

Adrian Bielecki*

Naruszenie prawa konkurencji jako podstawa wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w prawie i orzecznictwie unijnym

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Dyrektywa 2004/18/WE
 1. Instytucja wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
 2. Wykluczenie z tytułu poważnego wykroczenia zawodowego
- III. Orzecznictwo TSUE na tle dyrektywy 2004/18/WE
 1. Orzeczenie w sprawie C-465/11 *Forposta S.A.*
 2. Orzeczenie w sprawie C-470/13 *Generali*
- IV. Dyrektywa 2014/24/UE
 1. Instytucja wykluczenia w nowej dyrektywie klasycznej
 2. Fakultatywne wykluczenie w dyrektywie 2014/24/UE
- V. Wnioski dla polskiego ustawodawcy
- VI. Podsumowanie

Streszczenie

Związki pomiędzy prawem konkurencji a prawem zamówień publicznych są wielopłaszczyznowe. Jednym z problemów na styku powyższych regulacji jest kwestia wpływu naruszenia prawa konkurencji na udział w przetargach publicznych. W toku rozwoju prawa i orzecznictwa UE dotyczącego zamówień publicznych widać wyraźną tendencję do coraz szerszego przyjmowania możliwości wykluczenia naruszcycieli prawa antymonopolowego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W niektórych sytuacjach sankcja wykluczenia z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne może być o wiele poważniejsza niż ewentualne kary administracyjne nakładane przez Prezesa UOKiK czy KE. Kwestia wykluczenia naruszcycieli prawa konkurencji rodzi wiele pytań dotyczących m.in. zakresu naruszeń, które mogą być podstawą do wykluczenia, a także tego, kto i na jakim etapie powinien decydować o wykluczeniu itp. Wskazana problematyka jest niezwykle istotna, 18 kwietnia 2016 r. upływa bowiem termin implementacji nowej Dyrektywy 2014/24/UE regulującej prawo zamówień publicznych. W związku z tym ważne jest zrozumienie prawa i orzecznictwa unijnego we wskazanej materii, co też będzie przedmiotem artykułu.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne; wykluczenie; prawo konkurencji; zmowy przetargowe.

* Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; aplikant adwokacki; prawnik w kancelarii CMS Cameron McKenna Greszta i Sawicki sp.k.; e-mail: adrianbielecki@gmail.com.

I. Wprowadzenie

Prawo konkurencji oraz prawo zamówień publicznych są dziedzinami ściśle powiązanymi¹. Z jednej strony, w toku udzielania zamówień istnieje ryzyko zaistnienia najpoważniejszych naruszeń prawa konkurencji, w szczególności zmów przetargowych. Z drugiej zaś – konkurencyjność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego to fundamentalna zasada kierująca publicznymi przetargami².

Wychodząc od prawa konkurencji, należy wskazać, że naruszenia prawa antymonopolowego są co do zasady penalizowane w formie kar administracyjnych. Obecnie funkcjonujący system sankcji bazujący na karach opartych o procent obrotu w wielu przypadkach może być jednak uznany za niewystarczający³. W związku z tym pojawić się może potrzeba innych mechanizmów mających na celu prewencję (odstraszenie) w zakresie prawa antymonopolowego. W niektórych przypadkach kara w postaci wykluczenia z uczestnictwa w postępowaniach przetargowych może być o wiele bardziej dotkliwa od sankcji w postaci kary pieniężnej. Zyski z potencjalnych kontraktów mogą bowiem wielokrotnie przewyższać wysokość kary finansowej nałożonej przez Prezesa UOKiK na uczestnika zmywy⁴.

Wychodząc jednak od prawa zamówień publicznych, można usłyszeć zasadne postulaty, aby w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego uczestniczyły jedynie podmioty przestrzegające obowiązującego prawa. Celowi temu służy m.in. instytucja wykluczenia wykonawców (oferentów) z postępowania o udzielenie zamówienia. Instytucja wykluczenia służy eliminacji konkretnych podmiotów niespełniających warunków określonych prawem. Zdaniem doktryny wykluczenie jest czynnością zamawiającego, eliminującą wykonawcę z postępowania jako niebędącego rękąmi należytego wykonania zobowiązania⁵. Celem tego działania jest ograniczenie kręgu podmiotów biorących udział w postępowaniu. Wykluczenie odnosi się do warunków podmiotowych – dotyczących osoby wykonawcy⁶. Ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego traktuje się jako odrzuconą, co oznacza, iż nie podlega ona merytorycznej ocenie⁷. W praktyce zamówień w pierwszej kolejności następują czynności oceny ofert z punktu widzenia spełniania przesłanek wykluczenia. W dalszej kolejności następuje odrzucenie ofert, a następnie wybór oferty najkorzystniejszej⁸.

