

**Uniwersytet Śląski w Katowicach**  
**Wydział Prawa i Administracji**  
**Instytut Nauk Prawnych**

**Katarzyna Poprawa**

**Instytucja „self-cleaning” w polskim prawie  
zamówień publicznych**

**Rozprawa doktorska**  
**napisana pod kierunkiem**

**Dr hab. Michała Kani, prof. UŚ**

**Katowice 2023**

## Spis treści

Wykaz skrótów.....	6
Wstęp.....	9
1. Pojęcie zamówień publicznych .....	19
1.1. Wprowadzenie .....	19
1.2. Istota prawa zamówień publicznych.....	22
1.2.1. Definicja zamówienia publicznego .....	24
1.2.2. Cele zamówień publicznych.....	28
1.2.3. Ewolucja celów w zamówieniach publicznych .....	30
1.2.4. Funkcje zamówień publicznych .....	36
1.3. Zasady udzielania zamówień publicznych .....	43
1.3.1. Zasada równego traktowania wykonawców.....	46
1.3.2. Zasada uczciwej konkurencji.....	52
1.3.3. Zasada przejrzystości.....	59
1.3.4. Zasada proporcjonalności .....	63
1.3.5. Zasada efektywności zamówień publicznych.....	67
1.4. Charakter norm prawnych kształtujących rynek zamówień publicznych .....	75
1.4.1. Prawo zamówień publicznych na tle prawa publicznego i prawa prywatnego .....	82
1.4.1.1. Prawo zamówień publicznych a ochrona interesu publicznego .....	85
1.4.1.2. Obowiązek zamawiającego działania zgodnie z prawem .....	88
1.4.1.3. Przepisy o charakterze bezwzględnie obowiązującym.....	90
1.4.1.4. Zamówienie publiczne a zadanie publiczne .....	92
1.5. Podsumowanie .....	94
2. Instytucja self-cleaning na tle Dyrektywy 2014/24 /UE .....	97
2.1. Wprowadzenie .....	97
2.2. Geneza self-cleaning .....	98
2.3. Wprowadzenie instytucji self-cleaning do Dyrektywy 2014/24/UE ..	103
2.3.1. Proces legislacyjny .....	104
2.4. Podstawy wykluczenia wykonawcy na tle Dyrektywy 2014/24/UE ..	109
2.4.1. Obligatoryjne podstawy wykluczenia .....	110
2.4.1.1. Udział w organizacji przestępczej .....	111
2.4.1.2. Korupcja.....	113
2.4.1.3. Nadużycia finansowe.....	114

2.4.1.4.	Przestępstwa terrorystyczne lub przestępstwa związane z działalnością terrorystyczną.....	115
2.4.1.5.	Pranie pieniędzy lub finansowanie terroryzmu .....	117
2.4.1.6.	Praca dzieci i inne formy handlu ludźmi .....	118
2.4.1.7.	Naruszenie obowiązków dotyczących płatności publicznoprawnych.....	119
2.4.2.	Fakultatywne podstawy wykluczenia.....	120
2.4.2.1.	Naruszenie obowiązków związanych z ochroną środowiska prawa socjalnego i prawa pracy.....	124
2.4.2.2.	Bankructwo, upadłość, likwidacja wykonawcy.....	124
2.4.2.3.	Poważne wykroczenie zawodowe .....	125
2.4.2.4.	Porozumienie zakłócające konkurencję.....	127
2.4.2.5.	Konflikt interesów .....	127
2.4.2.6.	Zakłócenie konkurencji.....	128
2.4.2.7.	Niewłaściwa realizacja wcześniejszych zobowiązań	128
2.4.2.8.	Wprowadzenie w błąd .....	129
2.4.2.9.	Nienależna przewaga wykonawcy w postępowaniu.	130
2.5.	Odstępstwa od obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego .....	131
2.5.1.	Ważny interes publiczny i proporcjonalność.....	132
2.5.2.	Self-cleaning w Dyrektywie 2014/24/UE.....	134
2.6.	Podsumowanie .....	136
3.	Podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tle ustawy Prawo zamówień publicznych .....	138
3.1.	Wprowadzenie .....	138
3.2.	Podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania – zagadnienia wstępne .....	139
3.3.	Podział podstaw wykluczenia wykonawcy na obligatoryjne i fakultatywne .....	141
3.4.	Obligatoryjne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego .....	143
3.4.1.	Przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu publicznemu .....	146
3.4.2.	Przestępstwa handlu ludźmi .....	146
3.4.3.	Przestępstwa o charakterze korupcyjnym.....	147
3.4.4.	Przestępstwo finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym.....	148
3.4.5.	Przestępstwo przeciwko pracy dzieci i cudzoziemców .....	149

3.4.6.	Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, oszustwo, przeciwko wiarygodności dokumentów, przestępstwo skarbowe .....	149
3.4.7.	Przestępstwo określone w przepisach prawa obcego .....	150
3.4.8.	Skazanie osób pełniących funkcje zarządcze lub nadzorcze ..	151
3.4.9.	Zaleganie z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.....	152
3.4.10.	Zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne.....	156
3.4.11.	Porozumienia zawierane w celu zakłócenia konkurencji .....	157
3.4.12.	Wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania .....	162
3.4.13.	Przestępcze pochodzenie pieniędzy.....	164
3.5.	Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego .....	165
3.5.1.	Zaleganie z uiszczaniem danin publicznych .....	166
3.5.2.	Naruszenie obowiązków z dziedziny ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy .....	168
3.5.3.	Likwidacja, upadłość, układ, zawieszenie działalności.....	170
3.5.4.	Zawinione, poważne naruszenie obowiązków zawodowych .	172
3.5.5.	Konflikt interesów .....	175
3.5.6.	Niewykonanie istotnego zobowiązania .....	177
3.5.6.1.	Niewykonanie zobowiązania w znacznym stopniu ..	178
3.5.6.2.	Długotrwałe nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania .....	179
3.5.6.3.	Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy .....	181
3.5.6.4.	Odszkodowanie.....	182
3.5.6.5.	Wykonanie zastępcze i rękojmia za wady .....	185
3.5.7.	Wprowadzenie w błąd .....	187
3.5.7.1.	Zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo .....	189
3.5.7.2.	Zatajenie wymaganych informacji.....	191
3.5.7.3.	Brak możliwości przedstawienia wymaganych podmiotowych środków dowodowych .....	192
3.5.8.	Niedozwolony wpływ na czynności zamawiającego .....	192
3.5.9.	Lekkomyślność lub niedbalstwo przy przedstawianiu informacji .....	195
3.6.	Odstąpienie od wykluczenia wykonawcy .....	198
3.7.	Okresy wykluczenia wykonawcy .....	200
3.8.	Podsumowanie .....	203
4.	Procedura self-cleaning w prawie zamówień publicznych.....	205

4.1.	Wprowadzenie .....	205
4.2.	Cel instytucji self-cleaning .....	207
4.3.	Procedura self-cleaning .....	214
4.3.1.	Wszczęcie procedury self-cleaning .....	216
4.3.1.1.	Poinformowanie zamawiającego o self-cleaning .....	218
4.3.1.2.	Wszczęcie i zakończenie czynności w ramach self-cleaning .....	224
4.3.2.	Inicjatywa dowodowa .....	226
4.3.2.1.	Etap złożenia dowodów self-cleaning .....	230
4.4.	Przesłanki zastosowania procedury self-cleaning .....	234
4.4.1.	Naprawienie szkody lub zobowiązanie się do jej naprawienia .....	235
4.4.2.	Wyjaśnienie faktów i okoliczności .....	239
4.4.3.	Środki techniczne, organizacyjne i kadrowe .....	240
4.4.3.1.	Środki techniczne .....	241
4.4.3.2.	Środki kadrowe .....	243
4.4.3.3.	Środki organizacyjne .....	246
4.5.	Ocena dowodów self-cleaning .....	248
4.6.	Podsumowanie .....	256
5.	Instytucja self-cleaning w wybranych krajach Unii Europejskiej i w Stanach Zjednoczonych .....	258
5.1.	Wprowadzenie .....	258
5.2.	Zagadnienia ogólne .....	260
5.3.	Procedura self-cleaning w wybranych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej .....	262
5.4.	Model self-cleaning w USA .....	268
5.4.1.	Wykluczenie i zawieszenie wykonawcy w USA .....	270
5.4.2.	Centralizacja wykluczenia i zawieszenia wykonawcy .....	274
5.4.3.	Wewnętrzne systemy kontroli i działania zaradcze .....	276
5.4.4.	Umowy administracyjne i niezależni obserwatorzy .....	279
5.5.	Podsumowanie .....	282
	Wnioski końcowe .....	284
	Bibliografia .....	302

## Wykaz skrótów

- Dyrektywa 2004/17/WE – Dyrektywa z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134 z 30.04.2004)
- Dyrektywa 2004/18/WE – Dyrektywa z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.04.2004)
- Dyrektywa 2014/24/UE – Dyrektywa z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65, z późn. zm.)
- Dyrektywa 2014/25/UE – Dyrektywa z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 243, z późn. zm.)
- Dyrektywa 2014/23/UE – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. UE L 94 z 28.03.2014)
- Konstytucja RP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 nr 78, poz. 483).
- KC – Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. z dnia 9 czerwca 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.)
- KK – Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. z dnia 28 kwietnia 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.)
- kks – Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (t.j. z dnia 23 marca 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 859)
- Kpk – Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1987)
- k.s.h. – Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 505)
- o.p. – Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. z dnia 1 grudnia 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 2651)

Pzp 2004	– Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.)
Pzp	– Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 22 lipca 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.)
Uokik	– Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. z dnia 9 czerwca 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 1467)
pr. upadł.	– Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (t.j. z 9 czerwca 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 1520)
ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
TFUE	– Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz.U. UE C 326 z 26 października 2012)
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana, Dz. Urz. UE C 326 z 26 października 2012 r.)
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
TWE	– Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana) (Dz. Urz. UE. C 321E z 29 grudnia 2006 r.)
EFTA	– Europejskie Stowarzyszenie Wolnego Handlu
GPA	– Porozumienie w sprawie Zamówień Rządowych zawarte w ramach Światowej Organizacji Handlu
WPZiB	– Wspólna polityka zagraniczna i bezpieczeństwa Unii Europejskiej
SN	– Sąd Najwyższy
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
MŚP	– Małe i średnie przedsiębiorstwa
OSPika	– Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna
OSNCP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Cywilna i Administracyjna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
PPiA	– Przegląd Prawa i Administracji

PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
UE	– Unia Europejska
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
ZA	– Zespół Arbitrów
KIO	– Krajowa Izba Odwoławcza
SIWZ	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
SWZ	– Specyfikacja Warunków Zamówienia
JEDZ	– Jednolity Europejski Dokument Zamówienia
LEX	– elektroniczny zbiór orzecznictwa wydawnictwa Wolters Kluwer
Legalis	– elektroniczny zbiór orzecznictwa wydawnictwa C.H. Beck
t.j.	– tekst jednolity
ze zm.	– ze zmianami
BHP	– Bezpieczeństwo i Higiena Pracy
wyr.	– wyrok
zob.	– zobacz
por.	– porównaj
ang.	– angielskie



## Wstęp

Zamawiający – podmiot prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – przewidział w treści specyfikacji warunków zamówienia możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku wystąpienia fakultatywnych podstaw wykluczenia. Jedną z nich był obowiązek wykluczenia wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie, nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady<sup>1</sup>. Tym samym w razie zaistnienia takiej przesłanki, zamawiający zobowiązany będzie do wykluczenia wykonawcy, wobec którego zaistnieją powyższe okoliczności. W postępowaniu złożył ofertę wykonawca, który realizując wcześniejsze zamówienie publiczne nie wywiązał się ze wszystkich postanowień umowy, w następstwie czego, zamawiający odstąpił od umowy. Przedmiotem zamówienia było bieżące utrzymanie i konserwacja oświetlenia ulicznego na terenie miasta. Istotnym elementem przedmiotu zamówienia było usuwanie awarii polegające na wymianie niesprawnych źródeł światła w terminie dwóch dni roboczych od chwili zgłoszenia awarii. Wykonawca pomimo kilkakrotnych wezwań do usunięcia awarii w znacznej liczbie ulic, nie wywiązywał się z zobowiązań zawartych w umowie. Zaniechania miały charakter powtarzający się i długotrwały, znacznie przekraczały wynikający z umowy okres wymiany niesprawnych źródeł światła.

Przedstawiony stan faktyczny wpisuje się w przewidzianą przez zamawiającego przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zatem w związku z zaistnieniem sytuacji polegającej na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, istotnych zobowiązań wynikających w wcześniejszej umowie w sprawie zamówienia publicznego, wystąpiła podstawa skutkująca wykluczeniem wykonawcy z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca przystępując do postępowania, złożył oświadczenia, potwierdzając, że zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia. Jednocześnie poinformował, iż podjął stosowne działania naprawcze i prewencyjne, by wykazać, że zaistniałe

---

<sup>1</sup> Art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

nieprawidłowości nie powtórzą się – w ten sposób zainicjował procedurę self-cleaning (samooczyszczenia).

W uzasadnieniu self-cleaning wykonawca wyjaśnił, że usunął wszystkie awarie zgłaszane przez zamawiającego, natomiast nieprawidłowe wykonanie umowy było wynikiem zaniedbań po stronie pojedynczych osób, konkretnych pracowników, co w konsekwencji sprowadzało się do braku dostatecznego nadzoru nad zatrudnionymi. Podjął odpowiednie działania – zakończenie współpracy z osobami odpowiedzialnymi, wdrożenie procedury kontroli i raportowania czynności pracowników oraz przepływu informacji. Wskazał, że w takich okolicznościach nie sposób przyjąć, aby powstałe w przeszłości naruszenia obecnie świadczyły o jego nierzetelności, czy też aby w jakimkolwiek stopniu podważały wiarygodność lub zdolność do należytego wykonania zamówienia publicznego, o które się ubiega.

Powyższy przykład wskazuje na rolę, jaką pełni instytucja self-cleaning w procesie ubiegania się o zamówienie publiczne. Jak zostanie to wykazane w treści pracy, stanowi ona narzędzie umożliwiające wykonawcom, wobec których zaistniały podstawy wykluczenia, podjęcie działań naprawczych i prewencyjnych. Celem takich działań jest umożliwienie im wykazania ich wiarygodności oraz stworzenie mechanizmów zabezpieczających w przyszłości przed podjęciem działań naruszających prawo. Wykonawca, poprzez podjęte działania naprawcze i wdrożone mechanizmy prewencyjne, przyczynia się do zmniejszenia ryzyka nienależytego wykonania zamówienia. Jednocześnie, po stronie zamawiającego zmniejsza się ryzyko udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy nierzetelnemu i niewiarygodnemu.

W konsekwencji stworzenie mechanizmów dających wykonawcy podlegającemu wykluczeniu możliwość powrotu na rynek zamówień publicznych przyczynia się do zwiększenia konkurencyjności przy zachowaniu uczciwej konkurencji. Stanowi zatem narzędzie nie tylko pozostające w zgodzie z zasadą uczciwej konkurencji, ale przyczynia się do podejmowania przez wykonawców działań wzmacniających wartości, na których opiera się zasada uczciwej konkurencji. Stworzenie mechanizmów self-cleaning pełni znaczącą rolę zarówno dla wykonawców, którym pomimo zaistniałych zdarzeń niepożądanych nie zamyka się drogi do ubiegania się o zamówienie publiczne – co w niektórych branżach, jak np. usługi oczyszczania miasta, utrzymanie dróg, mogłoby prowadzić do całkowitej eliminacji z rynku. Natomiast w przypadku zamawiających instytucja self-cleaning zapewnia zachowanie konkurencji na rynku, co z kolei jest istotne

i ma przełożenie na zwiększenie liczby ofert składanych w postępowaniu oraz kształtowanie cen na poziomie odpowiadającym realnej wartości zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że jakkolwiek instytucja self-cleaning jest przedmiotem analizy doktryny oraz różnego rodzaju publikacji czy artykułów w czasopismach branżowych, to jednak do tej pory nie pojawiło się zbiorcze opracowanie całościowe, w postaci monograficznego opracowania naukowego.

Próbie przybliżenia instytucji self-cleaning oraz przesłanek jej zastosowania na tle dyrektywy 2014/24/UE podejmowali: Jakub Pawelec<sup>2</sup> oraz Hanna Talago-Sławoj<sup>3</sup>. Na temat instytucji self-cleaning w polskim prawie zamówień publicznych pisali m.in. Małgorzata Sieradzka<sup>4</sup>, Józef Edmund Nowicki<sup>5</sup>, Andrzej Gawrońska-Baran<sup>6</sup>, Henryk Nowicki<sup>7</sup>, Paweł Nowicki,<sup>8</sup> Irena Skubiszak-Kalinowska<sup>9</sup>, Wojciech Bereszko<sup>10</sup>. Najobszerniej temat został przedstawiony w artykułach Aleksandry Sołtysińskiej i Aldony Kowalczyk<sup>11</sup> oraz Komentarzu wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych<sup>12</sup>. Brak jednak kompletnego, całościowego opracowania dotyczącego instytucji self-cleaning i procedury jej przeprowadzenia obowiązującej w polskim prawie zamówień publicznych.

Szczegółowe opracowanie zbioru zagadnień proceduralnych, jakie napotykają zamawiający oraz wykonawcy, którzy chcą wykazać skutecznie przeprowadzony self-cleaning, pozwoli przedstawić pewne niedoskonałości wynikające z przyjęcia przez

---

<sup>2</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2015, s. 275–276.

<sup>3</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 493–494.

<sup>4</sup> M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 168–174.

<sup>5</sup> J.E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 322–323.

<sup>6</sup> A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, et al., *Prawo zamówień publicznych, Komentarz 202*, Warszawa 2021, s. 359–362.

<sup>7</sup> H. Nowicki, P. Nowicki, *Państwo a gospodarka. Kierunki zmian w publicznym prawie gospodarczym*, Toruń 2016, s. 285–295.

<sup>8</sup> P. Nowicki, *Aksjologia Prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 206–213.

<sup>9</sup> I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 377–380.

<sup>10</sup> W. Bereszko, [w:] *Zamówienia publiczne*, P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid (red.), Warszawa 2021, s. 241–242.

<sup>11</sup> A. Sołtysińska, A. Kowalczyk, *Instytucja self-cleaning w zamówieniach publicznych*, „Europejski Przegląd Sądowy”, lipiec 2021/7 (190), s. 4; A. Sołtysińska, *Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tle dyrektyw europejskich*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2016, nr 2, s. 33; A. Sołtysińska, *Nowe tendencje w zakresie podstaw wykluczenia wykonawców – stosowanie zasady proporcjonalności* [w:] H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan oceny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 245–246.

<sup>12</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 416–423.

ustawodawcę polskiego swoistego modelu procedowania. Wyjątkowo złożona tematyka, przy jednoczesnej niewystarczającej regulacji tego postępowania, stwarza istotne problemy dla stron postępowania, dla których niniejsze opracowanie może okazać się pomocne w zakresie proceduralnych aspektów skutecznego przeprowadzenia self-cleaning. Jednocześnie może stanowić dla zamawiających wskazówki, jak prawidłowo przeprowadzić tę procedurę w zgodzie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Nie sposób bowiem odmówić analizowanej materii ciężaru gatunkowego oraz wpływu na zwiększenie konkurencyjności na rynku zamówień publicznych, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do instytucji self-cleaning<sup>13</sup>.

Przed przystąpieniem do prezentacji podstawowych kwestii badawczych wyjaśnić należy, że w pracy skupiono się głównie na analizie instytucji self-cleaning na tle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji<sup>14</sup> jako na podstawowych zasadach przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Szczególną uwagę zwrócono na dopuszczalność wszczęcia procedury self-cleaning, inicjatywę w zakresie złożenia dowodów self-cleaning oraz ich ocenę, w kontekście zgodności z obowiązującym prawem, przy jednoczesnym wskazaniu zagrożeń naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Pomocniczo odniesiono się do instytucji self-cleaning na tle zasad: przejrzystości<sup>15</sup>, proporcjonalności<sup>16</sup> i efektywności<sup>17</sup>, ściśle powiązanych z powyższymi zasadami, istotnymi dla przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego.

W zakresie pozostałych zasad, takich jak: udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy<sup>18</sup>, jawności<sup>19</sup>, obiektywizmu i bezstronności<sup>20</sup>,

---

<sup>13</sup> Wyrok KIO z 2.11.2021 r. o sygn. akt: KIO 2964/21 Legalis nr 2701143; wyrok KIO z 19.11.2021 r. o sygn. akt: KIO 3078/21 Legalis nr 2687391; wyrok KIO z 20.12.2021 r. o sygn. akt: KIO 3298/21 Legalis nr 2705128; wyrok KIO z 20.12.2021 r. o sygn. akt: KIO 3307/21 LEX nr 3353758; wyrok KIO z 13.12.2021 r. o sygn. akt: KIO 3467/21 Legalis nr 2651615; wyrok KIO z 17.01.2022 r. o sygn. akt: KIO 3743/21 LEX nr 3327250; wyrok z 8.09.2021 r. o sygn. akt: KIO 1935/21 Legalis nr 2656449; wyrok KIO z 26.08.2021 r. o sygn. akt: KIO 2348/21 Legalis nr 2633713; wyrok KIO z 6.09.2021 r. o sygn. akt: KIO 2387/21 Legalis nr 2840576; wyrok KIO z 22.10.2021 r. o sygn. akt: KIO 2916/21 Legalis nr 2701093; wyrok KIO z 23.11.2021 r. o sygn. akt: KIO 3229/21 Legalis nr 2704969.

<sup>14</sup> Art. 16 pkt 1) Ustawy Pzp.

<sup>15</sup> Art. 16 pkt 2) Ustawy Pzp.

<sup>16</sup> Art. 16 pkt 3) Ustawy Pzp.

<sup>17</sup> Art. 16 pkt 3) Ustawy Pzp.

<sup>18</sup> Art. 17 ust. 2 Ustawy Pzp.

<sup>19</sup> Art. 18 ust. 1 Ustawy Pzp.

<sup>20</sup> Art. 17 ust. 3 Ustawy Pzp.

pisemności<sup>21</sup> oraz języka polskiego<sup>22</sup>, odniesienie do self-cleaningu zostało jedynie zasygnalizowane, ponieważ obowiązujące przepisy dotyczące tej procedury mają znaczenie drugorzędne.

Głównym celem rozprawy jest rozwiązanie problemu badawczego – uzyskanie odpowiedzi na pytanie: czy instytucja self-cleaning obowiązująca w polskim prawie zamówień publicznych narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji?

W tym celu, konieczne stało się sformułowanie szczegółowych problemów badawczych, które stały się przedmiotem analizy zawartej w poszczególnych rozdziałach pracy:

1. Na czym polega zasada równego traktowania wykonawców i zasada uczciwej konkurencji?
2. Jaka jest kwalifikacja prawa zamówień publicznych w kontekście przynależności do prawa publicznego lub prawa prywatnego?
3. Jaki jest zakres podmiotowy oraz okoliczności uzasadniające wykluczenie wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne?
4. Czy wykluczenie wykonawcy powinno nastąpić wyłącznie w konkretnym postępowaniu, czy też może wywoływać skutek wobec innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego?
5. Czym jest instytucja self-cleaning?
6. Jakie są przesłanki wprowadzenia instytucji self-cleaning do prawa zamówień publicznych?
7. Czy istnieją inne, niż obowiązujący w polskim systemie prawnym, modele self-cleaning, pozwalające na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji?
8. Jak przebiega proces przeprowadzenia self-cleaning obowiązujący w polskim porządku prawnym, a jak w państwach członkowskich Unii Europejskiej?

Założeniem będącym podstawą sformułowanej tezy oraz poszczególnych hipotez jest twierdzenie, oparte na przepisach ustawy Pzp, zakładające, że postępowanie o udzielenie

---

<sup>21</sup> Art. 20 ust. 1 Ustawy Pzp.

<sup>22</sup> Art. 20 ust. 2 Ustawy Pzp.

zamówienia publicznego powinno zostać przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców<sup>23</sup>.

Mając powyższe na uwadze, została przyjęta następująca teza badawcza:

**Instytucja self-cleaning obowiązująca w polskiej regulacji prawnej, umożliwiająca wykonawcom podlegającym wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, może naruszać zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, co w konsekwencji może prowadzić do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy nierzetelnemu, niegwarantującemu jego należytego wykonania.**

W celu sformalizowania powyższej tezy zostały przyjęte następujące hipotezy:

**Hipoteza 1:** Jeżeli instytucja self-cleaning jest elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które musi być przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, to w swych założeniach musi realizować zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji.

**Hipoteza 2:** Jeżeli instytucja self-cleaning jest elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w swych założeniach musi realizować zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, to zasady te muszą być stosowane na każdym etapie przeprowadzenia procedury self-cleaning, a narzędzia i mechanizmy wykorzystywane w ramach self-cleaning nie mogą naruszać tych zasad.

**Hipoteza 3:** Wprowadzenie systemów compliance może stanowić zachętę do podejmowania przez wykonawcę zmian w postaci działań prewencyjnych i zabezpieczających go na przyszłość przed wystąpieniem działań niepożądanych, jednakże bez wprowadzenia odpowiedniego systemu

---

<sup>23</sup> Art. 176 pkt 1) Ustawy Pzp.

gwarantującego przestrzeganie i egzekwowanie tych zmian nie będzie ono wystarczające do skutecznego przeprowadzenia self-cleaning.

Biorąc pod uwagę doświadczenie zawodowe autora oraz świadomość złożoności problematyki self-cleaning, zarówno po stronie wykonawców, których celem jest przeprowadzenie skutecznej procedury, jak i po stronie zamawiających, którzy zobowiązani są do oceny czynności podjętych przez wykonawców zgodnie z obowiązującymi przepisami, starano się w możliwie najszerszy sposób skupić uwagę na aspektach praktycznych.

W trakcie rozważań autorowi przyświecał pogląd, że rozwiązania dotyczące instytucji self-cleaning – zarówno te w ramach obecnie obowiązujących unormowań, jak i proponowane zmiany w przepisach – nie powinny naruszać obowiązujących zasad udzielania zamówień, w szczególności zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Tymczasem, co zostanie wykazane w treści pracy, obowiązująca regulacja prawna nie jest wystarczająca dla zagwarantowania, że przeprowadzona procedura zawsze będzie zgodna z zasadami udzielania zamówień publicznych. Co więcej, podejmowane przez zamawiającego czynności określone w przepisach oraz interpretacja przepisów budzących wątpliwości, w niektórych przypadkach mogą prowadzić do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Tak więc, czynności zamawiającego podejmowane zgodnie z literą prawa mogą nie stanowić wystarczającego zabezpieczenia, aby uchronić go przed prowadzeniem postępowania z naruszeniem obowiązujących zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Dodatkowo taki stan może rodzić niepewność co do skuteczności self-cleaning, zarówno po stronie wykonawców, którzy podjęli trud działań naprawczych i prewencyjnych, jak i zamawiających, oceniających te działania.

Biorąc pod uwagę istotę analizowanej materii oraz wpływ tych przepisów na sytuację podmiotową wykonawców, którzy przeprowadzili procedurę self-cleaning, taki stan rzeczy nie powinien być akceptowany.

W trakcie rozważań, próbując rozwiązać postawione problemy badawcze, posłużono się przede wszystkim metodą dogmatyczno-prawną, historyczną oraz prawno-porównawczą.

Podstawą rozważań zawartych w rozprawie jest pogłębiona analiza przepisów prawa krajowego oraz dyrektyw Unii Europejskiej, pozwalająca na przekrojowe

omówienie instytucji self-cleaning na gruncie prawa zamówień publicznych. Uzupełnieniem badań jest analiza orzecznictwa sądów powszechnych, Sądu Najwyższego, Krajowej Izby Odwoławczej, Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a także opinii Rzecznika Generalnego, skutkująca uwzględnieniem w treści pracy wykładni powszechnie obowiązujących przepisów prawa. W zakresie analizowanej materii zaprezentowane zostały również stanowiska w doktrynie. Przedstawienie procesu kształtowania się procedury self-cleaning, również na podstawie pozbawionych już mocy obowiązującej aktów prawnych, wykorzystując metodę historyczną, pozwoliło na wykazanie, że regulacje prawne dotyczące self-cleaning stale ewoluują i zmierzają do eliminacji ryzyka udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy nierzetelnemu. W pracy została również wykorzystana metoda prawno-porównawcza, której celem jest ukazanie podobieństw oraz różnic występujących w polskim systemie prawnym w porównaniu do rozwiązań panujących w wybranych krajach członkowskich Unii Europejskiej oraz w systemie obowiązującym w Stanach Zjednoczonych. Przeprowadzona w ten sposób analiza pozwoliła na sformułowanie wniosków *de lege ferenda*, których uwzględnienie może przyczynić się do poprawienia omawianych rozwiązań procedury self-cleaning w polskiej regulacji prawa zamówień publicznych.

Zakres przedmiotowy rozprawy, postawiony cel oraz hipotezy badawcze wpłynęły na układ pracy. Tekst podzielono na pięć rozdziałów tematycznych, w ramach których zostały zweryfikowane postawione hipotezy.

Zagadnienia przedstawione w rozdziale pierwszym stanowią wprowadzenie w problematykę zamówień publicznych. Poprzez zdefiniowanie, czym są zamówienia publiczne, analizę celów i funkcji, jakie pełnią, zasad, jakim podlegają, a także omówienie charakteru norm prawnych kształtujących system zamówień publicznych, nakreślono niezbędne tło.

Przybliżenie powyższych zagadnień jest konieczne dla analizy instytucji self-cleaning, w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W rozdziale drugim przedstawiono genezę ustanowienia instytucji self-cleaning – począwszy od lat 80. XX wieku i początkowych lat XXI wieku, do momentu wprowadzenia odpowiednich regulacji w dyrektywie 2014/24/UE. Ponadto omówiono przyczyny oraz cel wprowadzenia instytucji self-cleaning do prawa zamówień publicznych, a także okoliczności jej zastosowania. Z uwagi na to, że granice zastosowania self-cleaning jako wyjątku od wykluczenia wykonawcy z postępowania zostały wyznaczone przez podstawy wykluczenia, w rozdziale drugim omówiono



również podstawy wykluczenia wykonawcy z ubiegania się o zamówienia publiczne określone w treści dyrektywy 2014/24/UE. Warto podkreślić, że w okolicznościach braku podstaw wykluczenia przeprowadzenie self-cleaning wykonawcy będzie zbędne.

W rozdziale trzecim przedstawiono podstawy wykluczenia obowiązujące w polskim systemie prawnym. Zaprezentowano podstawy wykluczenia wykonawcy, ze wskazaniem sposobu ich implementacji z dyrektywy 2014/24/UE do polskiego porządku prawnego, ze szczególnym uwzględnieniem podziału na przesłanki obligatoryjne, których konieczność ustanowienia i weryfikacji jest obowiązkiem zamawiającego, oraz przesłanki fakultatywne, których ustanowienie w postępowaniu i ich weryfikacja uzależniona jest od decyzji konkretnego zamawiającego.

Rozważania zawarte w rozdziale czwartym stanowią kluczową analizę zagadnień tematu pracy. Dotyczą instytucji self-cleaning oraz procedury jej przeprowadzenia uregulowanej w prawie zamówień publicznych obowiązującym w polskim systemie prawnym, na tle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Przedstawione zostaną praktyczne problemy związane z trudnościami w przeprowadzeniu self-cleaning, biorąc pod uwagę niewystarczającą regulację instytucji self-cleaning. Zidentyfikowane zostaną także realne problemy utrudniające przeprowadzenie self-cleaning zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji na tle obowiązującego orzecznictwa i poglądów doktryny.

Celem rozważań zawartych w rozdziale piątym jest zaprezentowanie innych modeli regulacji instytucji self-cleaning obowiązujących w wybranych krajach Unii Europejskiej, które opierają się na tych samych założeniach co ustawodawstwo polskie, a pomimo tego wykazują różnice w zakresie implementacji dyrektywy 2014/24/UE. Starano się również przybliżyć rozwiązania stosowane w Stanach Zjednoczonych – jako starsze od europejskich, oparte na zbliżonych założeniach, co do efektywności wydatków publicznych, jednakże posługujące się innymi, niż określone w dyrektywie 2014/24/UE, mechanizmami, właściwymi dla realizacji tego procesu.

Mechanizmy w Stanach Zjednoczonych opierają się na ochronie interesu publicznego i zabezpieczeniu jednostek publicznych, przede wszystkim przed możliwością niewłaściwego wydatkowania powierzonych środków publicznych. Odbywa się to poprzez ograniczenie możliwości narażenia państwa na niebezpieczeństwo związane z realizacją zamówień publicznych w sposób niewłaściwy – w tym na ryzyko utraty reputacji, ryzyko nienależytego wykonania umowy oraz nienależytego wydatkowania środków publicznych.

Zostaną przedstawione mechanizmy i procedury obowiązujące w systemie amerykańskim, pozwalające na skuteczne przeprowadzenie self-cleaning i zweryfikowanie wykonawcy pod kątem wyeliminowania lub zmniejszenia ryzyka niewłaściwego wykonania zamówienie publicznego.

W zakończeniu dysertacji podsumowano analizy zawarte we wcześniejszych rozdziałach, przedstawiono ogólne wnioski oraz ocenę regulacji self-cleaning w zakresie zgodności z zasadami: równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W pracy uwzględniono stan prawny, literaturę oraz orzecznictwo aktualne 30 listopada 2023 r.

# 1. Pojęcie zamówień publicznych

## 1.1. Wprowadzenie

Instytucja<sup>24</sup> self-cleaning<sup>25</sup> oraz procedura jej przeprowadzenia stanowią szczególnie sposób oceny rzetelności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego dla pełnego omówienia zagadnień związanych z jej zastosowaniem i przebiegiem procedury, w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji niezbędne jest wprowadzenie w problematykę zamówień publicznych, stanowiącą również tło dla dalszych rozważań. Konieczne jest zdefiniowanie, czym są zamówienia publiczne, dokonanie analizy celów i funkcji, jakie pełnią, zasad, jakim podlegają, a także omówienie charakteru norm prawnych kształtujących system zamówień publicznych. Powyższe zagadnienia stanowią przedmiot badań tej części pracy.

Środki finansowe, jakimi dysponuje państwo, które przeznaczone są na realizację zadań publicznych, stanowią największy udział w gospodarce każdego kraju, przyczyniając się do jego rozwoju<sup>26</sup>. Dlatego realizacja zamówienia publicznego nie może nastąpić w sposób dowolny i niekontrolowany. W tym celu stworzony został system reguł pozwalających na weryfikację zasadności wyboru wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne. Instrumentem zapewniającym realizację tego celu są właśnie zamówienia publiczne, które oparte na sformalizowanym systemie prawnym oraz regułach gospodarki rynkowej, przy zachowaniu uczciwej konkurencji oraz równego traktowania oferentów, gwarantują wybór wykonawcy rzetelnego<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Przez instytucję prawną – wg J. Wróblewskiego – należy rozumieć środek prawny, poprzez który istnieje możliwość celowego wpływania na zachowanie jednostki w społeczeństwie, umożliwiający sterowanie szeregiem zjawisk społecznych, dla osiągnięcia założonego celu. Koniecznymi elementami korzystania z instytucji prawnych są: racjonalne tworzenie prawa, racjonalne stosowanie prawa przez odpowiednie organy państwa oraz racjonalną realizację prawa lub w ujęciu szerszym – sposoby korzystania z uprawnień przyznanych podmiotom, zob. J. Wróblewski, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 4 roz., Łódź 1984, s. 90–91.

<sup>25</sup> Określana również jako samooczyszczenie.

<sup>26</sup> Wartość zamówień udzielanych w procedurach przewidzianych w ustawie Pzp to ok. 274,80 mld zł w 2022 r., 184,60 mld zł w 2021 r., 183,50 mld zł w 2020 r., 198,90 mld. zł w 2019 r., 202,10 mld zł w 2018 r., 163,20 mld zł w 2017 r., *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r.*, Warszawa 2023, s. 18; <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2022-rok-przyjete-przez-rade-ministrow> (dostęp 19.12.2023); Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk nr 3624, s. 2.

<sup>27</sup> P. Kubik, E. Frymak, *Procedury przetargowe w obrocie gospodarczym*, Gdańsk 1997, s. 12; A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jako środek ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 28.

