

# **Wybrane przesłanki wykluczenia w zamówieniach publicznych – analiza i praktyka**

Mirella Lechna-Marchewka LL.M

*Partner Zarządzająca, Wardyński i Wspólnicy*

# Procedura wykluczenia z postępowania

- ✦ Proces eliminacji wykonawców
- ✦ Wiarygodność wykonawcy jako klucz (C-41/18, C267/18)
- ✦ Wybrane przesłanki wykluczenia: nienależyte wykonanie poprzedniego zamówienia, wprowadzenie w błąd i zmowy przetargowe

# Historia wykluczenia polskim PZP

- ✦ Art. 19 PZP 1994
- ✦ "Lex Alpine" 2011
- ✦ Nowelizacje ustawy z 2004 roku

Natomiast w ochronie interesu publicznego przed nieuczciwymi i nierzetelnymi przedsiębiorcami przewiduje się zakaz udzielania zamówień publicznych dostawcom/wykonawcom, którzy wykazali się już nierzetelnością, nieuczciwością wobec państwa, weszli w konflikt z prawem lub którzy w oczywisty sposób (potwierdzony toczącym się przeciw nim postępowaniem) nie dają gwarancji wykonania umowy (art. 19).

- ✦ Forposta C-465/11 – zakaz automatyzmu wywodzony z zasady proporcjonalności

# Transpozycja przesłanek wykluczenia - Raport SPZP 2019

- ✦ Deficyty procesu transpozycji dyrektyw do krajowych porządków prawnych (non-compliance vs opposing legislation)
- ✦ Prof. Mark Trybus: dyrektywy zamówieniowe uzyskują drugie życie w porządkach krajowych – niespójność efektów regulacji
- ✦ Badanie wybranych fakultatywnych przesłanek wykluczenia w UE i EFTA  
link: [Raport Przesłanki wykluczenia.pdf \(stowarzyszeniepzp.pl\)](#)

## WNIOSKI ZASADNICZE:

- ✦ Większość krajów wdrożyła je literalnie
- ✦ Zachowała fakultatywność przesłanek wykluczenia
- ✦ Treść przesłanek budzi wątpliwości interpretacyjne

# Dwa modele fakultatywnego wykluczenia

- ✦ Prawo zamawiających do badania fakultatywnych podstaw wykluczenia
- ✦ Brak jednolitości w stosowaniu przesłanek fakultatywnych, fragmentaryzacja polityk zamówieniowych w indywidualnych państwach członkowskich (doktryna, TSUE C-171/15)
- ✦ Model 1: Swoboda decyzji zamawiającego co do badania (decyzja w dokumentacja postępowania), obowiązek wykluczenia (Polska, Niderlandy)
- ✦ Model 2: Obowiązek badania (*ex lege*), swoboda co do wykluczenia (Czechy)
- ✦ Zasada przejrzystości vs zasada proporcjonalności

# Nienależyte wykonanie poprzedniego zamówienia

- ✦ Art. 57 ust. 4 lit g dyrektywy klasycznej
- ✦ **Przesłanka fakultatywna:** większość krajów
- ✦ **Przesłanka obligatoryjna:** Austria, Portugalia, Hiszpania
- ✦ Różnice w definicjach naruszeń umowy
- ✦ Kary umowne – nie wszędzie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wykluczenie  
(Szwecja i Czechy – tylko nałożenie znaczącej kary umownej, Chorwacja – kara umowna nie uzasadnia wykluczenia)
- ✦ Przykłady innych porównywalnych sankcji:
  - Cypr – nakaz wykonania świadczenia;
  - Belgia, Niemcy – wykonanie zastępcze;
  - Estonia – obniżenie wynagrodzenia;
  - Niemcy – żądanie naprawczych robót budowlanych.

# Nienależyte wykonanie poprzedniego zamówienia

## art 109 ust. 1 pkt 7 pzp

- ✦ Niespójna wykładnia przepisu: zawinione czy nie? (KIO 1588/22, KIO 481/23) – odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady na zasadzie ryzyka
- ✦ Niespójne orzecznictwo co do praktyki wypełniania JEDZ (KIO 3383/23, KIO 449/22, KIO 375/22, KIO 287/23, KIO 3293/23)
- ✦ Wyrok SO z 23.08.2019 XXIII Ga 469/18 – wciąż cytowany w bieżącym orzecznictwie
- ✦ Czasem wykonawca może być „sędzią we własnej sprawie” (KIO 2214/22 ref. TSUE C-387/19) – art. 125 ust. 1 i 2 pzp – czy forma tego samego oświadczenia uzasadnia inne traktowanie wykonawcy?

# Wprowadzenie w błąd

**Art 57 ust. 4 lit h) i i) dyrektywy klasycznej**

- + Przesłanka obligatoryjna: Hiszpania, Włochy, Węgry**
- + Przesłanka fakultatywna: Niemcy, Czechy, Litwa**

Różna długość okresu wykluczenia – niekiedy wykluczenie wyłącznie w danym postępowaniu (Czechy, Norwegia) - stanowisko zgodne z zagraniczną doktryną.