¹ A. Sanchez-Graells, *Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law*, [w:] C. Bovis (ed.), *Research Handbook on European Public Procurement*, Edward Elgar Publishing 2013, s. 2. Pobrano z: <http://ssrn.com/abstract=2206502> (15.02.2015) oraz tam wskazana literatura; w polskiej literaturze zob. m.in. W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, LEX, Warszawa 2012; A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, iKAR 2012, nr 4(1), s. 44–56; P. Semeniuk, „Polskie zmywy przetargowe” – krytyka, iKAR 2013, nr 1(2), s. 53–67.

² Należy jednak zauważyć, iż zdaniem niektórych funkcja pojęcia konkurencji w kontekście celów prawa konkurencji i zamówień publicznych jest odmieniana. O ile w pierwszym przypadku chodzi o maksymalizację dobra konsumentów głównie poprzez zachęcanie przedsiębiorców do walki konkurencyjnej na rynku, o tyle w tym drugim przypadku konkurencyjność jest jednym z wielu instrumentów służących efektywnej alokacji środków publicznych. Zob. C. Estevan de Quesada, *Competition and transparency in public procurement markets*, „Public Procurement Law Review” 2014, nr 5, s. 239. Jednak w obydwu przypadkach funkcja zasady „konkurencji” sprowadza się do tego samego – efektywnej alokacji środków pewnej grupy podmiotów (instytucji publicznych lub konsumentów).

³ Ogólnie w odniesieniu do sankcji za naruszenie prawa ochrony konkurencji i konsumentów w polskim prawie: M. Kryszkiewicz, *Niskie kary dla nieuczciwych przedsiębiorców*, Dziennik Gazeta Prawna, 4.09.2014. Pobrano z: <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/819861,niskie-kary-dla-nieuczciwych-przedsiębiorcow.html> (15.02.2015).

⁴ Podobnie A. Sanchez-Graells, *Public procurement and competition...*, s. 12.

⁵ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 241.

⁶ Wyr. Zespołu Arbitrów przy UZP z 12.06.2006 r., UZP/ZO/0-1659/06; M. Stachowiak, *Komentarz do art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych*, nb 1, [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, LEX, Warszawa 2014, s. 204; J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 130.

⁷ S. Babiarz, *Komentarz do art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych*, nb 18 [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 227–250.

⁸ S. Babiarz, *Komentarz do art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych*, nb 2 [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 541–560; P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 687.

Pola wspólne dla prawa konkurencji oraz zamówień publicznych dotyczą m.in. relacji pomiędzy naruszeniem prawa antymonopolowego a uczestnictwem w publicznych przetargach. Tezą niniejszego artykułu jest twierdzenie, iż naruszenie prawa konkurencji może być podstawą wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedstawione zagadnienie można podzielić na kilka problemów dotyczących: (1) aspektu przedmiotowego, tj. jakie naruszenia prawa konkurencji mogą powodować wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia⁹; (2) aspektu proceduralnego, tj. czy do wykluczenia wykonawcy za naruszenie prawa konkurencji konieczna jest ostateczna decyzja lub orzeczenie sądu potwierdzające to naruszenie; (3) aspektu czasowego (zewnętrznego), tj. jak długo trwa sankcja potencjalnego wykluczenia z ewentualnego postępowania o udzielenie zamówienia; (4) aspektu czasowego (wewnętrznego), tj. na jakim etapie konkretnego postępowania można wykluczyć danego wykonawcę; (5) aspektu jurysdykcyjnego, tj. kto decyduje o wykluczeniu z postępowania.

Co niezwykle istotne, prawo zamówień publicznych jest uregulowane na poziomie UE. W związku z tym rozważania dotyczące tej dziedziny prawa muszą brać pod uwagę aspekt unijny, szczególnie w okresie transformacji unijnego prawa dotyczącego publicznych kontraktów. Temu celowi będzie podporządkowany niniejszy artykuł.