Istotnym elementem badań tej części pracy jest analiza celów i funkcji zamówień publicznych, rozumianych przede wszystkim jako pozytywne następstwa w sferze ogólnogospodarczej, społecznej i ekologicznej, prowadzące do ochrony interesu publicznego, wskazujące na ewolucję i zmianę w sposobie ich postrzegania<sup>28</sup>. Począwszy od zapewnienia niedyskryminującego dostępu wykonawców do ubiegania się o zamówienie publiczne, oszczędnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych, przeciwdziałania korupcji, pomocy wybranym gałęziom prawa, walki z bezrobociem, wspomagania regionów zacofanych gospodarczo, integrację społeczną, wspieranie małych i średnich przedsiębiorstw, zamówieniom publicznym przypadła kluczowa rola w realizacji unijnej strategii „Europa 2020”<sup>29</sup>. Opierała się ona na nowoczesnym postrzeganiu zamówień publicznych w kontekście realizacji celów strategicznych, związanych z trzema czynnikami tj. środowiskiem, społeczeństwem oraz innowacyjnością – określanymi mianem strategicznych lub zrównoważonych zamówień publicznych<sup>30</sup>. W wyniku ewolucji celów zamówień publicznych została ustanowiona m.in. instytucja self-cleaning, która realizuje założenia racjonalizacji wydatków publicznych oraz wspiera udział małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych. Cele te wypracowywane są poprzez stworzenie mechanizmów pozwalających na ubieganie się o zamówienie publiczne wykonawców, wobec których zaistniały podstawy wykluczenia, a których udział w zamówieniach nie zagraża właściwemu wydatkowaniu środków publicznych – z uwagi na podjęte przez nich odpowiednie kroki naprawcze i prewencyjne. Działania podejmowane w ramach self-cleaning przyczyniają się również do ograniczania zjawisk korupcyjnych.

Kolejny przedmiot badań analizowany w tej części pracy dotyczy zasad udzielania zamówień, tj. reguł i norm, którym należy przypisać znaczenie podstawowe w całym systemie prawa zamówień publicznych<sup>31</sup>. Reguły te mają szeroki zasięg oddziaływania i przenikają każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, bez względu na

---

<sup>28</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 2; A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie...*, s. 32.

<sup>29</sup> Komunikat Komisji Europejskiej, *Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*, Bruksela 3.03.2010, KOM (2010) 2020 wersja ostateczna.

<sup>30</sup> Zob. B. Neamtu, D.C. Dragos, *Sustainable Public Procurement: The Use of Eco-Labels*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2015, vol. 10, no. 2, s. 92; P. Nowicki, *Aksjologia Prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 25.

<sup>31</sup> K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 92; J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1994, s. 90, 92; J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 259.

jego rodzaj oraz zastosowany tryb. Zasady kierowane są do zamawiającego, który jako organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przygotowuje i przeprowadza postępowanie oraz udziela zamówienia publicznego. W przypadku wątpliwości interpretacyjnych przepisy prawa zamówień publicznych należy interpretować zgodnie z tymi zasadami<sup>32</sup>.

Z uwagi na problem badawczy pracy analiza zasad udzielania zamówień publicznych stanowi przedmiot kluczowych badań, prowadzący do odpowiedzi na pytanie, czy instytucja self-cleaning może naruszać zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę konkurencyjności<sup>33</sup>. W tym celu konieczna jest odpowiedź na pytanie, czy instytucja self-cleaning jest zgodna z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Dla wykazania powyższego, przeprowadzone zostały badania w postaci analizy zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, sądów powszechnych, Krajowej Izby Odwoławczej oraz literatury, ale również w postaci analizy zasad ściśle z nimi powiązanych, takich jak – zasada przejrzystości<sup>34</sup>, proporcjonalności<sup>35</sup> i efektywności<sup>36</sup>. Pozostałe z zasad obowiązujących w prawie zamówień publicznych, tj. zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy<sup>37</sup>, zasada bezstronności i obiektywizmu<sup>38</sup>, zasada jawności<sup>39</sup> oraz zasada pisemności<sup>40</sup> i zachowania języka polskiego<sup>41</sup>, zostały jedynie zasygnalizowane. Zasady te mają znaczenie drugorzędne dla regulacji dotyczących self-cleaning.

Ważnym elementem tej części pracy jest również omówienie charakteru norm prawnych kształtujących rynek zamówień publicznych. Przedstawiono tu podział systemu prawa na prawo prywatne i prawo publiczne. W jego obszarze następuje formułowanie twierdzeń i wniosków odnoszących się do problematyki prawa zamówień publicznych jako regulacji całościowej, wyodrębnionej ze względu na jej przedmiot. Zaprezentowano różne stanowiska przedstawicieli doktryny – podnoszących argumenty

---

<sup>32</sup> M Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2010, s. 105, 167.

<sup>33</sup> Art. 16 pkt 1) Ustawy Pzp.

<sup>34</sup> Art. 16 pkt 2) Ustawy Pzp.

<sup>35</sup> Art. 16 pkt 3) Ustawy Pzp.

<sup>36</sup> Art. 17 ust. 1 Ustawy Pzp.

<sup>37</sup> Art. 17 ust. 2 Ustawy Pzp.

<sup>38</sup> Art. 17 ust. 3 Ustawy Pzp.

<sup>39</sup> Art. 18 ust. 1 Ustawy Pzp.

<sup>40</sup> Art. 20 ust. 1 Ustawy Pzp.

<sup>41</sup> Art. 20 ust. 2 Ustawy Pzp.

za przynależnością prawa zamówień publicznych do prawa publicznego, ale również stanowiska przeciwnie, opowiadające się za przynależnością prawa zamówień publicznych do prawa prywatnego.

## 1.2. Istota prawa zamówień publicznych

Ustalenie istoty prawa wg Antonio Rossminiego polega na wyjaśnieniu sensu pojęcia „prawo”, przez co doprowadzi się do poznania idei lub natury prawa<sup>42</sup>. Prawo, w jego egzystencjalnym sensie, jest bytem idealnym oraz moralnym, to znaczy takim, który stanowi powinność określonego postępowania. Byt idealny zawiera się w idei, natomiast moralny wyrażony jest powinnością działania<sup>43</sup>.

Prawo zamówień publicznych ściśle powiązane jest z funkcjonowaniem polityki finansowej państwa. Jego powinnością jest prowadzenie racjonalnej gospodarki<sup>44</sup>, polegającej na nabyciu dóbr i usług niezbędnych dla skutecznej realizacji zadań publicznych, finansowanych ze środków publicznych<sup>45</sup>, a także realizacja polityki budżetowej<sup>46</sup>. Środki te winny być wydatkowane w oparciu o ekonomiczne przesłanki, gwarantujące osiągnięcie najlepszych efektów związanych z realizacją zamówienia w stosunku do jego ceny lub kosztu, tj. zgodnie z zasadą *Best Value for Money*<sup>47</sup>.

W procesie gospodarczym największym inwestorem a zarazem nabywcą jest państwo. Środki finansowe, którymi ono dysponuje, a które przeznaczone są na realizację zadań publicznych, stanowią największy udział w gospodarce każdego kraju, przyczyniając się do jego rozwoju<sup>48</sup>. Zasoby te muszą być gospodarowane w sposób

---

<sup>42</sup> A. Rosmini, *O istocie prawa Essenza del diritto*, tłum. K.J. Wroczyński, Lublin 2021, s. 43.

<sup>43</sup> *Ibidem*, s. 390–395.

<sup>44</sup> Szerzej: J. Głuchowski, A. Pomorska, J. Szolno-Koguc, *Ekonomiczne i prawne problemy racjonalizacji wydatków publicznych Tom I. Racjonalizacja wydatków publicznych – uwarunkowania i instrumenty*, Lublin 2005.

<sup>45</sup> R. Szostak, *O spójności nowego prawa zamówień publicznych z przepisami Kodeksu cywilnego i ustaw odrębnych [w:] Dziś i jutro w zamówieniach publicznych XII Konferencja Naukowa 7–8 października 2019 r. Olsztyn*, red. M. Lemonnier, H. Nowak, Warszawa 2019, s. 10.

<sup>46</sup> A. Panasiuk, *Cele zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2007, nr 2; E. Przeszło, *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013, s. 23.

<sup>47</sup> P. Nowicki, *Aksjologia Prawa zamówień publicznych...*, s. 285.

<sup>48</sup> Według Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przybliżona wartość rynku zamówień publicznych, uwzględniająca również zamówienia udzielane na podstawie wyłączeń z obowiązku stosowania ustawy Pzp, wyniosła łącznie ok. 698,3 mld zł w 2022 r., 297,8 mld zł w 2021 r.: *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r.*, Warszawa 2023, s. 19; <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2022-rok-przyjete-przez-rade-ministrow> (dostęp 19.12.2023); w roku 2020 wyniosła łącznie ok. 281,0 mld zł, w 2019 r. było to ok. 289,8 mld; w 2018 r. – 202,1 mld zł, a w 2017 r. – 163,2 mld zł (*Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r.*, Warszawa 2021, s. 27; [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0009/51030/Sprawozdanie-Prezesa-Urzedu-](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0009/51030/Sprawozdanie-Prezesa-Urzedu-)

racjonalny i efektywny, a stworzenie systemu reguł pozwalających na weryfikację zasadności wydatków publicznych to cel, który winien przyświecać każdej władzy<sup>49</sup>. Jako instrument realizacji zadań państwa system zamówień publicznych podporządkowany jest sformalizowanym regułom i procedurom<sup>50</sup>.

Zamówieniom publicznym została przypisana kluczowa rola w realizacji unijnej strategii „Europa 2020”<sup>51</sup>, polegająca na uznaniu, że stanowią one jeden z instrumentów rynkowych prowadzący do osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego, który sprzyja włączeniu społecznemu, a jednocześnie gwarantuje najbardziej efektywne wykorzystanie środków publicznych. W konsekwencji normy prawa zamówień publicznych zostały wykorzystane do realizacji różnych polityk unijnych, tzw. „polityk horyzontalnych”, w szczególności związanych z promowaniem innowacji, z ochroną środowiska naturalnego i ekologią oraz problemami społecznymi<sup>52</sup>. Kwestie te określane są mianem „strategicznych zamówień publicznych” lub „zrównoważonych zamówień publicznych”<sup>53</sup>.

W nauce wskazuje się, że prawidłowe funkcjonowanie systemu zamówień publicznych możliwe jest jedynie w gospodarce wolnorynkowej, opartej na zasadzie

---

Zamowien-Publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2020-r.pdf [dostęp 23.07.2022], *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.*, Warszawa 2018), co stanowi ok. 8,93% PKB brutto w 2022 r., ok. 7,04% PKB w 2021 r., *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021*, Warszawa 2022, s. 17, <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2021-rok-przyjete-przez-rade-ministrow> (dostęp: 19.12.2023); ok. 7,90% PKB w 2020 r., ok. 8,75% w 2019 r.: *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020*, Warszawa 2021, s. 26 [https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0009/51030/Sprawozdanie-Prezesa-Urzedu-Zamowien-Publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2020-r.pdf](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0009/51030/Sprawozdanie-Prezesa-Urzedu-Zamowien-Publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2020-r.pdf) (dostęp 19.12.2023); ok. 9,55% PKB w roku 2018: *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.*, Warszawa 2019, s. 28, [https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0020/41555/Sprawozdanie-UZP-za-2018.pdf](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/41555/Sprawozdanie-UZP-za-2018.pdf) (dostęp 19.12.2023); ok. 8,23% PKB w 2017 r., 5,8% PKB w 2016 r. Przybliżona wartość rynku zamówień publicznych, uwzględniająca również zamówienia udzielane bez stosowania procedur, wyniosła 234,6 mld zł w 2017 r. (174,3 mld zł w 2016 r.); *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych*, Sejm VIII kadencji, druk nr 3624, s. 2; P. Szustakiewicz, *Wybrane zagadnienia ustawy – Prawo zamówień publicznych*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 6, s. 133; M. Kania, *Rola zamówień publicznych w tzw. Zielonej transformacji*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 53, s. 271–272.

<sup>49</sup> A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej...*, s. 28.

<sup>50</sup> P. Kubik, E. Frymak, *Procedury przetargowe w obrocie...*, s. 12.

<sup>51</sup> Komunikat Komisji Europejskiej, *Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu*, Bruksela 3.03.2010, KOM (2010) wersja ostateczna.

<sup>52</sup> P. Nowicki, *Aksjologia Prawa zamówień publicznych...*, s. 25.

<sup>53</sup> M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk (red.), *Modernizacja Zamówień Publicznych, Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, Warszawa 2017, s. 7; B. Neamtu, D.C. Dragos, *Sustainable Public Procurement...*; P. Nowicki, *Aksjologia Prawa zamówień publicznych...*, s. 25.

wolności gospodarczej oraz zasadzie równości. Przestrzeganie tych zasad prowadzi do konkurencji opartej o mechanizmy rynkowe<sup>54</sup>.

Jednakże aktywność państwa w kształtowaniu obrotu gospodarczego nie stanowi naruszenia wolnego rynku. Selektywna reglamentacja gospodarki w niektórych sektorach prowadzi do niezaprzeczalnych korzyści lub wręcz jest niezbędna do stworzenia gwarancji bezpiecznego obrotu gospodarczego, zapewnienia odpowiedniej infrastruktury oraz realizacji istotnych interesów publicznych, takich jak np. dbałość o ochronę środowiska naturalnego, funkcjonowanie systemu opieki zdrowotnej<sup>55</sup>, wspieranie badań naukowych, czy promocja zatrudnienia<sup>56</sup>.

### 1.2.1. Definicja zamówienia publicznego

Definicja zamówienia publicznego została zawarta w art. 7 pkt 32 ustawy prawo zamówień publicznych<sup>57</sup> i zasadniczo nie uległa zmianie w stosunku do definicji zawartej w ustawie o zamówieniach publicznych<sup>58</sup>. Ustawodawca określił, że przez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług.

---

<sup>54</sup> Zob. C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2005, s. 241–244; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, s. 84–95; H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski (red.), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2009, s. 59–65; A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994; C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 5–399; A. Powalowski (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej*, Warszawa 2009, s. 5–464 i n.; H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015; E. Przeszło, *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013 s. 23–26; A. Powalowski (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej*, s. 360–366; A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej...*, Warszawa 2018, s. 25–26.

<sup>55</sup> W.P. Matysiak, W.J. Katner, *Warunki prawne uczestnictwa państwa w gospodarce III Rzeczypospolitej [w:] Skarb Państwa a działalność gospodarcza*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, s. 80.

<sup>56</sup> C. Banasiński, *Prawo administracyjne gospodarcze [w:] Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2011, s. 20; T. Filipowicz, *Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych*, Warszawa 2015, s. 291.

<sup>57</sup> Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1710).

<sup>58</sup> Zgodnie z ustawą z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., art. 2 pkt 13). Ilekroć w ustawie jest mowa o zamówieniach publicznych – należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane; zgodnie z ustawą z 10 czerwca 1994 o zamówieniach publicznych (Dz.U. 1994 nr 76, poz. 344, art. 2 pkt 4). Ilekroć w ustawie jest mowa o zamówieniach publicznych nazywanych dalej także „zamówieniami” – należy przez to rozumieć zamówienie publiczne jako zamówienia na roboty budowlane, dostawy oraz wykonywanie usług, opłacane ze środków publicznych w całości lub w części.



W doktrynie występują różne podejścia do definicji zamówień publicznych. Według Józefa Andrzeja Laskowskiego ustawa regulująca zamówienia publiczne jako narzędzie racjonalizacji wydatków publicznych ma niekompletny charakter<sup>59</sup>. Poprzez wprowadzenie w życie ustawy regulującej udzielania zamówień publicznych nie nastąpiło wystarczające zagwarantowanie poprawnego wydatkowania środków publicznych. Sama regulacja ustawowa nie jest w stanie doprowadzić do racjonalizacji działań dysponentów środków publicznych, a jedynie może umożliwić i sprzyjać prawidłowemu gospodarowaniu pieniędzmi publicznymi<sup>60</sup>.

Odmienne przekonuje Henryk Zalewski, wskazując, że system zamówień publicznych stanowi zespół reguł postępowania, które są przemyślane, przygotowane i dokładnie opisane. Zostały one opracowane przez ekspertów, znawców problemów rynkowych, tworząc narzędzia rynkowe<sup>61</sup>.

Według Michała Wielońskiego pojęcie zamówień publicznych sensu largo to „proces wydatkowania środków publicznych, prawnie uregulowany ze względu na interes publiczny, składający się z czynności prowadzących do zawarcia umowy i jej realizacji, dokonywanych w celu nabycia określonych dóbr oraz zaspokajający przede wszystkim interes publiczny”<sup>62</sup>. Autor podkreśla, że pojęcie zamówień publicznych sensu stricto – czyli jedynie w odniesieniu do legalnych definicji – uniemożliwia pełne ukazanie związku zamówień z interesem publicznym ani nie pozwala na oddanie złożoności zjawiska, jakim są zamówienia publiczne<sup>63</sup>. Zdaniem autora sama umowa między zamawiającym a wykonawcą stanowi jedną z wielu czynności składających się na zamówienia publiczne<sup>64</sup>.

Inaczej zamówienie publiczne definiuje Marek Szydło – wskazuje, że zamówienie stanowi odpłatną umowę poddaną szczególnemu reżimowi prawnemu, jaką publiczny nabywca lub ewentualnie nabywca prywatny (poddany reżimowi zamówień publicznych), nazywany zamawiającym lub instytucją zamawiającą, zawiera z wykonawcą dla zaspokojenia popytu na określone pożądane przez siebie dobro –

---

<sup>59</sup> J.A. Laskowski, *Ekonomiczne aspekty zamówień publicznych*, „Zamówienia publiczne. Doradca” 2000, nr 6, s. 17.

<sup>60</sup> *Ibidem*; M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 42.

<sup>61</sup> H. Zalewski, *Prawo zamówień publicznych w polskim systemie zamówień publicznych*, Gdańsk–Bydgoszcz 2005, s. 40; M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego...*, s. 42.

<sup>62</sup> *Ibidem*, s. 32.

<sup>63</sup> *Ibidem*, s. 31.

<sup>64</sup> M. Wieloński, *Europejskie prawo zamówień publicznych jako narzędzie polityki społeczno-gospodarczej Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 77.

stanowiące świadczenie wykonawcy, prowadzące do zaspokojenia konkretnych potrzeb zamawiającego i przynoszące mu bezpośrednie gospodarcze korzyści<sup>65</sup>. Zazwyczaj są to potrzeby i korzyści o charakterze publicznym. Autor podkreśla dynamiczny charakter zamówień publicznych<sup>66</sup> polegający na występujących po sobie fazach: przygotowania, udzielenia i wykonywania. Podobnie zamówienie publiczne definiuje Tadeusz Grzeszczyk, wskazując, iż zamówienia publiczne to planowe i zorganizowane działania prawne, organizacyjne, ekonomiczne i społeczne, służące udzielaniu zamówień, zawieraniu umów, ich realizacji oraz rozliczaniu<sup>67</sup>. Autor twierdzi, że zamówienia publiczne stanowią skuteczny instrument polityki rozwojowej państwa, tj. polityki finansowej, inwestycyjnej, zatrudnienia, kształcenia, itp. Uważa, że posługiwanie się zamówieniami publicznymi wymaga strategicznego myślenia, określając je polityką zamówień publicznych<sup>68</sup>. Z kolei Andrzej Panasiuk opisuje zamówienia publiczne jako system sformalizowanych czynności podmiotów publicznych i niepublicznych w procesie realizacji zadań publicznych na rzecz społeczeństwa, w szczególności procedur wydatkowania przez nie środków finansowych<sup>69</sup>.

Leon Kieres podkreśla ekonomiczne i prawne aspekty zamówień publicznych, które przedstawia jako organizacyjną formę dysponowania funduszami publicznymi przez zamawiających w celu uzyskania określonego efektu gospodarczego w warunkach konkurencji między podmiotami, które mogą uzyskać prawo do wykonania usług, dostaw i robót budowlanych, finansowanych ze środków publicznych<sup>70</sup>. Szersze spojrzenie na temat przedstawia Henryk Nowicki, wskazując, że zamówienia publiczne jako umowy należy rozpatrywać w kontekście systemowym<sup>71</sup>. System zamówień publicznych odnosi do systemu umów, którym należy objąć, obok umów zawieranych w trybach ustawy prawo zamówień publicznych, również te zawierane w ramach partnerstwa publiczno-

---

<sup>65</sup> Zob. M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. XIX; A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej...*, s. 27.

<sup>66</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia...*, s. XIX; A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej...*, s. 27.

<sup>67</sup> T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – zarys systemu*, Warszawa 1995, s. 28; A. Banaszewska *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej...*, s. 27.

<sup>68</sup> T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych...*, s. 17.

<sup>69</sup> Zob. A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 13–14; A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej...*, s. 28.

<sup>70</sup> L. Kieres [w:] M. Guziński (red.), *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, Wrocław 2012, s. 12; A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej...*, s. 27.

<sup>71</sup> Zob. W. Lang, *Teoria prawa*, Toruń 1972; zob. K. Opałek, *Problemy metodologiczne nauki prawa*, Warszawa 1962, s. 159.

prywatnego<sup>72</sup> oraz umowy koncesji<sup>73</sup>. Według Przemysława Szustakiewicza zamówienia publiczne są procedurą, zgodnie z którą podmioty zobowiązane do stosowania prawa zamówień publicznych wyłaniają wykonawcę w celu zawarcia cywilnoprawnej umowy, której przedmiotem jest realizacja zamówienia publicznego. Jako procedurę autor wskazuje pewien zespół prawnie określonych czynności wykonywanych przez zamawiających. Czynności te nie mogą być dowolne czy przypadkowe, chyba że jest to dopuszczone przepisami prawa. Ich celem jest doprowadzenie do zawarcia cywilnoprawnej umowy<sup>74</sup>.

Podsumowując powyższe stanowiska przedstawicieli doktryny, można wyprowadzić jedną definicję zamówienia publicznego i procesu udzielania zamówień, określającą, że zamówienie publiczne to umowa zawarta pomiędzy podmiotem zazwyczaj publicznym udzielającym zamówienia i podmiotem realizującym to zamówienie, wykonująca cel publiczny. Natomiast proces udzielania zamówień publicznych to wysoko sformalizowana i podlegająca szczegółowemu reżimowi prawnemu procedura wyboru podmiotu, któremu zamówienie publiczne zostanie powierzone.

Powyższe prowadzi zatem do następujących wniosków, istotnych z punktu widzenia tematu niniejszej pracy: po pierwsze, zamówienie publiczne musi realizować interes publiczny. Po drugie – podmiot, realizujący to zamówienie, musi zostać poddany sformalizowanej procedurze wyboru, pozwalającej na pozytywną ocenę jego rzetelności, wiarygodności i uczciwości. Po trzecie, zamówienie publiczne może zostać udzielone jedynie podmiotowi uznanemu w wyniku przeprowadzonej procedury oceny za zdolnego do wykonania zamówienia jako wiarygodnego, rzetelnego i uczciwego, którego udział w postępowaniu nie narazi zamawiającego na ryzyko nienależytego wykonania umowy, i którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą w oparciu o przepisy i zasady udzielania zamówień publicznych. Nie każdy bowiem podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, może je realizować.

---

<sup>72</sup> M. Kania, *Modyfikacja umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w świetle modelowych rozwiązań regulacji prawnej dotyczącej współpracy publiczno-prywatnej* [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 367–377; K. Solecka, *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym i umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi jako szczególne formy umów o zamówienia publiczne a koncepcja umowy publicznoprawnej w Polsce – przyczynek do dyskusji* [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 391–402.

<sup>73</sup> H. Nowicki, P. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 17–19.

<sup>74</sup> P. Szustakiewicz, *Kontrola zamówień publicznych. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2011, s. 5–6.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyznaczenie kręgu podmiotów, które mogą ubiegać się o zamówienie publiczne jako podmiotów rzetelnych, wiarygodnych i uczciwych, i ocena, który wykonawca i w oparciu o jakie przesłanki podlega wykluczeniu z postępowania. A w konsekwencji wybór wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne.

Jednym z narzędzi oceny solidności, wiarygodności i uczciwości wykonawcy, jest instytucja self-cleaning. Umożliwia ona wykonawcy, wobec którego zaistniały przesłanki wykluczenia z postępowania, podjęcie odpowiednich działań naprawczych i prewencyjnych, wykazujących jego rzetelność. Termin rzetelność – posługuje się nim ustawodawca – należałoby postrzegać w kategorii szeroko rozumianej uczciwości wykonawcy, wobec obowiązujących norm prawnych, oraz jako przedsiębiorcy i pracodawcy<sup>75</sup>. Proces oceniania wykonawcy jako podlegającego wykluczeniu z postępowania wymaga więc analizy pod kątem spełnienia przesłanek wykluczenia oraz podjętych działań w ramach self-cleaning.

Odstąpienie od wykluczenia bądź wykluczenie wykonawcy z postępowania uzasadnione jest zawsze realizacją celów, funkcji i zasad, które przyświecają zamówieniom publicznym.

### 1.2.2. Cele zamówień publicznych

Zdefiniowanie celu zamówień publicznych można sprowadzić do próby odpowiedzi na pytanie, które zadał prof. Steven L. Schooner – co rząd ma nadzieję osiągnąć poprzez swoje prawo zamówień<sup>76</sup>. Określenie celów, jakie mają być realizowane przez zamówienia publiczne, prowadzi do wskazania wartości osadzonych w prawie<sup>77</sup>, które państwo poprzez regulacje prawne chce promować, chronić, gwarantować lub egzekwować<sup>78</sup>. Bez uświadomienia sobie tych wartości nie można tworzyć prawa ani też należycie go stosować, jak i badać. Idea prawa zakłada, że urzeczywistnia ono wartości

---

<sup>75</sup> P. Nowicki, *Aksjologia Prawa zamówień publicznych...*, s. 200–201.

<sup>76</sup> S.L. Schooner, *Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law*, “Public Procurement Law Review” 2002, vol. 11, no. 2, s. 103; P. Nowicki, *Aksjologia Prawa zamówień publicznych...*, s. 13.

<sup>77</sup> *Ibidem*; zob. M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 1–2; H. Nowicki, *Cele systemu zamówień publicznych [w:] Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych w Polsce*, red. T. Kocowski, J. Gola, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497, s. 56.

<sup>78</sup> P. Nowicki, *Aksjologia Prawa zamówień publicznych...*, s. 13; A. Atienza, J.R. Manero, *A Theory of Legal Sentences*, New York 1998, s. 114.

wykraczające poza elementy samego porządku, tzn. takie, które dochodzą do głosu w zakresie, w jakim pozwala na to materiał zawarty w uwarunkowaniach rzeczywistości społecznej<sup>79</sup>. Idea prawa, jako idea wartości, zawiera zobowiązanie wiążące stanowiących i stosujących prawo<sup>80</sup>. Wartości znajdujące wyraz w prawie stanowią jego istotę<sup>81</sup>.

Jasno i przejrzystość sformułowane cele pozwalają zweryfikować prawidłowość funkcjonowania systemu, określić w nim luki i podjąć działania naprawcze zmierzające do ich usunięcia<sup>82</sup>.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że podstawowym celem, dla którego wprowadzono regulacje prawne w zakresie zamówień publicznych, jest stworzenie przejrzystych warunków i zasad, zgodnie z którymi mają być wydatkowane środki publiczne<sup>83</sup>. Zadaniem tych regulacji jest doprowadzenie do racjonalizacji wydatków dokonywanych przez dysponentów środków publicznych<sup>84</sup> rozumianej jako postulat uzyskania najlepszych efektów z zaangażowanych nakładów<sup>85</sup>. Przykładem narzędzia służącego racjonalizacji wydatków publicznych jest instytucja self-cleaning. Używając jej, zamawiający weryfikuje działania naprawcze i prewencyjne wykonawcy. Dokonuje również jego oceny pod kątem rzetelności, wiarygodności i uczciwości, tym samym zapewniając ochronę interesu publicznego.

Obecny trend w zakresie funkcji i celów zamówień publicznych zakłada, że poza powyższymi celami zamówienia publiczne powinny przede wszystkim stymulować rozwój w triadzie: innowacje, środowisko, cele społeczne. Podobne stanowisko prezentuje również Paweł Nowicki, wskazując, że współczesne zamówienia publiczne stanowią nie tylko instrument zakupowy, ale również są skutecznym narzędziem polityki

---

<sup>79</sup> A. Kość, *Znaczenie idei prawa dla tworzenia dobrego prawa*, Lublin 2003, s. 7; H. Izdebski, *Elementy teorii i filozofii prawa*, wyd. 1, Warszawa 2008, s. 20.

<sup>80</sup> A. Kość, *Znaczenie idei prawa...*, s. 7; por. J. Potrzeuszcz, *Idea prawa w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Lublin 2007; H. Izdebski, *Elementy teorii i filozofii prawa*, s. 248–249.

<sup>81</sup> *Ibidem*, s. 257.

<sup>82</sup> J. Sadowy, *Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat w świetle sprawozdań Prezesa Urzędu [w:] XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce. Ogólnopolska konferencja naukowa 22–23.06.2009 r. w Toruniu*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń–Warszawa 2009, s. 170.

<sup>83</sup> P. Kubik, E. Frymak, *Procedury przetargowe w obrocie...*, s.12.

<sup>84</sup> Zob. H. Nowicki, *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych [w:] System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 22; M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia...*, s. 2; J. Sadowy, *Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja...*, s. 171; A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej...*, s. 31.

<sup>85</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 287; A. Panasiuk, A. Rybak, *Zasada VfM w polskim systemie zamówień publicznych*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2017, nr 19(1), s. 28; M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia...*, s. 3–4.

społeczno-gospodarczej, poprzez które państwo realizuje pożądane wartości, niekoniecznie bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia<sup>86</sup>.

Jednakże bez względu na to, kiedy dane regulacje były ustanowione oraz społeczno-polityczne uwarunkowania w jakich obowiązywały, zamówienia publiczne zawsze miały na celu ochronę interesu publicznego<sup>87</sup>. Jak zauważa Marek Szydło celem prawa zamówień publicznych jest osiągnięcie dzięki przepisom prawa konkretnych pozytywnych następstw w szerzej rozumianej sferze gospodarczej – ogólnogospodarczych, wychodzących poza efektywność ekonomiczną zakupów, a także osiągnięcie wymiernych korzyści w sferze społecznej oraz ekologicznej<sup>88</sup>.

### 1.2.3. Ewolucja celów w zamówieniach publicznych

Proces tworzenia mechanizmów systemowych regulujących wydatkowanie środków publicznych rozpoczął się w Polsce 1 stycznia 1995 r. wraz z wejściem w życie ustawy o zamówieniach publicznych w 1994 r.<sup>89</sup>, choć odpowiednie regulacje obowiązywały również w okresie międzywojennym<sup>90</sup>. Od momentu wprowadzenia ustawy, ulegała ona ciągłym zmianom. Twórcom tego aktu prawnego przyświecały takie cele, jak: wprowadzenie jednolitych procedur dokonywania zakupów, tj. robót budowlanych, dostaw i usług przez podmioty publiczne, które mają sprzyjać oszczędnemu i efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych; przeciwdziałanie korupcji poprzez nałożenie obowiązku udzielania zamówień według przejrzystych, obiektywnych, jednakowych dla wszystkich reguł postępowania; stworzenie instrumentu kontroli zamawiających przez wykonawców poprzez wprowadzenie możliwości protestów i odwołań, jako mechanizmów zapewniających równe szanse w dostępie do rynku zamówień publicznych w Polsce – przy zachowaniu niezbędnych preferencji dla podmiotów krajowych w okresie przed wejściem do Unii Europejskiej<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> P. Nowicki, *Aksjologia Prawa zamówień publicznych...*, s. 32.

<sup>87</sup> E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 12.

<sup>88</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia...*, s. 2; A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej...*, s. 32.

<sup>89</sup> Ustawa z dnia 10.06.1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst pierwotny Dz.U. z 1994 r., nr 76, poz. 344 ze zm. tekst jedn.; Dz.U. z 2002 r., nr 72, poz. 664 ze zm.).

<sup>90</sup> R. Antonów, *Ewolucja zamówień publicznych w Polsce* [w:] *Zamówienia publiczne*, red. P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid, Warszawa 2021, s. 28–31.

<sup>91</sup> *Sprawozdanie Prezesa Urzędu z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 1996 r.*, Warszawa 1997, s. 4, [https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf\\_file/0021/21981/Sprawozdanie\\_1996\\_z\\_zal.pdf](https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0021/21981/Sprawozdanie_1996_z_zal.pdf) (dostęp 31.01.2023).

Konieczność dostosowania regulacji zamówień publicznych do norm Unii Europejskiej, potrzeba stworzenia bardziej przejrzystego, spójnego i precyzyjnego aktu prawnego oraz realizacja zadań zawartych w Strategii Antykorupcyjnej<sup>92</sup> stały się podstawą do uchwalenia ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>93</sup>. Szczególny nacisk został położony na zapewnienie funkcjonowania mechanizmów ograniczających zjawiska korupcyjne. Wśród nich można wyróżnić zapewnienie spójnej, kompleksowej regulacji dotyczącej zamówień publicznych, uwzględniającej zróżnicowane mechanizmy udzielania zamówień – uzależnione od wartości zamówienia – oraz pełne dostosowanie polskiego prawa regulującego zamówienia publiczne do wymogów Unii Europejskiej. Wskazać należy również na rozszerzenie i umocnienie istniejących w systemie prawa mechanizmów ograniczających zjawiska korupcyjne, czyli likwidację zbędnych obciążeń biurokratycznych oraz wprowadzenie rozwiązań dla przedsiębiorców ułatwiających dostęp do rynku zamówień<sup>94</sup>. Nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r.<sup>95</sup> do ustawy została wprowadzona instytucja self-cleaning, jako instytucja sanacyjna, umożliwiająca wykonawcy podlegającemu wykluczeniu przedstawienie dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności<sup>96</sup>.

Powyższe wskazuje na trzy zasadnicze cele, które przyświecały funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych, tj.: zapewnienie niedyskryminującego dostępu wykonawców do ubiegania się o zamówienie publiczne, oszczędne i efektywne wydatkowanie środków oraz przeciwdziałanie korupcji<sup>97</sup>.

Wdrożenie do polskiego porządku prawnego dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE (tzw. dyrektywa klasyczna) oraz 2014/25/UE (tzw. dyrektywa sektorowa) spowodowało konieczność realizacji przez system zamówień publicznych nowych pozaekonomicznych celów stymulujących rozwój, takich jak integracja

---

<sup>92</sup> Zob. *III Sprawozdanie z realizacji Programu zwalczania korupcji – Strategia Antykorupcyjna* [www.antykorupcja.gov.pl](http://www.antykorupcja.gov.pl) (dostęp 01.08.2022).

<sup>93</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst pierwotny Dz.U. z 2004 r., nr 19, poz. 177 ze zm.).

<sup>94</sup> Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, IV kadencja, druk sejmowy nr 2218, s. 1, [https://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/0/4723123322644EA9C1256DEA002D9548/\\$file/2218-x.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/0/4723123322644EA9C1256DEA002D9548/$file/2218-x.pdf) (dostęp 23.08.2022); J. Sadowy, *Cele systemu...*, s. 171.

<sup>95</sup> Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020).

<sup>96</sup> Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, VIII kadencja, druk sejmowy nr 366, s. 24, <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=366> (dostęp: 23.08.2022).

<sup>97</sup> Więcej: H. Nowicki, J. Sadowy (red.), *XV-lecie systemu zamówień publicznych...*, s. 172–175; H. Niedziela (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych, Podręcznik*, Warszawa 2011, s. 18–19.

społeczna, ochrona środowiska czy wspieranie innowacyjności, tzw. celów strategicznych<sup>98</sup>. Zamówienia publiczne poprzez swój potencjał w postaci zasobów finansowych<sup>99</sup>, wynoszących ok. 300 miliardów złotych rocznie<sup>100</sup> będących w dyspozycji podmiotów publicznych oraz realizacji potrzeb publicznych, są narzędziem w kreowaniu rozwiązań społeczno-gospodarczych. Wywierają również istotny wpływ na konkurencyjność gospodarki<sup>101</sup>. Odpowiednie wykorzystanie narzędzi wynikających z procedur i mechanizmów zamówień publicznych prowadzi nie tylko do realizacji zadań publicznych, ale również oddziałuje na rozwój podmiotów uczestniczących w zamówieniach publicznych, w szczególności małych i średnich przedsiębiorstw<sup>102</sup>.