# Wprowadzenie w błąd

**Art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) pzp**

- ✦ Przedstawienie informacji niezgodnych z rzeczywistością, ale także informacji obiektywnie prawdziwych (KIO 778/23, KIO 841/23)
- ✦ Konieczna eliminacja z postępowania z uwagi na zasadę równego traktowania (polska doktryna),  
ale wykonawca nie *jest winny jeśli składa fałszywe informacje w dobrej wierze* (XXIII Zs 61/22)

# Wprowadzenie w błąd

- ✦ W wielu państwach kluczowa przy ocenie tej przesłanki zasada proporcjonalności (Niemcy, Litwa, Słowacja czy Grecja)
- ✦ KIO 261/23: *obecna treść przepisu art. 109 ust. 3 Pzp wyklucza możliwość odstąpienia od wykluczenia wykonawcy, wobec którego zaistniały przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, z uwagi na zasadę proporcjonalności*
- ✦ Tymczasem motyw 101 dyrektywy klasycznej: Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności.

# Wprowadzenie w błąd

- ✦ W niektórych krajach - możliwość zastąpienia nieprawdziwych informacji prawdziwymi w toku postępowania (Bułgaria, Litwa, Malta czy Szwecja)
- ✦ W większości krajów członkowskich, w tym w Polsce, Hiszpanii, Niemczech czy Norwegii – fałszywe oświadczenia skutkują wykluczeniem bez możliwości korekty
- ✦ Art. 16 pzp - *można wywieść regułę, że nieprawdziwych informacji nie można zastąpić prawdziwymi* (KIO 1208/23, KIO 1160/23).
- ✦ Konsekwencje dla implementacji art. 63 dyrektywy klasycznej:

*Wykonawca nie może, z powołaniem się na art. 122 Prawa Zamówień Publicznych zastąpić jednego podmiotu trzeciego innym – sytuacja taka byłaby dopuszczalna, gdyby to wykonawca samodzielnie zorientował się, że przekazał zamawiającemu nieprawdziwe informacje, co do doświadczenia podmiotu trzeciego, zanim sam zamawiający odkryje ten fakt. Niedopuszczalne jest bowiem zastąpienie informacji nieprawdziwych, wprowadzających w błąd informacjami prawdziwymi w sytuacji, gdy wykonawca zostanie „przyłapany” przez zamawiającego. (KIO 1854/22)*

- ✦ **Tymczasem:** Przepis art. 122 pzp wymaga zastąpienia podmiotu trzeciego w obu przypadkach (fakultatywne i obligatoryjne przesłanki wykluczenia)

# Tzw. zmowa przetargowa

- ✦ Art. 57 ust. 4 lit d) dyrektywy klasycznej - wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji
- ✦ wprowadzona w 2014: wcześniej w ramach poważnego wykroczenia zawodowego, naruszenie konkurencji jako postawa odrzucenia oferty
- ✦ zakres węższy czy szerszy niż art. 101 TFUE? – doktryna odrzuca tezę o zawężeniu znaczenia przesłanki
- ✦ Motyw 101 dyrektywy: sytuacje naruszenia *reguł konkurencji* - zakres szeroki

# Zmowa przetargowa

## Art. 108 ust. 1 pkt 5 pzp

- ✦ Przesłanka obligatoryjna
- ✦ Interpretacja szeroka, nie jest ograniczona do ofert spółek z grupy
- ✦ Realizacja zasady domniemania niewinności
- ✦ Definicja „odnośnego zdarzenia” – analiza porozumienia wykonawców w danym przetargu (KIO 1457/22, XXIII Zs21/22, XXIII Zs 156/22)
- ✦ TSUE C124/17 – przede wszystkim okres wykluczenia, ale w tej sprawie zamawiający wykluczył wykonawcę w roku 2016 za praktyki antykonkurencyjne w innych postępowaniach w latach 2011

# Podsumowanie

1

Przesłanki wykluczenia eliminują nierzetelnych wykonawców, promując wiarygodność.

2

Brak jednolitego podejścia do ich interpretacji w UE = brak pewności prawa

3

Zasada proporcjonalności kluczowa w kontekście przesłanek fakultatywnych - wyważenie interesów publicznych i prywatnych minimalizuje ryzyko nadmiernych wykluczeń, ograniczając je do sytuacji, kiedy rzeczywiście dochodzi do utraty wiarygodności przez wykonawcę.

.

**WAR WSP  
DYN ÓLN  
SKI+ ICY•**

## Wardyński i Wspólnicy

Al. Ujazdowskie 10  
00-478 Warszawa  
tel.: 22 437 82 00, 22 537 82 00  
faks: 22 437 82 01, 22 537 82 01

e-mail: [warsaw@wardynski.com.pl](mailto:warsaw@wardynski.com.pl)  
[www.wardynski.com.pl](http://www.wardynski.com.pl)

---

### Kraków

ul. Ludwinowska 7/5  
30-331 Kraków  
tel.: 12 290 86 20  
faks: 12 290 86 21

[krakow@wardynski.com.pl](mailto:krakow@wardynski.com.pl)

### Poznań

ul. Marcelińska 90  
60-324 Poznań  
tel.: 61 651 87 00  
faks: 61 651 87 01

[poznan@wardynski.com.pl](mailto:poznan@wardynski.com.pl)

### Wrocław

ul. Gwiaździsta 66  
53-413 Wrocław  
tel.: 71 348 86 00  
faks: 71 348 86 01

[wroclaw@wardynski.com.pl](mailto:wroclaw@wardynski.com.pl)