Przechodząc do opisu struktury pracy, należy wskazać, że na początku zostanie ogólnie przedstawiona problematyka wykluczenia wykonawców za naruszenie prawa konkurencji w świetle Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi¹⁰, która została implementowana obecnie obowiązującą ustawą – Prawo zamówień publicznych¹¹. Następnie omówione zostanie dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE albo Trybunał) w tym zakresie. Dalej zostanie opisana problematyka wykluczenia z tytułu naruszenia prawa konkurencji na gruncie nowej Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE¹², której termin implementacji upływa 18 kwietnia 2016 r. Na marginesie należy zauważyć, że niniejsze rozważania skupiać się będą na wykluczeniu z tytułu naruszenia prawa konkurencji z innych postępowań aniżeli konkretne postępowanie przetargowe. Poza głównym nurtem artykułu pozostaje zatem kwestia zakłóceń konkurencji związana m.in. z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na końcu zostaną zaprezentowane wskazówki dla polskiego ustawodawcy odnoszące się do niezbędnych kierunków zmian prawa zamówień publicznych. W podsumowaniu dokonana zostanie próba reasumpcji.

II. Dyrektywa 2004/18/WE

1. Instytucja wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Jak zasygnalizowano na wstępie, instytucja wykluczenia wykonawców (oferentów) z postępowania o udzielenie zamówienia służy eliminacji podmiotów niespełniających określonych prawem

⁹ Jak zostanie to pokazane w dalszej części rozważań, następuje stopniowa ewolucja w kierunku rozszerzania katalogu naruszeń prawa konkurencji, które mogą być podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania. Na obecnym etapie rozwoju wydaje się, że przy spełnieniu określonych przesłanek każde naruszenie prawa konkurencji może potencjalnie prowadzić do wykluczenia.

¹⁰ Dz. Urz. WE z 30.04.2004, L 134/114 (dalej: dyrektywa 2004/18/WE).

¹¹ Ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

¹² Dz. Urz. UE z 28.03.2014, L 94/65 (dalej: dyrektywa 2014/24/UE).

warunków uczestnictwa w tym postępowaniu. Instytucja wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest uregulowana w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE. Wskazany przepis zawiera dwie odrębne grupy podstaw wykluczenia.

Po pierwsze, w odniesieniu do pewnych sytuacji mamy do czynienia z obligatoryjnym wykluczeniem. Zgodnie z art. 45 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE z postępowania wykluczany jest każdy kandydat lub oferent, który został skazany prawomocnym wyrokiem sądu z powodu dopuszczenia się co najmniej jednego z wymienionych w dyrektywie czynów, który znany jest instytucji zamawiającej. Do katalogu tych czynów dyrektywa 2004/18/WE zalicza: udział w organizacji przestępczej, korupcję, oszustwo finansowe oraz udział w praniu pieniędzy.

Po drugie, art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE reguluje również grupę stanów faktycznych, w stosunku do których wykluczenie danego wykonawcy jest fakultatywne. W takich sytuacjach państwa członkowskie określają warunki wykonania wskazanego przepisu.

2. Wykluczenie z tytułu poważnego wykroczenia zawodowego

Z perspektywy prawa konkurencji szczególnie istotny jest art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE stanowiący, iż z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające¹³. Stosownie do wskazanego przepisu państwa członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu, działając „zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego”.

Wykładnia art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE powinna uwzględniać wskazówki zawarte w preambule omawianego aktu prawnego¹⁴. W kontekście niniejszych rozważań najbardziej istotny jest fragment motywu 43 preambuły. Stanowi on między innymi, że jeśli istnieją stosowne przepisy prawa krajowego, nieprzestrzeganie ustawodawstwa dotyczącego niezgodnych z prawem porozumień w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, które stanowiło przedmiot ostatecznego orzeczenia sądu lub decyzji mającej równoważny skutek, może zostać uznane za wykroczenie przeciwko etyce zawodowej wykonawcy lub za poważne naruszenie.

Przenosząc język dyrektywy 2004/18/WE na grunt prawa konkurencji, należy uznać, że dyrektywa 2004/18/WE przewiduje wykluczenie jedynie za uczestnictwo w szczególnym przypadku umowy przetargowej. W prawie polskim naruszenie to zawiera się w zakresie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)¹⁵. Ten szczególny przypadek to uczestnictwo w umowie występującej wyłącznie w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, motyw 43 dyrektywy 2004/18/WE nie wskazuje na podstawę wykluczenia w przypadku uczestnictwa w umowie przetargowej poza zamówieniami publicznymi. Tym bardziej nie ma wprost mowy o innych naruszeniach prawa konkurencji.

W tym wypadku powstaje wątpliwość, jak interpretować przepisy dyrektywy 2004/18/WE. W świetle powyżej przedstawionych norm, zasadne wydaje się ograniczenie podstawy wykluczenia za naruszenie prawa konkurencji do umów przetargowych. Jednakże problematyczne jest uznawanie wszystkich naruszeń prawa konkurencji za poważne wykroczenia zawodowe, jak to

¹³ A. Sanchez-Graells, *Public procurement and competition...*, s. 13.