Realizacja celu publicznego ma polegać na położeniu nacisku przy wyborze oferty najkorzystniejszej nie tylko na cenę lub koszt, ale także inne aspekty np. społeczne, co ma prowadzić do ograniczenia stosowania kryterium najniższej ceny i upowszechnienia kryteriów pozacenowych. Integracja społeczna jako najistotniejsza miała być realizowana m.in. poprzez promowanie zatrudnienia osób defaworyzowanych przez obniżenie warunku poziomu zatrudniania tych osób z 50% do 30%.

Prawo zamówień publicznych stworzyło możliwości brania pod uwagę aspektów społecznych, środowiskowych i innowacyjnych w ramach kryteriów oceny ofert, wskazując przykładowo na aspekty społeczne, w tym integrację zawodową i społeczną osób defaworyzowanych, dostępność dla osób niepełnosprawnych, uwzględnianie potrzeb użytkowników, zaangażowanie, aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczną przedmiotu zamówienia, innowacyjność. Dzięki temu cel społeczny ma zostać osiągnięty poprzez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który zagwarantuje zatrudnienie przy jego realizacji największej liczbie osób znajdujących się w niekorzystnej sytuacji – na przykład długotrwale bezrobotnych – czy poprzez wdrożenie działań szkoleniowych dla bezrobotnych lub ludzi młodych, w trakcie wykonania zamówienia. Cele społeczne osiąmane są również poprzez wprowadzenie obowiązku postawienia przez zamawiającego warunku zatrudnienia na podstawie

---

<sup>98</sup> <https://www.5pcommonplace.com/resources/2> (dostęp 30.06.2021).

<sup>99</sup> Zob. przypis 26.

<sup>100</sup> *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2020 r.*, Warszawa 2021, [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0009/51030/Sprawozdanie-Prezesa-Urzedu-Zamowien-Publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2020-r.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0009/51030/Sprawozdanie-Prezesa-Urzedu-Zamowien-Publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2020-r.pdf) (dostęp 23.07.2022.); *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.*, Warszawa 2018, [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0023/41558/Sprawozdanie-Urzedu-Zamowien-Publicznych-za-2017-r.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0023/41558/Sprawozdanie-Urzedu-Zamowien-Publicznych-za-2017-r.pdf) (dostęp 23.08.2022).

<sup>101</sup> R. Antonów, *Ewolucja zamówień publicznych...*, s. 28–31.

<sup>102</sup> *Ibidem*, s. 46.



umowy o pracę w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane w sytuacji, gdy spełnione są kryteria stosunku pracy określone w art. 22 § 1 Kodeksu pracy<sup>103</sup>.

Istotną zmianą o charakterze społecznym jest wprowadzenie jako kryterium oceny ofert czynników<sup>104</sup> odwołujących się do właściwości wykonawców. Jednakże zastosowanie tego kryterium dotyczy jedynie oceny zespołu wyznaczonego do realizacji zamówienia, a nie wykonawcy.

Realizacja celu środowiskowego polega m.in. na promowaniu przyjaznych dla środowiska sposobów produkcji. To również cały proces natury faktycznej i prawnej odnoszący się do tzw. „zielonych zamówień publicznych”<sup>105</sup>. Istota ich polega na oparciu się zamawiającego w procesie nabywania produktów i usług o wymogi i kryteria ekologiczne. Jednocześnie poszukuje on rozwiązań, które ograniczają negatywny wpływ na środowisko, w ramach całego cyklu życia produktów<sup>106</sup>. Realizacja celu środowiskowego to również problematyka tzw. „zielonej transformacji”, stawiającej przed sektorem publicznym wyzwania związane z tzw. transformacją ekologiczną. Priorytetem jest tu wprowadzanie szerokich działań budujących neutralność klimatyczną Unii Europejskiej do roku 2050<sup>107</sup>. W przedmiotowym zakresie istotną rolę stanowią zamówienia publiczne, których potencjał przekłada się na znaczną liczbę podmiotów publicznych zobowiązanych do wydatkowania środków publicznych w reżimie prawa zamówień publicznych, jak i ilość środków finansowych, wydatkowanych na cele publiczne.

Aspekty środowiskowe mogą być promowane przez instytucje publiczne niezależnie od etapu zamówienia publicznego, zarówno na etapie procedury o udzielenie

---

<sup>103</sup> Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1510); M. Stręciwilk, M. Olejarz, *Zrównoważone Zamówienia publiczne. Aspekty społeczne i środowiskowe w procedurze udzielania zamówienia w świetle nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2017.

<sup>104</sup> Do czynników tych należą: organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

<sup>105</sup> Definicja „zielonych zamówień publicznych” zawarta jest w Komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów z dnia 16 lipca 2008 r. – Zamówienia publiczne na rzecz poprawy stanu środowiska, COM (2008) 400.

<sup>106</sup> Zgod. z art. 2 ust. 1a Ustawy Pzp przez cykl życia produktu należy rozumieć wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcję, transport, używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, logistykę, szkolenie, zużycie, wyburzenie, wycofanie i usuwanie; T. Filipowicz, *Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych*, Warszawa 2015, s. 292.

<sup>107</sup> [https://ec.europa.eu/clima/eu-action/climate-strategies-targets/2050-long-term-strategy\\_pl](https://ec.europa.eu/clima/eu-action/climate-strategies-targets/2050-long-term-strategy_pl) (dostęp 23.08.2022).

zamówienia, jak i jego realizacji – w zależności od wiedzy i kompetencji zamawiających, przepisów oraz zachęt do promowania wartości proekologicznych<sup>108</sup>.

W ramach polityki innowacyjności podjęto działania obejmujące zamówienia dotyczące technologii informatycznych, rozwiązań elektronicznych mających wpływ na kształtowanie w gospodarce trendów produkcyjnych i konsumpcyjnych<sup>109</sup>. Cele polityki innowacyjnej to przede wszystkim działania związane z rozwojem nowoczesnych technologii – internetu, automatyzacji, sieci 5G, koncepcji „Smart City”<sup>110</sup>. To również zapewnienie kompleksowego podejścia do zamówień publicznych, wykorzystywanych dla tworzenia infrastruktury publicznej. Przekłada się to zarówno na interes zamawiających, jak i bezpośrednich uczestników życia publicznego i społecznego, co niewątpliwie stanowi interes publiczny. Świat podlega dynamicznym procesom rozwoju, zmienia się. Ewolują również technologie, dlatego w interesie publicznym jest podążanie za tymi zmianami, aby w jak najlepszy sposób służyć społeczeństwu i zapewnić spełnianie potrzeb społecznych. W tym kontekście interes publiczny będzie rozumiany jako wiedza – na temat tego, co dzieje się w świecie nowoczesnych technologii – wykorzystywana w jak najlepszy sposób i wdrażana w życie, by ogół w jak największym stopniu mógł korzystać z jej dobrodziejstwa<sup>111</sup>.

Od 1 stycznia 2021 r. obowiązuje Ustawa z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych<sup>112</sup>. Stała się ona odpowiedzią na potrzebę wprowadzenia kompleksowej i spójnej regulacji prawnej uwzględniającej zmiany dokonane na skutek transpozycji dyrektyw unijnych<sup>113</sup>. Wprowadziła nowe rozwiązania prawne oparte na maksymalnej

---

<sup>108</sup> Więcej: M. Kania, *Rola zamówień publicznych w tzw. „Zielonej transformacji”*, „Studia Prawnoustrojowe” 2001, nr 53, s. 271–285, <https://doi.org/10.31648/sp.6628> (dostęp 31.01.2023).

<sup>109</sup> T. Filipowicz, *Zasada równego traktowania...*, s. 293; A. Panasiuk, Z. Kłoda, *Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom*, Warszawa 2010, s. 7; S. Sawin, W. Bereszko, *Innowacyjne i przedkomercyjne zamówienia publiczne*, Warszawa 2012, s. 21–62.

<sup>110</sup> Więcej: M. Kania, *Rola zamówień publicznych w tzw. „Cyfrowej transformacji”*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego/Business Law Journal” 2021, nr 9, s. 18–26.

<sup>111</sup> <https://www.5pcommonplace.com/resources/2> (dostęp 30.06.2021).

<sup>112</sup> Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019).

<sup>113</sup> Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych; dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych; dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji; dyrektywa 2009/81/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (dyrektywa obronna); dyrektywa 89/665/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (klasyczna dyrektywa odwoławcza); dyrektywa 92/13/EWG koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (sektorowa dyrektywa odwoławcza). Por. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień

efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień oraz uwzględniające rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa. Uwzględniła potrzebę wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw a także innowacyjnych, nowoczesnych produktów i usług<sup>114</sup>. Wprowadzone regulacje prawne mają wpływ nie tylko na kształtowanie polityki gospodarczej i społecznej państwa – świadczą o dążeniu ustawodawcy do dostosowania prawa do innowacyjnej oferty na rynku towarów i usług. Jako narzędzie sprzyjające dostępności zamówień publicznych oraz ułatwiające procedury wskazano na cyberprzestrzeń i komunikację elektroniczną. Narzędzie to okazało się szczególnie istotne w związku z zagrożeniami współczesnego świata. (Przykładem jest stan pandemii spowodowanej wirusem SARS-CoV-2<sup>115</sup>). Kolejnym instrumentem umożliwiającym realizację celu innowacyjnego jest wprowadzenie nowego trybu udzielenia zamówienia publicznego, jakim jest partnerstwo innowacyjne<sup>116</sup>, przeznaczonego do nabywania produktów i usług, które nie są jeszcze dostępne na rynku.

W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazano, że akt ten jest odpowiedzią na wyzwanie postawione w Strategii na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju<sup>117</sup>, gdzie zamówienia publiczne są jednym z obszarów, których usprawnienie może przyczynić się do zapewnienia stałego wzrostu gospodarczego kraju – przez prowadzenie zrównoważonej polityki gospodarczej sprzyjającej zapobieganiu wykluczeniu społecznemu i gospodarczemu<sup>118</sup>.

W tym kontekście, w nawiązaniu do kształtowania wymagań odnoszących się do wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, nie sposób pominąć roli, jaką pełni instytucja self-cleaning dla wzmocnienia celów gospodarczych. Kryteria takie odnoszą się do sposobów i narzędzi umożliwiających wykonawcom, wobec których zaistniały przesłanki wykluczenia, przywrócenie im możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne.

Regulacja dotycząca self-cleaning została doprecyzowana poprzez wprowadzenie cezury czasowej dotyczącej możliwości wykluczenia (zgodnie z obowiązującymi

---

publicznych, VIII kadencja, druk sejmowy nr 3624, s. 4; R. Antonów, *Ewolucja zamówień publicznych...*, s. 50.

<sup>114</sup> Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejmowy nr 3624, s. 1.

<sup>115</sup> Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 20.03.2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. poz. 491 ze zm.); R. Antonów, *Ewolucja zamówień publicznych...*, s. 51.

<sup>116</sup> Art. 129 ust. 1 pkt 5) Ustawy Pzp.

<sup>117</sup> Uchwała nr 157 Rady Ministrów z dnia 25 września 2012 r. w sprawie przyjęcia strategii rozwoju kraju 2020 (M.P. z 2017 r. poz. 2600).

<sup>118</sup> Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk sejmowy nr 3624, s. 1.

dyrektywami regulującymi tę kwestię). Uwzględniając wskazówki zawarte w motywie 102 dyrektywy klasycznej, podane zostały przykładowe środki organizacyjne i kadrowe służące samooczyszczeniu, takie jak: zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, zreorganizowanie personelu, wdrożenie systemu sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, a także wprowadzenie wewnętrznych regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów<sup>119</sup>.

Zamówienia publiczne stanowią narzędzie kształtowania gospodarki państwa – w tym również realizacji celów społecznych, politycznych i strategicznych – służące wspieraniu ważnych gałęzi rynku. Procedura zawarta w ustawie przez odpowiednie kształtowanie wymagań może być najbardziej efektywnym wsparciem celów gospodarczych i rozwojowych oraz ważnych polityk społecznych i związanych z rynkiem pracy<sup>120</sup>.

#### 1.2.4. Funkcje zamówień publicznych

W doktrynie wskazuje się na wielość funkcji<sup>121</sup> prawa zamówień publicznych, przypisując im rolę prawidłowej organizacji procesu zamówień publicznych<sup>122</sup> w realizacji interesu publicznego<sup>123</sup>. W tym też kontekście za konieczną należy uznać analizę funkcji zamówień publicznych, w celu wykazania roli, jaką pełni instytucja self-cleaning w procesie udzielenia zamówienia publicznego.

---

<sup>119</sup> Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejmowy nr 3624, s. 38.

<sup>120</sup> *Ibidem*, s. 3.

<sup>121</sup> Według I. Boguckiej funkcję prawa należy postrzegać w kategorii celu albo w kategorii następstwa działania i jego skutków – zob. I. Bogucka, *Funkcje prawa. Analiza pojęcia*, Kraków 2000, s. 47 – lub jako zależność między cechami zjawisk zob. I. Bogucka, *Wyjaśnienie a funkcje prawa [w:] Struktura i Funkcje Teorii Państwa i Prawa, Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Teoretyków Państwa i Prawa, Karpacz 17–18 III 1989*, red. H. Rot, Wrocław 1989, s. 73–75; wg J. Wróblewskiego przejaw funkcję np. państwa należy rozumieć skutki działania władzy państwowej w stosunku do potrzeb społeczeństwa jako całości, zob. J. Wróblewski, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 4 roz., Łódź 1984, s. 176–177.

<sup>122</sup> T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – zarys systemu*, Warszawa 1995, s. 43.

<sup>123</sup> M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego...*, s. 41.

W literaturze przedmiotu jako podstawowe funkcje zamówień publicznych wyodrębnia się: porządkującą, przeciwdziałającą korupcji i defraudacji oraz pogłębiającą zaufanie obywateli do działalności finansowej organów państwa<sup>124</sup>.

Funkcja porządkująca ściśle związana jest z charakterem zamówień publicznych, polegającym na tym, że przepisy odnoszące się do nich są przepisami powszechnie obowiązującego prawa. W konsekwencji oznacza to, że podmioty zobowiązane do stosowania regulacji prawa zamówień publicznych nie mogą dokonywać wydatków publicznych z ich pominięciem. Sposób wydatkowania środków publicznych jest wyrażony poprzez tryby i procedury zamówień publicznych określone w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> P. Szustakiewicz, *Kontrola zamówień publicznych...*, s. 11–13; T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych...*, s. 44.

<sup>125</sup> Obwieszczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. 2021 r. poz. 1177); Obwieszczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 5 lipca 2021 r. w sprawie wykazu aktów prawnych wdrażających przepisy określone w załączniku II do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE; Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie wzoru planu postępowań o udzielenie zamówień (Dz.U. poz. 2362); Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. poz. 2458); Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. poz. 2452); Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. poz. 2434); Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 21 grudnia 2020 r. w sprawie informacji o złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertach przekazywanej Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych (Dz.U. poz. 2406); Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie zakresu informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach, jego wzoru, sposobu przekazywania oraz sposobu i trybu jego korygowania (Dz.U. poz. 2463); Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. poz. 2454); Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. poz. 2415); Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 23 listopada 2021 r. w sprawie metody kalkulacji kosztów cyklu życia budynków oraz sposobu przedstawiania informacji o tych kosztach (Dz.U. poz. 2276); Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U. poz. 2439); Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2020 r. w sprawie organów właściwych do występowania do Komisji Europejskiej z wnioskiem o stwierdzenie prowadzenia działalności na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony; Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. poz. 2453); rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

Przepisy precyzyjnie określają rodzaj działań podejmowanych przez zamawiających oraz określają ich kolejność. Reguły postępowania o udzielenie zamówienia są jednakowe, niezależnie od podmiotu udzielającego zamówienia np. administracja rządowa, samorządowa lub inny podmiot udzielający zamówienia publicznego. Skoro nie ma różnych reguł postępowania, to czynności podejmowane w postępowaniu – zwłaszcza przez zamawiających – są przewidywalne i stałe, niezależne od właściwości miejscowej czy rzeczowej zamawiającego. Każdy podmiot zobowiązany do stosowania prawa zamówień publicznych oraz podmiot ubiegający się o zamówienie publiczne ma obowiązek podporządkowania się obowiązującym regułom zamówień publicznych<sup>126</sup>.

Analiza funkcji porządkującej, określanej również jako instrukcyjna, regulacyjna<sup>127</sup> i ochronna<sup>128</sup> wykazuje, że cele, jakie realizuje są spójne z celami instytucji self-cleaning. Proces self-cleaning wykonawcy odbywa się według określonych reguł, których musi on przestrzegać, chcąc ubiegać się o zamówienia publiczne. Poprzez realizację funkcji porządkującej, wykonawca, który podjął odpowiednie kroki w ramach self-cleaning, uzyskuje zapewnienie, że zamawiający przy jego ocenie nie może nie wziąć ich pod uwagę. Natomiast weryfikacja działań wykonawcy nastąpi zgodnie z przepisami i zasadami udzielania zamówień publicznych. Prowadzi to do wzmocnieniem zaufania do państwa i jego organów, a także do budowania zaufania do instytucji państwowych i samorządowych. Funkcja ta chroni także interes wykonawców, którzy realizują proces self-cleaning, a także zapewnia możliwość kontroli poprawności czynności podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu.

Jednolitość reguł oraz ich uporządkowanie ma wpływ na przejrzystość systemu zamówień publicznych. To z kolei wiąże się z funkcją zamówień, jaką jest przeciwdziałanie korupcji i defraudacji<sup>129</sup>. Zamówienia publiczne stanowią największą płaszczyznę styku interesów publicznych i prywatnych. W związku z tym funkcja przeciwdziałania korupcji i defraudacji staje się niezwykle istotna. Osoby podejmujące

---

odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437).

<sup>126</sup> P. Szustakiewicz, *Kontrola zamówień publicznych...*, s. 11–13.

<sup>127</sup> T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych...*, s. 44. Funkcja regulacyjna kształtuje proces udzielania zamówienia, porządkuje postępowania, chroni interesy stron, stabilizuje rozstrzygnięcia, dąży do realizacji celu, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty.

<sup>128</sup> T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych...*, s. 44. Funkcja ochronna polega na stworzeniu regulacji chroniących interes zamawiającego, tj. interes publiczny oraz interes wykonawców. Uprawnienia i obowiązki wykonawców przyznane przepisami prawa uniezależnione są od dobrej lub złej woli zamawiających. Zamawiający ma obowiązek uwzględnienia z urzędu interesu prawnego wykonawcy.

<sup>129</sup> P. Szustakiewicz, *Kontrola zamówień publicznych...*, s. 11–13.

decyzje na granicy interesów publicznych i prywatnych mogą być narażone na pomijanie czynników merytorycznych w rozstrzygnięciach. Sfera zamówień publicznych traktowana jest jako obszar szczególnego zagrożenia korupcją. Potwierdza to również Raport Fundacji Batorego z 2002<sup>130</sup> oraz wskazuje Najwyższa Izba Kontroli<sup>131</sup>.

Realizacja funkcji przeciwdziałania korupcji i defraudacji jest ściśle powiązana z obowiązującą w zamówieniach publicznych zasadą przejrzystości i jawności<sup>132</sup>. Uporządkowane i jednolite reguły wydatkowania środków publicznych utrudniają tu działanie w sposób nieuczciwy. Obligatoryjny charakter powyższych zasad oznacza, że każdy ma dostęp do informacji o zamówieniu (z wyjątkiem tych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa), a na zamawiającym spoczywa obowiązek dokumentowania wszystkich czynności w postępowaniu. Dzięki temu utrudnione są wszelkie działania korupcyjne, a pisemność postępowania umożliwia kontrolowanie procesu wydatkowania środków publicznych<sup>133</sup>.

Funkcja przeciwdziałania korupcji realizowana jest również w procesie self-cleaning. Wśród przesłanek self-cleaning ustawodawca przewidział mechanizmy prewencyjne, których celem jest niedopuszczenie do zaistnienia zdarzeń korupcyjnych w przyszłości. Należą do nich środki techniczne, personalne i organizacyjne polegające m.in. na wdrożeniu sprawozdawczości i kontroli, stworzeniu struktur audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów oraz wprowadzeniu zasad dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie tych regulacji lub standardów. Wprowadzenie przez wykonawców takich mechanizmów i ich stosowanie stanowią również dla zamawiającego zabezpieczenie przed ryzykiem udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który działa w sposób nieuczciwy. To także spełnianie funkcji prewencyjnej, polegającej na tym, że normy prawa zamówień określając konsekwencje naruszenia zasad, oddziałują

---

<sup>130</sup> Program monitoringu akcesji do Unii Europejskiej. *Korupcja i polityka antykorupcyjna*, Warszawa 2002, s. 131,

[https://www.batory.org.pl/ftp/program/przeciw-korupcji/publikacje/inne\\_publicacje/korupcja\\_i\\_polityka\\_antykorupcyjna.pdf](https://www.batory.org.pl/ftp/program/przeciw-korupcji/publikacje/inne_publicacje/korupcja_i_polityka_antykorupcyjna.pdf) (dostęp 8.12.2022).

<sup>131</sup> Szerzej: P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne w świetle kontroli NIK*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2008, nr 10, s. 72–77.

<sup>132</sup> Więcej w podrozdziale 1.4 *Zasady udzielania zamówień publicznych*.

<sup>133</sup> Szerzej: E. Przeszło, *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013; Ł. Korporowicz, H. Nowak, *Zamówienia publiczne. Wybrane informacje o wynikach kontroli Prezesa UZP*, Bydgoszcz 2009; <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/kontrola-prowadzone-przez-uzp/informacje-o-wynikach-kontroli-prezesa-urzedu-postepowania-wszczete-od-28.07.2016-r>. (dostęp 20.07.2018); *Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP*, Warszawa 2012; A. Panasiuk, *Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na ograniczenie swobody konkurencji*, Bydgoszcz–Warszawa 2005, s. 43.

na wykonawców prewencyjnie. Prewencja odnoszona jest do samej możliwości powstania szkody, bez względu na jej rzeczywiste wystąpienie, a sankcje dotyczą naruszenia zasad, formy i trybu postępowania<sup>134</sup>.

Kolejna funkcja realizowana przez zamówienia publiczne odnosi się do płaszczyzny postrzegania przez obywateli danego kraju sposobu wydatkowania środków publicznych. Aby mieli oni zaufanie do podmiotów wydatkujących środki publiczne, niezbędny jest uporządkowany, przejrzysty system, wyposażony w mechanizmy przeciwdziałające korupcji. Tylko wówczas będą mieli pewność, że pieniądze publiczne, pochodzące również z podatków, podlegają regułom wydawania ich w sposób uczciwy i racjonalny. Pewność ta przekłada się na zaufanie do państwa, jego organów, instytucji państwowych oraz samorządowych. Społeczna akceptacja działań podejmowanych przez szeroko rozumianą administrację ma wpływ na przeprowadzenie określonych działań publicznych. Widać tu zatem istotną rolę zamówień publicznych – nie tylko służą wydatkowaniu środków publicznych, ale pośrednio sprzyjają sprawniejszemu funkcjonowaniu państwa. Nieprzejrzysty i niejasny dla obywateli system dokonywania zakupów towarów i usług publicznych, sprzyjający nieuczciwym zachowaniom, ogranicza zaufanie wobec państwa. Przekłada się to na trudności w sprawnym działaniu administracji publicznej<sup>135</sup>.

Procedura self-cleaning realizuje również funkcję zaufania do państwa. Stwarza gwarancję, że wykonawca, który podjął odpowiednie działania zabezpieczające i prewencyjne, jest uczciwy i wiarygodny, a udzielenie mu zamówienia publicznego nie narazi zamawiającego na ryzyko nienależytego wydatkowania środków publicznych. Polega na zapewnieniu, że środki publiczne, w tym pochodzące również z podatków obywateli, zostaną powierzone wyłącznie wykonawcy zweryfikowanemu, dającemu rękojmię należytego wykonania zamówienia. Wykonawca taki musi być wiarygodny, rzetelny i uczciwy.

W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na funkcję – jaką pełni postępowanie konkurencyjne – polegającą na rywalizacji wykonawców o zawarcie umowy<sup>136</sup>. Usprawnia i wzmocnia proces konkurowania wykonawców. Głównym dążeniem jest tu uniezależnienie wyboru wykonawcy od woli zamawiającego. Z funkcją tą związana jest

---

<sup>134</sup> T. Grzeszczyk, *Podręcznik zamówień publicznych...*, s. 44.

<sup>135</sup> P. Szustakiewicz, *Kontrola zamówień publicznych...*, s. 11–13.

<sup>136</sup> Por. W. Sereda, K. Zawada, *Glosa do wyroku SN z dnia 17 czerwca 1981 r.*, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1984, z. 12, poz. 247; A. Wójcik, *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, Kraków 2000, s. 30, 43.



funkcja stymulacyjną rynek zamówień publicznych, która wyrażana jest poprzez kształtowanie podaży i popytu oraz konkurencyjność oferowanych dóbr i świadczonych usług. Większa konkurencja wśród wykonawców może wymuszać konieczność wprowadzania zmian, w celu zaoferowania rozwiązań z niższą ceną. Prowadzi to do restrukturyzacji podmiotów działających na rynku, zmian w zatrudnieniu, szukaniu oszczędności oraz wzmocnienia jakości oferowanych produktów i usług<sup>137</sup>.

Dla realizacji powyższych funkcji została ustanowiona instytucja self-cleaning, by wzmocnić uczciwą konkurencję poprzez dopuszczenie do rynku zamówień publicznych tych wykonawców, którzy popełnili czyny skutkujące wykluczeniem z postępowania, pod warunkiem że wdrożyli już odpowiednie mechanizmy naprawcze i prewencyjne eliminujące możliwość zaistnienia takich lub podobnych zdarzeń w przyszłości. Poprzez podjęte działania w ramach self-cleaning wykonawcy ci gwarantują udział z procedurze ubiegania się o zamówienia na zasadach uczciwej konkurencji, co sprzyja wzrostowi konkurencyjności w zakresie oferowanych dóbr i usług.

W doktrynie wyodrębnia się nadto funkcje: optymalizacji treści umowy, osiągnięcia najlepszej ceny oraz gwarancyjną<sup>138</sup>. Odnosząc się do funkcji optymalizacji treści umowy, należy wskazać, iż w ramach zamówień publicznych występuje ona w ograniczonym zakresie. Największy wpływ na kształt przyszłej umowy mają postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia. Z kolei funkcja osiągnięcia najlepszej ceny pozostaje w ścisłym związku z przedmiotem zamówienia oraz z warunkami udziału w postępowaniu określonymi przez zamawiającego – ich spełnienie oznacza możliwość ubiegania się o zamówienie. Funkcję tę należy rozpatrywać w kontekście potrzeby udzielenia konkretnego zamówienia, gdzie niejednokrotnie najlepsza cena nie oznacza najniższej. Informacja w tym zakresie, zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp musi zostać zawarta w specyfikacji warunków zamówienia.

Funkcja gwarancyjna zapewnia zawarcie umowy, tj. udzielenie zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, w granicach posiadanych przez zamawiającego środków.

W doktrynie prezentowane są również odmienne koncepcje podziału funkcji zamówień publicznych – wyodrębniające cztery podstawowe<sup>139</sup>. Zaliczyć do nich należy:

---

<sup>137</sup> A. Panasiuk, *Prawno-ekonomiczne aspekty...*, s. 43–44.

<sup>138</sup> A. Wójcik, *Zawarcie umowy w drodze...*, s. 30–31.

<sup>139</sup> Zob. J.M. Martin, *EC Public Procurement Rules, A Critical Analysis*, Oxford 1996, s. 46–48; E. Przeszło [w:] A. Powalowski (red.), T. Bąkowski, R. Blicharz, A. Dobaczewska, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa, wyd. 4, 2017, s. 362.

funkcję polegającą na stymulowaniu aktywności ekonomicznej i wzrostu globalnego popytu; ochronną – chroniącą narodowy przemysł przed konkurencją zagraniczną; preferencyjną – mającą wpływ na poprawę konkurencyjności w niektórych sektorach przemysłowych, jak np. telekomunikacyjny, energetyczny, transportowy; oraz przeciwdziałającą nierównościom regionalnym w państwach<sup>140</sup>. Zamówienia publiczne pełnią znaczącą funkcję społeczną – poprzez oddziaływanie na rynek pracy, rynek zatrudnienia czy też na stosunki pracownicze – dzięki nim można kreować postępowanie przedsiębiorców, wprowadzając obowiązki o charakterze socjalnym, np. dotyczące ochrony określonych grup pracowniczych czy zatrudnienia kobiet. Tworzone są nowe miejsca pracy, również dla uprzywilejowanej i marginalnej części społeczeństwa czy mniejszości narodowych. Pozwala to na prowadzenie polityki społecznej i socjalnej państwa<sup>141</sup>.

Funkcja społeczna i socjalna realizowana jest również w ramach self-cleaning wykonawcy. Działania naprawcze i prewencyjne podejmowane przez wykonawców odnoszą się również do sfery związanej z zatrudnieniem czy też regulacji stosunków pracowniczych. Poprzez zastosowanie odpowiednich środków kadrowych np. w ramach reorganizacji personelu lub zerwaniu powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe działania, wdrożenie systemów compliance, wykonawcy mogą kreować pozytywne i pożądane wzorce zachowań właściwych dla wykonawców uczciwych i wiarygodnych.

Analizując przedstawione stanowiska przedstawicieli doktryny, normy prawne, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej oraz zalecenia Komisji Europejskiej, można dokonać ogólnego podziału celów i funkcji zamówień publicznych, wyodrębniając podstawowy ich cel polegający na stworzeniu przejrzystych warunków i zasad, zgodnie z którymi mają być wydatkowane środki publiczne, oraz cele strategiczne: społeczne<sup>142</sup>, proekologiczne<sup>143</sup> oraz innowacyjne<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> Zob. J.M. Martin, *EC Public Procurement Rules...*, s. 46–48; E. Przeszło [w:] A. Powałowski (red.), T. Bąkowski, R. Blicharz, A. Dobaczewska, *Prawo gospodarcze publiczne...*, s. 362.

<sup>141</sup> J.M. Martin, *EC Public Procurement...*, s. 48–49; E. Przeszło [w:] A. Powałowski (red.), T. Bąkowski, R. Blicharz, A. Dobaczewska, *Prawo gospodarcze publiczne...*, s. 363.

<sup>142</sup> A. Panasiuk, *Prawno-ekonomiczne aspekty...*, s. 206–208.

<sup>143</sup> *Ibidem*, s. 202–206.

<sup>144</sup> A. Piotrowska, *Funkcje zamówień publicznych – organ administracji jako „inteligentny klient”*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2014, nr 2(926), s.137–152.

W ramach funkcji, jakie pełnią zamówienia publiczne, wyodrębnić można również regulacyjną i porządkującą czynności zamawiającego, ekonomiczną – polegającą na racjonalnym i efektywnym wydatkowaniu środków publicznych – stymulującą popyt, zabezpieczającą przed działaniami korupcyjnymi oraz funkcję zaufania do państwa.

Realizacja celów i funkcji zamówień publicznych dokonywana jest również poprzez stosowanie zasad udzielania zamówień publicznych.

### 1.3. Zasady udzielania zamówień publicznych

Analiza zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji ma kluczowe znaczenie dla tezy pracy w kontekście celu, założeń, przesłanek i procedury self-cleaning. Problem badawczy pracy to odpowiedź na pytanie, czy instytucja self-cleaning narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji. Analiza powyższych zasad prowadzi do odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób zamawiający powinien przeprowadzić procedurę wyboru wykonawcy oraz w jaki sposób należy prawidłowo określić niezbędne założenia i wymagania, jak ustalić ich odpowiedni poziom, pozwalający na dokonanie wyboru rzetelnego, wiarygodnego i uczciwego wykonawcy, zapewniającego realizację zamówienia publicznego w sposób najkorzystniejszy, zgodnie z zasadą *Best Value for Money*.

Założenia i wymagania muszą być określone w sposób odpowiedni i proporcjonalny do realizowanego celu, tzn. nie mogą być ustalone na poziomie zbyt wysokim lub zbyt niskim, ponadto muszą zapewnić możliwość wyboru wykonawcy, który da rękojmię należytego wykonania umowy, i zrealizuje zamówienie w sposób optymalny, najkorzystniejszy, zapewniający uzyskanie najlepszego efektu z danych nakładów.

Zasady udzielania zamówień publicznych obowiązujące w ramach systemu prawa zamówień publicznych należy rozumieć jako zespół reguł, norm prawa pozytywnego posiadających charakter zasadniczy<sup>145</sup>, a więc reguł, których znaczenie należy uznać za podstawowe w całym systemie prawa<sup>146</sup>. Mają one szeroki zasięg oddziaływania

---

<sup>145</sup> K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 92; J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1994, s. 90, 92.

<sup>146</sup> J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 259; J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa...*, s. 90; J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2019, s. 83; G. Mazurek (red.), *Ustawa Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wrocław 2020, s. 65.

i przenikają każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, bez względu na jego rodzaj, etap postępowania czy zastosowany tryb<sup>147</sup>. Zasady kierowane są do zamawiającego, jako organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który przygotowuje i przeprowadza postępowanie oraz udziela zamówienia publicznego. Istotne jest, iż wątpliwości interpretacyjne dotyczące rozumienia poszczególnych przepisów prawa zamówień publicznych należy czytać zgodnie z tymi zasadami<sup>148</sup>.

Prawo zamówień publicznych wyróżnia następujące zasady udzielania zamówień: uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców<sup>149</sup>, przejrzystości<sup>150</sup>, proporcjonalności<sup>151</sup>, efektywności<sup>152</sup>, udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy<sup>153</sup>, bezstronności i obiektywizmu<sup>154</sup>, jawności<sup>155</sup> oraz pisemności<sup>156</sup> i zachowania języka polskiego<sup>157</sup>.

Do fundamentalnych zasad przygotowania, przeprowadzania i udzielania zamówień publicznych, których stosowanie pozwala na realizację podstawowych celów ustawowych, takich jak efektywne i gospodarne dysponowanie środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówienia wszystkim podmiotom, które są zdolne do jego realizacji, a jednocześnie istotnych z punktu widzenia tematu pracy, należy zaliczyć zasady: równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, proporcjonalności, przejrzystości oraz nową zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. efektywności. Zasady te nabrały dodatkowego znaczenia w związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej, ponieważ zapewniają konieczność przestrzegania regulacji właściwych dyrektyw oraz obowiązków wynikających z przepisów traktatowych<sup>158</sup>.

---

<sup>147</sup> J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 83.

<sup>148</sup> M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2010, s. 105; M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 167.

<sup>149</sup> Art. 16 pkt 1) Ustawy Pzp.

<sup>150</sup> Art. 16 pkt 2) Ustawy Pzp.

<sup>151</sup> Art. 16 pkt 3) Ustawy Pzp.

<sup>152</sup> Zasada efektywności została wprowadzona w art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) Ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz.U. z 24 października 2019 poz. 2019).

<sup>153</sup> Art. 17 ust. 2 Ustawy Pzp.

<sup>154</sup> Art. 17 ust. 3 Ustawy Pzp.

<sup>155</sup> Art. 18 ust. 1 Ustawy Pzp.

<sup>156</sup> Art. 20 ust. 1 Ustawy Pzp.

<sup>157</sup> Art. 20 ust. 2 Ustawy Pzp.

<sup>158</sup> M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 167; A. Softysińska, *Zasada równości w prawie zamówień publicznych Wspólnot Europejskich w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, PUG 1998/10, wskazuje, że „w skład systemu zamówień publicznych wchodzi następujące postanowienia traktatowe:

- art. 12 zawierający zakaz jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na przynależność państwową;
- art. 28–30 dotyczące zasady swobodnego przepływu towarów i zakazu stosowania jakichkolwiek ograniczeń ilościowych w imporcie lub innych środków mających podobny skutek;

Pozostałe zasady, istotne dla procedury udzielenia zamówienia publicznego zostały jedynie zasygnalizowane w treści w pracy, z uwagi na ich mniejsze znaczenie dla tematu. Każda z zasad udzielania zamówień publicznych jest istotna i nie może zostać pominięta w procesie udzielania zamówienia publicznego. Jednakże problem badawczy dysertacji odnosi się do przedstawienia instytucji self-cleaning na tle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, które implikują konieczność odniesienia się również do zasady przejrzystości, proporcjonalności oraz zasady efektywności.

