

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-387/14
Esaprojekt komentują Katarzyna Kuźma i Wojciech Hartung z Kancelarii
Domański Zakrzewski Palinka

Wina we wprowadzeniu w błąd – przesłanka wykluczenia wykonawcy

Kolejną analizowaną przez Trybunał w sprawie Esaprojekt kwestią jest przesłanka wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia wykonawcy, który jest winny wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji dotyczących spełnienia warunków.

Przypomnijmy, że choć wyrok ten został wydany jeszcze w stosunku do Dyrektywy 2004/18/WE (art. 45 ust. 2 lit. g), może zachować swe znaczenie również dla Dyrektywy 2014/24/UE, ponieważ przewiduje ona analogiczny przepis (art. 57 ust. 4 lit. h). W obu przypadkach mamy do czynienia z tzw. fakultatywną przesłanką wykluczenia, tj. taką której zastosowanie zależy od ustawodawcy krajowego (może on przewidzieć ją w prawie krajowym jako obowiązkową) lub od decyzji zamawiającego (jeśli ustawodawca krajowy nie uczynił z niej przesłanki obowiązkowej).

Zgodnie z tymi regulacjami (m.in. w polskiej wersji językowej), wykluczeniu miałby podlegać wykonawca **winny poważnego wprowadzenia w błąd** przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji lub taki, który zataił te informacje lub nie jest w stanie przed-

stawić dokumentów potwierdzających zawarte w oświadczeniu o spełnianiu warunków deklaracje (obecnie w Jednolitym Europejskim Dokumentcie Zamówienia – JEDZ). Ponadto, zgodnie z przepisami obu dyrektyw, warunki wykonania tego przepisu należą do kompetencji państw członkowskich, oczywiście z uwzględnieniem prawa unijnego.

Jednym z kluczowych elementów właściwej interpretacji przywołanego przepisu jest kwestia tego, czy dla wypełnienia przesłanki wykluczenia konieczne jest intencjonalne zachowanie wykonawcy, czy też za wystarczające uznać można już samą lekkomyślność lub niedbalstwo, którego dopuścił się przygotowując ofertę lub wnioski. Inaczej mówiąc, czy dla wykluczenia, zamawiający powinien wykazać, iż przedstawienie określonych informacji (lub brak ich podania) było ze strony wykonawcy celowe, czy też nie ma to znaczenia, a liczy się jedynie skutek, tj. fakt niezgodności ze stanem rzeczywistym.

Zanim przejdziemy do omawiania stanowiska Trybunału, zasadne wydaje się wskazanie na istniejące w tekstach samych dyrektyw (zarówno Dyrektywie 2004/18/WE jak i Dyrektywie 2014/24/UE) różnice językowe w zakresie wspomnianych regulacji. Oczywiście jest bowiem, że usta-

lenie właściwego brzmienia danego przepisu jest kluczowe dla jego interpretacji.

Jak wskazuje w swej opinii rzecznik generalny Michał Bobek, przede wszystkim nie jest do końca jasne, do czego odnosi się użyte w przepisie określenie „poważne”¹. Podnosi on, że „porównanie poszczególnych wersji językowych prowadzi tylko do mnożenia wieloznaczności w tym zakresie. W niektórych wersjach językowych wyraz oznaczający powagę bądź wagę powiązany jest z wyrazem „winnny”², co można zasadnie rozumieć jako wymóg określonej intencji lub stopnia niedbalstwa. W innych wersjach językowych wyraz oznaczający powagę bądź wagę powiązany jest z wprowadzeniem w błąd, tym samym sugerując, że uwagę należy skupić na samym czynniku lub na jego skutkach”³.

Co więcej, inne wersje językowe, a w szczególności wersja słowacka, w ogóle nie zawierają żadnego odniesienia do powagi, czy to w odniesieniu do intencji, czy też skutków czynu⁴.

Również w przypadku obecnego art. 57 ust. 4 lit. h) Dyrektywy 2014/24/UE istnieją rozbieżności w poszczególnych wersjach językowych, choć wydaje się, że przynajmniej w niektórych z wcześniej przytoczonych wersjach zostały one w pewien sposób ujednoczone⁵.

Warto podkreślić, że Trybunał rozstrzygając sprawę Esaprojekt w ogóle nie zajął się powyższą kwestią, a nie ulega wątpliwości, że jest ona kluczowa dla właściwego odczytania intencji unijnego prawodawcy. Co więcej, Trybunał nie odniósł się również do Dyrektywy 2014/24/UE, do czego rzecz jasna nie był obowiązany, ale mógł to zrobić choćby w celu porównawczym.