¹⁴ A. Sołtysińska, *Komentarz do art. 45 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi*, nb 9, [w:] A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, LEX, Warszawa 2012.

¹⁵ T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184.

zostało przyjęte przez TSUE w sprawie C-470/13 *Generali*. Niektóre z powyższych problemów były przedmiotem orzecznictwa TSUE dotyczącego wykładni art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE, którego zarys zostanie zaprezentowany poniżej.

III. Orzecznictwo TSUE na tle dyrektywy 2004/18/WE

1. Orzeczenie w sprawie C-465/11 *Forposta S.A.*

Nad wykładnią art. 45 ust. 2 lit. d TSUE pochylił się w uzasadnieniu orzeczenia z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11, *Forposta S.A., ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.* Sprawa dotyczyła wykładni uchylonego obecnie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczano wykonawców, z którymi „dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy”.

Przepis ten w założeniu miał być formą implementacji art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE pozwalającego wykluczać wykonawców, który popełnili poważne wykroczenie zawodowe. TSUE dokonując wykładni omawianego przepisu dyrektywy 2004/18/WE, odrzucił proponowaną interpretację przyjmującą, że pojęcie „wykroczenia zawodowego” odnosi się jedynie do naruszenia zasad deontologicznych zawodu, do którego należy określony wykonawca. Według Trybunału, „wykroczenie zawodowe” to każde zawinione zachowanie, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu.

W świetle powyższego TSUE uznał, że niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można co do zasady uznać za wykroczenie zawodowe. Jednakże w opinii Trybunału „poważne wykroczenie” należy rozumieć jako zachowanie wykazujące zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo ze strony wykonawcy. Zatem pewne uchybienia w wykonaniu umowy mogą świadczyć o niższych kompetencjach wykonawcy, ale nie zawsze są tożsame z „poważnym wykroczeniem”.

Polskie przepisy przewidywały również konieczność wykluczenia wykonawcy w sytuacji spełnienia się przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie miał luzu decyzyjnego pozwalającego mu na ewentualną ocenę określonego stanu faktycznego. Zdaniem TSUE stwierdzenie istnienia „poważnego wykroczenia” wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. W związku z tym, sztywny przepis powodujący swego rodzaju automatyzm wykluczenia określonego wykonawcy z tytułu poważnego wykroczenia zawodowego jest niezgodny z prawem UE¹⁶.

2. Orzeczenie w sprawie C-470/13 *Generali*

Temat relacji naruszeń prawa konkurencji w kontekście wykluczenia wykonawcy za poważne wykroczenie zawodowe został wprost poruszony w wyroku TSUE z 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító Zrt przeciwko Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*.

¹⁶ Zob. M. Sieradzka, *Glosa do wyroku TS z dnia 13 grudnia 2012 r., C-465/11*, Lex 2013.

Sprawa powstała na kanwie następującego stanu faktycznego: Gazdasági Versenyhivatal (węgierski urząd ochrony konkurencji) wydał w 2006 r. decyzję uznającą, że niektóre porozumienia wertykalne zawarte pomiędzy Generali i koncesjonariuszami pojazdów samochodowych były sprzeczne z krajowymi przepisami o konkurencji. W konsekwencji spółka została ukarana karą pieniężną. Przedmiotowa decyzja została podtrzymana przez sąd.

W późniejszym okresie Nemzeti Adó- és Vámhivatal (węgierski organ ds. podatków i ceł) wykluczył z postępowania przetargowego Generali. Podstawą wykluczenia był art. 61 ust. 1 lit. a ustawy o zamówieniach publicznych stanowiący, iż wykluczeniu może podlegać podmiot, który popełnił wykroczenie związane z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądowym wydanym przed upływem pięciu lat. W omawianej sprawie wykroczeniem powodującym wykluczenie Generali z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było zawarcie wspomnianego porozumienia wertykalnego. Trybunał miał za zadanie rozważyć m.in. czy wykluczenie podmiotu z postępowania przetargowego za naruszenie prawa konkurencji nie stoi w sprzeczności z uregulowaniami unijnymi.

Sędziowie Trybunału uznali, że dopuszczanie się naruszenia przepisów z dziedziny konkurencji, w szczególności wówczas, gdy naruszenie to zostało ukarane grzywną, stanowi przyczynę wykluczenia objętą art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE. W uzasadnieniu TSUE powołał się na interpretację pojęcia wykroczenia zawodowego ustaloną w przywoływanej sprawie *C-465/11 Forposta S.A.* Potwierdził tym samym, że pojęcia poważnego wykroczenia zawodowego nie należy ograniczać jedynie do norm deontologicznych.