- 
- art. 43–48 dotyczący prawa do prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium obcego państwa członkowskiego;
  - art. 49–55 dotyczące swobodnego świadczenia usług w obrębie Wspólnoty”.

### 1.3.1. Zasada równego traktowania wykonawców

Zarówno ustawodawca unijny<sup>159</sup>, jak i krajowy<sup>160</sup> nałożyli na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców<sup>161</sup>. Zapewnienie niezakłóconej<sup>162</sup>, uczciwej<sup>163</sup>, zdrowej<sup>164</sup> wolnej<sup>165</sup> i efektywnej<sup>166</sup> konkurencji w zamówieniach publicznych to dążenia twórców dyrektyw. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być prowadzone w sposób powodujący sztuczne zawężenie konkurencji. Konkurencja zostanie sztucznie zawężona, jeżeli postępowanie będzie prowadzone z zamiarem nieuzasadnionego korzystnego lub niekorzystnego działania wobec jednego lub wybranych wykonawców<sup>167</sup>. Nie jest zatem możliwe zachowywanie uczciwej konkurencji przy jednoczesnym dyskryminującym traktowaniu niektórych wykonawców. Zakaz sztucznego zawężania konkurencji wynikający z dyrektywy, implementowany do polskiego porządku prawnego w postaci nakazu zapewnienia uczciwej konkurencji, ma charakter zasady normatywnej, determinującej spójność całego systemu zamówień publicznych<sup>168</sup>.

W tym kontekście należy również postrzegać instytucję self-cleaning, dokonując jej analizy pod kątem wypełnienia założeń zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

---

<sup>159</sup> Art. 18 dyrektywy 2014/24/UE, art. 36 dyrektywy 2014/25/UE.

<sup>160</sup> Art. 16 pkt 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

<sup>161</sup> W. Gonet, *Zasady zamówień publicznych w prawie Europejskim* [w:] *Zamówienia publiczne*, red. nauk. P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid, Warszawa 2021, s. 68; J. Andała-Sępkowska, W. Bereszko, *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Warszawa 2018, s. 45.

<sup>162</sup> Zob. wyrok Trybunału z dnia 10.07.2014 r. w sprawie C-213/13 *Impresa Pizzarotti* pkt 63 (ECLI:EU:C:2014:2067); wyrok Trybunału z dnia 18.12.2007 r. w sprawie C-220/06 *Asociación Profesional*, pkt 40 (ECLI:EU:C:2007:815).

<sup>163</sup> Zob. wyrok Trybunału z dnia 8.02.2018 r. w sprawie C-144/17 *Lloyd's of London*, pkt 18 (ECLI:EU:C:2018:78).

<sup>164</sup> Zob. wyrok Trybunału z dnia 11.05.2017 r. w sprawie C-131/16 *Archus Gama*, pkt 29 (ECLI:EU:C:2017:358); wyrok Trybunału z dnia 29.03.2012 r. w sprawie C-599/10 *SAG ELV Slovensko i in.*, pkt 29 (ECLI:EU:C:2012:191).

<sup>165</sup> Zob. wyrok Trybunału z dnia 15.10.2009 r. w sprawie C-196/08 *Acoset*, pkt 63 (ECLI:EU:C:2009:628).

<sup>166</sup> Zob. wyrok Trybunału z dnia 15.10.2009 r. w sprawie C-138/08 *Hochtief*, pkt 47 (ECLI:EU:C:2009:627); wyrok Trybunału z dnia 19.05.2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur*, pkt 26 (ECLI:EU:C:2009:317); wyrok Trybunału z dnia 22.06.1993 r. w sprawie C-243/89 *Komisja Europejska przeciwko Danii (Storebaelt)*, pkt 33 (ECLI:EU:C:1993:257).

<sup>167</sup> Art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE; W. Gonet, *Zasady zamówień publicznych w...*, s. 68.

<sup>168</sup> H. Nowicki, *Zasady udzielania zamówień publicznych w ustawie Prawo zamówień publicznych* [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 102; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 174.

Zasada równego traktowania wykonawców oparta jest na przekonaniu, że równy dostęp do rynku, na którym wszystkie podmioty mogą ze sobą konkurować w sposób nieskrępowany, prowadzi do osiągnięcia najlepszej efektywności ekonomicznej, zapobiega nadużyciom, a także sprzyja rozwojowi solidnych oraz uczciwych przedsiębiorstw. W przeciwieństwie do powyższego pozostaje m.in. monopol czy bezprawne porozumienia pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, które nie sprzyjają oszczędnościom w gospodarowaniu pieniędzmi podatników i niszczą zachowania etyczne w biznesie. Zachowania zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców podejmowane przez zamawiających chroni więc nie tylko interesy podatników, lecz także przedsiębiorców<sup>169</sup>.

Obowiązek równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne wynika z art. 18 TFUE<sup>170</sup>, który zakazuje wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Cudzoziemcy, którzy pochodzą z terytorium Unii Europejskiej, nie mogą być traktowani gorzej niż obywatele danego państwa członkowskiego i odwrotnie<sup>171</sup>. Zasada równego traktowania została również uregulowana w art. 20 i 21 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej<sup>172</sup> oraz w art. 32 Konstytucji RP<sup>173</sup>.

Konieczność stosowania powyższej zasady odnosi się do każdego etapu postępowania. Zamawiający zobowiązany jest do sprawiedliwego, jednakowego traktowania wszystkich wykonawców, którzy ubiegają się o dane zamówienie, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, ale i środków dyskryminujących wykonawców<sup>174</sup>, czy też okazywania niechęci wobec jakiegokolwiek z nich<sup>175</sup>. Zakaz dyskryminacji jest szczególnym wyrazem zasady równego traktowania wykonawców –

---

<sup>169</sup> P. Szustakiewicz [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Sieradzka, Warszawa 2018, s. 63.

<sup>170</sup> Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) Dz.U. UE C 326 z 26.10.2012 r. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=OJ:C:2012:326:TOC> (dostęp 31.08.2022).

<sup>171</sup> W. Gonet, *Zasady zamówień publicznych w...*, s. 68.

<sup>172</sup> Karta praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2012.326.01.0391.01.POL&toc=OJ%3AC%3A2012%3A326%3ATOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2012.326.01.0391.01.POL&toc=OJ%3AC%3A2012%3A326%3ATOC) (dostęp 23.08.2022).

<sup>173</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483); A. Siciński, *Konstytucyjna zasada równouprawnienia kościołów i związków wyznaniowych – w teorii i praktyce* [w:] *Zasada równości w prawie Konferencja naukowa Rzeszów, 16 października 2003 r.*, red. nauk. H. Zięba-Załućka, M. Kijowski, Rzeszów 2004, s. 33.

<sup>174</sup> E. Norek, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 52; W. Gonet, *Zasady zamówień publicznych w...*, s. 77.

<sup>175</sup> P. Szustakiewicz [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Sieradzka, Warszawa 2018, s. 62.

jednego z fundamentów prawa wspólnotowego<sup>176</sup>. Oznacza to konieczność: przekazywania wszystkim wykonawcom informacji dotyczących postępowania w taki sam sposób i o takiej samej treści, stawiania przed wszystkimi takich samych wymogów oraz warunków udziału w postępowaniu i dokonanie oceny ich spełnienia według jednakowych kryteriów (podanych wcześniej wszystkim do wiadomości). Kryteria oceny wykonawców nie mogą się opierać na wiedzy dostępnej jedynie dla zamawiającego<sup>177</sup>. Ponadto, jeśli zamawiający w dokumentacji postępowania postawi niezgodny z prawem warunek, któremu towarzyszy ryzyko ograniczenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady konkurencyjności – poprzez zniechęcenie potencjalnych wykonawców do udziału w postępowaniu w związku z tworzeniem przez zamawiającego nieuzasadnionych barier formalnych – działanie takie należy uznać za wystarczające do stwierdzenia naruszenia powyższych zasad<sup>178</sup>.

Dla oceny wykonawców pod kątem postawionych wymagań i warunków nie może mieć znaczenia siedziba czy miejsce zamieszkania, ich status czy forma organizacyjno-prawna, w jakiej prowadzona jest działalność gospodarcza<sup>179</sup>. Wszyscy wykonawcy, którzy spełniają takie same wymogi i warunki udziału w postępowaniu, mogą na równych prawach uczestniczyć w nim i ubiegać się o dane zamówienie<sup>180</sup>. Zasada równego traktowania wykonawców pierwotnie została zdefiniowana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 16 października 1980 r. w sprawie 147/79 jako nakaz jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji oraz zakaz jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w odmiennych sytuacjach z zastrzeżeniem, iż nierówne traktowanie jest dopuszczalne w obiektywnie uzasadnionych przypadkach<sup>181</sup>. Zasada równego traktowania wykonawców wymaga, by

---

<sup>176</sup> Wyrok z dnia 19.10.1977 r. w sprawach połączonych C-117/76 i C-16/77 Ruckdeschel i in., pkt. 7 (ECLI:UE:C:1977:160); wyrok z dnia 14.09.2010 r. w sprawie C-550/07 Akzo Nobel Chemicals, pkt 54 (ECLI:EU:C:2010:512).

<sup>177</sup> M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych...*, s.107.

<sup>178</sup> Wyrok NSA z 8.01.2019 r., I GSK 3157/18, Legalis nr 1872070.

<sup>179</sup> E. Przeszło [w:] A. Powalowski (red.), T. Bąkowski, R. Blicharz, A. Dobaczewska, *Prawo gospodarcze publiczne...*, s. 371. Sąd Najwyższy w wyroku z 13.12.1999 r. (III CKN 478/98, OSNC 2000, nr 6, poz. 118) stwierdził, że z zasady równości i uczciwej konkurencji wynika, iż o zamówienie publiczne może ubiegać się każdy; nawet osoby, które nie prowadzą działalności gospodarczej.

<sup>180</sup> P. Kubik, E. Frymark, *Procedury przetargowe w obrocie...*, Gdańsk 1997, s.13.

<sup>181</sup> Wyrok ETS z 16 października 1980 r. w sprawie 147/79 R. Hochstrass przeciwko Trybunałowi Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, Rec.1980, s.3005; podobnie orzeczono w wyrokach TSUE z 3.03.2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom, Z. Orz. S.I-1-559, pkt 27; Wyrok z dnia 10.10.2013 w sprawie C-336/12 Ministeriet for Forsking, Innovation og Videregande Uddannelser przeciwko Manova A/S, ECLI:EU:C:2013:647.



porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne w sposób identyczny, chyba że takie podejście jest obiektywnie uzasadnione<sup>182</sup>.

Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, stwierdzając, że zamawiający nie może stosować żadnych elementów faworyzujących lub dyskryminujących wykonawców. Stosowanie zasady równości przejawia się w stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców, którzy znajdują się w tej samej lub podobnej sytuacji. Nie oznacza to jednak, że wszyscy wykonawcy mają być oceniani jednakowo<sup>183</sup>. Stanowisko takie prezentowane jest również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej<sup>184</sup>.

Stosowanie zasady równego traktowania wobec wykonawców polega również na zakazie wprowadzania do dokumentacji postępowania wymogów i barier, które jest w stanie spełnić wyłącznie jeden z nich, lub formułowania ograniczeń, których celem jest uniemożliwienie swobodnego dostępu do udziału w postępowaniu<sup>185</sup> pozostałym, a także eliminacja z postępowania określonych grup, lub stwarzania wybranym uprzywilejowanej pozycji<sup>186</sup>.

W odniesieniu do instytucji self-cleaning, na tle zasady równego traktowania wykonawców, niezbędna jest analiza w zakresie odpowiedzi na pytanie, czy w ramach self-cleaning podejmowane są działania, poprzez które jednakowo traktowane są podmioty znajdujące się w takiej samej sytuacji oraz czy podmioty znajdujące się w odmiennych sytuacjach nie są traktowane jednakowo, z zastrzeżeniem okoliczności obiektywnie uzasadnionych.

---

<sup>182</sup> Wyrok TSUE z 3.03.2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom, Z. Orz. S.I-1-559, pkt 27; Wyrok z dnia 10.10.2013 w sprawie C-336/12 Ministeriet for Forsking, Innovation og Videregande Uddannelser przeciwko Manova A/S, ECLI:EU:C:2013:647.

<sup>183</sup> Postanowienie SO w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku, sygn. Akt VIII Ga 22/08.

<sup>184</sup> Między innymi w wyrokach KIO: wyr. z 11.01.2017 r. KIO 2431/16, KIO 2436/16 Legalis nr 2671917; wyr. z 8.07.2011 r. KIO 1320/11, Legalis nr 358413; wyr. z 12.06.2014 r. KIO 1094/14, Legalis nr 1033865; wyr. z 23.06.2014 r. KIO 1104/14, Legalis nr 1062106; wyr. z 11.01.2018 r. KIO 2729/17, Legalis nr 1746761; wyr. z 11.04.2017 r. KIO 606/17, Legalis nr 1604472; 8.12.2017 r. KIO 2408/17, LEX nr 2419557; wyr. z 17.01.2019 r. KIO 2683/18, LEX nr 2630049; wyr. z 15.11.2017 r. KIO 2279/17, LEX nr 2399761; wyr. z 16.05.2017 r. KIO 833/17, LEX nr 2319278; wyr. z 11.04.2017 r. KIO 606/17, LEX nr 2284258; wyr. z 15.07.2016 r. KIO 1178/16, LEX nr 2147658; wyr. z 3.08.2016 r. KIO 1315/16, LEX nr 2149357; wyr. z 30.10.2014 r. KIO 2164/14, LEX nr 1604678; wyr. z 14.12.2016 r. KIO 2255/16, LEX nr 2174082; wyr. z 6.10.2016 r. KIO 1768/16, LEX nr 2153930; wyr. z 29.08.2018 r. KIO 1638/18, LEX nr 2578986; wyr. z 7.06.2017 r. KIO 1043/17, LEX nr 2323681; wyr. z 13.08.2019 r. KIO 1664/19, LEX nr 2740896; wyr. z 9.07.2020 r. KIO 1286/20, LEX nr 3051323; wyr. z 30.11.2016 r. KIO 2170/16, LEX nr 2166875; wyr. z 17.05.2013 r. KIO 1079/13, LEX nr 1335293; wyr. z 27.05.2010 r. KIO 906/10, LEX nr 1235765; wyr. z 17.09.2019 r. KIO 1706/19, LEX nr 2741729; wyr. z 11.03.2019 r. KIO 325/19, LEX nr 2677516; wyr. z 23.11.2017 r. KIO 2321/17, LEX nr 2414903; wyr. z 21.06.2018 r. KIO 1143/18, LEX nr 2559033; wyr. z 20.08.2020 r. KIO 1542/20, LEX nr 3057907; wyr. z 24.09.2020 r. KIO 2129/20, LEX nr 3082669.

<sup>185</sup> E. Norek, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2008, s. 57.

<sup>186</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 25.08.2017 r. VIII SA/Wa 13/17 LEX nr 2364540.

Instytucja self-cleaning<sup>187</sup> jako instytucja sanacyjna pozwala, aby wykonawca, wobec którego zaistniały podstawy wykluczenia i który winien zostać wykluczony z postępowania, po spełnieniu określonych warunków (polegających na podjęciu działań naprawczych i prewencyjnych) pozostał w postępowaniu i ubiegał się o zamówienie na równi z wykonawcami, wobec których nie zaistniały przesłanki wykluczenia.

Może to budzić przeświadczenie, że skoro zamawiający dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców niepodlegających wykluczeniu oraz takich, którzy przeprowadzili self-cleaning, narusza zasadę równego traktowania, ponieważ traktuje w jednakowy sposób wykonawców znajdujących się w odmiennych sytuacjach.

Podkreślić należy, że założenie takie pomija cel, dla którego wprowadzono instytucję self-cleaning, czyli możliwość podjęcia przez wykonawcę, który dopuścił się naruszenia prawa, odpowiednich środków naprawczych i prewencyjnych, pozwalających mu na zrekompensowanie negatywnych skutków tych naruszeń oraz na zapobieganie podobnym sytuacjom w przyszłości<sup>188</sup>. W ramach self-cleaning zamawiający ocenia poprawę działań wykonawcy, które mają świadczyć o rzetelności i wiarygodności wykonawcy oraz gwarantować, że nieprawidłowe zachowania nie powtórzą się w przyszłości<sup>189</sup>. Zamawiający jest zobligowany do oceny ryzyka udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który dopuścił się działań niepożądanych<sup>190</sup>.

Warto zwrócić uwagę, że procedura self-cleaning obejmuje wyłącznie wykonawców, wobec których zaistniały przesłanki wykluczenia i którzy podjęli odpowiednie działania naprawcze i prewencyjne. Zasadnym wydaje się przyjęcie, że nie odnosi się ona do wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania. Analizując instytucję self-cleaning pod kątem jej zgodności z zasadą równości i uczciwej konkurencji, nie należy jej odnosić do tej grupy wykonawców, do której nie ma ona zastosowania (tj. niepodlegających wykluczeniu), lecz wyłącznie do tej, do której ma zastosowanie (tj. podlegających wykluczeniu).

Zastosowanie zasady równego traktowania wobec wykonawców, w stosunku do których zaistniały podstawy wykluczenia, będzie polegało na konieczności odróżnienia sytuacji tych, którzy podjęli odpowiednie działania oraz środki naprawcze i prewencyjne, zapobiegające w przyszłości wystąpieniu niekorzystnych zdarzeń, od sytuacji

---

<sup>187</sup> Omówiona w rozdziale trzecim i czwartym.

<sup>188</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 210–211.

<sup>189</sup> *Ibidem*, s. 208.

<sup>190</sup> Wyrok Trybunału z dnia 24.10.2018 r. w sprawie C-124/17 *Vossloh Laeis GmbH przeciwko Stadtwerke München GmbH*, pkt 26 (ECLI:EU:C:2018:855).

wykonawców, którzy takich działań nie podjęli<sup>191</sup>. Odmienne okoliczności skutkują brakiem możliwości oceny wykonawców według tych samych reguł. Wpisuje się to w tę część definicji zasady równego traktowania, która polega na zakazie jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w odmiennych sytuacjach. Ustawodawca polski, w ramach wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie przewidział stanu pośredniego. Decyzja o wykluczeniu odbywa się w systemie zero-jedynkowym i polega na jednoznacznej ocenie: wykonawca podlega wykluczeniu bądź nie podlega wykluczeniu<sup>192</sup>. Jeżeli zatem ci, którzy wdrożyli procedurę self-cleaning, nie powinni być traktowani w taki sam sposób, jak podmioty, które takiej procedury nie wdrożyły, to w okolicznościach braku stanu pośredniego, pomiędzy wykluczeniem a niewykluczeniem, nie powinni oni zostać wykluczeni z postępowania. W konsekwencji wykonawcy, którzy przeprowadzili procedurę self-cleaning, będą mogli ubiegać się o zamówienie publiczne na równi z wykonawcami, wobec których nie zaistniały przesłanki wykluczenia<sup>193</sup>. Nie stanowi to jednak naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. To przykład jej zastosowania poprzez odróżnienie sytuacji, w jakich znaleźli się wykonawcy, wobec których zaistniały przesłanki wykluczenia. Przez zastosowanie innych kryteriów oceny dla różnych okoliczności realizowana jest zasada równego traktowania wykonawców.

Przeprowadzenie procedury self-cleaning jest zakończone z chwilą oceny przez zamawiającego, czy wykonawca podlega lub nie podlega wykluczeniu.

Czynność ta nie jest jednak dla zamawiającego tożsama z ustaniem obowiązku stosowania zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z tą zasadą. Obowiązek ten wygasa poprzez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnienie postępowania.

Wydaje się, że w okolicznościach, w których zastosowanie zasady równego traktowania wykonawców prowadzi do efektu końcowego jakim jest możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawców niepodlegających wykluczeniu i wykonawców, którzy skutecznie przeprowadzili self-cleaning, zasadnym powinno być konsekwentne rozróżnienie powyższych okoliczności do czasu zakończenia postępowania. Aby zasada

---

<sup>191</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 212.

<sup>192</sup> *Ibidem*.

<sup>193</sup> *Ibidem*.

równości miała zastosowanie do prowadzonego postępowania, rozróżnienie takie powinno mieć przełożenie na treść umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku udzielenia zamówienia wykonawcy, który przeprowadził skuteczny self-cleaning, zamawiający powinien mieć możliwość przewidzenia we wzorze umowy, a następnie wprowadzenia postanowień do jej treści, dodatkowych zabezpieczeń stanowiących realną gwarancję należytego wykonania umowy. Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że jednym z celów przeprowadzenia procedury jest wybór wykonawcy, który zapewni realizację zamówienia publicznego w sposób minimalizujący ryzyko nienależytego wykonania. Jeżeli dotychczasowe doświadczenie wykonawcy potwierdziło takie ryzyko, podjęcie działań naprawczych i prewencyjnych przez wykonawcę powinno jedynie pozwolić mu na ubieganie się o zamówienie publiczne – pod warunkiem zwiększonych gwarancji zabezpieczających interesy zamawiającego – w stosunku do podmiotów, które nigdy nie stworzyły podobnych zagrożeń w obrębie wykonania zamówienia publicznego.

Wydaje się, że rozwiązanie takie pozostaje w zgodzie z zasadą równego traktowania wykonawców. Stanowi wyraz odróżnienia sytuacji wykonawców, wobec których nie zaistniały przesłanki wykluczenia, od tych, wobec których takie okoliczności zaistniały, lecz przeprowadzili skuteczny self-cleaning. Należałoby wyodrębnić przeprowadzenie, ocenę i zakończenie self-cleaning pod kątem zgodności z zasadami udzielania zamówień publicznych jako etap ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy przeprowadzili skuteczny self-cleaning, stanowiłoby więc jedynie etap. Jednakże ostateczny sposób realizacji zamówienia uwzględniałby konieczność realnego zabezpieczenia zamawiającego przed potencjalnym nienależytym wykonaniem. Narzędziem służącym ku temu mogą być np. wyższe kary umowne czy zwiększone warunki zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia.

### **1.3.2. Zasada uczciwej konkurencji**

Analiza zasady uczciwej konkurencji stanowi jeden z problemów badawczych pracy. Uzyskanie odpowiedzi na pytania: czym jest zasada uczciwej konkurencji, czy jest ona istotna dla procesu udzielenia zamówień publicznych, czy podlega ograniczeniom – jeśli tak, to dlaczego i na jakich zasadach. A także jakie są wzajemne zależności wobec innych

zasad udzielania zamówień publicznych, jest niezbędne do uzasadnienia tezy badawczej pracy.

Na zamawiającego został nałożony obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także przejrzysty i proporcjonalny<sup>194</sup>. Powyższe zasady stanowią szkielet każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jak również całego systemu zamówień publicznych<sup>195</sup>. Oznacza to, że ich stosowanie jest obowiązkiem zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia<sup>196</sup>. To na zamawiającym spoczywa obowiązek przeprowadzenia postępowania w taki sposób, aby nie naruszać uczciwej konkurencji. Jednocześnie jest on zobowiązany do kontroli ofert pod kątem uczciwej konkurencji<sup>197</sup>.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie dają żadnych wskazówek pozwalających ocenić, kiedy mamy do czynienia z naruszeniem uczciwej konkurencji. Konieczne w takiej sytuacji wydaje się odwołanie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>198</sup>, która definiuje jej pojęcie<sup>199</sup>. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta<sup>200</sup>. Realizując zasadę uczciwej konkurencji, zamawiający zobowiązany jest do eliminacji wszelkich działań

---

<sup>194</sup> Art. 16 ustawy Pzp oraz art. 18 dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>195</sup> Wyr. KIO z 22.03.2016 r., KIO 308/16, LEX nr 2019402; wyr. z 28.07.2016 r. KIO 1277/16, LEX nr 2149329; wyr. z 3.12.2015 r. KIO 2564, LEX nr 1978077; wyr. z 1.09.2015 r. KIO 1790/15, LEX nr 1917425; wyr. z 19.12.2012 r. KIO 2740/12, LEX nr 1254853; wyr. z 6.11.2015 r. KIO 2331/15, LEX nr 1968422; wyr. z 30.09.2020 r. KIO 1865/20, LEX nr 3068877; wyr. z 19.10.2010 r. KIO 2369/20, LEX nr 3103131; wyr. z 15.09.2020 r. KIO 1996/20, LEX nr 3083858; wyr. z 2.03.2021 r. KIO 257/21, LEX nr 3159845; wyr. z 12.08.2020 r. KIO 1430/20, LEX nr 3043862; wyr. z 12.11.2020 r. KIO 2755/20, LEX nr 3107479; wyr. z 2.12.2020 r. KIO 3028/20, LEX nr 3117643; wyr. z 22.09.2020 r. KIO 2248/20, LEX nr 3092735; wyr. z 2.08.2020 r. KIO 1281/20, LEX nr 3051340; wyr. z 4.02.2021 r. KIO 68/21, LEX nr 3153816; wyr. z 14.05.2021 r. KIO 983/21, LEX nr 3217383.

<sup>196</sup> E. Przeszło [w:] A. Powałowski (red.), T. Bąkowski, R. Blicharz, A. Dobaczewska, *Prawo gospodarcze publiczne...*, s. 370; Zob. np. wyr. WSA w Olsztynie z 26 listopada 2015 r. ISA/O1 615/15, niepubl.; wyr. NSA z 13 lutego 2014 r., II GSK 1980/12, Legalis; wyr. NSA z 13 lutego 2014 r. I SA/O1 615/15, niepubl. Wyr. KIO z 12.05.2016 r., 669/16 LEX nr 2062075; wyr. z 14 marca 2016 r. KIO 292/16 LEX nr 2051487; wyr. z 18.12.2014 r. KIO 2559/14 LEX nr 1645365.

<sup>197</sup> P. Szustakiewicz [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Sieradzka, Warszawa 2018, s. 61.

<sup>198</sup> Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. oz. 1233).

<sup>199</sup> Wyr. NSA z 17.01.2017 r., II GSK 2472/15 LEX nr 2202333.

<sup>200</sup> Szczegółowe wskazanie czynów nieuczciwej konkurencji znajduje się w rozdziale drugim, w przepisach art. 5–7g Uznk, gdzie zostały opisane przykładowo poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji.

stanowiących czyny nieuczciwej konkurencji<sup>201</sup>, przy czym dla stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie jest konieczne ani potrzebne wykazanie, że do takiego naruszenia faktycznie doszło. Dla stwierdzenia naruszenia wystarczające jest potencjalne, możliwe i prawdopodobne ograniczenie konkurencji<sup>202</sup>.

Wypełniając założenia zasady uczciwej konkurencji, zamawiający zobowiązany jest do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia oraz jego warunków granicznych w sposób, który nie narusza uczciwej konkurencji oraz do odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zobowiązany jest również do ustanowienia wymogów i określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności<sup>203</sup>. Prowadzi to do wniosku, że zamawiający nie może sformułować warunków udziału w postępowaniu tak, by ograniczać swobodny dostęp wykonawców do udziału w nim<sup>204</sup>. Zakaz ten wynika z możliwości naruszenia zasady uczciwej konkurencji już na etapie formułowania opisu przedmiotu zamówienia, wymogów oraz warunków udziału w postępowaniu. To właśnie w tym momencie postępowania może nastąpić ograniczenie konkurencji poprzez zawężenie kręgu potencjalnych podmiotów w sposób nieuzasadniony – względami obiektywnymi lub celem postępowania – lub też ograniczenie przedmiotu zamówienia do wąskiej grupy produktów lub usług. Zamawiający nie może również udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który narusza obowiązujący porządek prawny i nie akceptuje obowiązujących wartości<sup>205</sup>.

Działania zapewniające zachowanie uczciwej konkurencji to np. upublicznienie ogłoszenia o zamówieniu, dzięki któremu następuje rozpowszechnienie informacji o wszczętym postępowaniu lub w przypadku trybów innych niż przetargowych – wskazanie minimalnej liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni przez zamawiającego do złożenia ofert.

---

<sup>201</sup> Zob. wyrok SO w Warszawie z 1.04.2004 r. V Ca 1661/03 niepubl.; E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 52.

<sup>202</sup> Wyrok NSA z dnia 22.02.2017 r. II GSK 1732/15 LEX nr 2247619.

<sup>203</sup> H. Nowicki, I. Łazuga, J. Wyżgowski, H. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2010, s. 22; J. Andała-Sępkowska, W. Bereszek, *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Warszawa 2018, s. 47.

<sup>204</sup> E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 52.

<sup>205</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień...*, s. 215.

Zasada uczciwej konkurencji ma podstawowe znaczenie dla funkcjonowania zamówień publicznych. Jej celem jest ochrona sprawnie funkcjonującego rynku przez zapobieżenie ograniczeniom w swobodzie dostępu do rynku i przeciwdziałanie wykorzystywaniu pozycji monopolistycznej. Zapewnia to warunki do jak najlepszego wydatkowania środków publicznych, ale również sprzyja rozwojowi nowych technologii lub usług, które powstają dzięki oferowaniu nowych, lepszych produktów będących odpowiedzią na zapotrzebowanie zamawiającego. Nie można zapomnieć, że rynek zamówień publicznych jest częścią rynku towarów i usług funkcjonującego na danym obszarze. Wszelkie nieprawidłowości czy odstępstwa rynku zamówień publicznych mają odbicie w tym drugim. Ochrona rynku zamówień publicznych przed nieuczciwymi praktykami wykonawców będzie jednocześnie zabezpieczeniem praw rynkowych mających znaczenie dla całej gospodarki<sup>206</sup>. W doktrynie podkreśla się, że zachowanie uczciwej konkurencji jest podstawową przyczyną, dla której funkcjonują przepisy prawa zamówień publicznych. Dzięki uczciwej konkurencji można wybrać ofertę, która jest najbardziej optymalna dla zamawiającego, natomiast prawo zamówień publicznych stanowi zespół reguł wymuszających zachowanie uczciwej konkurencji<sup>207</sup>. Podkreślenia jednak wymaga, że po zmianie dyrektyw zamówieniowych z 2014 r. zmiana uległa podejście do konkurencyjności. Nie jest ona już traktowana jako wartość bezwzględna ani główny cel regulacji prawa zamówień publicznych<sup>208</sup>. Wyraźnie zauważalne jest akcentowanie efektywności ekonomicznej, zgodnie z zasadą *Best Value for Money*, oraz celów strategicznych związanych ze strategią „Europa 2020”<sup>209</sup>.

Efektywna konkurencja jest istotnym elementem rozwoju unijnego rynku zamówień publicznych z zastrzeżeniem, że musi być ona uczciwa i sprawiedliwa. Zapewnienie takiej konkurencji jest możliwe jedynie wtedy, gdy wykonawcy rywalizują między sobą na równych zasadach, bez dyskryminacji<sup>210</sup>. Działania zapewniające na tym polu uczciwość, czyli wprowadzenie przez państwo korygujących mechanizmów rynkowych, wpisują się w kierunek, do którego aktualnie zmierza unijne prawo

---

<sup>206</sup> P. Szustakiewicz [w:] *Prawo zamówień publicznych...*, s. 61.

<sup>207</sup> P. Szustakiewicz, *Wybrane zagadnienia ustawy – prawo zamówień publicznych*, „Prokuratura i Prawo” 2005 nr 6, s. 136; A. Szyszkowski, *Zamówienia publiczne w praktyce*, Warszawa 2005, s. 21; P. Szustakiewicz [w:] *Prawo zamówień publicznych...*, s. 61.

<sup>208</sup> G. Materna, *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i w prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 58–60; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 174.

<sup>209</sup> [https://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1\\_PL\\_ACT\\_part1\\_v1.pdf](https://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_PL_ACT_part1_v1.pdf) (dostęp 8.08.2022).

<sup>210</sup> Opinia Rzecznika Generalnego P. Mengozzi z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie C-396/14 *MT Højgaard*, pkt 59 (ECLI:EU:C:2015:774).

zamówień publicznych<sup>211</sup>. Jest to także wyraz transformacji Unii Europejskiej w aspekcie gospodarczym jako drogi od otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją<sup>212</sup> do społecznej gospodarki rynkowej o wysokiej konkurencyjności<sup>213</sup>. Efektem zmiany podejścia do konkurencyjności jest nie tylko coraz szersze otwieranie rynków zamówień publicznych, ale również ograniczenia determinowane koniecznością zagwarantowania uczciwości zarówno pomiędzy samymi wykonawcami, jak i wykonawcami i zamawiającym. Tworząc mechanizmy ograniczające niezdrową i nieuczciwą konkurencję, prawodawca minimalizuje ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Pozwala to państwu uniknąć udzielenia zamówienia publicznego, tj. wydatkowania środków publicznych, wykonawcy, który narusza obowiązujący porządek prawny. Co prowadzi do uniknięcia krytyki społecznej. Daje też właściwy przykład<sup>214</sup>. Słusznie zauważył Paweł Nowicki, że zamówienia publiczne są otwarte dla wszystkich szanujących prawo, czyli jednak nie dla każdego<sup>215</sup>. Zapewnienie konkurencji to przede wszystkim zachęcenie do uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jak największej liczby wykonawców<sup>216</sup>. Jednakże konkurencja nie jest celem samym w sobie. To jedynie instrument służący społeczeństwu, przyczyniający się do otrzymania niższych cen, zachęcający wykonawców do podejmowania działań bardziej efektywnych i innowacyjnych. Jest też gwarantem uczciwej gospodarki<sup>217</sup>. Jeżeli jednak konkurencja nie jest efektywna, musi być eliminowana lub podlegać ograniczeniom<sup>218</sup>. Sama bowiem konkurencja nie jest

---

<sup>211</sup> A. Nowak-Far, *Prawo i ekonomia rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 169–170; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 214–215; Ch.H. Bovis, *Public Procurement in the European Union: Lessons from the Past and Insights to the Future*, “Columbia Journal of European Law” 2005(53), vol. 12, s. 112–118.

<sup>212</sup> Art. 4 ust. 1 TWE.

<sup>213</sup> Art. 3 ust. 1 TUE; E. Szyszczak, *Building a Socioeconomic Constitution: A Fantastic Object?*, “Fordham International Law Journal” 2012, vol. 35(5), s. 1366–1369; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 215.

<sup>214</sup> S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, vol. 1 wyd. 3, London 2014, s. 1241.

<sup>215</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 215.

<sup>216</sup> Wyrok Trybunału z dnia 18.12.2014 r. w sprawie C-568/13 *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Carregi-Firenze*, pkt 34 (ECLI:EU:C:2014:2466); P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 175.

<sup>217</sup> J. Tirole, *Economics for the Common Good*, Princeton 2017, s. 357–361; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 192.

<sup>218</sup> J. Tirole, *Economics for the Common...*, s. 357; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 192.



wartością absolutną w prawie zamówień publicznych, a gloryfikacja konkurencyjności nie zawsze prowadzi do osiągnięcia pożądaných skutków<sup>219</sup>.

Dla tworzenia konkurencji zbliżonej do doskonałej<sup>220</sup>, niezbędny jest system zasad i przepisów, którego zadaniem nie jest wyłącznie ograniczenie konkurencji, lecz obniżanie kosztów transakcyjnych i zwiększanie w ten sposób wielkości obrotu, gwarantując w rzeczywistości realizację podstawowego celu istnienia rynku, tj. ułatwianie wymiany<sup>221</sup>.

Nieograniczona i nieefektywna konkurencja może prowadzić do oferowania niskich cen lub zaniżenia kosztów realizacji zamówienia, co w rezultacie nie jest korzystne ekonomicznie dla zamawiającego. Niska cena lub koszt mogą mieć przełożenia na niezgodne z prawem warunki zatrudnienia pracowników, czy np. stwarzać ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, bądź też na problemy związane z realizacją zamówienia czy roszczeń wykonawcy. Ponadto założenie realizacji ze stratą może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Nienależyte wykonanie zamówienia zarówno w zakresie jakości, jak i terminowości, ma niekorzystny wpływ na postrzeganie działań zamawiającego przez społeczność. Nie sprzyja to zaufaniu społecznemu do instytucji publicznych, a ponadto może kreować dodatkowe koszty po stronie zamawiającego, niezbędne do uzyskania właściwego efektu końcowego zamówienia, co nie jest zgodne z zasadą *Best Value for Money*<sup>222</sup>.