Trybunał wskazuje natomiast, że przepis „nie zawiera żadnej wzmianki na temat umyślnego zachowania wykonawcy. W związku z tym stwierdzenia takiego zachowania nie można uznać za element niezbędny do wykluczenia takiego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.”⁶

Oczywiście, w tekstach dyrektyw nie ma mowy wyraźnie o umyślnym działaniu wykonawcy, jednak na taki jego charakter może wskazywać (a co najmniej nie może go wykluczać) pojawiające się sformułowanie łączące określenie „poważne” z winą wykonawcy, tak jak mówi o tym rzecznik generalny Bobek.

W konsekwencji takiego podejścia Trybunał stwierdza, że wobec braku zapisu dotyczącego umyślności w działaniu wykonawcy, „aby uznać, że oferent „jest winny poważnego (wprowadzenia w błąd)” w rozumieniu tego przepisu, i wykluczyć go tym samym z zamówienia publicznego, wystarczy, by dopuścił się on pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego”⁷.

¹ Opinia rzecznika generalnego Michała Bobeka przedstawiona w dniu 24 listopada 2016 r. do sprawy C-387/14, pkt 73

² Odpowiednio we francuskiej, włoskiej, hiszpańskiej i duńskiej wersji językowej: „gravement coupable”; „ravamente colpevole”; „gravamente culpable”; „in ernste mate schuldig”.

³ Odpowiednio w angielskiej, niemieckiej i czeskiej wersji językowej: „guilty of serious misrepresentation”; „in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig”; „který se dopustil vážného zkrselení”.

⁴ „bol uznany vinným zo skresľovanie skutočnosti”

⁵ I tak w polskiej czytamy, że możliwe jest wykluczenie, jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji...

W angielskiej, the economic operator has been guilty of serious misrepresentation in supplying the information...

We francuskiej, l'opérateur économique s'est rendu coupable de fausse déclaration...

W hiszpańskiej, el operador económico haya sido declarado culpable de falsedad grave al proporcionar la información

We włoskiej, se l'operatore economico si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni

W niemieckiej der Wirtschaftsteilnehmer hat sich bei seinen Auskünften zur Überprüfung des Fehlens von Ausschlussgründen

W czeskiej pokud hospodářský subjekt závažným způsobem zkresloval poskytované informace.

⁶ Pkt 70 orzeczenia.

⁷ Pkt 71 orzeczenia.

Inaczej mówiąc, bez szczegółowej analizy tekstu Dyrektywy 2004/18/WE (a nawet bez odniesienia się do wywodów rzecznika generalnego) Trybunał przyjmuje, że kwestia „powagi” w żaden sposób nie odnosi się do stopnia winy, ale wyłącznie do skutku wywołanego przekazaniem (lub nieprzekazaniem) danej informacji.

Co ciekawe, czyni to nawet wobec jednoznacznie odmiennego stanowiska prezentowanego przez uczestników postępowania. Zarówno bowiem rząd polski jak i Komisja Europejska utrzymywały w swych uwagach, że wykluczenie wykonawcy w związku wprowadzeniem zamawiającego w błąd możliwe jest jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie przedstawić dowód na umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę⁸.

Być może – choć nie wynika z treści orzeczenia – Trybunał nie uznał za właściwe prowadzenie szczegółowych rozważań w tym zakresie, ponieważ nie wymagały tego polskie przepisy w związku z zapisami prawa unijnego. Przypomnijmy, że zgodnie z Dyrektywą 2004/18/WE (ale również Dyrektywą 2014/24/UE) to prawo krajowe określa warunki wykonania tej regulacji. Ówczesne rozwiązanie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych przewidywało możliwość wykluczenia z udzielenia zamówienia wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten w jego literalnym brzmieniu nie wymagał analizy stopnia winy, skupiając się na skutku wywołanym takim zachowaniem wykonawcy. Tym samym, to niejako ustawodawca krajowy przesądził o takim a nie innym rozumieniu prawa unijnego.

Niezależnie od trafności rozważań Trybunału, pozostaje faktem to, iż wskazał on jednoznacznie, że art. 45 ust. 2 lit. g) Dyrektywy 2004/18/WE, a zatem jak się wydaje również art. 57 ust. 4 lit. h) Dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że przepis ten można zastosować, jeżeli dany wykonawca dopuścił się pewnego stopnia niedbalstwa, a mianowicie niedbalstwa

mogącego mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na to, czy stwierdzone zostanie umyślne naruszenie przepisów przez tego wykonawcę. Trybunał dopuszcza zatem sytuację, w której – jak chce tego rzecznik generalny Bobek – zastosowanie wykluczenia nie jest uwarunkowane żadną konkretną intencją wykonawcy.