Odnosząc się do argumentacji TSUE, należy zauważyć, że prawodawca europejski nie wypowiedział się w dyrektywie 2004/18/WE co do objęcia wykluczeniem również podmiotów naruszających prawo konkurencji. W motywie 43 preambuły dyrektywy 2004/18/WE za poważne wykroczenie zawodowe wskazano jedynie zmywy przetargowe. Tym samym, w przypadku wskazanego motywu równie zasadne może być zastosowanie metody wnioskowania *a contrario*. Skoro prawodawca europejski wskazał na określony typ naruszenia prawa konkurencji związany bezpośrednio z procedurą udzielania zamówień publicznych, to uzasadnione wydaje się, że celowo pominął w tym wypadku inne naruszenia prawa konkurencji.

W efekcie Trybunał mógłby również dobrze uznać, że państwa członkowskie nie mogą przyjmować podstaw wykluczenia wykonawców za dowolne naruszenia prawa konkurencji, lecz tylko takie, które są związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Uzasadnienie orzeczenia nie daje zatem pełnej odpowiedzi na pytanie, dlaczego na gruncie dyrektywy 2004/18/WE instytucje zamawiające mogą wykluczać wykonawców za naruszenia prawa konkurencji.

Zdaniem Trybunału za przyjęciem tezy o możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za naruszenie prawa konkurencji przemawia jednak motyw 101 preambuły dyrektywy 2014/24/UE. Argumentacja Trybunału oparta na dyrektywie 2014/24/UE w tym wypadku jest nieuzasadniona. Jak wskazano w orzeczeniu, dyrektywa 2014/24/UE została uchwalona w czasie po zaistnieniu stanu faktycznego sprawy *C-470/13*. Tym samym nie ma zastosowania do omawianej sprawy. Również w powyższym wypadku bardziej zasadne byłoby argumentowanie *a contrario*, jeśli bowiem prawodawca zmienia sformułowanie określonych przepisów (w tym wypadku dyrektywy), to zmianom językowym powinny odpowiadać stosowne zmiany treściowe (o ile nie wskazano inaczej).

IV. Dyrektywa 2014/24/UE

1. Instytucja wykluczenia w nowej dyrektywie klasycznej

System wykluczenia wykonawców w dyrektywie 2014/24/UE jest oparty na podobnym zarysie, jak w dyrektywie 2004/18/WE. Nastąpił jednak szereg zmian. Katalog przesłanek obligatoryjnego wykluczenia uległ rozszerzeniu m.in. o przestępstwa terroryzmu czy handel ludźmi. W nowej dyrektywie obowiązek wykluczenia powstaje również m.in. w sytuacji, gdy przesłanka wykluczenia spełniona została w odniesieniu do członka organu wykonawcy.

2. Fakultatywne wykluczenie w dyrektywie 2014/24/UE

Katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia uległ w nowej dyrektywie 2014/24/UE rozszerzeniu. Formuła stosownego art. 57 ust. 4 brzmi: „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: (...)”. Dalej mowa jest o tym, iż „zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, Państwa Członkowskie określają warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu”. W tym miejscu warto zasygnalizować kilka możliwych sposobów implementacji.

Po pierwsze, państwo członkowskie może implementować podstawę wykluczenia fakultatywnego z dyrektywy 2014/24/UE i uczynić je na gruncie prawa krajowego obligatoryjnym lub fakultatywnym¹⁷. W pierwszym przypadku instytucja zamawiająca musi wykluczyć określonego wykonawcę w razie spełnienia przesłanki. W drugim przypadku zamawiający decyduje sam o wykluczeniu wykonawcy.

Po drugie, państwo członkowskie może w ogóle nie implementować określonej przesłanki wykluczenia do prawa krajowego. Pozostawia to państwom członkowskim dużą swobodę w kreowaniu swojego porządku prawnego w tym zakresie.

Przechodząc na grunt przesłanek wykluczenia w dyrektywie 2014/24/UE istotnych z perspektywy tytułowej problematyki, warto wskazać na kilka kwestii. Pierwsza z nich dotyczy modyfikacji przesłanki w postaci wykroczenia zawodowego. Nowy art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy 2014/24/UE przewiduje wykluczenie, „jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość”. W świetle nowej dyrektywy pojęcie wykroczenia zawodowego jest zatem związane z dość szerokim pojęciem uczciwości.

