. 24 ust. 5 pkt 4

# Cywilnoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia

---



Brzmienie przepisów

Wykładnia na bazie dorobku  
sądów powszechnych i SN  
orzekających w sprawach  
cywilnych

Sporny charakter postępowania  
odwoławczego przed KIO

# Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

---

który w wyniku zamierzonych działań lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcyjnymi”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

**ART. 24 UST. 1 PKT 16 PZP**

który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

**ART. 24 UST. 1 PKT 17 PZP**

	Art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp Celowe wprowadzenie w błąd	Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Nieumyślne wprowadzenie w błąd
Zachowanie wykonawcy	<ul style="list-style-type: none"> <li>• wprowadzenie w błąd</li> <li>• zatajenie informacji</li> <li>• brak wymaganych dokumentów</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• wprowadzenie w błąd</li> </ul>
Stopień zawinienia wykonawcy	<ul style="list-style-type: none"> <li>• zamierzone działania</li> <li>• rażące niedbalstwo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• lekkomyślność</li> <li>• niedbalstwo</li> </ul>
Zakres przedmiotowy informacji przekazywanych przez wykonawcę	<ul style="list-style-type: none"> <li>• nie podlega wykluczeniu,</li> <li>• spełnia warunki udziału w postępowaniu</li> <li>• spełnia kryteria selekcji</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• istotny wpływ na decyzje zamawiającego</li> </ul>

# Wprowadzenie w błąd zamawiającego

---

Podanie przez wykonawcę informacji:

➤ Niezgodnych z rzeczywistością

Pojęcie „prawda„ - rozumiane jest jak w języku potocznym jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi").

Wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

*wyrok SN II CKN 1095/99*

➤ dla wywołania określonego skutku w postępowaniu, który nie nastąpiłby w przeciwnym razie.

# Wina wykonawcy

*wyroki SN sygn. akt IV CK 151/03, sygn. akt I CKN 969/00*

---

## Art. 24 ust. 1 pkt 16

- Zamierzone działanie - wykonawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie
- Rażące niedbalstwo - naruszenie elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub podstawowych zasad ostrożności

## Art. 24 ust. 1 pkt 17

- Lekkoomyślność - przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie
- Niedbalstwo - nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć

# Należyta staranność wykonawcy

*art. 355 § 2 k.c.*

---

- surowsza od staranności ogólnie wymaganej,
- do prowadzenia działalności gospodarczej wymagana jest niezbędna wiedza fachowa, obejmująca:
  - formalne kwalifikacje,
  - doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej,
  - ustalone zwyczajowo standardy wymagań,
  - znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w prowadzonej działalności gospodarczej

*wyroki SN w sprawach: IV CK 100/05, I CK 625/03, III CRN 77/93*

Podmiotom gospodarczym można i trzeba stawiać jednakowo wysokie wymagania dotyczące staranności działania, jakie obowiązują profesjonalistów w obrocie prawnym

*wyrok SN II CSK 613/12*



# Kumulatywny charakter przesłanek wykluczenia

---

Wszystkie przesłanki zawarte w przepisach muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich oznacza brak podstaw wykluczenia

*KIO 348/17, KIO 836/17, KIO 1058/17, KIO 1257/17*

Zachowanie przez wykonawcę należytej staranności w związku z przekazywaniem informacji zamawiającemu oznacza, że nie podlega on wykluczeniu nawet w sytuacji, gdy pozostałe przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 zostały spełnione.

*KIO 1304/18*

	Art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp Celowe wprowadzenie w błąd	Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp Nieumyślne wprowadzenie w błąd
Zachowanie wykonawcy	<ul style="list-style-type: none"> <li>• wprowadzenie w błąd</li> <li>• zatajenie informacji</li> <li>• brak wymaganych dokumentów</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• wprowadzenie w błąd</li> </ul>
Stopień zawinienia wykonawcy	<ul style="list-style-type: none"> <li>• zamierzone działania</li> <li>• rażące niedbalstwo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• lekkomyślność</li> <li>• niedbalstwo</li> </ul>
Zakres przedmiotowy informacji przekazywanych przez wykonawcę	<ul style="list-style-type: none"> <li>• nie podlega wykluczeniu,</li> <li>• spełnia warunki udziału w postępowaniu</li> <li>• spełnia kryteria selekcji</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• istotny wpływ na decyzje zamawiającego</li> </ul>

