

Na czym powinna polegać fakultatywność przesłanek wykluczenia z przetargu

Gdy w lipcu 2016 r. weszła w życie nowelizacja Prawa zamówień publicznych wprowadzająca podział przesłanek wykluczenia z postępowania na obligatoryjne oraz fakultatywne, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażono wówczas pogląd, że swoboda zamawiającego w stosowaniu przesłanek fakultatywnych ogranicza się wyłącznie do etapu przygotowania postępowania. Powstaje jednak pytanie, czy taka interpretacja jest w pełni zgodna z intencją unijnej ustawodawcy.

Podział przesłanek wykluczenia na fakultatywne i obligatoryjne został przewidziany w art. 57 dyrektywy 2014/24/UE (dalej: dyrektywa). W przypadku przesłanek obligatoryjnych, wliczonych enumeratywnie w art. 57 ust. 1 dyrektywy, interpretacja przepisów nie naszcza istotnych trudności: wszyscy unijni zamawiający są zobowiązani do wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy znaleźli się w jednej ze wskazanych sytuacji (przykładowo: skazanie za korupcję, przestępstwa o charakterze terrorystycznym czy handel ludźmi).

Państwa członkowskie mogą wprowadzić w wyjątkowych przypadkach przewidzieć odstępstwo od obowiązku wykluczenia wykonawców z uwagi na nadrzędne względy związane z interesem publicznym, takie jak zdrowie publiczne lub ochrona środowiska. Ponieważ Polska nie zdecydowała się na skorzystanie z tego uprawnienia, jedyną możliwością obrony wykonawcy w przypadku zaistnienia wobec niego obligatoryjnej przesłanki wykluczenia jest dowiedzenie skutecznego przeprowadzenia procedury self-cleaning.

Ważne motywy unijnej dyrektywy

Bardziej skomplikowane jest stosowanie fakultatywnych przesłanek. Te uregulowane zostały w art. 57 ust. 4 dyrektywy.

WAŻNE

Wśród fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania ustawodawca wymienia poważne naruszenie przez wykonawcę obowiązków zawodowych oraz prowadzenie wobec niego postępowania likwidacyjnego bądź upadłościowego.

W tym zakresie unijny ustawodawca ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że zamawiający mogą wykluczyć (lub zostać zobowiązani przez państwa członkowskie do wykluczenia) z postępowania wykonawcę, wobec którego zachodzi określona przesłanka. To zaś otwiera – w naszej ocenie – drogę do innej interpretacji niż wskazująca, że swoboda (fakultatywność) zamawiającego ogranicza się załedwie do decyzji, czy stosować daną przesłankę (np. wskazując ją w ogłoszeniu o zamówieniu) bez badania, czy wykluczenie wykonawcy będzie zgodne z zasadą proporcjonalności.

W tym przypadku szczególnie ważne może okazać się brzmienie Motywu 101 dyrektywy.

Inna z możliwych interpretacji fakultatywności przesłanek wykluczenia wykonawcy mówi, że aktualizowałyby się ona nie na etapie przygotowania postępowania, lecz dopiero w jego trakcie.

■■■ | DZP
więcej niż prawni



**DR WOJCIECH
HARTUNG**

counsel w Praktyce
Infrastruktury
i Energetyki
w kancelarii Domański
Zakrzewski Palinka



MICHAŁ GAJDEK

associate w Praktyce
Infrastruktury
i Energetyki
w kancelarii Domański
Zakrzewski Palinka

(...) instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczenia wykonawców, którzy okazali się nierzetelni, na przykład z powodu naruszeń obowiązków środowiskowych lub społecznych (...). Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie.

Motyw 101 dyrektywy 2014/24/UE

Ważna zasada proporcjonalności

Przy takiej wykładni zamawiający mógłby za wszelką cenę skorzystać z każdej przesłanki fakultatywnej, a nie tylko – jak przyjmuje się obecnie – wyłącznie z tych, o których zamieścił stosowną informację w ogłoszeniu o zamówieniu. Jednocześnie jednak zamawiający miałby obowiązek oceny tego, czy dany stan faktyczny uzasadnia wykluczenie wykonawcy z punktu widzenia zasady proporcjonalności. Innymi słowy, moment podjęcia decyzji o zastosowaniu danej przesłanki zostałby przesunięty z etapu przygotowania postępowania na etap badania i oceny ofert w nim złożonych.

Różnica między przesłankami obligatoryjnymi a fakultatywnymi przejawiałaby się zatem nie w uprawnieniu zamawiającego do wyłączenia „z góry” stosowania określonych przesłanek „wykluczenia”, lecz w możliwości (konieczności) każdorazowego rozważenia, czy wykluczenie wykonawcy – w oparciu o przesłankę fakultatywną – będzie środkiem proporcjonalnym.

Taki system funkcjonuje w prawie niemieckim.

Koncepcja mieszana stosowana przez Holendrów

Można sobie również wyobrazić koncepcję mieszaną, zgodnie z którą zamawiającemu przyszaną by jeszcze większą swobodę.

Po pierwsze, mógłby on na etapie przygotowania postępowania decydować, które fakultatywne przesłanki w ogóle brać pod uwagę (tak jak czyni to obecnie). Po drugie, już na etapie badania i oceny ofert, czy konkretna sytuacja, w której znalazł się dany wykonawca, rzeczywiście uzasadnia jego wykluczenie z postępowania z punktu widzenia zasady proporcjonalności.

Model ten został przyjęty w prawie holenderskim.