Istotniejszą zmianą jest jednak wprowadzenie art. 57 ust. 4 lit. d. Wspomniany artykuł przewiduje wykluczenie wykonawcy, „jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji”.

Niejasna jest relacja pomiędzy wskazanymi przesłankami. Biorąc jednak pod uwagę orzecznictwo TSUE, w tym w sprawie *C-470/13 Generali*, nie da się wykluczyć, że przynajmniej częściowo obydwie przesłanki wykluczenia zachodzą na siebie. Przypomnieć należy fragment motywu 101 dyrektywy 2014/24/UE stanowiący o formach „poważnych wykroczeń zawodowych, takich jak naruszenie reguł konkurencji”.

¹⁷ H.-J. Priess, *The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive*, „Public Procurement Law Review” 2014, nr 3, s. 113.

Nie jest jasne czy dyrektywa 2014/24/UE w powyższym zakresie przyjmuje szeroką interpretację „wykroczenia zawodowego” zaproponowaną przez TSUE w sprawie *Forposta*¹⁸. Zdaniem autora niniejszego artykułu, przesłankę w postaci poważnego wykroczenia zawodowego podającego w wątpliwość uczciwość wykonawcy należy interpretować dość ściśle w kontekście działalności zawodowej, powiązanej z określoną branżą. Biorąc pod uwagę wykładnię przesłanki w postaci wykroczenia zawodowego w świetle pojęcia uczciwości, jeśli uznamy, że naruszenia prawa konkurencji w ogóle wchodzą w zakres „wykroczenia zawodowego”, to należy uznać, że powinny być w tym zakresie uwzględniane tylko najcięższe naruszenia prawa konkurencji powstałe z winy umyślnej naruszcyciela (jednakże bez ograniczenia rodzaju praktyki tzn. porozumienia lub nadużycia pozycji dominującej).

Inaczej jest w przypadku klauzuli z art. 57 ust. 4 lit. d dyrektywy 2014/24/UE. W tym wypadku każde porozumienie pomiędzy wykonawcami, które stanowi naruszenie prawa konkurencji, może skutkować wykluczeniem z postępowania. Dyrektywa mówi bowiem wyraźnie o naruszeniach prawa konkurencji bez ograniczania zakresu tego pojęcia. Jedynym wyjątkiem jest ograniczenie podmiotowe uczestników porozumienia („wykonawcy”), co może sugerować objęcie zakresem przepisu głównie zmów przetargowych.

Dyrektywa 2014/24/UE zawiera swoisty „mechanizm oczyszczenia”. Stosownie do art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa m.in. „w ust. 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane (...) wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania (...) nieprawidłowemu postępowaniu”. Dyrektywa dalej stanowi, iż „środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji”.

Celem tej instytucji jest wprowadzenie każdorazowej oceny sytuacji wykonawcy oraz eliminacja automatyzmu w wykluczaniu wykonawców. Należy zauważyć, że mechanizm oczyszczenia może również być oceniany z perspektywy promocji programów *compliance* wśród wykonawców¹⁹.

Przy implementacji przepisów dotyczących wykluczenia państwa członkowskie muszą brać pod uwagę treść art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE. Przepis ten stanowi m.in., iż państwa członkowskie określają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków tzw. mechanizmu oczyszczającego w celu wykazania swojej rzetelności. Co do zasady w sytuacji wykluczenia fakultatywnego maksymalny okres wynosi trzy lata od daty odnośnego zdarzenia (tj. np. od poważnego wykroczenia zawodowego lub naruszenia prawa konkurencji).

¹⁸ H.-J. Priess, *The rules on exclusion...*, s. 118.

¹⁹ A. Sanchez-Graells, *Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24*, [w:] F. Lichere, R. Caranta, S. Treumer, *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, vol. 6, „European Procurement Law Series”, Copenhagen 2014, s. 112–114 oraz tam powołana literatura.

Ustanowienie ograniczenia czasowego jest usankcjonowaniem praktyki powstałej na gruncie prawa regulującego zamówienia publiczne w wielu państwach członkowskich UE²⁰.

Zgodnie z motywem 101 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE, stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności²¹. Prawodawca europejski słusznie zauważył, że 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.