Nieograniczona konkurencja może skutkować również nieskrępowanym udziałem w procesie udzielania zamówień publicznych. Prowadziłoby to do sytuacji, w której każdy przedsiębiorca obecny na rynku, mógłby ubiegać się o udzielenie każdego zamówienia, niezależnie od swoich wcześniejszych doświadczeń i działalności. Tymczasem, istotą uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych jest możliwość ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie oraz ich udział w postępowaniu i ewentualne udzielenie im zamówienia nie spowodują negatywnych skutków społecznych i ekonomicznych. Udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie jest w stanie zrealizować należycie zamówienia doprowadzi do

---

<sup>219</sup> M. Kania, *Kilka uwag dotyczących zmian w nowej ustawie – Prawo zamówień publicznych ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji mikro-, małych i średnich przedsiębiorców*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 4, s. 4; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 216.

<sup>220</sup> Według Ronalda Coase’a konkurencja doskonała zakłada zerowe koszty transakcyjne, gdzie mechanizm cenowy nie generuje kosztów. Działania ludzi nie generują kosztów transakcyjnych, zob. R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, „Journal of Law and Economics” 1960, vol. 3, s. 8.

<sup>221</sup> R.H. Coase, *Firma, rynek i prawo*, tłum. J. Stawiński, Warszawa 2013, s. 7–9; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 191.

<sup>222</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 194.

negatywnych konsekwencji ekonomicznych, z kolei udzielenie go temu, który narusza uczciwą konkurencję lub podejmuje działania sprzeczne z podstawowymi wartościami prawa zamówień publicznych doprowadzi do negatywnego odbioru wśród innych uczestników postępowania oraz społecznego<sup>223</sup>.

Przykładem mechanizmów ograniczających konkurencję, a obowiązujących w prawie zamówień publicznych są kryteria oceny ofert<sup>224</sup>, badanie rażąco niskiej ceny<sup>225</sup>, warunki udziału w postępowaniu<sup>226</sup> oraz podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania<sup>227</sup>. Ich wprowadzenie jest zasadne pod względem prawnym i ekonomicznym prowadzącym do realizacji idei społecznej gospodarki rynkowej<sup>228</sup>.

Odstępstwem od obowiązku wykluczenia wykonawcy, wobec którego zaistniała podstawa wykluczenia, jest instytucja self-cleaning, opisana w rozdziale drugim i czwartym.

*Ratio legis* self-cleaning wynika z priorytetów mających miejsce w reformie unijnego prawa zamówień z 2014 r. Sprowadza się ono do opracowania prostszych i bardziej elastycznych procedur zamówień publicznych, w celu zwiększenia ich skuteczności i dostępności do rynku zamówień publicznych, przede wszystkim dla mikro, małych i średnich przedsiębiorstw<sup>229</sup>.

Jednocześnie prawo unijne rozszerzyło katalog obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wykonawcy, które doprowadziły do ograniczenia dostępu do rynku zamówień publicznych<sup>230</sup>. Przesłanki te prowadziły niejednokrotnie do konieczności wykluczenia wykonawcy o innowacyjnym potencjale, co w rezultacie mogło być sprzeczne z interesem zamawiającego i prowadziło do zmniejszenia szansy na osiągnięcie *Best Value for Money*. Instrumentem, który miał łagodzić skutki ograniczenia konkurencji wywołanej wprowadzeniem rygorystycznych przesłanek wykluczenia, było

---

<sup>223</sup> *Ibidem*, s. 199.

<sup>224</sup> Art. 239 – art. 252 Pzp.

<sup>225</sup> Art. 224 Pzp.

<sup>226</sup> Art. 112 – art. 117 Pzp.

<sup>227</sup> Art. 108 i 109 Pzp; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 192–202.

<sup>228</sup> *Ibidem*, s. 175.

<sup>229</sup> Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Akt o Jednolitym Rynku. Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania „Wspólnie na rzecz nowego wzrostu gospodarczego”*, Bruksela 13.04.2011, KOM (2011) 206 wersja ostateczna, s. 22; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 209.

<sup>230</sup> *Ibidem*, s. 209.

wprowadzenie instytucji self-cleaning<sup>231</sup>. Procedura self-cleaning miała w swym założeniu łagodzić skutki zmian unijnego prawa związanego z zaostreniem przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania poprzez stworzenie możliwości udowodnienia, że niewłaściwe działania i zachowania wykonawcy należą już do przeszłości. Wykonawca otrzymał możliwość podjęcia odpowiednich środków naprawczych i prewencyjnych, dowodzących jego wiarygodności. Jak wskazała Komisja Europejska, wprowadzenie instytucji self-cleaning jest wyrazem potrzeby znalezienia równowagi między stosowaniem podstaw wykluczenia a poszanowaniem zasady proporcjonalności i równego traktowania wykonawców<sup>232</sup>. Jeżeli wykonawca, który jest świadomy dokonanych naruszeń i dobrowolnie podejmuje odpowiednie działania naprawcze, poprzez które zrekompensuje wywołane negatywne skutki, oraz podejmie właściwe środki prewencyjne chroniące i zapobiegające powstaniu podobnych sytuacji w przyszłości, to wykluczenie go z postępowania będzie nieproporcjonalne, ponieważ jego udział w rynku zamówień publicznych nie zagraża już uczciwej konkurencji. Zadaniem wykonawcy jest wykazanie swojej wiarygodności<sup>233</sup> oraz przekonanie zamawiającego, że popełniony czyn lub zaniechanie z dużym prawdopodobieństwem już się nie powtórzą<sup>234</sup>.

Dla pełnego przedstawienia zasady uczciwej konkurencji niezbędne jest odniesienie się do zasady przejrzystości, ponieważ, jak to trafnie ujął Rzecznik Generalny Ch. Stix-Hackl, aby konkurencja mogła być zachowana, potrzebne jest minimum przejrzystości<sup>235</sup>.

### 1.3.3. Zasada przejrzystości

Obowiązek stosowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zasady przejrzystości, inaczej transparentności, wynikający z art. 16 pkt 3 Pzp, sprowadza się do zagwarantowania przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie

---

<sup>231</sup> R. Caranta, S. Richetto, *On Self-cleaning* [w:] *Qualification, Selection and Exclusion in EU Procurement*, ed. M. Burgi, M. Trybus, S. Treumer, Kopenhaga 2016, s. 276; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 209.

<sup>232</sup> Komisja Europejska, *Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększania skuteczności rynku zamówień*, Bruksela 27.01.2011, KOM (2011) 15 wersja ostateczna, s. 58.

<sup>233</sup> Opinia Rzecznika Generalnego M.C. Sanches-Bordony z dnia 16.05.2018 r. w sprawie C-124/17 *Vossloh Laeis GmbH przeciwko Standwerke MunChen GmbH* (ECLI:EU:C:2018:316).

<sup>234</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 211.

<sup>235</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Ch. Stix-Hackl z dnia 1 lipca 2004 r. w sprawie C-247/02 *Sintesi*, pkt 37 (ECLI:EU:C:2004:399); P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 178.

zamówienia publicznego w sposób przejrzysty oraz do zagwarantowania wszystkim zainteresowanym odpowiedniego dostępu do informacji<sup>236</sup>.

Zasada przejrzystości oznacza, że zamawiający musi sformułować wszystkie swoje wymagania w taki sposób, aby wykonawcy nie musieli domyślać się ich treści<sup>237</sup>. Wymagania muszą być znane od początku postępowania i konsekwentnie realizowane do jego końca<sup>238</sup>. Jest to również wyraz stosowania zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, bezpośrednio powiązany z przejrzystością<sup>239</sup>. Analiza tej zasady ma zatem ścisły związek z tematem pracy.

Zagwarantowanie transparentności procedur udzielenia zamówień publicznych wspólnie z zakazem dyskryminacji, realizowanym poprzez zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, stanowią elementy niezbędne do realizacji konkurencji efektywnej, będącej jednym z celów systemu zamówień publicznych<sup>240</sup>. Zasada transparentności łączy się z zasadą równego traktowania wykonawców, a obowiązek zapewnienia przejrzystości postępowania jest wyrazem równego traktowania wykonawców<sup>241</sup>. To poprzez transparentność postępowania, możliwa jest weryfikacja, czy zasada równego traktowania wykonawców jest realizowana, co w konsekwencji będzie miało przełożenie na wzrost konkurencyjności. Zapewnienie przejrzystych procedur, gwarantujących realne szanse w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi jeden z koniecznych warunków prowadzących do zwiększenia zaangażowania przedsiębiorców na danym rynku zamówień<sup>242</sup>.

---

<sup>236</sup> *Ibidem*, s. 175.

<sup>237</sup> W. Gonet [w:] *Zamówienia publiczne...*, s. 80.

<sup>238</sup> Wyrok TSUE z 29.04.2004 r. w sprawie C-496/99, Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA, (ECLI:EU:C:2004:236); wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, (ECLI:EU:C:2012:284); Wyrok KIO z 23.01.2019 r. KIO 42/19 LEX nr 2631833; wyrok KIO z 19.11.2028 r. KIO 2269/18, KIO 2290/18 LEX nr 2620634.

<sup>239</sup> W. Gonet [w:] *Zamówienia publiczne...*, s. 80; W wyroku TSUE z 11.12.2014 r. C-440/13 w sprawie *Croce Amica One Italia* Trybunał odniósł się do zasady przejrzystości w kontekście zasady równego traktowania wykonawców (ECLI:EU:C:2014:2435).

<sup>240</sup> Zob. A. Sánchez-Graells, *More Competition-Oriented Public Procurement to Foster Social Welfare*, [w:] *Towards New Horizons in Public Procurement*, ed. K.V. Thai, Boca Raton 2010, s. 81 wraz z cytowaną tam literaturą; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 178.

<sup>241</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Y. Bota z dnia 5.09.2013 r. w sprawie C-388/12 *Comune di Ancona*, pkt 82 (ECLI:EU:C:2013:535); Opinia Rzecznika Generalnego Y. Bota z dnia 27.10.2009 r. w sprawie C-91/08 *Wall AG*, pkt 38-39 (ECLI:EU:2009:659); wyrok Trybunału z dnia 29.04.2004 r. w sprawie C-496/00 *CAS Succhi di Frutta*, pkt 110 (ECLI:EU:C:2004:236); wyrok Trybunału z dnia 11.05.2017 r. w sprawie C-131/16 *Archus Gama*, pkt 29 (ECLI:EU:C:2017:358); P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 176-177.

<sup>242</sup> *Ibidem*, s. 176-178.

Stosowanie zasady przejrzystości nakłada na zamawiającego obowiązek przestrzegania i określania jednoznacznych warunków, jasnych reguł, procedur, czynności zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej<sup>243</sup>, jednocześnie wyznaczając środki do weryfikacji ich prawidłowości oraz zobowiązując zamawiającego do jawności na każdym etapie postępowania. Ponadto, dzięki sformułowaniu jednoznacznych reguł ubiegania się o zamówienie, ograniczeniu dowolności w ocenie ofert przez zamawiających, realizowana zostaje zasada konkurencyjności. Pełna transparentność przeciwdziała również korupcji, ponieważ dzięki przejrzystości można stwierdzić, czy postępowanie prowadzone jest zgodnie z wymaganymi regułami oraz czy zachowane zostały wszystkie wymagane procedury<sup>244</sup>. Ponadto, zasada ta zapewnia możliwość kontrolowania prawidłowości działań zamawiającego przez wszystkich zainteresowanych, poprzez konieczność udostępnienia protokołu z postępowania wraz z załącznikami w trybie dostępu do informacji publicznej<sup>245</sup>.

Stosowanie zasady przejrzystości nakłada na zamawiającego obowiązek upublicznienia informacji o zamiarze udzielenia zamówienia, obowiązek sporządzenia dokumentacji postępowania zgodnie z regułami prawa, określenia przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców, jasno określonych kryteriów oceny ofert<sup>246</sup>, przekazania do publicznej wiadomości informacji o wyniku postępowania, a także sporządzenia protokołu

---

<sup>243</sup> R. Szostak, *Zasady prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 3, s. 13–14; E. Przeszło [w:] A. Powałowski (red.), T. Bąkowski, R. Blicharz, A. Dobaczewska, *Prawo gospodarcze publiczne...*, s. 371; Zasada proporcjonalności była także przedmiotem rozstrzygnięć m.in. w wyrokach KIO: wyr. z 17.05.2016 r., KIO 628/16, KIO 632/16 Legalis nr 1481722; w wyr. KIO z 6.02.2014 r., KIO 120/14 Legalis nr 804187; w wyr. KIO z 13.06.2013 r., KIO 1276/13 Legalis nr 736588; w wyr. KIO z 22.02.2013 r., KIO 292/13 Legalis nr 738242, w wyr. KIO z 2.04.2013 r., KIO 646/13 Legalis nr 744165; w uchwale KIO z 3.06.2015 r., KIO/KD 30/15 Legalis nr 1352484.

<sup>244</sup> I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 141.

<sup>245</sup> Zob. orzeczenie TSUE z 6.11.2014 r. (sprawa C-42/13) *Cartiera dell’Adda SpA przeciwko CEM Ambiente SpA* ECLI:EU:C:2014:2345, zgodnie z którym „obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia”.

<sup>246</sup> Wyrok Trybunału z dnia 29.04.2004 r. w sprawie C-496/00 *CAS Succhi di Frutta*, pkt 111 (ECLI:EU:C:2004:236); wyrok Trybunału z 6.11.2014 r. sprawa C-42/13 *Cartiera dell’Adda SpA przeciwko CEM Ambiente SpA*, pkt 44 (ECLI:EU:2014:2345); A. Sołtyśńska, H. Talago-Sławoj, *Charakter specyfikacji jako instrumentu gwarantującego przestrzeganie zasady przejrzystości*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 1, s. 28–39.

z postępowania<sup>247</sup>. Zamawiający zobowiązany jest również uzasadnić każdą czynność dokonaną w postępowaniu i wskazać podstawę prawną jej podjęcia<sup>248</sup>. Przykładowo wskazać można na takie czynności jak: odrzucenie oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej, podjęcie decyzji o unieważnieniu postępowania, wezwanie wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień, uzupełnienie środków dowodowych<sup>249</sup>, ale także uzasadnienie oceny dowodów złożonych przez wykonawcę w ramach procedury self-cleaning.

Transparentność w zamówieniach publicznych wspiera legalizm ich udzielania, przyczynia się do zapobiegania faworyzowaniu wykonawców, zapobiega korupcji oraz innym nadużyciom władzy<sup>250</sup>. Działania korupcyjne w zamówieniach publicznych wywołują problemy natury systemowej i ekonomicznej, stoją w jawnej sprzeczności z zasadą *Best Value for Money*. Natomiast brak działań zabezpieczających przed korupcją sprawia, że system zamówień – nawet skonstruowany należycie – sprzyja zachowaniom patologicznym i ułomnym<sup>251</sup>.

Narzędziem, które w swym założeniu ma zabezpieczać przed działaniami korupcyjnymi, jest instytucja self-cleaning. Opracowane w jej ramach mechanizmy opierają się na wprowadzeniu odpowiednich, wewnętrznych regulacji (tzw. polityki compliance, wytycznych, soft law)<sup>252</sup>. Mechanizmy te mają charakter normatywny, ale również obejmują takie obszary jak działalność edukacyjna, szkoleniowa oraz prewencyjna<sup>253</sup>.

Powyższe potwierdza zatem wzajemną zależność zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości, których analiza w kontekście instytucji self-cleaning stanowi przedmiot badań pracy. Zasada przejrzystości pozwala na weryfikację działań podejmowanych również w ramach self-cleaning przez wszystkie zainteresowane podmioty, a także na weryfikację wpływu tych

---

<sup>247</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 178.

<sup>248</sup> A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz 202*, s. 131; W. Gonet [w:] *Zamówienia...*, s. 80.

<sup>249</sup> A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 131.

<sup>250</sup> A. Sánchez-Graells, *More Competition-Oriented Public Procurement to Foster Social Welfare* [w:] *Towards New Horizons in Public Procurement*, ed. K.V. Thai, Boca Raton, 2010, s. 81; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 178.

<sup>251</sup> M. Kania, *Systemowe rozwiązania w zakresie przeciwdziałania i zwalczania korupcji w zamówieniach publicznych na tle rozwiązań prawa niemieckiego* [w:] T. Kocowski, J. Gala (red.), *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych w Polsce*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497, s. 129, 133.

<sup>252</sup> Przedstawionych szerzej w rozdziale czwartym.

<sup>253</sup> M. Kania, *Systemowe rozwiązania w zakresie...*, s. 145.

działań i stopnia zrealizowania celu, dla którego została ustanowiona instytucja self-cleaning. Transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, możliwość przeprowadzenia self-cleaning przez każdego wykonawcę w uzasadnionych okolicznościach, prowadzi do zwiększenia pewności stosowania prawa, wzrostu zaufania do instytucji publicznych oraz promowania rozwiązań charakterystycznych dla państw demokratycznych<sup>254</sup>.

#### 1.3.4. Zasada proporcjonalności

Zasada proporcjonalności została wprowadzona do treści prawa zamówień publicznych nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r.<sup>255</sup> Przed nowelizacją, zasada ta – mimo wyraźnego braku w przepisach – funkcjonowała w prawie zamówień publicznych, a wyprowadzana była z całokształtu ustawy<sup>256</sup> oraz z dyrektyw unijnych i orzeczeń TSUE<sup>257</sup>.

Zasada proporcjonalności to jedna z podstawowych reguł funkcjonujących w prawie Unii Europejskiej. Polska, implementując dyrektywę 2014/24/UE, wprowadziła zasadę proporcjonalności do swojego porządku prawnego<sup>258</sup>. Zgodnie z jej treścią

---

<sup>254</sup> CH.H. Bovis, *The Effects of the Principles of Transparency and Accountability on Public Procurement and Public Private Partnership Regulation*, "European Public Private Partnership Law Review" 2008, vol. 3, no. 1, s. 18; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 180.

<sup>255</sup> Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016 poz. 1020). Zgodnie z nowelizacją art. 7 ust. 1 Pzp przybrał treść: „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”.

<sup>256</sup> Wyr. KIO z 18.03.2015 r., KIO 398/15, LEX nr 1676151, w którym Izba stwierdziła, że: „Zasada przejrzystości nie została expressis verbis wymieniona w p.z.p. – faktycznie mieści się ona w zasadzie zachowania uczciwej konkurencji – jednak znajduje wyraz w szeregu przepisów tej ustawy, jak np. art. 25, art. 36 czy art. 87 ust. 1 p.z.p.”.

<sup>257</sup> Zgodnie z orzeczeniem ETS z 23.12.2009 r. C-376/08 *Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano*) zachowanie zasady proporcjonalności jest równoznaczne z ograniczeniem gwarantowanej w Traktacie konkurencji w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko w takim, jaki jest niezbędny do osiągnięcia celu (ECLI:EU:C:2009:808). Z kolei w orzeczeniu ETS z 27.10.2005 r. C-234/03 *Contse SA, Vivisol Srl and Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud)* podniesione zostało, że nieproporcjonalność oznacza nadmierność (ECLI:EU:C:2005:644). Na uwagę zasługuje także orzeczenie ETS z 16.09.1999 r. C-414/97 (*Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii*), w którym zwrócono uwagę na test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do celu (ECLI:EU:C:1999:417); Wyrok TSUE z 14.12.2016 r. C-171/15, *Connexion Taxi Services BV* (ECLI:EU:C:2016:948); Wyrok TSUE z 19.06.2019 r. C-41/18 *Meca Srl* (ECLI:EU:C:2019:507); Wyrok TSUE z 15.05.2018 r. C-531/16, *VSA Vilnius UAB* (ECLI:EU:C:2018:324); Wyrok TSUE z 24.10.2018 r. C-124/17, *Vossloh Laeis GmbH* (ECLI:EU:C:2018:855); Wyrok TSUE z 3.10.2019 r. C-267/18, *Delta Antrepriza* (ECLI:EU:C:2019:826); Wyrok TSUE z 20.12.2017 r. C-178/16, *Impresa di Construzioni Ing.* (ECLI:EU:C:2017:1000); Wyrok TSUE z 11.07.2019 r., C-697/17, *Telecom Italia SpA* (ECLI:EU:C:2019:599).

<sup>258</sup> Art. 16 pkt 3) Ustawy Pzp.

obowiązkiem zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny.

Zasada proporcjonalności dotyczy w szczególności określenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, poprzez wskazanie minimalnych poziomów zdolności. Zasada ta odnosi się do warunków formalnych, których spełnienie przez wykonawcę ma stanowić gwarancję prawidłowej realizacji zamówienia publicznego<sup>259</sup>.

Zasada ta odgrywa również kluczową rolę w ramach określania przez zamawiającego podstaw wykluczenia, odnoszących się do fakultatywnych przesłanek wykluczenia, zapewniając równowagę pomiędzy zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji<sup>260</sup>. Przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania są narzędziem realizującym zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym kontekście należy postrzegać instytucję self-cleaning, która powstała jako odpowiedź na potrzebę znalezienia równowagi między stosowaniem przesłanek wykluczenia a poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady proporcjonalności<sup>261</sup>. W ramach procedury self-cleaning zamawiający dokonuje oceny podjętych przez wykonawcę działań naprawczych i prewencyjnych. Ocenia, czy działania podjęte przez wykonawcę są wystarczające do wykazania jego rzetelności, przy uwzględnieniu wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli wykonawca, świadomy dokonanych przez siebie naruszeń prawa, podjął właściwe środki naprawcze, które pozwoliły mu zrekompensować negatywne skutki jego działań, oraz prewencyjne, pozwalające uchronić się w przyszłości przed podobnymi sytuacjami, wykluczenie go pozostawałoby w sprzeczności z zasadą proporcjonalności. Wykluczenie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne,

---

<sup>259</sup> E. Przeszło [w:] A. Powalowski (red.), T. Bąkowski, R. Blicharz, A. Dobaczewska, *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 4, Warszawa 2017, s. 371; J. Andąła-Sępkowska, W. Bereszko, *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Warszawa 2018, s. 51.

<sup>260</sup> Wyrok SO w Poznaniu z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl.; M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 2, s. 157.

<sup>261</sup> Komisja Europejska, *Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności rynku zamówień*, Bruksela 27.01.2011, KOM (2011) 15 wersja ostateczna, s. 58.



którego udział w postępowaniu nie zagraża uczciwej konkurencji, nie jest proporcjonalne<sup>262</sup>.

Jak zostało wyżej wykazane, przesłanki wykluczenia stanowią ograniczenie konkurencji. Jednakże katalog przesłanek wykluczenia został ustanowiony z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i pomimo tego, że powoduje ograniczenie jednego z celów określonych w dyrektywach, jakim jest wspieranie konkurencji, to jest to ograniczenie ściśle związane z systemem zamówień publicznych. Dąży do wspierania konkurencji między wykonawcami jedynie w zakresie, w którym jest to zgodne z zasadą ich równego traktowania<sup>263</sup>. W celu rozwiązania konfliktu pomiędzy stosowaniem fakultatywnych przesłanek wykluczenia a negatywnych skutków dla konkurencji konieczne jest stosowanie zasady proporcjonalności<sup>264</sup>. Zamawiający sam musi dokonać oceny i wyważyć, czy zastosowanie danej fakultatywnej przesłanki zakłóci uczciwą konkurencję. Wykluczenie wykonawcy może być uzasadnione względami interesu ogólnego, takimi jak gwarancja staranności, wiarygodności, uczciwości zawodowej czy również samego podejścia wykonawcy do zamówienia. Dla oceny tych przeciwstawnych celów należy zastosować zasadę proporcjonalności<sup>265</sup>.

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pojawia się od lat koncepcja działań proporcjonalnych w szczególności w zakresie ustalania i stosowania kryteriów kwalifikacji i wyboru oferty. Trybunał postrzega zasadę proporcjonalności jako wykluczającą regulacje krajowe o automatycznym charakterze i te, które wykraczają poza to, co niezbędne do osiągnięcia zamierzonego celu<sup>266</sup>.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że zasada proporcjonalności wymaga nie tylko testu porównującego dwa sprzeczne interesy, lecz również dwustopniowej oceny wprowadzonego środka. Pierwszy stopień to odpowiedź na pytanie, czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu? Jeśli odpowiedź jest pozytywna, i nadaje się on do realizacji celu, następuje drugi stopień oceny – odpowiedź na pytanie: czy zastosowany środek nie wykracza poza to, co niezbędne, a tym samym, czy nie jest

---

<sup>262</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 210–211.

<sup>263</sup> Opinia Rzecznika Generalnego M. Pajaresa Maduro z dnia 8 września 2005 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 *La Cascins*, pkt 24 i 26 (ECLI:EU:C:2005:524); P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 201, 202; Opinia Rzecznika Generalnego M. Pajaresa Maduro z dnia 8 października 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*, pkt 21 (ECLI:EU:C:2008:544).

<sup>264</sup> Opinia rzecznika Generalnego M.C. Sánchez-Bordony z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie C- 171/15 *Connexion Taxi Services*, pkt 44 (ECLI:EU:C:2016:506).

<sup>265</sup> Opinia rzecznika Generalnego M.C. Sánchez-Bordony z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie C-178/16 *Impresa di Construzioni Ing. E. Mantovani*, pkt 53 (ECLI:EU:C:2017:487).

<sup>266</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień...*, s. 253.

nadmierny. Czy może inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu? A może założony efekt osiągnie się za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej dotkliwych środków?<sup>267</sup>. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem zachowanie niezbędnej równowagi pomiędzy zagwarantowaniem należytego wykonania zamówienia a postawionymi warunkami udziału w postępowaniu oraz przesłankami wykluczenia. Warunki te nie mogą w sposób nieuzasadniony wprowadzać nadmiernych wymagań, które wyeliminują z udziału w postępowaniu podmioty, które są w stanie wykonać zamówienie w sposób należyty. Warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, jego zakresem, elementami charakterystycznymi, stopniem złożoności lub kryteriami realizacji zamówienia. Nie mogą ograniczać dostępu do zamówienia dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Interpretacja zasady proporcjonalności w powyższym kontekście była przedmiotem rozważań składów orzekających Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z którymi, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu<sup>268</sup> powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia<sup>269</sup>.

Realizacja zasady proporcjonalności odbywa się również poprzez racjonalną ocenę wyjaśnień, dokumentów i dowodów składanych przez wykonawców, działań

---

<sup>267</sup> *Ibidem*, s. 254.

<sup>268</sup> Sformułowanie „opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków” po nowelizacji z 22.06.2016 r. zastąpiono wyrażeniem „określenie warunków udziału w postępowaniu”.

<sup>269</sup> Zob. wyr. Z 24.11.2014 r. KIO 2358/14, LEX nr 1583500, zgodnie z którym: „Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opis ten powinien więc uwzględniać specyfikę przedmiotu zamówienia, jego zakres, stopień złożoności. Zamawiający nie może formułować wymagań przewyższających warunki wystarczające do należytego wykonania zamówienia. Wymagania te nie mogą też być zbyt liberalne i powodować, że do udziału w postępowaniu zostaną dopuszczeni wykonawcy, którzy nie są w stanie zrealizować zamówienie w sposób należyty”, oraz uchwałę KIO z 5.09.2014 r. KIO/KU/74/14, Legalis nr 1245542, w której podniesione zostało: „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Każdy warunek w stosunku do każdego postępowania musi być badany indywidualnie i nawet warunek o identycznym brzmieniu w jednym przypadku może być prawidłowy, a w innym nie”. Zasada proporcjonalności była także przedmiotem rozstrzygnięć m.in. w wyrokach KIO: w wyr. z 14.12.2012 r. KIO 2636/12, LEX nr 1254815; w wyr. Z 8.12.2021 r. KIO 3439/21, LEX nr 3350611; w wyr. Z 29.03.2017 r. KIO 470/17, LEX nr 2268356; w wyr. Z 18.02.2022 r. KIO 284/22, LEX nr 3366533; w wyr. Z 20.01.2017 r. KIO 8/17, LEX nr 2196106; w wyr. Z 26.06.2020 r. KIO 1052/20, LEX nr 3044315; w wyr. Z 4.10.2019 r. KIO 1859/19, LEX nr 2745384; w wyr. Z 16.08.2019 r. KIO 1500/19, LEX nr 2737739; w wyr. z 24.09.2015 r. KIO 1997/15, LEX nr 1933326; w wyr. z 30.11.2017 r. KIO 2232/17, LEX nr 2437553; w wyr. Z 13.05.2022 r. KIO 1104/22, LEX nr 3345612; w wyr. Z 14.03.2017 r. KIO 348/17, LEX nr 2258069; w wyr. Z 23.09.2015 r. KIO 1988/15, LEX nr 1933318; w wyr. Z 9.09.2020 r. KIO 1988/20, LEX nr 3075234; w wyr. Z 18.05.2018 r. KIO 857/18, LEX nr 2539126.

podejmowanych w ramach self-cleaning<sup>270</sup>, a także poprzez rozważne wyznaczenie terminów na uzupełnienie dokumentów oraz złożenie wyjaśnień<sup>271</sup>. To także szczegółowa i rzetelna analiza przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania, w zestawieniu z oceną, czy w zaistniałych okolicznościach, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy<sup>272</sup> jest wystarczająca do wykonania zamówienia, eliminacja wykonawcy to posunięcie proporcjonalne.

### 1.3.5. Zasada efektywności zamówień publicznych

Ustawą Prawo zamówień publicznych do prawa zamówień publicznych została wprowadzona zasada efektywności. Zgodnie z treścią art. 17 ust. 1 zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Zasada ta, choć wcześniej bezpośrednio nie wynikała z przepisów prawa zamówień publicznych, znana jest systemowi zamówień publicznym, bowiem częściowo wyrażona została w art. 44 ust. 3 pkt 1<sup>273</sup> Ustawy o finansach publicznych<sup>274</sup>. Przepis ten nakłada obowiązek dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów (*Best Value for Money*) oraz

---

<sup>270</sup> Szerzej opisano w rozdziale trzecim i czwartym.

<sup>271</sup> I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 138–141.

<sup>272</sup> Dotyczy to wyłącznie wykonawcy, w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielem, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

<sup>273</sup> Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
  - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
  - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

<sup>274</sup> Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych t.j.: z dnia 20 stycznia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 305).

optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów<sup>275</sup>. Jednakże ten akt prawny nie uwzględniał zagadnień wskazanych w art. 17 ust 1 pkt 2 Ustawy Pzp dotyczących wydatkowania środków publicznych w celu uzyskania najlepszych efektów środowiskowych, społecznych oraz gospodarczych<sup>276</sup>. W znaczeniu doktrynalnym, zasada efektywności sprowadza się do wyboru najkorzystniejszej oferty dla realizacji zadań oraz stosowania jasnych i przejrzystych procedur i kryteriów wyboru sposobu realizacji zadań publicznych<sup>277</sup>.

Zasada efektywności winna być również traktowana jako tzw. norma programowa, która zawarta została w przepisach kształtujących cele i zadania władzy publicznej, konieczne do ich realizacji w życiu społecznym. Normy programowe wyznaczają swoim adresatom pożądane cele, wyznaczające jak najpełniejsze zachowania lub aktywności prawnie dopuszczalne, a uzasadnione uwarunkowaniami faktycznymi<sup>278</sup>.

W uzasadnieniu do projektu Ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano kluczowe problemy w tej dziedzinie wymagające nowych rozwiązań. Trudności te uzasadniały potrzebę zwiększenia efektywności udzielanych zamówień<sup>279</sup>. Zaliczono tu:

- 1) wybieranie rozwiązań najtańszych zamiast najbardziej efektywnych w dłuższym okresie;
- 2) nieefektywne zarządzanie procesem zakupowym – od planowania udzielenia zamówienia, przygotowania postępowania po podsumowanie jego realizacji,
- 3) koncentrację zamawiających na spełnieniu wymogów formalnych, zamiast na uzyskaniu najlepszego jakościowo produktu lub usługi.

Wprowadzenie zasady efektywności do Ustawy Prawo zamówień publicznych jest również odpowiedzią na dyrektywę Unii Europejskiej w sprawie zamówień publicznych<sup>280</sup>, która w motywie drugim podkreśla, że instrumentem zwiększającym efektywność wydatków

---

<sup>275</sup> F. Łapecki, *Wybór oferty najkorzystniejszej na tle zasady efektywności zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2020, nr 2, s. 6.

<sup>276</sup> M. Kania, *Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 1, s. 4.

<sup>277</sup> E. Kornberger-Sokołowska, *Budżety jednostek samorządu terytorialnego w aspekcie decentralizacji i regionalizacji finansów publicznych* [w:] *System prawa finansowego*, t. 2, *Prawo finansowe sektora finansów publicznych*, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010, s. 263; F. Łapecki, *Wybór oferty najkorzystniejszej...*, s. 6.

<sup>278</sup> M. Kania, *Zasada efektywności w nowym...*, s. 5; zob. Z. Ziemiński, *Próba uporządkowania słownictwa prawniczego*, „Studia Logica” 1964, t. XV, s. 263.

<sup>279</sup> Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, s. 1–2; M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Janicka, A. Matusiak, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2021, s. 100.

<sup>280</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE L z 2014 r. nr 94).

publicznych jest udział w zamówieniach publicznych małych i średnich przedsiębiorstw<sup>281</sup>. W tym też kontekście należy postrzegać instytucję self-cleaning, której wprowadzenie do prawa zamówień publicznych ma wpływ na ich efektywność, poprzez dopuszczenie do udziału w zamówieniach również małych i średnich przedsiębiorców, którzy podjęli odpowiednie działania, w celu wykazania swojej rzetelności i wiarygodności.

W konstrukcji przepisu ustawodawca posłużył się spójnikiem „oraz”, który oznacza, że zamawiający przy udzielaniu zamówień publicznych winni uwzględniać kwestie relacji jakości do środków, które mogą przeznaczyć na realizację zamówienia, ale także zobowiązani są do uwzględniania każdorazowo aspektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych – jeżeli którykolwiek możliwy jest do uzyskania w danym zamówieniu w stosunku do poniesionych nakładów<sup>282</sup>.

Z treści regulacji art. 17 ust. 1 Ustawy Pzp wynika, że obowiązek zapewnienia przez zamawiających uzyskania najlepszej jakości oraz najlepszych efektów powiązany został ze środkami lub nakładami. Zatem, punktem odniesienia dla oceny pod kątem efektywności, są nie tylko środki finansowe, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na zamówienia, ale również inne środki zaangażowane w udzielenie zamówienia. Ustawodawca odwołuje się do „środków”, które zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, oraz do „poniesionych nakładów”<sup>283</sup>.

Jak wynika z treści przepisu<sup>284</sup>, zasada efektywności odnosi się do dwóch zasadniczych pojęć: jakość oraz efekt. I to bazując na tych kryteriach będzie analizowane wypełnienie przez zamawiających tej zasady. Znaczenia terminów „jakość” i „efekt” mają podobny charakter, a ich potoczne rozumienie może być zbliżone. Chociaż „jakość” wywodzi się z odległych czasów, stanowiąc pojęcie filozoficzne a przez Platona zostało zdefiniowane, jako „pewien stopień doskonałości”, to obecnie w znaczeniu ogólnym termin ten jest używany w celu określenia, że dany produkt odpowiada określonym wymogom, parametrom, właściwościom ustalonym w normach czy specyfikacjach<sup>285</sup>. W ujęciu konsumenckim natomiast „jakość” rozumiana jest jako zbiór cech lub właściwości oczekiwanych przez klienta. Jakość określa stopień doskonałości produktu lub usługi, wiążąc się z dodatkowym przez oceniającego określeniem stopnia spełnienia

---

<sup>281</sup> A. Borowicz, *Efektywność zamówień publicznych – istota oraz normatywne w nowym ZamPublU*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2020, nr 1, s. 24.

<sup>282</sup> M. Kania, *Zasada efektywności w nowym...*, s. 6.

<sup>283</sup> J. Dolecki, *Kilka uwag o zasadzie efektywności*, *Zamówienia Publiczne. Doradca*” 2020, nr 4, s. 35.

<sup>284</sup> Art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) Pzp.

<sup>285</sup> J. Dolecki, *Kilka uwag o...*, s. 36.

oczekiwań związanych z produktem. Definiowana jest także jako spełnienie lub przekroczenie wymagań klienta<sup>286</sup>, ale również jako zbiór cech danego przedmiotu lub usługi, który wyróżnia go na tle innych, podobnych przedmiotów czy usług<sup>287</sup>.