To na tle stanu faktycznego zaistniałego w tym właśnie państwie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał 14 grudnia 2016 r. wyrok w sprawie o sygn. akt C-171/15, w którym wskazał, że „Prawo Unii (...) nie stoi na przeszkodzie temu, by przepisy krajowe zobowiązywały instytucję zamawiającą do zbadania z zastosowaniem zasady proporcjonalności, czy faktycznie należy wykluczyć kandydata w przetargu publicznym, który popełnił poważne wykroczenie zawodowe”.

Swoboda zamawiającego – czy obecnie jest właściwie rozumiana

W naszej ocenie problematyka stosowania przesłanek fakultatywnych wykluczenia z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zasługuje na dogłębne przeanalizowanie. Nie powinno bowiem ulegać wątpliwości, że wprowadzenie fakultatywnych przesłanek wykluczenia miało na celu przyznanie zamawiającym – jeśli tylko pozwala na to ustawa krajowa – pewnej swobody w zakresie oceny konkretnych stanów faktycznych.

WAŻNE

Czy ograniczenie możliwości zamawiającego wyłącznie do wyboru, czy daną przesłankę wykluczenia z przetargu stosować, czy też nie już na etapie przygotowania postępowania (tak jak przyjęto np. w ustawodawstwie polskim), jest instrumentem, który czyni zadość wymogom prawa unijnego oraz pozwala eliminować z rynku zamówień publicznych nierzetelnych wykonawców.



Należy zauważyć, że zamawiający, przygotowując postępowanie, nie jest zobowiązany do posiadania wiedzy, jacy konkretnie wykonawcy złożą w nim oferty ani jakich zaniedbań mogli się dopuścić w przeszłości. Innymi słowy, zgodnie z aktualnie przyjętą interpretacją swoboda zamawiającego ogranicza się właściwie do abstrakcyjnego wyboru, które sytuacje w jego ocenie dyskwalifikują wykonawcę *a priori* jako wiarygodnego partnera, a które można zaakceptować. Wybór ten jest dokonywany przy tym bez znajomości konkretnego stanu faktycznego, w jakim znalazł się dany wykonawca. Przykładowo, o ile w ogłoszeniu o zamówieniu przewidziana zostanie przesłanka powiązana z nienależytym wykonaniem umowy, to zamawiający będzie musiał ją zastosować nie tylko wobec wykonawcy, który notorycznie nie wywiązuje się ze swoich zobowiązań, lecz również wobec takiego, któremu powinna się noga przy jednej z dziesiątków realizowanych umów zamówieniowych. Jak się wydaje, jest to sprzeczne z przywołanym powyżej Motywem 101 dyrektywy, zgodnie z którym drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy, w przeciwnieście do powtarzających się przypadków drobnych nieprawidłowości. Rzecz jasna, można stwierdzić, że wykonawca taki może przeprowadzić procedurę self-cleaning, natomiast niekiedy jest to bardzo utrudnione, w szczególności gdy znajduje się on w sporze sądowym z danym zamawiającym.

Warto również zwrócić uwagę, że aktualna interpretacja fakultatywności przesłanek wykluczenia może stanowić pole do nadużyć. Można sobie bowiem wyobrazić sytuację, w której zamawiający, wiedząc, iż dany wykonawca podlegałby wykluczeniu na podstawie jednej z przesłanek fakultatywnych, po prostu nie przewiduje jej w postępowaniu. Taka decyzja jest praktycznie niezaskarżalna przez innych wykonawców – w przeciwnieście do sytuacji, w której zamawiający musiałby uzasadnić, dlaczego uważa, że zastosowanie przesłanki wykluczenia w konkretnym stanie faktycznym byłoby sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Istnieje także ryzyko wystąpienia odmiennego przypadku, w którym zamawiający zaniecha uwzględnienia danej przesłanki fakultatywnej w postępowaniu, nie doceniając jej znaczenia, a następnie nie będzie mógł jej zastosować, niezależnie od powagi zaistniałej sytuacji. Powstaje również pytanie, czy aby na pewno ten sam wy-

konawca powinien móc ubiegać się o udzielenie zamówienia w ramach jednego postępowania (bo zamawiający nie przewidział możliwości zastosowania stosownej przesłanki fakultatywnej), a w ramach innego, prowadzonego równocześnie, podlegać wykluczeniu z uwagi na tę samą okoliczność. Nie należy bowiem zapominać, że celem przesłanek wykluczenia, zarówno obligatoryjnych, jak i fakultatywnych, jest wyeliminowanie z rynku zamówień publicznych podmiotów niegodnych zaufania.

Nowe Prawo zamówień publicznych – okazja na zmiany

Podsumowując, naszym zdaniem istnieją argumenty, aby zrewidować podejście dotyczące fakultatywnych przesłanek wykluczenia i umożliwić zamawiającym nie tyle abstrakcyjną ocenę przepisów na etapie przygotowania postępowania, ile weryfikację konkretnych stanów faktycznych podczas badania i oceny ofert. Można wręcz stwierdzić, że brak możliwości uwzględnienia przez zamawiającego zasady proporcjonalności przy ocenie fakultatywnych przesłanek wykluczenia świadczy o sprzeczności przyjętego przez Polskę modelu z unijną dyrektywą zamówieniową. Dobrą okazją ku zmianie tego stanu rzeczy może być nowe Prawo zamówień publicznych, którego projekt przewiduje obecnie zwiększenie liczby fakultatywnych przesłanek poprzez przeniesienie do tego grona przesłanek będących aktualnie obligatoryjnymi (takich jak chociażby bezprawne wpływanie na czynności podejmowane przez zamawiającego). Toczący się proces legislacyjny jawi się jako idealne forum do podjęcia dyskusji dotyczącej tej problematyki – bezkrytyczne przyjęcie funkcjonującego dziś rozwiązania nie wydaje się zaś wskazane.

©

Podstawa prawna

► motyw 101 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 2014 r., s. 65)