V. Wnioski dla polskiego ustawodawcy

Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych w obecnie obowiązującym brzmieniu mają na celu implementację dyrektywy 2004/18/WE. Do niedawna zamawiający nie mieli możliwości skorzystania z wykluczenia wykonawcy za naruszenie prawa konkurencji. Ostatnia nowelizacja z 29 sierpnia 2014 r.²², w zakresie podstaw wykluczenia była ukierunkowana m.in. na wykonanie wyroku w sprawie *C-465/11 Forposta S.A.*, a tym samym dopracowanie implementacji dyrektywy 2004/18/WE w myśl orzecznictwa TSUE²³.

Drogą nowelizacji uchylono kwestionowany przez Trybunał art. 24 ust. 1 pkt 1a i zastąpiono go nowym art. 24 ust. 2a. Dodany przepis przewiduje wykluczenie wykonawcy w sytuacji, gdy ten w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe. Przepis ten przewiduje również m.in. mechanizm oczyszczenia. Z kolei w świetle przedstawionego wyżej orzecznictwa TSUE, przed polskimi zamawiającymi pojawia się możliwość wykluczania naruszcycieli prawa konkurencji. W odniesieniu do omawianego przepisu prawa zamówień publicznych nie brak jednak wątpliwości interpretacyjnych, których pełna analiza zasługuje na omówienie w odrębnym artykule.

Co równie istotne, choć termin implementacji nowej dyrektywy 2014/24/UE upływa wprawdzie dopiero 18 kwietnia 2016 r., to jednak zmiany wprowadzane nową dyrektywą są na tyle znaczące, że konieczna może być nowa ustawa zamiast nowelizacji obecnej. W tym kontekście szczególnie ważne są odpowiednie wybory polskiego ustawodawcy co do implementacji instrumentów, w stosunku do których swoboda państw członkowskich jest znacząca. Bez wątpienia takim przepisem jest art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE zawierający fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców. W związku z powyższym, warto już teraz rozpocząć debatę nad kształtem prawa zamówień publicznych.

Istotnym głosem w debacie jest „Biała księga zamówień publicznych” wydana przez Ministerstwo Gospodarki 15 stycznia 2015 r.²⁴ Jedną z rekomendacji zmian prawa zamówień publicznych jest wprowadzenie wykluczenia wykonawców, którzy w przeszłości uczestniczyli w zмовie przetargowej przy zachowaniu indywidualnej decyzji zamawiającego²⁵.

²⁰ Aneks 4. do raportu UOKiK „System zamówień publicznych, a rozwój konkurencji w gospodarce”, Warszawa 2013; H.-J. Priess, *The rules on exclusion...*, s. 113.

²¹ H.-J. Priess, *The rules on exclusion...*, s. 113.

²² Ustawa z 29.08.2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r., poz. 1232).

²³ W tym kontekście warto zwrócić uwagę, iż Komisja Europejska złożyła 4.04.2014 r. skargę do TSUE przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej. Jednakże w związku ze zmianami prawa zamówień publicznych skarga została wycofana 2.03.2015 r.

²⁴ *Biała księga zamówień publicznych. Sprawozdanie z konsultacji z uczestnikami systemu zamówień publicznych poświęconych ocenie funkcjonowania prawa zamówień publicznych w Polsce*, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa 15.01.2015.

²⁵ *Biała księga...*, s. 27.

Debata nad ewentualnym wprowadzeniem wykluczenia za naruszenie prawa konkurencji lub – wężiej – za zmywy przetargowe, powinna zostać przeprowadzona rzetelnie, również z uwzględnieniem argumentów przemawiających przeciwko takiemu rozwiązaniu. Należy wskazać na kluczowe rodzaje ryzyka: niepożądanego wpływu na wykrywalność naruszeń konkurencji oraz potencjalnej odpowiedzialności cywilnej instytucji zamawiających. W przypadku wprowadzenia wykluczenia za naruszenie prawa antymonopolowego, ograniczona zostanie atrakcyjność programów łagodzenia kar (*leniency*). W konsekwencji może to znacząco utrudnić wykrywanie m.in. zmyw przetargowych. Ponadto, postępowania przed Prezesem UOKiK, a w dalszej kolejności SOKiK, mogą trwać nawet wiele lat. Zatem praktyczne stosowanie wykluczania wykonawcy za naruszenie prawa konkurencji często musiałoby nastąpić przed wydaniem ostatecznego rozstrzygnięcia co do tego naruszenia. Wykluczenie wykonawcy przez zamawiającego na podstawie nieprawomocnej decyzji Prezesa UOKiK, następnie uchylonej już po wykluczeniu, rodzi poważne ryzyko odpowiedzialności cywilnej zamawiającego wobec wykonawcy. Problem ten został częściowo zauważony również przez prawodawcę europejskiego w motywie 101 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE, który zezwolił państwom członkowskim na ustanowienie w prawie krajowym reguł dotyczących podejmowania decyzji przez instytucje zamawiające przed wydaniem ostatecznej i wiążącej decyzji.