Na uwagę zasługuje również definicja „jakości” ujęta w normach: PN-ISO 8402:1994 i PN-EN ISO 9000 odnoszących się do tej kwestii. Definicja jakości wg normy PN-ISO 8402:1994: zakłada, że „jakość to ogół cech i właściwości wyrobu lub usługi decydujących o zdolności wyrobu do zaspokojenia stwierdzonych lub przewidywanych potrzeb”. Natomiast wg normy PN-EN ISO 9000 z września 2001 r. to „stopień, w jakim zbiór inherentnych właściwości spełnia wymagania”. Pod pojęciem „właściwość inherentna” należy tu rozumieć stałą właściwość wyrobu, procesu lub systemu, która istnieje sama w sobie. Dla przykładu można odnieść się do parametrów technicznych samochodu, w którym właściwością inherentną będą: maksymalna moc, zużycie paliwa, zużycie oleju, maksymalny moment obrotowy itp., natomiast pod pojęciem „wymagania” należy rozumieć potrzebę lub oczekiwanie, które zostało ustalone, przyjęte zwyczajowo lub jest obowiązkowe<sup>288</sup>.

Według Janusza Doleckiego obecnie dla określenia definicji pojęcia „najlepsza jakość”, na gruncie Ustawy Prawo zamówień publicznych, przyjmuje się jego rozumienie jako „najlepsze spełnienie lub przekroczenie wymagań klienta”<sup>289</sup>.

Zasada efektywności udzielania zamówień, odnosząca się do najlepszej jakości dostaw, usług lub robót budowlanych, powiązana jest ze środkami przeznaczonymi przez zamawiającego na realizację zamówienia. Ma to przełożenie na wybór oferty najkorzystniejszej, którą stanowi ta o najlepszej relacji jakości do ceny lub kosztu, tj. najkorzystniejsza ekonomicznie. Zatem oferta najkorzystniejsza ekonomicznie jest środkiem do realizacji zasady efektywności zamówień publicznych<sup>290</sup>.

Na gruncie prawa zamówień publicznych ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie jest ta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub z najniższą ceną lub kosztem, wybierana na podstawie kryteriów określonych w dokumentach zamówienia<sup>291</sup>. Stałym elementem kryteriów oceny ofert jest zawsze

---

<sup>286</sup> *Ibidem*, s. 36.

<sup>287</sup> F. Łapecki, *Wybór oferty najkorzystniejszej...*, s. 8.

<sup>288</sup> J. Dolecki, *Kilka uwag o...*, s. 36.

<sup>289</sup> *Ibidem*, s. 34–36.

<sup>290</sup> F. Łapecki, *Wybór oferty najkorzystniejszej...*, s. 8.

<sup>291</sup> Zgodnie z art. 239 Ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny

cena, której wartość nie może być wyższa niż 60%<sup>292</sup> lub koszt<sup>293</sup>. Nowością, wprowadzoną do prawa zamówień publicznych, jest rozwiązanie pozwalające na oparcie kryterium kosztu na metodzie efektywności kosztowej, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia<sup>294</sup> produktu, usługi lub roboty budowlanej<sup>295</sup>.

Odnosząc się do drugiego z wyznaczników zasady efektywności, tj. pojęcia „najlepszego efektu”, należy go rozumieć jako stosunek, rezultat lub wynik działań. Z kolei efektywny to „skuteczny, wydajny, dający pozytywne wyniki”<sup>296</sup>. Zatem chodzi tu o zamówienie udzielone sprawnie i skutecznie, w zakresie zakładanych i uzyskanych rezultatów<sup>297</sup>. Sprawnie przeprowadzona procedura wpływa na efektywne zamówienie publiczne<sup>298</sup>. Zamówienia efektywne to wydatki w ramach jego realizacji, podporządkowane określonemu celowi oraz ponoszone w sposób oszczędny, co nie zawsze jest tożsame z najtańszym. Przekłada się to na obowiązek po stronie zamawiającego odpowiedniego doboru sposobu i metod działania, aby skutecznie, wydajnie i z pozytywnym efektem osiągnąć założone cele<sup>299</sup>. Cele te należy rozumieć szeroko, także w kontekście wpływów społecznych, środowiskowych i gospodarczych, o ile którykolwiek z pozytywnych wyników jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Cele te będą realizowane poprzez wykonanie przedmiotu zamówienia na jak najkorzystniejszych warunkach. Jakość, ilość, obiektywna wartość nabytych dóbr powinna być taka, jaka wynika z faktycznych potrzeb zamawiających. Nie oznacza to jednak, że należy nabyć jak najwięcej za najniższą cenę. Prowadzi to do wniosku, iż efekty związane z realizacją zamówienia publicznego powinny być oceniane nie tylko w kontekście ekonomicznym, ale również na polu realizacji projektów podejmowanych w interesie ogółu, tj. by dążyć do osiągnięcia celu publicznego<sup>300</sup>. Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, powinien rozważyć wszystkie czynniki wpływające na wzrost ceny, jak np.: zatrudnienie pracowników na umowę o pracę, wymóg zatrudnienia osób należących do

---

lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

<sup>292</sup> Art. 246 ust. 1 Ustawy Pzp.

<sup>293</sup> Z wyjątkiem okoliczności wskazanych w art. 246 ust. 2 Ustawy Pzp.

<sup>294</sup> Art. 245 ust. 1 Kryterium kosztu może być oparte na metodzie efektywności kosztowej, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia.

<sup>295</sup> W. Iwaniec, *Wpływ kryterium ceny na efektywność zamówienia publicznego*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2020, nr 4, s. 8.

<sup>296</sup> Słownik języka polskiego online, [sjp.pwn.pl](http://sjp.pwn.pl) (dostęp 04.02.2020).

<sup>297</sup> J. Dolecki, *Kilka uwag o...*, s. 36.

<sup>298</sup> M. Stręciwilk, *Czas prowadzenia postępowania a efektywność procedury udzielenia zamówienia*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2020, nr 9, s. 30.

<sup>299</sup> F. Łapecki, *Wybór oferty najkorzystniejszej...*, s. 6.

<sup>300</sup> *Ibidem*.

grup zagrożonych wykluczeniem społecznym, ochronę środowiska, stymulowanie innowacyjności, czy – w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane w budynkach użyteczności publicznej – promowanie rozwiązań estetycznych; ale także winien rozważyć interes w realizacji zamówienia publicznego. Niejednokrotnie interes ten wykracza poza granice samego przedmiotu zamówienia, przyczyniając się do osiągnięcia dodatkowych celów społecznych, gospodarczych czy środowiskowych. Poprzez postawienie np. wymogu stosowania urządzeń z rozwiązaniami proekologicznymi zamawiający promuje działania, których efekt przekłada się na ochronę środowiska.

Zasada efektywności winna przyświecać zamawiającym nie tylko na etapie kształtowania przedmiotu zamówienia, jego udzielenia, ale również w trakcie realizacji umowy o zamówienie publiczne<sup>301</sup>.

Ustawodawca umożliwił zamawiającym realizację tej zasady poprzez wprowadzenie do ustawy Pzp, obok dotychczasowych, nowych konstrukcji normatywnych. Do rozwiązań obowiązujących już w prawie zamówień publicznych, a służących realizacji zasady efektywności, zaliczyć należy: opis przedmiotu zamówienia odpowiadający rzeczywistym potrzebom zamawiającego z uwzględnieniem jak najszerszego kręgu wykonawców zdolnych do jego realizacji, podział zamówienia na części, uwzględnienie aspektów gospodarczych, środowiskowych, społecznych, związanych z innowacyjnością i zatrudnieniem, określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ustanowienie odpowiednich kryteriów oceny ofert, wybór właściwego trybu, w którym nastąpi udzielenie zamówienia, a także konstrukcja zapisów umowy z wykonawcą<sup>302</sup>.

Ustawodawca, w celu realizacji zasady efektywności, poszerzył krąg narzędzi dostępnych dotychczas zamawiającym wprowadzając nowe konstrukcje normatywne. Należy tu wymienić m.in.: analizę potrzeb i wymagań, wstępne konsultacje rynkowe, obowiązek kreowania polityki zakupowej państwa, a w przypadku zamawiających będących centralnym organem rządowym – obowiązek sporządzania strategii zarządzania zgodnie z polityką zakupową państwa, dla poszczególnych kategorii zakupowych<sup>303</sup>. Warto zaakcentować zabiegi podjęte przez ustawodawcę, by zwiększyć skuteczności realizacji zasady efektywności – dotyczące trybów udzielenia zamówień publicznych. Ustawodawca zrezygnował z prymatu trybów przetargowych

---

<sup>301</sup> M. Kania, *Zasada efektywności w nowym...*, s. 8.

<sup>302</sup> M. Jaworska [w:] M. Jaworska, D. Grzeškowiak-Stojek, J. Janicka, A. Matusiak, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, wyd. 1, s. 100–101.

<sup>303</sup> *Ibidem*.



w postępowaniach powyżej progów unijnych, by zwiększyć elastyczności w zakresie wyboru trybów negocjacyjnych. W wyniku negocjacji zamawiający wzmacniają współpracę z sektorem prywatnym. Dzięki temu mogą pozyskać z rynku informacje dotyczące nowoczesnych rozwiązań technicznych, informatycznych, środowiskowych, społecznych, ekonomicznych lub prawnych. Ustawodawca, dla postępowań poniżej progów unijnych, wprowadził także całkiem nowe rozwiązanie – konstrukcję trybu podstawowego. W jego ramach przewidziane zostały trzy warianty, gdzie w dwóch z nich zamawiający będzie mógł przeprowadzić negocjacje<sup>304</sup>. Ustawodawca wprowadził również obowiązek współdziałania zamawiającego z wykonawcą na etapie wykonania umowy (w celu należytej realizacji zamówienia oraz ewaluację wykonania umowy i wdrożenie wniosków co do ewentualnej zmiany sposobu realizacji przyszłych zamówień<sup>305</sup>).

Podsumowując, stwierdzić można, że obowiązek wyrażony w art. 17 ust. 1 Pzp, polegający na dążeniu przez zamawiającego do zapewnienia najlepszej jakości i najlepszych efektów zamówienia, nie ma charakteru bezwzględny. Osiągnięcie najlepszej jakości powinno być oparte na uwzględnieniu środków, które mogą być przeznaczone na realizację zamówienia (przy czym wydaje się, że nie tylko środków finansowych, ale też np. osobowych, technicznych czy organizacyjnych), oraz najlepszych efektów (w tym społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych) – o ile są one możliwe do uzyskania w stosunku do poniesionych nakładów. Wobec powyższego, zamawiający przed wszczęciem procedury udzielenia zamówienia powinien mieć wiedzę, czy musi minimalizować koszty związane z realizacją danego zamówienia, czy też może preferować wyższą jakość i efekty zamówienia bądź może w określonym przypadku lepsze będzie bilansowanie kosztów z oczekiwaną jakością i zamierzonymi efektami. Taka analiza winna być dokonana przede wszystkim na podstawie potrzeb zamawiającego, które mają być zaspokojone poprzez wykonanie zamówienia, wypełniając charakter i jego złożoności.

Stosowanie zasady efektywności polega więc na analizie kosztów i korzyści, a ostatecznie nakierowane jest na osiągnięcie najlepszych efektów z poniesionych z danych nakładów, mając świadomość, że realizacja zamówienia nie ogranicza się do pozyskania dóbr i usług, ale może – i powinna – stanowić jedno z narzędzi osiągnięcia

---

<sup>304</sup> M. Kania, *Zasada efektywności w nowym...*, s. 8.

<sup>305</sup> M. Jaworska [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Janicka, A. Matusiak, *Prawo Zamówień...*, s. 101.

celów dalej idących, w tym mających wymiar społeczny, gospodarczy oraz środowiskowy<sup>306</sup>.

Odnosząc się do zagadnienia zasad udzielania zamówień publicznych, należy wskazać na ich wagę dla tematu pracy, tj. instytucji self-cleaning. Podkreślenia wymaga rola, jaką pełni uczciwa i sprawiedliwa konkurencja, otwarta na wykonawców respektujących powszechnie szanowane wartości wyrażone w systemie prawnym. Wykonawców wiarygodnych i rzetelnych, których udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie naraża zamawiającego na ryzyko nienależytego wykonania zamówienia, a jednocześnie prowadzi do realizacji zasady *Best Value for Money*. Aby konkurencja realizowała powyższe cele, konieczne są odpowiednie mechanizmy. Prowadzące do zapewnienia uczciwej i sprawiedliwej konkurencji, choć mechanizmy te niewątpliwie stanowią jej ograniczenie.

Jednym z mechanizmów ograniczających konkurencję, zapewnieniających ubieganie się o publiczne pieniądze wykonawcom pozostającym w zgodzie z prawem, są przesłanki wykluczenia z postępowania. Instytucja self-cleaning stanowi narzędzie umożliwiające wykonawcy, wobec którego zaistniały przesłanki wykluczenia, podjęcie działań naprawczych i prewencyjnych, które wykażą jego wiarygodność i uchronią w przyszłości przed ponownym naruszeniem prawa. Podjęcie takich działań przez wykonawcę przyczyni się do zmniejszenia ryzyka udzielenia zamówienia podmiotowi nierzetelnemu i niewiarygodnemu. Ponadto, stworzenie mechanizmów dających wykonawcy podlegającemu wykluczeniu możliwość powrotu na rynek zamówień publicznych przyczynia się do zwiększenia konkurencyjności przy zachowaniu uczciwej konkurencji. Stanowi narzędzie nie tylko pozostające w zgodzie z zasadą uczciwej konkurencji, ale i przyczyniające się do podejmowania przez wykonawców działań wzmacniających wartości, na których opierają się zasady.

Przedstawione powyżej analizy zasad: równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji potwierdzają w całości słuszność pierwszej hipotezy, zakładającej, że jeżeli instytucja self-cleaning jest elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które musi być przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, to w swych założeniach musi realizować zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę

---

<sup>306</sup> G. Matejczuk, *Efektywność – nowa zasada*, „Przetargi Publiczne” 2020, nr 4, s. 52; M. Jaworska [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Janicka, A. Matusiak, *Prawo Zamówień...*, s. 100.

uczciwej konkurencji. Jak zostało wykazane, instytucja ta stanowi gwarancję zróżnicowania w ocenie sytuacji wykonawców, którym zależy na pozytywnej ocenie zamawiającego i którzy pomimo wcześniejszych niewłaściwych działań podjęli odpowiednie środki naprawcze i prewencyjne, by dowieść rzetelności i uczciwości, oraz tych, wobec których zaistniały podstawy wykluczenia, lecz nie podjęli oni żadnych działań, by zapobiec wykluczeniu ich z postępowania. Tym samym, instytucja self-cleaning przyczynia się do wzrostu uczciwej konkurencji na rynku zamówień publicznych. Dzięki mechanizmom self-cleaning wykonawcy, których udział w realizacji zamówienia nie wiąże się z ryzykiem niewłaściwego wykonania zamówienia, nie zostaną usunięci z postępowania. To właśnie brak omawianej dywergencji prowadziłyby do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji<sup>307</sup>.

Omówione powyżej zasady udzielania zamówień publicznych, powiązane z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, mają wpływ na określone przez zamawiającego granice uznania wykonawców za wiarygodnych lub niewiarygodnych, w taki sposób, aby mogli oni ubiegać się o zamówienie publiczne. Prawidłowe stosowanie zasad oddziałuje w sposób bezpośredni na ograniczenie lub rozszerzenie dostępu wykonawców do rynku zamówień publicznych, poprzez określenie fakultatywnych przesłanek wykluczenia oraz ustanowienie warunków udziału w postępowaniu. Szczególną uwagę należy zwrócić na zasadę proporcjonalności, zgodnie z którą określa się warunki udziału w postępowaniu, kształtuje fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania oraz ocenia działania wykonawców i składane przez nich w ramach self-cleaning wyjaśnienia i dokumenty, w celu wykazania ich rzetelności.

#### **1.4. Charakter norm prawnych kształtujących rynek zamówień publicznych**

Istotnym zagadnieniem, którego analiza przybliży zrozumienie instytucji self-cleaning, w szczególności w zakresie zasad, którym podlega, oraz mechanizmów występujących przy jej stosowaniu, jest kwalifikacja prawa zamówień publicznych w kontekście przynależności do prawa publicznego lub prywatnego.

---

<sup>307</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 212.

Jedną z najistotniejszych tendencji do podziału prawa we współczesnej Europie jest podział na prawo publiczne i prawo prywatne<sup>308</sup>, choć według wielu autorów podział ten jest pewną konwencją, której nie należy uważać za wyłącznie prawdziwą czy jedynie możliwą<sup>309</sup>. Podobieństwo można również dostrzec w przypadku wyróżnienia gałęzi prawa<sup>310</sup> występujących zarówno w prawie publicznym, jak i prywatnym (podział taki traktowany jest jako „ponadgałęziowy”)<sup>311</sup>, które najczęściej oznaczają zbiory norm odnoszących się do określonych sfer stosunków społecznych. Również i tutaj o podziale prawa prywatnego lub publicznego na określone gałęzie decydować będzie przyjęcie właściwej konwencji, rozstrzygającej o tym, czy dane prawo zostanie uznane za część gałęzi innego, czy też uznane za osobną gałąź<sup>312</sup>.

Z punktu widzenia podziału prawa na gałęzie prawa istotne jest również odróżnienie gałęzi prawa od „kompleksowych regulacji prawnych”, zwanych także jako „ustawy szczegółowe”<sup>313</sup>.

W odniesieniu do problemu analizowanego w pracy istotną rolę odgrywa usytuowanie prawa zamówień publicznych w kontekście podziału systemu prawa na prawo publiczne lub prawo prywatne. W obszarze dokonanego podziału następuje formułowanie twierdzeń i wniosków odnoszących się do problematyki prawa zamówień publicznych jako regulacji całościowej, wyodrębnionej ze względu na jej przedmiot.

---

<sup>308</sup> P. Bogdanowicz *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019, s. 1; H. Izdebski, *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 240.

<sup>309</sup> P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy w prawie...*, s. 1, zob. przykładowo Z. Radwański, M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego* [w:] *Systemy Prawa Prywatnego. Tom I*, red. M. Safjan Warszawa 2012, s. 32; M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia...*, s. 243 oraz K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7, s. 72 oraz K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 206. Nie przeszkadza to w określaniu kryteriów podziału prawa. Tradycyjnie podstawą podziału było kryterium przedmiotowe, zwane również kryterium interesu – normy prawa publicznego to te, które odnoszą się do interesu ogólnego, a normy prawa prywatnego – do interesu jednostkowego (indywidualnego). Współcześnie wyróżnia się również inne kryteria, np. kryterium typu podmiotowego, typu techniczno-legislacyjnego oraz typu funkcjonalnego; por. Z. Radwański, M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa...*, s. 35–37.

<sup>310</sup> Określanych także jako działy prawa; por. J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2012, s. 96. Zobacz również Z. Radwański, M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa...*, s. 63, gdzie autorzy przyjmują, że pojęcia te nie są synonimami i w ramach gałęzi prawa prywatnego wyróżniają szereg odrębnych działów objętych kompleksową regulacją, np. prawo autorskie, prawo konkurencji, prawo rodzinne, prawo własności przemysłowej, prawo spółdzielcze.

<sup>311</sup> K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 35; H. Rot, *Problem dychotomii prawa publicznego oraz prawa prywatnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 1976, t. 7, nr 307, s. 10–12.

<sup>312</sup> J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa...*, s. 99.

<sup>313</sup> Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2015, s. 5. Jako kompleksowe regulacje prawa autorzy uznają zbiory norm odnoszących się tylko do jednego przedmiotu (stosunku społecznego), co powoduje, iż nie stanowią one oddzielnych gałęzi prawa, lecz mogą należeć do kilku z nich.

Wskazać należy na istotne cechy, właściwości prawa zamówień publicznych i cele, których występowanie, istnienie, konieczność stosowania i przestrzegania będzie wyznacznikiem decydującym o zakwalifikowaniu prawa zamówień publicznych do obszaru prawa publicznego lub prywatnego. To z kolei ma decydujące przełożenie dla uzasadnienia istnienia self-cleaning.

Ważne więc, jakie elementy decydują o tym, czy dany stosunek prawny będzie stosunkiem publicznoprawnym czy prywatnoprawnym. Próba odpowiedzi na to pytanie powoduje konieczność rozróżnienia stosunków prawa publicznego od stosunków prawa prywatnego, w oparciu o uczestniczące w danym stosunku prawnym podmioty i ich rolę w powstawaniu aktów prawnych.

Według Adolfa Merkla prawo jest narzędziem władczego działania państwa, które powstało w konsekwencji roli państwa prawnego jako tworzącego i stosującego prawo<sup>314</sup>.

Pod pojęciem określanym w cywilistyce jako stosunek prawny należy rozumieć stosowanie się do prawa<sup>315</sup>, w efekcie którego dochodzi do uznania czyjegoś uprawnienia lub obowiązku<sup>316</sup>.

Do stosunków prawa publicznego będą należały zatem te sytuacje, w których uczestniczyć będzie podmiot prawa publicznego, tj. podmiot wyznaczony przez prawo publiczne wraz z przysługującymi mu kompetencjami i zakresem władzy, który może używać przymusu na podstawie aktów kontroli prawa<sup>317</sup>.

Każde działanie podmiotu publicznego musi się sprowadzać do wykonania czynności, na którą prawo zezwala lub nakazuje ją wykonać, w przeciwieństwie do podmiotów prywatnych, które mogą wykonywać wszelkie czynności, których wykonania prawo im nie zakazuje<sup>318</sup>. Podkreślenia wymaga, że różnica między stosowaniem prawa w obszarze prawa prywatnego a w obszarze prawa publicznego sprowadza się do zagadnienia obowiązywania czy związania prawem<sup>319</sup>.

---

<sup>314</sup> I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu strukturalnym. Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prawo prywatne*, Warszawa 2016, s. 147; A.J. Merkl, *Idee und Gestalt des Rechtsstaates* [w:] *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Hrsg. A.J. Merkl, R. Mercic, A. Verdroß, R. Walter, Wien 1971, s. 126.

<sup>315</sup> I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu strukturalnym...*, s. 165.

<sup>316</sup> *Ibidem*, s. 167.

<sup>317</sup> O doktrynalnym wyodrębnieniu podmiotów prawa publicznego i prywatnego, w szczególności we francuskiej i niemieckiej nauce prawa, zob. szerzej: W. Jakimowicz, *Teoria osób prawnych prawa publicznego* [w:] *Prawo francuskie*, red. A. Machowska, K. Wojtyczek, Kraków 2004, s. 96–103.

<sup>318</sup> To jedna z podstawowych zasad polskiego systemu prawnego, wywodzona z art. 2 i 7 Konstytucji, zob. np. P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008, s. 19.

<sup>319</sup> I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu strukturalnym...*, s. 149.

Według Rafała Szczepaniaka przypisanie stosunkowi prawnemu charakteru prywatnego lub publicznego prowadzi do stosowania jednego lub drugiego systemu prawnego. Autor ten wskazuje również, że przyczyną podziału na prawo prywatne i publiczne jest uniknięcie luk prawnych oraz ochrona finansów publicznych i interesów obywateli w relacjach z sektorem publicznym. Przyczyną tego jest również polityka prawa, która zmierza do umocnienia społeczeństwa obywatelskiego lub decentralizacji<sup>320</sup>.

Prawo publiczne obejmuje stosunki prawne, w których występuje podmiot publiczny (np. państwo) dysponujący władzą publiczną, w efekcie której przyjmuje akty stanowienia, stosowania i kontroli prawa, służące wykonywaniu przez podmioty tej władzy publicznej. Jeżeli stosunki prawne odbywają się w obrębie podmiotów prywatnych, to zaliczyć je należy do prawa prywatnego<sup>321</sup>.

Dla lepszego zrozumienia zasad decydujących o podziale prawa sięgnąć należy do początków podziału prawa na dwa wielkie działy – prawo publiczne i prawo prywatne. Przyjmuje się, że wywodzi się on z prawa rzymskiego<sup>322</sup>, choć problematyka ta pojawiała się już wcześniej w wypowiedziach filozofów starożytnej Grecji<sup>323</sup>. Podział ten został zapoczątkowany wypowiedzią rzymskiego jurysty Ulpiana<sup>324</sup>, zamieszczoną w *Digestach*, w zbiorze wyimków z prac prawników klasycznych posiadających *ius respondendi*<sup>325</sup>: *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit, privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*<sup>326</sup>. Wypowiedź

---

<sup>320</sup> R. Szczepaniak, *Przyczyny odwołania się do podziału na prawo publiczne i prywatne przez polskie organy stosujące prawo*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 1(27), s. 12–17.

<sup>321</sup> I. Zachariasz, *Prawo w ujęciu strukturalnym...*, s. 234.

<sup>322</sup> J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992, s. 8.

<sup>323</sup> H. Rot wskazuje, że idea rozróżnienia prawa prywatnego od prawa publicznego przewijała się w poglądach filozofów starożytnej Grecji już około pięćset lat wcześniej, przed jej wyrażeniem przez Ulpiana w *Digestach*. Wskazuje przykładowo na pogląd Arystotelesa, który dostrzegał różnicę pomiędzy „prawem, którego naruszenie grozi całemu związkowi społecznemu, a prawem, którego naruszenie wyrządza szkodę poszczególnym członkom związku” – H. Rot, *Problem dychotomii prawa...*, s. 10.

<sup>324</sup> *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit, privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*

<sup>325</sup> R. Taubenschlag, *Instytucje i historia rzymskiego prawa prywatnego*, Kraków 1934, s.24; J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo...*, s. 8.

<sup>326</sup> „Prawem publicznym jest to, które dotyczy ustroju państwa rzymskiego, [prawem] prywatnym to, które dotyczy korzyści jednostek, są bowiem pewne [normy] ogólnie użyteczne, pewne prywatnie” – tłum. I. Żeber, *Pojęcie i systematyka prawa [w:] Prawo rzymskie. Teksty źródłowe do ćwiczeń*, red. I. Żeber, Wrocław 1998, s. 11.

ta traktowana jest jako punkt wyjścia w zakresie rozważań związanych z możliwością podziału prawa na publiczne i prywatne wyodrębnionego na podstawie teorii interesu<sup>327</sup>. Za publiczne zostało uznane prawo, które dotyczyło państwa rzymskiego, odnoszące się do państwa (*quod ad statum rei Romanae spectat*), natomiast za prywatne – to, które chroni korzyści i interesy jednostek, służące pożytkom oraz interesom jednostek (*quod ad singulorum utilitatem*)<sup>328</sup>.

Elementem mającym decydujące znaczenie w procesie wyodrębnienia prawa publicznego i prawa prywatnego oraz ustanowienia zbioru norm uznawanych i sankcjonowanych przez państwo, a tworzących prawo przedmiotowe, była ochrona zbioru korzyści (interesów) organizacji państwowych lub społeczeństwa jako ogółu albo poszczególnych jednostek tworzących to społeczeństwo, dokonana poprzez normy prawne. Podstawą było wskazanie na wykorzystanie norm prawnych do ochrony korzyści (interesów) dotyczących państwa jako zwierzchniej organizacji opartej na władzy społeczeństwa (korzyści, interesy publiczne), wobec ochrony interesów i korzyści poszczególnych członków tego społeczeństwa (korzyści, interesy prywatne)<sup>329</sup>.

Wypowiedź Ulpiana dopuszczała możliwość różnych interpretacji<sup>330</sup>, nasuwała wiele pytań, co w konsekwencji doprowadziło do wykształcenia się w ramach wieloletnich poszukiwań wielu teorii dotyczących zasad, na podstawie których dokonywano wyodrębnienia prawa publicznego i prywatnego<sup>331</sup>. Niejednokrotnie teorie

---

<sup>327</sup> J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo...*, s. 13; H. Rot, *Problem dychotomii prawa...*, s. 10; K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 38.

<sup>328</sup> J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo...*, s. 9.

<sup>329</sup> K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 37.

<sup>330</sup> H. Müllejans, *Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung Ius publicum und Ius Privatum*, München 1961, s. 17.

<sup>331</sup> F. Zoll, *Rzymskie prawo prywatne (Pandekta)*. T.2A. *Część ogólna*, wyd. 4, Warszawa–Kraków 1920, s. 4; S. Wróblewski, *Zarys wykładu prawa rzymskiego*, Kraków 1916, s. 1; W. Siedlecki, *Podstawowe pojęcia prawne*, Kraków 1948, s. 49 – „Rzymianie przyjmowali za kryterium tego podziału interes, w jakim poszczególne przepisy prawne obowiązują. Na podstawie tego kryterium rozumieli przez prawo publiczne ogół przepisów prawnych, które obowiązują w interesie wszystkich względnie w interesie państwa, a przez prawo prywatne przepisy prawne, które mają na celu interesy prywatne, indywidualne jednostek”; M. Kaser, *Ius publicum – Ius privatum*, „Studia et Documenta Historiae et Iuris”, vol. 17, Romae 1951, s. 277–278; J. Jelinek, *Ogólna nauka o państwie*, ks. II i III; Warszawa 1924, s. 144; S. Fundowicz, w oparciu o ustalenia niemieckiej nauki prawa, gdzie podział na prawo publiczne oraz prawo prywatne jest mocno eksponowany jako punkt odniesienia w badaniach nad systemem prawa, wskazał na możliwość wystąpienia od 20 do 30 teorii służących dokonaniu odnośnego rozróżnienia – S. Fundowicz, *Dotychotomiczny podział prawa*, „Samorząd Terytorialny” 2000, nr 1–2, s. 50. Z kolei J. Nowacki wskazał na wyróżnienie przez J. Holligera 17 teorii przedstawionego podziału, w opracowaniu *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht dargestellt im Prinzip und in einigen Anwendungen mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes*, opublikowanym na początku XX w. (Zürich 1904) – zob. J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo...*, s. 47–49.

te pozostają ze sobą w sprzeczności, czy też są wewnętrznie sprzeczne, ponieważ na ich podstawie następuje kwalifikacja tych samych norm i przepisów jako publicznoprawnych oraz prywatnoprawnych<sup>332</sup>. Budzą one zatem zasadnicze wątpliwości co do możliwości posługiwania się nimi przy dokonywaniu podziału w ramach porządku prawnego<sup>333</sup>.

W okresie średniowiecza podział prawa na publiczne i prywatne nie przyjął się z uwagi na charakter zarówno władzy, jak i feudalnej własności. Podział ten został także odrzucony w prawie socjalistycznym, w którym to dyspozycja polityczna i gospodarcza stanowiły jedność<sup>334</sup>. Kształtował się wówczas proces tzw. „socjalizacji prawa” polegający na wprowadzaniu elementów publicznoprawnych do obszaru prawa prywatnego, tj. publicyzacja prawa prywatnego, poprzez poszerzanie instrumentów konkurencji i konsumentów<sup>335</sup>.

Podział prawa na publiczne i prywatne został teoretycznie ugruntowany w XIX w.<sup>336</sup>, a obecnie, stanowi jedną z najbardziej charakterystycznych cech prawa zachodniego. Przyjęty został także w prawie anglosaskim, gdzie wskazuje się, że prawo publiczne stanowi autonomiczną materię funkcjonującą zgodnie z jej własną, wyróżniającą się metodą, co wynika z funkcji zarządzania sprawami publicznymi i powoduje konieczność oddzielenia członków od funkcjonariuszy, przejawiającą się również w większych stowarzyszeniach. Istota stosunku pomiędzy członkami a funkcjonariuszami stanowi odpowiedź na pytanie, czym jest prawo publiczne odnoszące się do zarządzania w państwie sprawami publicznymi. W demokracji prowadzi to do suwerenności i reprezentacji. Prawo publiczne określane jest jako forma rozumu politycznego, najlepiej wyrażona jako racja stanu. Nie należy jednak zrównywać prawa z wolą do wyrażania władzy. Obowiązkiem rządzących jest przyłączanie się do prawa, co jest wynikiem ich roztropności. Zatem metoda roztropności jako forma rozumu

---

<sup>332</sup> K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 39.

<sup>333</sup> Tytułem przykładu można przywołać teorię podmiotową, zgodnie z którą za publicznoprawne bądź prywatnoprawne uznawane są stosunki prawne wyodrębnione na podstawie kryterium, którym jest uczestnictwo podmiotów. Charakter publicznoprawny będzie miał stosunek prawny, jeżeli jego uczestnikiem będzie co najmniej jeden organ państwowy. Sprzeczność zastosowania tej teorii polega na tym, że w zależności od tego, jakie podmioty będą stronami ocenianego stosunku prawnego, ten sam przepis lub norma prawna może zostać uznany za należący raz do prawa publicznoprawnego, a innym razem za należący do prawa prywatnoprawnego. W porządku prawnym występuje bowiem znaczna liczba przepisów (norm) prawnych, „na których podstawie i zgodnie z którymi mogą działać i działają zarówno osoby fizyczne (osoby prawne), jak i organy państwa” – zob. J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo...*, s. 25–26.

<sup>334</sup> H. Izdebski, *Elementy teorii i filozofii prawa*, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 91.

<sup>335</sup> *Ibidem*, s. 239.

<sup>336</sup> Z. Duniewska, *Prawo administracyjne – wprowadzenie [w:] System Prawa Administracyjnego*, Z. Dunajeska, R. Hauser, M. Jąskowska, et al., t. 1, Warszawa 2015, s. 159.



praktycznego została wskazana jako metoda prawa publicznego. Wskazuje się również, że prawo publiczne to nie ćwiczenia z zakresu rozumowania moralnego, które opiera się na filozoficznych przesłankach, lecz stanowi formę rozumowania politycznego, opartego na względach roztropności<sup>337</sup>.

Warto zwrócić uwagę na przyjętą współcześnie koncepcję prawa szczególnego (specjalnego), która zakłada, że do prawa publicznego należy zaliczyć jedynie normy prawa i stosunki prawne wyznaczone przez nie, które są adresowane do podmiotów reprezentujących państwo. Obejmuje ono regulacje ustanowione na potrzeby działania i funkcjonowania jednostek organizacyjnych oraz organów, które składają się na struktury państwa. Analogicznie unormowania, które odnoszą się do organów czy też jednostek organizacyjnych i do podmiotów prywatnych, zaliczyć należy do prawa prywatnego<sup>338</sup>. Jeżeli uprawnienia, obowiązki, roszczenia lub stosunki prawne opierają się na szczególnej normie prawnej, uznaje się je za publicznoprawne, natomiast te, które oparte są na normie prawnej, na którą może powołać się dowolna osoba prywatna w stosunku do innej osoby prywatnej, należy zaliczyć do prywatnoprawnych<sup>339</sup>.

Pomimo trudności interpretacyjnych dychotomicznego podziału systemu prawa oraz poglądu o braku możliwości przeprowadzenia go w sposób pewny, klarowny i przekonywujący, reprezentowanego przez wszystkich uczestników dyskursu naukowego<sup>340</sup>, obecnie nie podlega kwestionowaniu potrzeba wyodrębnienia prawa publicznego i prywatnego. Wynika ona między innymi z uwagi na przydatność takiej

---

<sup>337</sup> M. Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford 2003, s. 153–155 i 163; H. Izdebski, *Elementy teorii i filozofii...*, s. 240.

<sup>338</sup> K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 45; S. Fundowicz, *Dychotomiczny podział prawa...*, s. 55; H. Maurer, *Ogólne prawo administracyjne, Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wrocław 2003, s. 44; J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo...*, s. 29–30.

<sup>339</sup> S. Fundowicz, *Dychotomiczny podział prawa...*, s. 55.

<sup>340</sup> S. Włodyka wskazuje na brak możliwości oparcia podziału porządku prawnego na prawo publiczne i prywatne na jednoznacznych kryteriach. Wskazuje na brak możliwości dokonania podziału logicznego, klasyfikowanego, wyczerpującego oraz rozłącznego, pozwalającego na określenie przynależności przedmiotu (normy, przepisu prawnego) do prawa publicznego lub prywatnego. Postuluje, aby podział taki oprzeć na podobieństwach do założeń modelowych, wskazując na ich typologiczny charakter, zob: S. Włodyka, *Problem struktury prawa*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 4, s. 12–13. O braku możliwości dokonania podziału ww. prawa w sposób pewny, klarowny, niebudzący wątpliwości mówi również część przedstawicieli nauki prawa, np. Z. Duniewska, *Prawo administracyjne – wprowadzenie...*, s. 154–155; S. Fundowicz, *Dychotomiczny podział prawa...*, s. 52–57; M. Safjan przedstawia stanowisko odmienne. Zgodnie z nim istnieje możliwość dokonania precyzyjnego podziału na praw publiczne i prywatne, przy zastosowaniu np. metody regulacji. Dzięki niej można wyróżnić stosunki prawne z udziałem podmiotów względem siebie autonomicznych oraz formalnie równorzędnych oraz stosunki prawne z udziałem podmiotów nierównorzędnych, z podporządkowaniem jednego z nich drugiemu – zob. Z. Radwański, M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego* [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1, red. M. Safjan, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 1, Warszawa 2007, s. 41–42.

perspektywy zarówno w nauce prawa, jak i w obszarze praktyki stosowania lub stanowienia. Przywołać tu można wskazane przez Stanisława Włodykę szerokie zastosowanie dwupodziału prawa na publiczne i prywatne na płaszczyznach: 1) typologicznej charakterystyki danego systemu prawa, 2) systematyki prawa i norm prawnych, 3) metody regulacji prawnej, 4) rozgraniczenia sankcji prawnych oraz dróg ochrony prawnej, 5) systematyki podmiotów stosunków prawnych i ich „kompetencji prawnych”<sup>341</sup>.