## Wykazywanie spełniania warunków udziału w postępowaniu

- Przedmiot umowy referencyjnej nie odpowiada treści warunku *KIO 914/19*
- Niewystarczający zakres umowy zrealizowanej przez podmiot trzeci *KIO 1067/19*
- Nieprawdziwe: data realizacji, wartość i zakres umowy *KIO 1124/19*
- Brak udziału w wykonaniu umowy referencyjnej *KIO 595/19*
- Kwalifikacje i doświadczenie personelu *KIO 929/19*

## Treść oferty

Cechy i właściwości oferowanego świadczenia:

- Brak wymaganych funkcjonalności urządzenia w oferowanym systemie *KIO 1012/19, KIO 1070/19*
- Brak zgodności z przedmiotem zamówienia *KIO 1036/19, KIO 1076/19 i KIO 1164/19*

## Kryteria oceny ofert

- Doświadczenie personelu wykonawcy *KIO 927/19, KIO 1014/19, 1048/19*

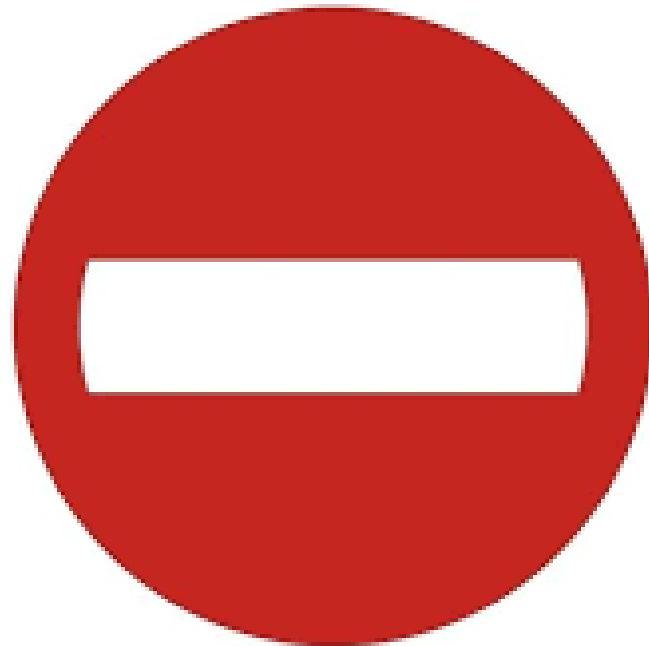
## Wyjaśnienia udzielane zamawiającemu

- Dotyczące ceny oferty – *KIO 2057/19*
- Badanie zgodności oferty z przedmiotem zamówienia *KIO 1036/19, KIO 809/19*

# Brak możliwości zastąpienia nieprawdziwej informacji w trybie art. 26 ust. 3 Pzp

*KIO 734/17, KIO 1004/17, KIO 1058/17, KIO 1987/17, KIO 2003/17*

---



# Samoczyszczenie wykonawcy

*art. 24 ust. 8 i 9 Pzp*

---

**Wykonawca**, który podlega wykluczeniu, może **przedstawić dowody** na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić **naprawienie szkody** wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub **naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych**, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli **zamawiający**, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, **uzna za wystarczające dowody** przedstawione na podstawie ust. 8.

# Samoczyszczenie wykonawcy, który wprowadził w błąd zamawiającego

---

Dopuszczalne zwłaszcza w postępowaniach długotrwałych, gdy po złożeniu oświadczenia lub dokumentu zmieniają się okoliczności dotyczące składającego ten dokument wykonawcy, ujawniają się nowe, nieznane wykonawcy okoliczności, które mogą mieć wpływ na ocenę sytuacji wykonawcy w postępowaniu, co w konsekwencji może wprowadzać zamawiającego w błąd.