Powyższe problemy powinny zostać szerzej podjęte w debacie nad nowym prawem zamówień publicznych, z uwzględnieniem głosów doktryny prawa konkurencji. Jak bowiem wskazano powyżej, istnieje ścisły związek prawnych regulacji przetargów publicznych z prawem antymonopolowym.

VI. Podsumowanie

Naruszenie prawa konkurencji może być podstawą wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdza to powyżej zaprezentowane prawo unijne oraz orzecznictwo TSUE. Nawiązując do zaproponowanego na wstępie podziału podstawowych problemów omawianej materii, należy wskazać, iż:

- (1) w aspekcie przedmiotowym²⁶, zarówno dyrektywa 2004/18/WE, jak i dyrektywa 2014/24/UE wprost przewidują, że zmywy przetargowe mogą być przedmiotem wykluczenia; w odniesieniu do innych naruszeń prawa konkurencji, rozwiązania zawarte w dyrektywach nieco się różnią; w przypadku dyrektywy 2004/18/WE mogą pojawiać się wątpliwości co do możliwości wykluczenia za inne naruszenia prawa konkurencji; kwestia ta została jednak rozstrzygnięta przez TSUE w sprawie *Generali*, gdzie Trybunał uznał, że również porozumienia wertykalne mogą powodować wykluczenie; w nowej dyrektywie 2014/24/UE w zasadzie potwierdzono, iż potencjalnie wszelkie rodzaje naruszenia prawa antymonopolowego mogą stanowić podstawę wykluczenia;
- (2) w aspekcie proceduralnym²⁷ zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE instytucja zamawiająca nie ma obowiązku uzyskania swego rodzaju prejudykatu w postaci np. decyzji organu ochrony konkurencji; podobnie zresztą rozwiązano to w dyrektywie 2014/24/UE, ponieważ decyzja odnośnie do wykluczenia jest podejmowana przez zamawiającego na podstawie „wiarygodnych

²⁶ Tzn. jakie naruszenia prawa konkurencji mogą powodować wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia.

²⁷ Tzn. czy do wykluczenia wykonawcy za naruszenie prawa konkurencji konieczna jest ostateczna decyzja lub orzeczenie sądu potwierdzające to naruszenie.

przesłanek”; zamawiający może opierać się na nieostatecznych decyzjach organów ochrony konkurencji, rodzi to jednak ryzyko m.in. odpowiedzialności cywilnej;

- (3) w wymiarze czasowym (zewnętrznym)²⁸ – dyrektywa 2004/18/WE nie przewidywała ograniczeń czasowych; wynikały one jednak z praktyki legislacyjnej poszczególnych państw członkowskich; z kolei dyrektywa 2014/24/UE przewiduje, iż zarówno w przypadku naruszenia prawa konkurencji, jak i poważnego wykroczenia zawodowego, okres wykluczenia wynosi trzy lata od momentu dokonania określonego czynu;
- (4) w wymiarze czasowym (wewnętrznym)²⁹ – co do zasady wykluczenie wykonawcy następuje na etapie przedkontraktowym, czyli w toku procesu wyboru kontrahenta celem podpisania umowy o zamówienie publiczne;
- (5) w aspekcie jurysdykcyjnym³⁰, zarówno w świetle dyrektywy 2004/18/WE, jak i dyrektywy 2014/24/UE o wykluczeniu z postępowania decyduje instytucja zamawiająca; decyzja sądu lub organu ochrony konkurencji może być dowodem przemawiającym za istnieniem podstawy wykluczenia, jednak nie zawsze będzie mieć charakter prejudykatu; dyrektywa 2014/24/UE wprost wskazuje, że decyzja w tym zakresie należy do państw członkowskich.

Podsumowując, należy podkreślić, iż relacje pomiędzy prawem konkurencji oraz zamówieniami publicznymi są wielopłaszczyznowe, a momentami skomplikowane. Autor chciałby wyrazić nadzieję, że niniejsze opracowanie rzuci trochę światła na omawianą materię.

²⁸ Tzn. jak długo trwa sankcja potencjalnego wykluczenia z ewentualnego postępowania o udzielenie zamówienia.

²⁹ Tzn. na jakim etapie konkretnego postępowania można wykluczyć danego wykonawcę.

³⁰ Tzn. kto decyduje o wykluczeniu z postępowania.