#### **1.4.1. Prawo zamówień publicznych na tle prawa publicznego i prawa prywatnego**

Odnosząc się do problematyki pracy, należy podjąć próbę odpowiedzi na pytanie, czy prawo zamówień publicznych przynależy do prawa publicznego czy do prawa prywatnego.

Przyjmując, iż prawo zamówień publicznych swym zakresem obejmuje zbiór norm stanowiący zwarty system regulacji prawnych w zakresie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jego przeprowadzenie, wybór wykonawcy, udzielenie mu zamówienia (zawarcie umowy) oraz wykonanie zamówienia publicznego, w doktrynie nie ma zgody co do tego, czy prawo zamówień publicznych należy do prawa publicznego czy do prawa prywatnego<sup>342</sup>. W literaturze przedmiotu można znaleźć stanowisko potwierdzające przynależność prawa zamówień publicznych do prawa publicznego<sup>343</sup>, przy akceptacji wpływu prawa prywatnego na zamówienia publiczne<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> S. Włodyka, *Problem struktury prawa*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 4 s. 7, 9; K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 40.

<sup>342</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 18; P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019, s. 2.

<sup>343</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 18, 19; S. Fundowicz, *Miejsce prawa zamówień publicznych w prawie administracyjnym* [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń–Warszawa 2009, s. 36–47; A. Celejewska-Rajchert [w:] M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, wyd. 13 zm. i uzup., Warszawa 2017, s. 298; H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i...*, s. 91–94; J. Niczyporuk, *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych* [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 33–42; K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 206–208.

<sup>344</sup> H. Nowicki, P. Nowicki, M. Wierzbowski, *Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi de lege ferenda* [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 19; R. Szostak, *O spójności nowego prawa zamówień publicznych z przepisami Kodeksu cywilnego i ustaw odrębnych* [w:] *Dziś i jutro w zamówieniach publicznych XII Konferencja Naukowa 7–8 października 2019 r. Olsztyn*, red. M. Lemonnier, H. Nowak, Warszawa 2019, s. 9–21; R. Szostak, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, s. 15; R. Szostak T. Kocowski, *Kontrola postępowania*

Dopuszczalne jest więc uznanie mieszanego, dychotomicznego charakteru prawa zamówień publicznych uznającego, że normy prawne regulujące postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należą do obszaru prawa publicznego, a regulacje dotyczące realizacji umowy do prawa prywatnego<sup>345</sup>.

Warto zwrócić uwagę na stanowisko prezentowane przez Wojciecha Robaczyńskiego, który podkreśla, że przynależność regulacji umowy o zamówienie publiczne do prawa cywilnego nie stoi w sprzeczności z potwierdzeniem istnienia ważnych elementów o charakterze publicznoprawnym, wpływających na proces zawarcia takiej umowy. Elementy publicznoprawne decydują również o ostatecznym kształcie umowy oraz realizacji zamówienia, co stanowi dość istotne ograniczenie cywilistycznej swobody kontraktowania<sup>346</sup>. Z kolei Janusz Niczyporuk zauważa, że posłużenie się pojęciem zamówienia publicznego jako umową nie świadczy jeszcze o jej przynależności do prawa cywilnego, lecz o wskazaniu na umowę, czyli formę prawną, poprzez którą działa administracja publiczna<sup>347</sup>. Henryk Nowicki upatruje celu regulacji prawa zamówień publicznych w procedurach związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, zaś umowy postrzega jako pewną formę realizacji zadań publicznych<sup>348</sup>. Autor zauważa, że niejako wbrew samej nazwie: Prawo zamówień publicznych, ustawa ta zawiera „formalnoproceduralną” regulację, stanowiącą wyraz ustawodawcy co do uregulowania istotnych kwestii prawnych dotyczących procesu udzielania zamówień publicznych<sup>349</sup>. Podkreśla również, że zagadnienia dotyczące regulacji umowy o zamówienie publiczne, tj. jej treść oraz realizacja, w ustawie normowane są w bardzo ograniczonym zakresie<sup>350</sup>.

---

*o udzielenie zamówienia publicznego* [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław–Warszawa 2013, s. 22–23.

<sup>345</sup> R. Szostak, *Założenia treści prawa zamówień publicznych* [w:] *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych w Polsce*, red. T. Kocowski, J. Gola, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497, s. 36; E. Przeszło, *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013, s. 97; M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia...*, s. 246–250; P. Bogdanowicz, *Modyfikacja umowy w prawie...*, s. 7; A. Banaszewska, *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jako środek ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 104–119.

<sup>346</sup> W. Robaczyński, *Stosowanie instrumentów cywilnoprawnych w perspektywie rozwoju prawa zamówień publicznych* [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017, s. 136–154.

<sup>347</sup> J. Niczyporuk, *Skuteczność postępowania...*, s. 36.

<sup>348</sup> H. Nowicki, *Podstawy prawne prawa zamówień publicznych w Polsce* [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 71; K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, Warszawa 2017, s. 1.

<sup>349</sup> *Ibidem*, s. 2.

<sup>350</sup> H. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji* [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń–Warszawa 2009, s. 94; K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 2.

Odmienne stanowisko, wskazujące na zakwalifikowanie obszaru zamówień publicznych do prawa prywatnego, sprowadza się do stwierdzenia, że zamówienia publiczne są instytucją prawa cywilnego, a także że „system zamówień publicznych jest częścią prawa cywilnego”<sup>351</sup>. Przepis ustawy Prawo zamówień publicznych odsyłający do stosowania w procesie udzielania zamówień publicznych regulacji Kodeksu cywilnego, jest jednym z najważniejszych przepisów prawa zamówień publicznych<sup>352</sup>. Jest on istotny z punktu widzenia praktyki udzielania zamówień publicznych i „domyka” system zamówień publicznych. Tworzy uprawnienie dla zamawiających, a jednocześnie kształtuje obowiązek korzystania z regulacji zawartych w Kodeksie cywilnym – w przypadku braku odpowiedzi na wątpliwości prawne, które powstały na gruncie prawa zamówień publicznych. Czynności zamawiającego dokonywane w toku postępowania, jak i sama umowa, zawarta w wyniku przeprowadzonej procedury, mają charakter cywilnoprawny. Do umów dotyczących zamówień publicznych w sprawach nieuregulowanych mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Przepisy prawa zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do Kodeksu cywilnego. Zwolennicy kwalifikacji prawa zamówień publicznych do prawa cywilnego wskazują również na najczęstsze regulacje Kodeksu cywilnego stosowane w procedurze udzielania zamówień publicznych, do których zaliczają: przepisy dotyczące obliczania terminów, oferty, wyjaśnienia i zmiany oferty, pełnomocnictw, negocjacji, nieważności czynności prawnej, doręczeń, zasady swobody umów, należytej staranności, formy czynności prawnych czy kar umownych. Zwracają również uwagę, że ustawodawca w sprawach nieuregulowanych nie przyjął zasady odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu

---

<sup>351</sup> P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 173–174; M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 24; J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 14, Warszawa 2017, s. 118–119; M. Lubieniecka, L. Marczevska, *Swoboda umów w zamówieniach* (cz. 1), „Przetargi Publiczne” 2019, nr 1, s. 42; I. Skubiszak-Kalinowska [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 189; Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2012, nr 3, s. 30–40; E. Gnatowska [w:] E. Gnatowska, Z. Perčić, W. Jarzyński, *Komentarz do ustawy prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2016, s. 125–126.

<sup>352</sup> Autorzy przywołują art. 14 Ustawy Prawo zamówień publicznych według stanu prawnego na maj 2014 r. o treści: „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz.93, z późn. zm.)”, który nadal zachowuje swą aktualność i odpowiada treści art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019). Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą: „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”.

cywilnego, lecz stosowanie przepisów wprost, a więc bez uwzględnienia odmienności pojawiających się na gruncie prawa zamówień publicznych<sup>353</sup>.

Podobnie uważa również Zdzisław Gordon<sup>354</sup> oraz Jerzy Pieróg, który podkreśla, że rozwiązania przyjęte przez prawo zamówień publicznych odpowiadają podstawowym zasadom prawa cywilnego. Autor zwraca jednak uwagę, że do działań podejmowanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego<sup>355</sup>.

Jak zauważa Paweł Nowicki, powyższa argumentacja stanowi wyraz dużego uproszczenia problematyki zamówień publicznych, pomijając pewną jego misję publicznoprawną<sup>356</sup>, a także okoliczność, iż odesłanie w ramach jednego aktu prawnego do innego nie przesądza o jego zakwalifikowaniu do danego obszaru prawnego<sup>357</sup>. Podobnie uważa Andrzej Panasiuk, wskazując, że przyznanie normom, które regulują umowę o zamówienie publiczne, charakteru cywilnoprawnego nie jest wyznacznikiem kwalifikacji prawa zamówień publicznych – jako aktu prawnego, do prawa prywatnego<sup>358</sup>.

Należy się jednak zgodzić z poglądem, że jednoznaczne zakwalifikowanie prawa zamówień publicznych do obszaru prawa prywatnego może nie wydawać się trafne<sup>359</sup>.

#### **1.4.1.1. Prawo zamówień publicznych a ochrona interesu publicznego**

Elementem istotnym z punktu widzenia rozważań dotyczących przynależności zamówień publicznych do prawa publicznego jest odniesienie się do interesu publicznego stanowiącego *ratio legis* i podlegającego ochronie oraz urzeczywistnionego w prawie zamówień publicznych<sup>360</sup>. Sąd Najwyższy w jednym z wyroków opowiedział się za

---

<sup>353</sup> P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 174–175.

<sup>354</sup> Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2012, nr 3, s. 30–40 i przywołana tam literatura.

<sup>355</sup> J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 9.

<sup>356</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 21, 22.

<sup>357</sup> P. Szustakiewicz, *Podstawowe instytucje zamówień publicznych* [w:] *Zamówienia publiczne*, red. M. Chmaj, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 89.

<sup>358</sup> A. Panasiuk, *Wybrane aspekty wykładni prawa zamówień publicznych* [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, Część I, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Warszawa 2011, s. 132; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 22.

<sup>359</sup> *Ibidem*, s. 23; H. Nowicki, *Podstawy prawne systemu zamówień publicznych w Polsce* [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 72.

<sup>360</sup> Na temat pojęcia interesu publicznego oraz postaci interesu publicznego – zob. A. Borkowski, *Interes publiczny jako determinant działań władzy publicznej i klauzula generalna w publicznym prawie*

zakwalifikowaniem prawa zamówień publicznych do prawa publicznego<sup>361</sup>. Wyrok zapadł jeszcze w poprzednim stanie prawnym, jednak w zakresie, który był przedmiotem rozstrzygnięcia nadal zachowuje swą aktualność. Sąd orzekł, że celem ustawy jest ochrona interesu publicznego, a zatem normy tam zawarte mają charakter publicznoprawny<sup>362</sup>.

W tym zakresie doktryna<sup>363</sup> oraz orzecznictwo<sup>364</sup> są zgodne, a sama ustawa Prawo zamówień publicznych posługuje się pojęciami „interes publiczny”, „ważny interes publiczny”, „interes bezpieczeństwa państwa”.

Ochrona interesu publicznego w reżimie prawa zamówień publicznych przejawia się między innymi w zapewnieniu efektywności ekonomicznej w ramach wydatków ponoszonych przez podmioty zaliczane do sektora publicznego. Efektywność ta określana jest również mianem „racjonalizacji wydatków”<sup>365</sup> i polega na podejmowaniu działań nakierowanych na „zapewnienie, aby zakupy dóbr i usług odbywały się w sposób optymalny z ekonomicznego punktu widzenia, zapewniając jak najlepsze wykorzystanie środków”<sup>366</sup> czy też jako „wydatkowanie oszczędne oraz uzasadnione rachunkiem ekonomicznym”<sup>367</sup>. Według Sue Arrowsmith „głównym celem większości – a być może wszystkich – systemów zamówień jest skuteczne nabywanie towarów, robót lub usług na najlepszych możliwych warunkach”, co określane jest często jako stosunek wartości do ceny (ang. *value for money*), efektywność (wydajność) lub efektywność

---

*gospodarczym* [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego*, red. L. Kieres, Wrocław 2010, s. 9–18.

<sup>361</sup> Wyrok SN z dnia 13 września 2001 r., IV CKN 381/00 Legalis nr 51142.

<sup>362</sup> Sąd stwierdził, że „nie budzi wątpliwości, że celem rozwiązań prawnych przyjętych w przepisach ogólnych ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych jest zagwarantowanie równego traktowania wszystkich uczestników postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, wyeliminowanie zjawisk o charakterze korupcyjnym i w konsekwencji ochronę rynku, który powinien być zorganizowany przy zachowaniu zasady równości wszystkich uczestniczących w nim podmiotów. Celem norm zawartych w ustawie o zamówieniach publicznych jest zatem zapewnienie ochrony interesu publicznego, mają one więc charakter publicznoprawny. W prawie publicznym podział norm na imperatywne, dyspozytywne i semidyspozytywne z oczywistych względów nie występuje”.

<sup>363</sup> W. Mielec, *Zagadnienia finansowoprawne zamówień publicznych w działalności jednostek samorządu terytorialnego*, Wrocław 2013, s. 27–33; M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia...*, s. 44–47; M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 31–55.

<sup>364</sup> Przykładowo wyr. SN z 13.01.2004 r. V CK 97/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 34, Legalis nr 63261; w wyr. KIO: z 8.04.2008 r., KIO/UZP 262/08 LEX nr 395925; z 18.04.2013 r. KIO 764/13, LEX nr 1315325; z KIO z 21.04.2015 r., KIO 686/15 LEX nr 1757404.

<sup>365</sup> H. Nowicki, *Wprowadzenie do systemu prawa zamówień publicznych* [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 22.

<sup>366</sup> J. Pokrzywniak, J. Baehr, T. Kwieciński, *Wprowadzenie do systemu prawa zamówień publicznych*, Warszawa–Katowice 2006, s. 6.

<sup>367</sup> W. Mielec, *Zagadnienia finansowoprawne zamówień...*, s. 32.

ekonomiczna (ang. *efficiency, economic efficiency*)<sup>368</sup>. Powyższa postać interesu publicznego wyrażona jest także w przepisach ustawy o finansach publicznych<sup>369</sup>, jako zasada gospodarowania środkami publicznymi. Zgodnie z art. 44 ust. 3 pkt 1 ww. ustawy „wydatki publiczne powinny być dokonywane: 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów”. Jednocześnie ustawa odsyła do stosowania zasad określonych w przepisach o zamówieniach publicznych w przypadku zawierania umów w przedmiocie usług, dostaw lub robót budowlanych, przez jednostki sektora finansów publicznych. Ustawodawca przyjął zatem zasadę, iż w zakresie gospodarowania środkami publicznymi przez zamawiających należy dążyć do zapewnienia celowości, oszczędności oraz efektywności takich wydatków zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych<sup>370</sup>. Przykładem tego może być konieczność wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej tj. takiej, która przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferty z najniższą ceną lub kosztem.

Ochrona interesu publicznego realizowana poprzez prawo zamówień publicznych to także podejmowanie działań z zakresu sfery społeczno-gospodarczej oraz środowiska naturalnego, których wykonanie należy do zadań państwa<sup>371</sup>. Ich wyodrębnienie pozostaje w związku z tzw. procesem instrumentalizacji zamówień publicznych, polegającym na tworzeniu narzędzi, których priorytetem będzie osiągnięcie obok głównych celów ekonomicznych dla zamawiających, również publicznych o charakterze społecznym, gospodarczym oraz ekologicznym. Dążenia te to przede wszystkim zwalczanie bezrobocia, zapewnienie uczciwych warunków pracy i płacy, wspieranie słabszych społecznie grup (np. osoby niepełnosprawne, wykluczone społecznie, osoby należące do mniejszości narodowych, mniejszości etnicznych), promowanie niedoinwestowanych lub słabiej rozwiniętych regionów kraju, ochrona środowiska naturalnego (np. ochrona zasobów przyrody, odwracanie niekorzystnych dla przyrody lub człowieka skutków zmian środowiska naturalnego), wspieranie prac badawczo

---

<sup>368</sup> S. Arrowsmith (ed.), *Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules*, [w:] *Public Procurement Regulation: An Introduction*, ed. S. Arrowsmith, Nottingham 2011, s. 5.

<sup>369</sup> Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r o finansach publicznych tj. z dnia 20 stycznia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 305).

<sup>370</sup> K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 53.

<sup>371</sup> M. Szydło, *Udzielenie zamówienia publicznego jako pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 2, s. 371.

rozwojowych<sup>372</sup>. Zamawiający, poprzez posługiwanie się środkami instrumentalizacji zamówień, które służą realizacji celów gospodarczych, społecznych i ekologicznych, angażuje wykonawców – zazwyczaj podmioty prywatne. Samo zaś zamówienie publiczne staje się przejawem administracyjnego sterowania społeczno-gospodarczymi procesami, służącymi dobru wspólnemu określonych grup osób lub społeczności jako wypełnianie celów publicznych. Przykładem może być promowanie wykonawców: zatrudniających osoby wymagające szczególnego wsparcia, wprowadzających innowacyjne rozwiązania lub nowoczesne technologie, których stosowanie leży w interesie ogólnym. W takim ujęciu zamówienia publiczne mogą być postrzegane jako narzędzie interwencji państwowej<sup>373</sup>.

Interes publiczny jest wyrażany również poprzez cele i wartości realizowane przez zamawiających, tj. efektywność ekonomiczną, cele ogólnogospodarcze, społeczne, ekologiczne, które zawsze będą miały walor celów publicznych. Właściwe spełnianie tych zadań prowadzi do zaspokajania korzyści ponadjednostkowych. Ich efekty służą zaspokojeniu potrzeb społeczności i zbiorowości ludzkich. Natomiast ich wykonanie na jak najwyższym poziomie jest przedmiotem powszechnego zainteresowania oraz oczekiwania społecznego<sup>374</sup>. Można postawić wniosek, że cele zamówień publicznych są publicznymi, ponieważ służą dobru wspólnemu jak największej społeczności, a jednocześnie z uwagi na ich istotność społeczną podlegają prawnej ochronie.

#### **1.4.1.2. Obowiązek zamawiającego działania zgodnie z prawem**

Według przedstawicieli doktryny, którzy kwalifikują zamówienia publiczne do prawa publicznego, dokonując analizy przepisów, należy posługiwać się dyrektywami wykładni publicznoprawnej<sup>375</sup>. Należy zwrócić uwagę, że na zamawiających nałożony jest obowiązek działania zgodnego z przepisami ustawy na każdym etapie postępowania, zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego. Odnosząc się do art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>376</sup>, zamówienia publicznego udziela się

---

<sup>372</sup> Zob. V. Berlingo, *Buying Social in the New Public Procurement Law*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 3, s. 12–20; A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2014, s. 40–42; M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia...*, s. 20–22.

<sup>373</sup> M. Szydło, *Udzielenie zamówienia publicznego jako...*, s. 372.

<sup>374</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia...*, s. 45–47.

<sup>375</sup> K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 46; A. Brzozowski [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–450*, t. 1, Warszawa 2004, s. 287.

<sup>376</sup> Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019).



wykonawcy wybranemu zgodnie z jej przepisami, co przesądza o bezwzględnie obowiązującym charakterze przepisów prawa zamówień publicznych<sup>377</sup>. Regulacje prawne nakładają na zamawiających szereg obligatoryjnych czynności o charakterze proceduralnym, a także określają zasady ich wykonywania, wyznaczając bezwzględnie obowiązujące normy reżimu prawnego. Zaliczyć do nich można przykładowo sposób przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, warunków umownych i wykonywania samej umowy<sup>378</sup>. Zatem normy interpretacyjne prawa zamówień publicznych, które nakazują zastosowanie określonych instrumentów prawnych lub zakazują swobodnego korzystania z ogólnodostępnych regulacji cywilnoprawnych i instrumentów prawnych, gdzie dobór i kształt treściowy w ramach tych regulacji pozostaje w gestii danego podmiotu, zaliczyć należy do prawa publicznego<sup>379</sup>. Ograniczenie zasady swobody zawierania umów w systemie zamówień publicznych jest ściśle związane z obowiązkiem ochrony przez zamawiającego takich wartości, jak: równe traktowanie wykonawców czy ochrona konkurencji w dostępie do zamówień publicznych.

Powyższe wskazują, że za publicznoprawne należy uznać imperatywne przepisy prawa zamówień publicznych, które poprzez zakazy lub nakazy w szczególny sposób ograniczają możliwość korzystania z cywilnoprawnej swobody umów. Ograniczenia te polegają przede wszystkim na zawężeniu w ramach regulacji kodeksowej zamawiającym publicznym pola dostępu do wyboru: zachowań w ramach sposobu zawarcia umów, kontrahenta, kształtu treści umowy oraz jej zmian w zakresie przedmiotowym i podmiotowym<sup>380</sup>. W literaturze podkreśla się również, że właśnie taki kształt zamówień publicznych może stanowić regulację w zakresie zawierania i wykonywania umów przez podmioty publiczne i na ich rzecz<sup>381</sup>.

---

<sup>377</sup> K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 45.

<sup>378</sup> *Ibidem*, s. 46.

<sup>379</sup> R. Szostak, *Zakres i struktura prawna...*, s. 17.

<sup>380</sup> *Ibidem*, s. 14–15

<sup>381</sup> E. Przeszło, *Podmiot prawa publicznego – europejska harmonizacja czy krajowa destabilizacja systemu prawnego* [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 61–69; M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia...*, Warszawa 2014, s. 64–66; K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 47.

### 1.4.1.3. Przepisy o charakterze bezwzględnie obowiązującym

Na kwalifikację przepisów prawa zamówień publicznych do przepisów publicznoprawnych wskazuje także fakt, że prawo zamówień publicznych zawiera przeważającą większość przepisów o charakterze bezwzględnie obowiązujących (*ius cogens*)<sup>382</sup>, których stosowania i obowiązywania nie można wyłączyć wolą stron. Natomiast przepisy dyspozytywne i semi-dyspozytywne (*ius dispositivum*) zaliczyć należy do prawa prywatnego. Cecha ta w regulacji prawa zamówień publicznych zasadniczo stanowi potwierdzenie przynależności do prawa publicznoprawnego<sup>383</sup>. Taki też pogląd obecny jest w interpretacjach doktryny prawa zamówień publicznych<sup>384</sup>.

Zwrócić należy również uwagę, że reżim prawny zamówień publicznych służy ochronie interesów publicznych, które winny znajdować wyraz w działaniach podejmowanych przez zamawiających zarówno przy udzielaniu, jak i realizacji zamówień publicznych. Opiera się on również na teoretycznym założeniu o niesprzeczności interesu zamawiającego z interesem publicznym w sytuacji, w której na poszczególnych etach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosowane są odpowiednie unormowania<sup>385</sup>.

W prawie publicznym ochrona uprawnień i interesów jest obowiązkiem danego podmiotu publicznego. W odróżnieniu od prawa publicznego, w prywatnym jego adresaci posiadają swobodę decyzyjną w sprawie ochrony ich interesów lub uprawnień. Powyższe rozróżnienie nawiązuje do teorii podziału systemu prawa na publiczne i prywatne w oparciu o kryterium sposobu ochrony praw<sup>386</sup>.

W tym ujęciu całokształt zasad i uregulowań na niwie zamówień publicznych wymusza na zamawiających taki sposób konstruowania i realizacji umów, który ma służyć ochronie i urzeczywistnieniu interesów publicznych, poprzez zabezpieczenie interesu zamawiającego. Wykonując przepisy prawa zamówień publicznych, które narzucają zamawiającemu określone rozwiązania o charakterze ochronnym, zabezpiecza

---

<sup>382</sup> T. Kocowski, *Administratywizacja przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego* [w:] *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, red. M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk, Warszawa 2017, s. 51.

<sup>383</sup> K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 49.

<sup>384</sup> Zob. T. Kocowski, *Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego* [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, s. 22; R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienia publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 32–33.

<sup>385</sup> *Ibidem*, s. 32; A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Bydgoszcz–Warszawa 2007, s. 132–133.

<sup>386</sup> Zob. S. Fundowicz, *Dychotomiczny podział prawa...*, s. 54; M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia...*, s. 244–245.

on interes publiczny. Prawidłowe wykorzystanie środków publicznych – pozostających w jego gestii – w celu uzyskania dobra o najlepszej jakości za relatywnie najniższą cenę, w stosunku do tej jakości<sup>387</sup>, a także wykonanie zamówienia zgodnie z ofertą wybraną jako najkorzystniejsza, gwarantuje to zabezpieczenie.

W sferze prawa prywatnego, inaczej niż publicznego, stopień zabezpieczenia interesów podmiotu zawierającego umowę mieści się w obszarze jego całkowitej swobody decyzyjnej. Dlatego też posłużenie się kryteriami podmiotowymi czy warunkami udziału oraz wprowadzenie zasad i kryteriów oceny ofert w przetargu organizowanym i przeprowadzonym przez podmiot prywatny zależy wyłącznie od wyboru tego podmiotu<sup>388</sup>.

Głównym elementem odróżniającym prawo publiczne od prawa prywatnego jest uznanie, że do prawa publicznego należą te przepisy, których celem jest realizacja interesów prawnie chronionych podejmowana z urzędu, bez względu na wolę podmiotu uprawnionego. Są zatem przedmiotem zewnętrznego obowiązku prawnego wobec samego roszczenia<sup>389</sup>. W prawie prywatnym ochrona uprawnień podmiotu pozostawiona jest wyłącznie jego decyzji i woli. Nie będą więc stanowiły przedmiotu prawnego nakazu czynności składające się na dochodzenie roszczeń podmiotu prywatnego. Decydowanie o podjęciu określonych działań, lub o ich zaniechaniu, jest prawnie obojętne<sup>390</sup>.

Powyższe stanowi kolejną przesłankę przemawiającą za uznaniem prawa zamówień publicznych za prawo publiczne. Prawo zamówień publicznych musi posługiwać się określonymi, narzuconymi rozwiązaniami, służącymi ochronie interesów zamawiających, ale również nakłada prawny obowiązek dochodzenia roszczeń zamawiającego. Obowiązek ten aktualizuje się przede wszystkim na etapie realizacji zamówienia publicznego, będąc jednym z publicznoprawnych aspektów tej regulacji<sup>391</sup>.

---

<sup>387</sup> S. Arrowsmith, *Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules* [w:] *Public Procurement Regulation: An Introduction*, ed. S. Arrowsmith, Nottingham 2011, s. 5–7.

<sup>388</sup> K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 50.

<sup>389</sup> S. Fundowicz, *Dychotomiczny podział prawa...*, s. 54; M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia...*, s. 244.

<sup>390</sup> Z. Ziemiński, *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa–Poznań 1983, s. 117.

<sup>391</sup> R. Szostak, *Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, s. 38–40.

#### 1.4.1.4. Zamówienie publiczne a zadanie publiczne

W doktrynie prawa zamówień publicznych podkreśla się również związek między zamówieniami publicznymi a zadaniami publicznymi, wskazując, że zamówienia publiczne służą zamawiającym do wykonywania za ich pomocą zadań publicznych<sup>392</sup>. Związek taki, odnosi się do tych sytuacji, w których zamawiający zobowiązany jest do realizacji określonego zadania publicznego, a zamówienie publiczne stanowi sposób jego wykonania, lub przyczynia się do jego wykonania. Staje się zatem narzędziem realizacji reprezentowanego przez zamawiającego interesu publicznego. Zamówienia publiczne są instrumentem tworzenia materialnych, technicznych czy organizacyjnych podstaw dla wykonania zadań publicznych, które spoczywają na zamawiających<sup>393</sup>. W tym kontekście Martin Burgi stwierdził, że pomijając, iż głównym celem prawa zamówień publicznych w ujęciu historycznym było zabezpieczenie finansów publicznych, to obecnie podstawowym dążeniem unormowań z zakresu prawa zamówień publicznych obok ochrony konkurencyjności jest „umożliwienie skutecznej realizacji zadań z zakresu administracji”. Autor podkreślił również, że legitymacją do udzielenia zamówienia publicznego są zadania z zakresu administracji, ponieważ to one wyrażają cel publiczny, który jest konieczny dla każdej aktywności państwa. Niejednokrotnie celowi temu towarzyszą inne – np. o charakterze ekologicznym lub socjalnym<sup>394</sup>. Akcentacji wymaga aspekt prawnej dopuszczalności realizacji zadań publicznych poprzez zastosowanie zamówień publicznych<sup>395</sup>.

Na zamawiających spoczywa obowiązek realizacji zadań publicznych na mocy unormowań nie należących do obszaru zamówień publicznych, natomiast zadania te wykonywane są przy zastosowaniu prawa zamówień publicznych. Niejednokrotnie więc zamówienia publiczne pozostają w pośrednich związkach z zadaniami publicznymi.

W poglądach niemieckiej doktryny prawa administracyjnego dotyczących rodzajów działań administracji publicznej zależność taka, polegająca na przykładowo zaopatrywaniu organów i jednostek organizacyjnych administracji w dobra lub usługi, kwalifikowana jest jako „fiskalne działanie pomocnicze” lub „fiskalne czynności

---

<sup>392</sup> A. Panasiuk, *System zamówień publicznych...*, s. 117.

<sup>393</sup> K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 60

<sup>394</sup> M. Burgi, *Przyszłość prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2010, nr 1, s. 86.

<sup>395</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia...*, s. 196.

usługowe” – realizowane poprzez zawieranie umów z podmiotami prywatnymi<sup>396</sup>. Zamawiający w celu realizacji zadań publicznych zobowiązany jest nierzadko do nabywania rzeczy (towarów), usług i robót budowlanych niezbędnych do ich wykonania, przez co wyczerpuje treść działań pomocniczych odnoszących się do zadań publicznych.

Powyższa problematyka wpisuje się w jedną z teorii wykładni prawa tj. teorii funkcjonalnej. Zakłada ona, że o przynależności danej regulacji prawnej czy normy prawnej do prawa publicznego lub prywatnego decyduje rodzaj zadań wykonywanych za ich pomocą<sup>397</sup>.

Na gruncie tej teorii za publicznoprawne należy uznać normy lub stosunki prawne, które realizują zadania publiczne, pozostałe, które takich zadań nie realizują, należą do prawa prywatnego<sup>398</sup>. Zdecydowana większość instytucji zamawiających to jednostki organizacyjne systemu organów władzy publicznej. Dlatego zamówienia udzielane przez te jednostki oraz na ich rzecz zawsze będą odnosiły się do interesu publicznego, związanego z przeprowadzanymi przez te podmioty zadaniami publicznymi<sup>399</sup>.

W świetle powyższych ustaleń stwierdzenie o dominacji wymiaru ochrony interesu publicznego, przybierającego postać różnych wartości, których realizacja powinna prowadzić do przysporzenia korzyści dla określonych zbiorowości czy społeczności, jest całkowicie uzasadnione. Według Krzysztofa Horubskiego różnorodność interesów publicznych podlegających ochronie realizowanych za pomocą prawa zamówień publicznych stanowi uzasadnienie dla zakwalifikowania prawa zamówień publicznych do prawa publicznego<sup>400</sup>.

Taki charakter posiada instytucja self-cleaning, której stosowanie wynika z obowiązujących przepisów prawa. Ustawodawca umożliwił ubieganie się o zamówienie publiczne wykonawcy podlegającemu wykluczeniu z postępowania, wprowadzając do prawa zamówień publicznych wyodrębnioną procedurę, ze wskazaniem okoliczności uzasadniających jej zastosowanie a także przesłanek, zasad

---

<sup>396</sup> M. Burgi, *Przyszłość prawa zamówień publicznych...*, s. 87; R. Noch, *Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz. Eine Darstellung nach europäischem und deutschem Recht*, Baden-Baden 1998, s. 206; R. Regler, *Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht*, Berlin 2010, s. 59.

<sup>397</sup> S. Fundowicz, *Dychotomiczny podział prawa...*, s. 49–50.

<sup>398</sup> J. Nowacki, *Prawo publiczne – prawo prywatne...*, s. 36.

<sup>399</sup> R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienia...*, s. 32. Zwrócić uwagę należy na pogląd wyrażony w uchwale SN z 11.02.1993 r. III AZP 32/92 (OSNCP 1993, nr 7–8, poz. 118, Legalis nr 37657), zgodnie z którym „gmina jako wspólnota samorządowa mieszkańców gminy, utworzona z mocy prawa, nie ma żadnych »prywatnych« interesów, nawet jeśli działa w formach przewidzianych dla podmiotów prawa cywilnego”; por. A. Trela, *Świadczenie przez gminę usług o charakterze użyteczności publicznej a ochrona konkurencji* [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Popowska, Poznań 2006, s. 212–213.

<sup>400</sup> K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji...*, s. 65.

i sposobu jej przeprowadzenia. W odróżnieniu od systemu prawa prywatnego, w którym podmiot prywatny posiada pełną swobodę w zakresie wyboru kontrahenta, podmiot publiczny musi wybrać wykonawcę realizującego zamówienie publiczne w oparciu o ściśle sformalizowaną procedurę, której nie może pominąć lub zmodyfikować.

Zamawiający nie może dowolnie według własnego uznania zdecydować, czy w danym postępowaniu dopuści możliwość self-cleaning wykonawcy podlegającego wykluczeniu, czy też nie. Nie może również dokonać swobodnej oceny, na jakim etapie postępowania self-cleaning ma zostać wszczęte oraz według jakich zasad i kryteriów winno zostać przeprowadzone. Wszystkie te czynności wymagają umocowania w obowiązujących przepisach prawa, a ich realizacja musi przebiegać z poszanowaniem zasad obowiązujących w prawie zamówień publicznych.

### 1.5. Podsumowanie

Dokonana powyżej analiza celów, funkcji i zasad, jakie pełni zamówienie publiczne w wydatkowaniu środków publicznych, wskazanie kwalifikacji prawnej, do której przynależy prawo zamówień publicznych, a także przedstawione stanowiska doktryny pozwalają na stwierdzenie, że zamówienie publiczne to umowa zawarta pomiędzy podmiotem publicznym udzielającym zamówienia i podmiotem realizującym zamówienie (zazwyczaj niepublicznym), zawsze realizująca podlegający ochronie<sup>401</sup> cel publiczny. Natomiast proces udzielania zamówień publicznych to wysoko sformalizowana i podlegająca szczegółowemu reżimowi prawnemu procedura wyboru podmiotu<sup>402</sup>, któremu zamówienie publiczne zostanie powierzone do realizacji.

Powyższe prowadzi do następujących wniosków, istotnych z punktu widzenia tematu pracy: po pierwsze, zamówienie publiczne realizuje cel publiczny, po drugie – podmiot realizujący to zamówienie zawsze poddany jest sformalizowanej procedurze (pozwalającej na ocenę jego wiarygodności i możliwości realizacji zamówienia), po trzecie – zamówienie publiczne może zostać udzielone jedynie podmiotowi uznanemu w wyniku przeprowadzonej procedury oceny za zdolnego do wykonania zamówienia jako wiarygodnego, rzetelnego i uczciwego, którego udział w postępowaniu nie narazi

---

<sup>401</sup> A. Borkowski, *Interes publiczny jako determinant działań władzy publicznej i klauzula generalna w publicznym prawie gospodarczym* [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego*, red. L. Kieres, Wrocław 2010, s. 9–18.

<sup>402</sup> R. Szostak, *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, s. 14–15.

zamawiającego na ryzyko nienależytego wykonania umowy, i którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą w oparciu o przepisy i zasady udzielania zamówień publicznych.

Instytucją zmniejszającą to ryzyko jest self-cleaning, umożliwiający podjęcie przez wykonawcę, wobec którego zaistniały podstawy wykluczenia, stosownych działań naprawczych i prewencyjnych, w celu wykazania własnej rzetelności.