*KIO 1087/17, KIO 1138/17, KIO 1751/17*

Powinno się odróżnić sytuację wykonawcy, który po stwierdzeniu, iż informacje przekazane zamawiającemu są nieprawdziwe, podejmuje czynności mające na celu usunięcie tego stanu, od wykonawcy, który nie podejmuje żadnych środków i działań, pomimo możliwości wyjaśnienia zamawiającemu okoliczności złożenia oferty z nieprawidłowymi informacjami.

*KIO 1138/17, KIO 1829/17*

# Zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który:

---

## ART. 24 UST. 5 PKT 2

w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość,

w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych

## ART. 24 UST. 5 PKT 4

z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym,

co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania

# Fakultatywny charakter podstaw wykluczenia

---

Wskazanie w dokumentach postępowania (w przetargu nieograniczonym w SIWZ i ogłoszeniu)

- Warunek konieczny badania podstaw i czynności wykluczenia
- *KIO 912/18, KIO 2688/18*

Wskazanie w dokumentach postępowania

- Obowiązek zamawiającego badania podstaw wykluczenia
- *KIO 434/18*



	Art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp	Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp
Zachowanie wykonawcy	<ul style="list-style-type: none"> <li>• poważne naruszenie obowiązków zawodowych</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• przyczyny leżące po stronie wykonawcy</li> </ul>
Stopień zawinienia wykonawcy	<ul style="list-style-type: none"> <li>• wina</li> <li>• w szczególności:</li> <li>• zamierzone działania</li> <li>• rażące niedbalstwo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• wina</li> </ul>
Skutek	<ul style="list-style-type: none"> <li>• nie wykonanie umowy</li> <li>• nienależyte wykonanie umowy</li> <li>• podważenie uczciwości wykonawcy, co wykazuje zamawiający</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• rozwiązanie umowy</li> <li>• zasądzenie odszkodowania</li> <li>• niewykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji</li> <li>• nienależyte wykonanie takiej umowy w istotnym stopniu</li> </ul>

# Reguły wykładni

---

- kumulatywne spełnienie przesłanek *KIO 589/19, KIO 988/19*
- zastosowanie judykatury i doktryny prawa cywilnego w odniesieniu do pojęć „wina wykonawcy”, „przyczyny leżące po stronie wykonawcy”, „nienależyte wykonanie umowy”
- „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” zgodnie z tezami TSUE w sprawie C-465/11 *KIO 988/19*
- spór przed SO dotyczący wykonania lub niewykonania umowy
  - w większości przypadków uniemożliwia wykluczenie z udziału w postępowaniu *KIO 2095/17, KIO 1033/18*
  - nie zwalnia zamawiającego z obowiązku oceny podstaw wykluczenia *KIO 988/19*
- dyskusyjne odstąpienie od umowy przez wykonawcę lub zamawiającego *KIO 705/17, KIO 335/18*
- uwzględnienie obowiązku współdziałania zamawiającego przy wykonaniu umowy *KIO 434/18*
- ciężar wykazania przesłanek wykluczenia spoczywa na:
  - wykonawcy domagającym się wykluczenia konkurenta
  - zamawiającym, dokonującym wykluczenia wykonawcy z postępowania *KIO 410/19, KIO 589/19, KIO 988/19*

# Doniostłość informacji o wykluczeniu

---

*KIO 741/17, KIO 746/17, KIO 782/17, KIO 1166/17, KIO 2095/17, sygn. akt KIO 2522/17, KIO 70/18 i KIO 434/18, KIO 410/19, KIO 589/19, SO w Warszawie XXIII Ga 416/11*

Brak wykazania przez zamawiającego chociażby jednej z przesłanek wyłącza możliwość wykluczenia wykonawcy.