W tym miejscu należy jednak wyraźnie przypomnieć, że decyzję co do jednoznacznego sformułowanie przesłanki wykluczenia w zakresie omawianej regulacji przypisano ustawodawcy krajowemu. To, że Trybunał „pewien stopień niedbalstwa” utożsamia jedynie ze skutkiem w postaci wpływu na decyzje podejmowane w toku postępowania przez zamawiającego, nie musi zatem oznaczać, że w prawie krajowym nie można tej przesłanki sformułować nieco inaczej.

Wydaje się, że dopuszczalne byłoby wprowadzenie szczegółowego określenia stopnia winy wykonawcy w tym zakresie, zarówno rozszerzając ją o lekkomyślność jak i zawężając do umyślności (przyjmując, że dopuszcza to tekst dyrektywy wskazując na „powagę” w odniesieniu do winy, a nie skutku). Decyzja ta powinna być podyktowana analizą jej skutków z jednej strony co do realnych możliwości weryfikacji intencji wykonawcy przez zamawiającego, z drugiej zaś dla konkurencyjności postępowań, która może dodatkowo ucierpieć w skutek zbyt pochopnych wykluczeń.

Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na dwie dodatkowe kwestie związane z Dyrektywą 2014/24/UE.

Po pierwsze, chodzi o skutek wykluczenia wykonawcy na podstawie omawianej przesłanki w czasie. Otóż, zgodnie z art. 57 ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE to do decyzji ustawodawcy krajowego należy ustalenie maksymalnego okresu wykluczenia wykonawcy. Oznacza to, że nie musi tu chodzić o sankcję jednorazową związaną z danym postępowaniem, w którym wykonawca przedstawił takie

nieprawdziwe informacje, ale o przyszłe przetargi i to ogłaszane niekoniecznie przez tego samego zamawiającego. Wg przepisów Dyrektywy 2014/24/UE okres wykluczenia w takim przypadku może trwać maksymalnie trzy lat od daty odnośnego zdarzenia.

Po drugie, Dyrektywa 2014/24/UE w art. 57 ust. 4 lit. i) przewiduje sankcję wykluczenia (również fakultatywną) w sytuacji, gdy wykonawca *wskutek zaniedbania* przedstawia wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia. W tym przypadku również dyrektywa dopuszcza trzyletni okres wykluczenia. Zarówno zatem art. 57 ust. 4 lit. h) jak i lit. i) Dyrektywy 2014/24/UE przewidują bardzo zbliżoną przesłankę wykluczenia, w jednym z nich nie precyzując stopnia winy, a w drugim dokładnie go określając.

W konsekwencji wydaje się, że prawodawca unijny celowo wprowadza takie rozróżnienie. W przypadku art. 57 ust. 4 lit. h) pozostawia większy margines swobody państwu członkowskiemu.

Ma ono bowiem prawo do określenia stopnia winy przy równoczesnym wyznaczeniu okresu wykluczenia danego wykonawcy z postępowań przyszłych. Okres ten może być dłuższy, gdy chodzi o winę umyślną lub rażące niedbalstwo i krótszy, gdy wykluczenie następuje ze względu na niedbalstwo lub lekkomyślność (ograniczony nawet wyłącznie do danego postępowania). Aż takiej elastyczności ustawodawca krajowy nie ma w przypadku 57 ust. 4 lit. i); tu może określić przede wszystkim okres wykluczenia. Takie podejście zdaje się również wypełniać jedną z podstawowych zasad prawa unijnego, w tym dotyczącego zamówień publicznych tj. zasady proporcjonalności.

Podobnie zatem jak w przypadku innych omawianych wcześniej skutków orzeczenia Trybunału w sprawie Esaprojekt, kluczowe wydaje się właściwe odczytanie nowych zapisów Dyrektywy 2014/24/UE i ich przełożenie na regulacje Prawa zamówień publicznych oraz orzecznictwa.

⁸ Pkt 72 orzeczenia.

*To miejsce czeka na
Twoją reklamę!
Zadzwoń, napisz!*

tel. (22) 610 10 99
e-mail: redakcja@zpdoradca.pl

*To miejsce czeka na
Twoją reklamę!
Zadzwoń, napisz!*

tel. (22) 610 10 99
e-mail: redakcja@zpdoradca.pl