# Poważne naruszenie obowiązków zawodowych

*art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp*

---

## STANOWI:

Niedotrzymywanie umownych terminów cząstkowych  
*KIO 422/18*

Brak opieki nad dziećmi niepełnosprawnymi w czasie  
usługi przewozu *KIO 1001/18*

Nieprzystąpienie do wykonywania umowy *KIO 353/16*

Niewykonywanie usługi utrzymania czystości w szpitalu  
*KIO 273/16*

Nieprzestrzeganie wymogów bezpieczeństwa,  
pracownicy wykonawcy pod wpływem alkoholu,  
naliczanie kar umownych przez prawie cały okres  
obowiązania umowy *KIO 2613/18*

## NIE STANOWI

Spór co do przestrzegania przez wykonawcę przepisów w  
zakresie ochrony środowiska *KIO 2549/17*

Błędy w realizacji umowy świadczące o niskich  
kompetencjach zawodowych *KIO 429/18*

Zwłoka w usunięciu trzech awarii, przy ogólnej liczbie  
ponad 1100 *KIO 116/16*

Sam fakt nałożenie na wykonawcę kar umownych  
*KIO 1992/17, KIO 985/18, KIO 589/19*

Opóźnienie w wykonaniu umowy  
*SO w Krakowie XII Ga 219/17*

Wskazanie podstaw rozwiązania umów z innym  
zamawiającym w ogólny sposób *KIO 988/19*

# Niewykonanie lub istotne nienależyte wykonanie umowy

*art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp KIO 139/17*

zakres

wartość

świadczenia  
nieodpowiadającego  
istotnym wymaganiom  
umowy

powtarzające się nagminnie  
takie same wady  
świadczenia wykonawcy

niekoniecznie w zakresie  
najistotniejszych wymagań,  
notoryczne niedochowanie  
terminu wykonania  
zamówienia

# Obiektywnie istotne niewykonanie umowy

---

## TAK

Brak wykonania częściowych dostaw na żądanie zamawiającego w zakresie powyżej 10% przy wadliwości przedmiotu dostaw *KIO 139/17*

Wykonanie zobowiązania niezgodnie z umową przez co jej efekt jest niezdatny do umówionego użytku *KIO 335/18*

Niewykonanie dostaw z zakresie istotnego wymagania opisanego w SIWZ *KIO 139/17, KIO 335/18, KIO 1428/18*

## NIE

Naliczenie kar umownych z tytułu kilku umów, a nie jednej umowy *KIO 1166/17*

Wady dostarczanych przedmiotów, w rozmiarze nieistotnym w odniesieniu do zakresu i wartości całego zamówienia *KIO 54/18*

Sam fakt rozwiązania umowy z innym zamawiającym *KIO 434/18 KIO 454/18 KIO 410/19*

Wskazanie podstaw rozwiązania umów z innym zamawiającym w ogólny sposób *KIO 988/19*

Rozwiązanie umowy za porozumieniem stron *KIO 439/19*

Brak uczestnictwa podwykonawcy w wykonaniu umowy *KIO 1130/19*

# Samoczyszczenie wykonawcy

---

- utworzenie lub zmiany struktur organizacyjnych, wprowadzenie przejrzystego trybu podejmowania decyzji lub sposobu zarządzania kontraktami, systemów nadzoru i kontroli , wprowadzenie i egzekwowanie odpowiedzialności wewnętrznej *KIO 444/18*
- wyjaśnienie właściwym organom lub instytucjom okoliczności „niewiarygodnego” zachowania, naprawienie szkody, zwolnienie osób odpowiedzialnych, przeprowadzenie szkoleń wdrażających określone reguły, odsunięcie osób winnych przestępstw od zarządzania lub nadzoru, wprowadzenie dodatkowych systemów kontroli *KIO 610/16*
- należyte udowodnione podjęcie i wdrożenie działań naprawczych, przeprowadzenie audytów i kontroli *KIO 2507/17*
- plan naprawczy, odnoszący się do przyczyn wykluczenia *KIO 2613/18*

# Samoczyszczenie - dylematy orzecznicze

---

- czy skorzystanie z instytucji samoczyszczenia wymaga przyznania przez wykonawcę, że podlega wykluczeniu

*KIO 2199/16, KIO 139/17, KIO 1034/17, KIO 706/17*

- obowiązek zamawiającego przed dokonaniem wykluczenia umożliwienia samoczyszczenia

*KIO 163/17, KIO 196/17, KIO 1166/17, 2106/17, KIO 859/17, KIO 867/17, KIO 894/17*



# Funkcje przesłanek wykluczenia

---