Jak zostało wykazane w treści rozdziału pierwszego, instytucja self-cleaning jest zgodna z zasadami udzielania zamówień publicznych. W szczególności w zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Przyczynia się do wzmocnienia konkurencyjności na rynku i jednocześnie stanowi zachętę do podejmowania przez wykonawców działań prewencyjnych i zabezpieczających w przyszłości przed możliwością wystąpienia działań niepożądanych. Została zatem udowodniona pierwsza z postawionych hipotez, zgodnie z którą, jeżeli instytucja self-cleaning jest elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które musi być przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, to w swych założeniach musi realizować zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji.

Jednocześnie analizy wymaga odpowiedź na pytanie, czy okoliczność, że instytucja self-cleaning w swych założeniach realizuje zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, jest wystarczająca do uznania, iż przepisy określające przesłanki oraz procedurę przeprowadzenia self-cleaning nie naruszają powyższych zasad. Wątpliwości te wynikają przede wszystkim z mało precyzyjnych regulacji prawnych dotyczących self-cleaning, co zostanie przedstawione w dalszej części pracy.

Szczegółowe omówienie instytucji self-cleaning, jej genezy, potrzeby wprowadzenia do przepisów prawa zamówień publicznych, okoliczności, w którym może zostać zastosowana, warunków spełnienia przesłanek self-cleaning, procedury jej przeprowadzenia i oceny, przedstawienie wątpliwości interpretacyjnych związanych z jej stosowaniem oraz analiza kolejnych problemów badawczych, zostaną zaprezentowane w kolejnych rozdziałach pracy.

Rozdział drugi poświęcono genezie instytucji self-cleaning w krajach Unii Europejskiej, tj. problematyce związanej z potrzebą wprowadzenia do dyrektyw dotyczących prawa zamówień publicznych mechanizmów, które zabezpieczą

zamawiającego przed ryzykiem nienależytego wydatkowania środków publicznych powierzonych wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego ich wydatkowania.



## 2. Instytucja self-cleaning na tle Dyrektywy 2014/24 /UE

### 2.1. Wprowadzenie

W tej części pracy przedstawiona zostanie instytucja self-cleaning uregulowana w dyrektywie 2014/24/UE oraz geneza jej powstania, począwszy od lat 80. XX wieku i początkowych lat XXI wieku, do momentu wprowadzenia odpowiednich regulacji w dyrektywie. Omówiony zostanie proces legislacyjny rozpoczęty konsultacjami z zainteresowanymi podmiotami, przeprowadzonymi przez Komisję Europejską wiosną 2011 r. w postaci „Zielonej Księgi”, a zakończony opracowaniem ostatecznego kształtu przepisów regulujących proces wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wprowadzenie instytucji self-cleaning było wynikiem działań antykorupcyjnych, podjętych w związku z licznymi przestępstwami popełnianymi przez przedsiębiorców, m.in. oszustwa podatkowe i przekupstwa funkcjonariuszy publicznych, popełniane w celu przyznania im kontraktów publicznych. Mechanizm self-cleaning miał stanowić innowacyjną i hybrydową metodę samoregulacyjną opartą na systemie zachęty, wykorzystywaną również jako element prewencyjny<sup>403</sup>.

Ważnym elementem przeprowadzonych badań jest proces kształtowania się instytucji self-cleaning od momentu zidentyfikowania pierwszych negatywnych zjawisk skutkujących koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do wprowadzenia odpowiednich regulacji prawnych w dyrektywie 2014/24/UE, dotyczących self-cleaning. Przedstawiona analiza umożliwi rozwiązanie problemu badawczego, prowadząc do udzielenia odpowiedzi na pytanie o przyczyny i cel, w jakim instytucja self-cleaning została wprowadzona do prawa zamówień publicznych.

Instytucja self-cleaning – szczególny mechanizm oceny rzetelności wykonawcy – stanowi wyjątek od obowiązku wykluczenia z postępowania podmiotu, wobec którego zaistniały ustawowe przesłanki wykluczenia. Dlatego koniecznym elementem badań przedstawionych w tej części pracy jest analiza podstaw wykluczenia wykonawcy

---

<sup>403</sup> E. Hiemeng, T. Søreide, *Debarment in Public Procurement: Rationales and Realisation* [w:] *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, ed. G.M. Racca, Ch. Yukins, Bruxelles 2014, s. 4; A. Kowalczyk, A. Sołtysińska, *Instytucja self-cleaning w zamówieniach publicznych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 7, s. 4.

z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uregulowana w treści dyrektywy 2014/24/UE. Wyznaczają one zakres, w ramach którego może nastąpić self-cleaning. W okolicznościach braku podstaw wykluczenia przeprowadzenie self-cleaning byłoby zbędne.

Z uwagi na problem badawczy pracy istotna jest również analiza przepisów regulujących przeprowadzenie self-cleaning, zawartych w dyrektywie 2014/24/UE. Stanowią one wskazówki, wyznaczają ramy prawne dla państw członkowskich, których szczegółowe uregulowanie zostało powierzone przez ustawodawcę unijnego ich kompetencji.

W ramach tej części pracy zostaną omówione regulacje zawarte w dyrektywie 2014/24/UE, natomiast analiza przepisów dotyczących przebiegu procedury self-cleaning obowiązujących w Polsce oraz w przykładowych krajach Unii Europejskiej nastąpi w kolejnych rozdziałach. Dla porównania zostaną także przedstawione mechanizmy i zasady przeprowadzenia self-cleaning stosowane w Stanach Zjednoczonych.

## **2.2. Geneza self-cleaning**

Wprowadzenie do systemu prawnego instytucji self-cleaning było wynikiem działań antykorupcyjnych, podejmowanych głównie przez Wielką Brytanię i Niemcy, w wyniku rozszerzających się w tych krajach przestępstw korupcyjnych<sup>404</sup>.

Przedsiębiorcy popełniali przestępstwa m.in. w postaci oszustw podatkowych i przekupstwa funkcjonariuszy publicznych, ale także przeciwko konsumentom, akcjonariuszom, inwestorom, wynalazcom i pracownikom oraz uczciwej konkurencji. Nie były to działania dyskretne i nieumyślne, lecz celowe, spójne i przemyślane, podejmowane w transakcjach biznesowych. Ich celem miało być zdobycie lub utrzymanie kontraktów i interesów biznesowych, głównie międzynarodowych<sup>405</sup>.

Przekupstwa funkcjonariuszy publicznych polegające na przyjmowaniu łapówek lub innych rodzajów zachęt przybierały różne formy – od płatności gotówkowych (potencjalnie w miliardach funtów), poprzez pośrednią gościnność (w tym wycieczki na zakupy, bilety na imprezy sportowe itp.), po przysługi niepieniężne, takie jak usługi

---

<sup>404</sup> N. Lord, *Regulating Corporate Bribery in International Business Anti – corruption in the UK and Germany*, London–New York, 2016, s. 1.

<sup>405</sup> *Ibidem*.

nierządu lub zatrudnienie wskazanych osób we własnych firmach lub sieciach społecznościowych<sup>406</sup>. Za takimi łapówkami kryje się negatywna intencja, której celem jest zapewnienie wykonania lub zaniechania pewnych działań, które naruszają obowiązki funkcjonariuszy publicznych, a sprzyjają danemu przedsiębiorcy poprzez np. przyznanie lub kontynuację wielomilionowych kontraktów.

Jeden z najbardziej znanych i rozpoznawalnych skandali dotyczy Wielkiej Brytanii i BAE Systems, największego brytyjskiego producenta broni. W 1985 r. rządy Wielkiej Brytanii i Arabii Saudyjskiej podpisały przedwstępną umowę zbrojeniową Al-Yamamah I (Al-Yamamah II, a następnie w 1988 r.). Uzgodniono, że Wielka Brytania dostarczy Arabii między innymi 72 samoloty Panavia Tornado i 30 Hawk, w zamian za ropę (do 600 000 baryłek dziennie). BAE został wybrany na głównego wykonawcę umowy, którą szacowano na około 43 miliardy funtów. Jednak aby ułatwić transakcję, BAE rzekomo zapłaciło ponad 6 miliardów funtów łapówek i zachęt. Sumy te zostały wygenerowane przez zawyżenie cen sprzętu obronnego. Łapówki obejmowały ekstrawaganckie wydatki na podróże, zakupy, usługi nierządu, prywatny odrzutowiec i płatności gotówkowe na rzecz urzędników Arabii Saudyjskiej. Jednakże dochodzenie w sprawie domniemanego przekupstwa zostało wstrzymane przez Urząd ds. Poważnych Nadużyć Finansowych<sup>407</sup> (SFO) w 2006 r. po naciskach rządu, w którym ówczesny premier Wielkiej Brytanii, Tony Blair, nawiązał do obaw związanych z bezpieczeństwem narodowym<sup>408</sup>. Stwierdzono, że Arabia Saudyjska zagroziła wycofaniem pomocy antyterrorystycznej i wywiadu, jeśli śledztwo będzie kontynuowane. Interesy gospodarcze również były zagrożone, ponieważ Arabia Saudyjska zagroziła rezygnacją z wartej 10 miliardów funtów umowy kupna Eurofighter Typhoon. Jednak ta niedopuszczalna argumentacja wstrzymywała śledztwo z powodów ekonomicznych, co jest sprzeczne z konwencjami międzynarodowymi. Kontrola BAE przez zainteresowane strony doprowadziła również do dochodzenia w sprawie łapówek wręczanych przez BAE Systems w Republice Czeskiej, Rumunii, Katarze, Chile i Tanzanii (w celu zabezpieczenia sprzedaży ich sprzętu obronnego). Doprowadziło to do kulminacji

---

<sup>406</sup> *Ibidem*, s. 1–2.

<sup>407</sup> Serious Fraud Office (SFO) Pozaministerialny Departament Rządowy z rządem Zjednoczonego Królestwa, który bada i ściga poważne lub kompleksowe oszustwa i korupcję w Anglii, Walii i Irlandii Północnej. Ustanowiony ustawą o sądownictwie karnym z 15 maja 1987 r., ustawą Parlamentu Zjednoczonego Królestwa. Jako jeden z Departamentów Prawniczych SFO podlega Prokuratorowi Generalnemu Wielkiej Brytanii. Jego rolą jest zarówno prowadzenie dochodzeń, jak i ściganie. Zatrudnia detektywów, prawników, urzędników prawnych i księgowych kryminalistycznych. Zob. [https://gaz.wiki/wiki/pl/Serious\\_Fraud\\_Office\\_\(United\\_Kingdom\)](https://gaz.wiki/wiki/pl/Serious_Fraud_Office_(United_Kingdom)) (dostęp 03.08.2021).

<sup>408</sup> N. Lord, *Regulating Corporate Bribery...*, s. 1–2.

w 2010 r., kiedy SFO uzgodnił z BAE „umowę”<sup>409</sup> w związku z oskarżeniami o znaczne przekupstwo w Tanzanii. BAE przyznało się tylko do stosunkowo drobnych wykroczeń księgowych, ale nie do przekupstwa. W ramach tej umowy BAE Systems zapłaciło Tanzanii grzywnę w wysokości 500 000 funtów za wszelkie negatywne zachowanie (ujawnione lub nie) sprzed 5 lutego 2010 r. Sędzia skazujący wyraził kilka obaw dotyczących ugody uzgodnionej z BAE, podkreślając, że duże komercyjne przedsiębiorstwa „nieprzestępcze” mogą być zamieszane w poważne zagraniczne skandale dotyczące przekupstwa. Obejmują one sprawy na dużą skalę, w które zaangażowane są międzynarodowe korporacje takie, jak m.in.: Siemens, GlaxoSmithKline, Ferrostaal, Oxford Publishing, Innospec, Hewlett-Packard i MAN Group<sup>410</sup>.

Korupcja i łapownictwo mają niszczycielskie konsekwencje polityczne, społeczne, gospodarcze i środowiskowe, szczególnie dla krajów rozwijających się<sup>411</sup>. Korupcja podważa demokrację i rządy prawa, prowadzi do łamania praw człowieka, zniekształca rynki, obniża jakość życia i umożliwia rozkwit zorganizowanej przestępczości, terroryzmu i innych zagrożeń dla bezpieczeństwa ludzi. Jest to negatywne zjawisko występujące we wszystkich krajach, bogatych i biednych, dużych i małych, ale to właśnie w krajach rozwijających się jej skutki są najbardziej destrukcyjne. W nieproporcjonalny sposób szkodzi biednym, przekierowując fundusze przeznaczone na rozwój, podważając zdolność rządu do świadczenia podstawowych usług, podsycając nierówność i niesprawiedliwość oraz zniechęcając do pomocy zagranicznej i inwestycji. Korupcja jest kluczowym elementem słabych wyników gospodarczych, stanowi główną przeszkodę w ograniczeniu ubóstwa i rozwoju<sup>412</sup>.

Perspektywa postrzegania zachowań tych jako złych i szkodliwych ukształtowała program walki z korupcją i przekupstwem, w szczególności poprzez tworzenie konwencji

---

<sup>409</sup> <https://www.millerchevalier.com/sites/default/files/resources/BAESentencingRemarks.pdf> (dostęp 02.09.2022).

<sup>410</sup> N. Lord, *Regulating Corporate Bribery...* s. 2.

<sup>411</sup> S. Rose-Ackerman, *The Political Economy of Corruption* [w:] *Corruption and the Global Economy*, ed. K.A. Elliot, Washington DC 1997; P.X. Delaney, *Transnational Corruption: Regulation Across Borders*, “Virginia Journal of International Law” 2007, no. 47(2), s. 413–461; Transparency International EU, *Exporting Corruption: Progress Report 2013: Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combating Foreign Bribery*, (2013), <https://www.transparency.org/en/publications/exporting-corruption-progress-report-2013-assessing-enforcement-of-the-oecd> (dostęp 02.09.2022).

<sup>412</sup> Kofi Annan, były sekretarz generalny ONZ, w przedmowie do Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji (UNCAC 2003, 2004) *Foreword to UN Convention against Corruption*, [https://www.unodc.org/documents/brussels/UN\\_Convention\\_Against\\_Corruption.pdf](https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf) (dostęp 02.09.2022).

międzynarodowych, których celem jest harmonizacja prawnego i normatywnego systemu postrzegania korupcji w różnych jurysdykcjach. Od czasów utworzenia Konwencji Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) w sprawie zwalczania przekupstwa w 1997 r. i późniejszych nacisków na państwa, aby dostosowały się, takie przekupstwo przedsiębiorstw w biznesie międzynarodowym zostało umieszczone na agendzie rządów krajowych. Środki międzynarodowe, takie jak konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa, konwencje ONZ i konwencje na szczeblu regionalnym np. Unii Europejskiej i Rady Europy, zapewniają ramy antykorupcyjne, często zawierają mechanizmy monitorowania i oceny (dla przykładu Grupa Państw Przeciwko Korupcji GRECO i Grupa Robocza OECD ds. przekupstwa) w celu dokonania przeglądu skuteczności krajowych polityk przeciwdziałania korupcji i przekupstwu oraz praktyk egzekwowania prawa<sup>413</sup>.

Obok tradycyjnych metod walki z korupcją opartych na przeświadczeniu, iż zmiana sposobu zachowania może być jedynie wynikiem stosowanych sankcji karnych, które nie stanowią przedmiotu analizy niniejszej pracy, w Wielkiej Brytanii i w Niemczech zaczęto rozwijać innowacyjne metody samoregulacyjne i hybrydowe oparte na systemie zachęty, których celem jest walka z korupcją, jak również zapobieganie działaniom korupcyjnym, stosowane jako element prewencyjny. Zaliczyć do nich można składanie samoraportujących sprawozdań do Serious Fraud Office<sup>414</sup> (SFO), wprowadzenie procedur self-cleaning, ochronę danych osobowych oraz niższe kary dla osób współpracujących<sup>415</sup>.

Zasada self-cleaning stała się ugruntowaną koncepcją prawną w niektórych państwach członkowskich Unii Europejskiej, takich jak Niemcy i Austria dopiero od roku 2009. W marcu 2012 roku w Wielkiej Brytanii liczba samoraportujących przedsiębiorców zwiększyła się ponad dwudziestokrotnie, co wskazuje na postęp w tym zakresie. W Niemczech podejście do samodzielnego zgłaszania się przedsiębiorców było mniejsze i nie tak aktywnie promowane jak w Wielkiej Brytanii. Jednak uległo zwiększeniu od czasu przestępstw podatkowych dotyczących sprawy Siemens<sup>416</sup>.

Self-cleaning łagodzi prawdopodobieństwo, że wykonawcy zostaną odsunięci od zamówień publicznych. Jego ogólną ideą jest odzyskanie przez wykonawcę możliwości uczestniczenia w zamówieniach publicznych dzięki wykazaniu, że podjął on skuteczne

---

<sup>413</sup> N. Lord, *Regulating Corporate Bribery...*, s. 16–17.

<sup>414</sup> zob. <https://www.sfo.gov.uk/> (dostęp 10.02.2022).

<sup>415</sup> N. Lord, *Regulating Corporate Bribery...*, s. 4.

<sup>416</sup> *Ibidem*, s. 123–124.

środki w celu zapewnienia, że bezprawne działania nie powtórzą się w przyszłości. Nie daje ono gwarancji zapobiegania przestępczości w przyszłości, ale ma wpływ na zmniejszenie prawdopodobieństwa przyszłych aktów przekupstwa<sup>417</sup>.

Nicholas Lord, dokonując analizy jurysdykcji uznających koncepcję self-cleaning – głównie Niemiec – wskazał, że zwykle występują cztery kluczowe środki w tym zakresie: wyjaśnienia istotnych faktów i okoliczności, naprawienie wyrządzonych szkód, działania podejmowane wobec konkretnych osób, oraz środki strukturalne i organizacyjne. Wykonawcy zobowiązani są w pierwszej kolejności do aktywnej pomocy w postępowaniu karnym w celu wyjaśnienia faktów i odpowiedzialności wszystkich zaangażowanych osób. Musi odbyć się to sprawnie, szybko i kompleksowo, tak aby kolejne środki procedury odpowiednio odzwierciedlały stan faktyczny sprawy. W przeciwnym razie proces może nie być wiarygodny. W szczególności często preferowane są audyty specjalne przeprowadzane przez zewnętrznych biegłych rewidentów lub inną niezależną osobę. Wszelkie wyrządzone szkody finansowe muszą zostać naprawione a wykonawca musi natychmiast zwolnić wszystkie osoby tj. udziałowców, kadre kierowniczą i pracowników zaangażowanych w działalność przestępczą<sup>418</sup>. Wszystkim takim osobom należy uniemożliwić jakikolwiek dalszy wpływ na zarządzanie przedsiębiorstwem. Autor podkreśla, że to właśnie te środki, dotyczące osobiście osób zaangażowanych w działalność przestępczą, są kluczowym elementem self-cleaning. Następnie należy zapobiegać przyszłym nadużyciom, poprzez wewnętrzne szkolenie personelu oraz tworzenie wiążących wytycznych, procedur, norm i kodeksów firmy. Ponadto, można zastosować środki obejmujące powołanie wewnętrznych lub zewnętrznych inspektorów ds. zgodności, aby pomagali informatorom, oraz ustanowić między innymi działy ds. zgodności. Takie środki organizacyjne i strukturalne mają kluczowe znaczenie dla zapobiegania przyszłym wykroczeniom<sup>419</sup>.

W ramach self-cleaning wykonawcy w Wielkiej Brytanii i Niemczech mogą być zobowiązani do współpracy z osobą monitorującą przebieg wprowadzanych zmian, przez określony czas. Osoba taka może być wskazana przez wykonawcę, jednakże musi zostać zaakceptowana przez władze. Obowiązkiem jej jest zapewnienie, że reżimy zgodności

---

<sup>417</sup> *Ibidem*, s. 124; S. Arrowsmith, H.-P. Priess, P. Friton, *Self-cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?*, “Public Procurement Law Review” 2009, no. 6, s. 257–258.

<sup>418</sup> N. Lord, *Regulating Corporate Bribery...*, s. 124.

<sup>419</sup> *Ibidem*, s. 124–125.

i self-cleaning są skutecznie przeprowadzane, oraz zadowalającej zmiany podejścia do działań korupcyjnych u wykonawcy<sup>420</sup>.

Powyższe działania prewencyjne stanowią, obok odpowiedzialności karnej za popełnione przestępstwo korupcyjne, działania pomocnicze, które mają się przyczynić do zmiany zachowań korupcyjnych wykonawców. Niezbędna jest również w tym zakresie edukacja. Zachęca do zmiany zachowań oraz wdrożenia procedur samoregulacyjnych. Edukacja polega również na prowadzeniu częstych rozmów wewnętrznych i zewnętrznych, poruszających tematy związane z zapobieganiem korupcji. To także publikowanie dokumentów i broszur o tematyce antykorupcyjnej czy organizowanie imprez z udziałem organizacji antykorupcyjnych, skierowanych do przedsiębiorców<sup>421</sup>.

### **2.3. Wprowadzenie instytucji self-cleaning do Dyrektywy 2014/24/UE**

Priorytetem przyjęcia obecnie obowiązującej Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE – podobnie jak i w poprzednio obowiązujących dyrektywach koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych<sup>422</sup> – było zapewnienie państwom członkowskim otwartości rynku zamówień publicznych, udzielanych zgodnie z zasadami Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. W szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług, a także z wywodzących się z nich zasad, takich jak: równego traktowania, wzajemnego uznawania, proporcjonalności oraz przejrzystości<sup>423</sup>.

Fundamentem strategii „Europa 2020” na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu są trzy współzależne i wzajemnie uzupełniające się obszary priorytetowe: rozwój gospodarki opartej na wiedzy i innowacjach; wspieranie gospodarki niskoemisyjnej, efektywniej korzystającej z zasobów i konkurencyjnej, oraz wspieraniu gospodarki charakteryzującej się wysokim poziomem zatrudnienia i zapewniającej spójność gospodarczą, społeczną i terytorialną.

---

<sup>420</sup> *Ibidem*, s. 125.

<sup>421</sup> *Ibidem*, s. 131.

<sup>422</sup> Więcej na temat historii regulacji kształtujących rynek zamówień publicznych w UE por. A. Sołtysińska, *Wstęp* [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 15 i *passim*.

<sup>423</sup> A. Sołtysińska, *Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tle dyrektyw europejskich*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2016, nr 2, s. 33.

Jak wynika z wniosku Komisji Europejskiej, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych z dnia 20 grudnia 2011 r.<sup>424</sup>: „Zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii »Europa 2020« jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia tych celów poprzez poprawę otoczenia biznesu i warunków wprowadzania innowacji w przedsiębiorstwach oraz poprzez sprzyjanie szerszemu wykorzystaniu ekologicznych zamówień publicznych wspierających przejście na gospodarkę niskoemisyjną, efektywniej korzystającą z zasobów. Równocześnie w strategii »Europa 2020« podkreśla się, że polityka zamówień publicznych musi zagwarantować jak najbardziej wydajne wykorzystanie środków publicznych, a rynki zamówień muszą pozostać otwarte w całej Unii. W obliczu tych wyzwań należy zrewidować i unowocześnić obowiązujące prawodawstwo dotyczące zamówień publicznych w celu lepszego dopasowania przepisów pod kątem zmieniającej się sytuacji politycznej, społecznej i gospodarczej”<sup>425</sup>.

### 2.3.1. Proces legislacyjny

Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych, tj. Dyrektywa 2004/17/WE<sup>426</sup> oraz Dyrektywa 2004/18/WE<sup>427</sup> – stanowiły efekt długotrwałego procesu ewolucji prawa, rozpoczętego w 1971 r. wraz z przyjęciem Dyrektywy 71/305/EWG. Dążeniem ich twórców było zapewnienie wykonawcom działającym na jednolitym rynku możliwości korzystania w pełni z podstawowych swobód w dziedzinie zamówień publicznych, miały to ułatwić przejrzyste i niedyskryminacyjne procedury.

Kompleksowa ocena ekonomiczna wykazała, że regulacje te w znacznym stopniu osiągnęły zamierzenia, przyczyniając się do większej przejrzystości i wyższego poziomu konkurencyjności, przy jednoczesnych wymiernych oszczędnościach uzyskanych za pomocą niższych cen.

---

<sup>424</sup> Celem wniosku, wraz z wnioskiem dotyczącym nowej dyrektywy sektorowej, jest zastąpienie dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE stanowiących podstawowe elementy ram prawnych Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych.

<sup>425</sup> Wniosek – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady – w sprawie zamówień publicznych/\*KOM/2011/0896 wersja ostateczna – 2011/0438 (COD)\*/ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0896> (dostęp 09.08.2021).

<sup>426</sup> Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz.U. L 134 z 30.04.2004, s. 1.

<sup>427</sup> Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz.U. L 134 z 30.04.2004, s. 114.



Jednocześnie analiza rynku, potwierdzona wynikami konsultacji z zainteresowanymi podmiotami, przeprowadzona przez Komisję wiosną 2011 r., której efekty to Zielona księga, wykazała konieczność przeprowadzenia rewizji dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Rewizja miała skutkować uproszczeniem przepisów, zwiększeniem ich skuteczności i efektywności oraz uelastycznieniem względem zmieniających się sytuacji politycznych, społecznych i gospodarczych. Sprawniejsze a jednocześnie skuteczniejsze procedury zwiększą elastyczność instytucji zamawiających. Będzie to korzystne dla wszystkich wykonawców i ułatwi uczestnictwo zarówno małym i średnim przedsiębiorstwom, jak i oferentom transgranicznym. Udoskonalenie przepisów dotyczących zamówień publicznych ma umożliwić również zamawiającym lepsze wykorzystanie zamówień publicznych we wspieraniu wspólnych celów społecznych, takich jak: ochrona środowiska, efektywniejsze gospodarowanie zasobami i energią, przeciwdziałanie zmianom klimatu, promowanie innowacji, zatrudnianie likwidujące społeczne wykluczenia, a także zapewnienie możliwie najlepszych warunków dla świadczenia wysokiej jakości usług publicznych.

W dniu 27 stycznia 2011 r. Komisja Europejska opublikowała *Zieloną księgę w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych – W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień*<sup>428</sup>, rozpoczynając w ten sposób konsultacje publiczne na temat wariantów zmian legislacyjnych służących usprawnieniu i uelastycznieniu udzielania zamówień oraz umożliwiających lepsze wykorzystanie tego narzędzia na rzecz pozostałych obszarów polityki. Konsultacje zostały zakończone 18 kwietnia 2011 r. Zadaniem projektu było zidentyfikowanie kluczowych obszarów, w których konieczne będzie przeprowadzenie reform oraz uzyskanie od zainteresowanych podmiotów opinii co do wariantów zmian legislacyjnych. Poruszane zagadnienia dotyczyły konieczności uelastyczenia i uproszczenia procedur, strategicznego wykorzystania zamówień publicznych na rzecz pozostałych obszarów polityki, poprawę dostępu do zamówień publicznych dla MŚP oraz zwalczanie zjawisk faworyzowania, korupcji i konfliktów interesów.

Konsultacje publiczne trwały trzy miesiące i spotkały się ze znaczącym odzewem. Wpłynęło 623 odpowiedzi od różnych grup i zainteresowanych podmiotów. Wśród nich

---

<sup>428</sup> Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych z dnia 20.12.2011KOM(2011) 896 wersja ostateczna 2011/0438 (COD) COM (2011) 15: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:PL:PDF> (dostęp 09.08.2021).

znalazły się odpowiedzi od instytucji administracji centralnej państw członkowskich, lokalnych i regionalnych publicznych nabywców oraz ich stowarzyszeń, przedsiębiorstw, stowarzyszeń branżowych, środowisk akademickich, organizacji społeczeństwa obywatelskiego (w tym związków zawodowych) oraz obywateli. Najwięcej odpowiedzi wpłynęło ze Zjednoczonego Królestwa, Niemiec, Francji a także, choć w mniejszych liczbach, z Austrii, Belgii, Danii Włoch, Hiszpanii, Niderlandów i ze Szwecji<sup>429</sup>.

Tematy poddane konsultacjom publicznym dotyczyły m.in.: narzędzi dla instytucji zamawiających i ich ulepszenia, usprawnienia procedur zamówień publicznych, współpracy publiczno-prywatnej, poprawy dostępu MŚP oraz przedsiębiorstw rozpoczynających działalność, zapewnienia uczciwej i efektywnej konkurencji, udzielania zamówień w przypadku braku konkurencji lub w przypadku praw wyłącznych, wykorzystania zamówień publicznych jako odpowiedzi na nowe wyzwania, zamówień jako narzędzi wsparcia realizacji celów strategii „Europa 2020”, innowacji w zamówieniach publicznych, usług społecznych, zapobiegania konfliktom interesów, zwalczania faworyzowania i korupcji w zamówieniach publicznych, wykluczenia wykonawców z postępowania, unikania nieuczciwej przewagi, dostępu do rynku Unii Europejskiej wykonawców z państw trzecich<sup>430</sup>.

Z uwagi na problem badawczy pracy, analizując obszerną tematykę Zielonej księgi, skupiono się przede wszystkim na tematyce dotyczącej wykluczania wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz na okolicznościach uzasadniających odstąpienie od wykluczenia, pomimo istnienia przesłanek wykluczenia oferentów.

Komisja Europejska, formułując pytanie konsultacyjne<sup>431</sup>, wskazała, że

---

<sup>429</sup> Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych /\* KOM/2011/0896 wersja ostateczna – 2011/0438 (COD) \*// <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0896> (dostęp 11.08.2021).

<sup>430</sup> Więcej: *Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień* <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:PL:PDF> (dostęp 09.08.2021).

<sup>431</sup> Pytania konsultacyjne:

104. Czy uważają Państwo, że art. 45 dyrektywy 2004/18/WE dotyczący wykluczania oferentów jest przydatnym narzędziem sankcjonowania niewłaściwych zachowań handlowych? Jakiego rodzaju usprawnienia tego mechanizmu, i/lub jakie alternatywne rozwiązania, zaproponowałiby Państwo?

105. W jaki sposób można zacieśnić współpracę między instytucjami zamawiającymi w zakresie uzyskiwania informacji na temat podmiotowej sytuacji kandydatów i oferentów?

106. Czy uważają Państwo, że kwestię „środków samonaprawczych” należy wyraźnie uwzględnić w art. 45, czy też powinna ona być regulowana tylko na poziomie krajowym?

wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferentów, którzy są winni korupcji lub poważnego wykroczenia zawodowego jest potężną bronią służącą do karania za niewłaściwe praktyki handlowe, ale i do zapobiegania im. Przewidziany w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE obowiązek wykluczenia oferentów skazanych za pewne wykroczenia (zwłaszcza za korupcję), jak również możliwość wykluczenia oferentów znanych z niewłaściwych praktyk handlowych (w tym ze względu na „poważne wykroczenie zawodowe”) wymagał jednak analizy w zakresie przesłanek wykluczenia, ich przejrzystości i odpowiedniości zwłaszcza co do wykluczenia z powodu wykroczenia zawodowego, a także kompletności i wyczerpania wszystkich okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawców z postępowania i możliwości wprowadzenia dodatkowych przesłanek wykluczenia.

Według Komisji Europejskiej konieczne było doprecyzowanie zakresu stosowania przepisów krajowych dotyczących podstaw wykluczenia i wprowadzenie dodatkowych podstaw wykluczenia w ustawodawstwach krajowych. Umożliwiłoby to poszczególnym państwom członkowskim skuteczniejsze rozwiązywanie konkretnych problemów dotyczących niewłaściwych praktyk handlowych występujących w kontekście krajowym. Jednocześnie Komisja wyraziła obawę, że wprowadzenie specjalnych krajowych podstaw wykluczenia może prowadzić do dyskryminacji wobec oferentów zagranicznych, i w konsekwencji podważyć zasadę równych szans na poziomie europejskim.

Istotną kwestią, która dotąd nie została poruszona w żadnych dyrektywach dotyczących zamówień publicznych, była problematyka tzw. środków „samonaprawczych”, akceptowanych przez państwa członkowskie, a podejmowanych samodzielnie przez wykonawcę, w celu skorygowania negatywnych sytuacji, mających przełożenie na ocenę jego rzetelności. Problematyka środków „samonaprawczych” wynikała z potrzeby znalezienia równowagi pomiędzy stosowaniem podstaw wykluczenia a jednocześnie koniecznością poszanowania zasady równego traktowania wykonawców i proporcjonalności. Uwzględnienie takich środków miało pomóc w przeprowadzeniu obiektywnej i bardziej kompletnej oceny indywidualnej sytuacji

---

107. Czy uzasadniona decyzja o odrzuceniu oferty lub wniosku stanowi stosowną sankcję z punktu widzenia poprawy przestrzegania zasady równego traktowania?

108. Czy uważają Państwo, że w świetle traktatu lizbońskiego należałoby opracować na poziomie UE – w szczególnych przypadkach, takich jak korupcja lub ukryty konflikt interesów – minimalne standardy dla sankcji karnych?

kandydata lub oferenta przed podjęciem decyzji przez instytucje zamawiające o jego wykluczeniu z postępowania o udzielanie zamówienia publicznego<sup>432</sup>.

Artykuł 45 dyrektywy 2004/18/WE umożliwiał państwom członkowskim uwzględnienie środków samonaprawczych, jeżeli rozwiązywano kwestie dotyczące uczciwości zawodowej, wypłacalności oraz wiarygodności kandydata lub oferenta. Nie istniały jednak jednolite przepisy dotyczące samonaprawy, mimo iż środki podejmowane przez wykonawców w celu zaradzenia sytuacji były uwzględniane przez instytucje zamawiające w niektórych państwach członkowskich. Komisja wskazała również, że niektóre poważne rodzaje zachowań niezgodnych z prawem, takie jak korupcja lub celowo ukryty konflikt interesów, powinny także podlegać poważniejszym sankcjom, np. karnym. Państwa członkowskie były już zobowiązane do stosowania sankcji karnych w przypadku korupcji urzędników<sup>433</sup>. Jednakże konieczność wprowadzenia minimalnych standardów w odniesieniu do sankcji należało ocenić w świetle wagi przestępstwa oraz w kontekście zasad konieczności, pomocniczości i proporcjonalności<sup>434</sup>.

We wniosku Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 20 grudnia 2011 r. Komisja Europejska wskazała, że zostały m.in. zrewidowane i doprecyzowane podstawy do wykluczania kandydatów i oferentów, które wyrażone zostały w treści art. 55 ust.1–3<sup>435</sup>.

Zgodnie z nimi instytucje zamawiające miały prawo do wykluczenia wykonawców, którzy dopuścili się istotnych lub powtarzających się uchybień podczas realizacji wcześniejszych zamówień. We wniosku, w art. 55 ust. 4 przewidziano również tzw. środki samonaprawcze, które umożliwiałyby dopuszczenia przez instytucje zamawiające kandydatów lub oferentów do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo zaistnienia podstawy do ich wykluczenia. Kandydaci lub oferenci musieliby podjąć odpowiednie kroki, by naprawić skutki wszelkich bezprawnych zachowań oraz zapobiegające dalszym przypadkom niewłaściwych praktyk<sup>436</sup>.

Porównując proponowane powyżej zmiany w zakresie treści art. 45 Dyrektywy 2004/18/UE regulującego podmiotową sytuację kandydata lub oferenta z treścią

---

<sup>432</sup> *Zielona księga...*, s. 58.

<sup>433</sup> *Ibidem*, s. 57–59.

<sup>434</sup> W sprawie funkcjonalnej kompetencji UE w odniesieniu do sankcji karnych zob. sprawa C-440/05, *Komisja przeciwko Radzie*, pkt 66.

<sup>435</sup> Ostatecznie wprowadzonego do dyrektywy 2014/24/UE jako art. 57.

<sup>436</sup> Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych s. 10, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0896&from=PL> (dostęp 09.08.2021).

projektowanego art. 55, wskazać należy, że zmianom uległ art. 45 w całości, ponadto w art. 55 dodano ust. 4 wprowadzający zasadę self-cleaning<sup>437</sup>.

W Sprawozdaniu Parlamentu Europejskiego z dnia 11 stycznia 2013 A7-0007/2013<sup>438</sup> wskazany został proces kształtowania się przepisów obecnej Dyrektywy 2014/24/UE.

#### **2.4. Podstawy wykluczenia wykonawcy na tle Dyrektywy 2014/24/UE**

W treści Dyrektywy 2014/24/UE, w art. 57 ust. 1, 2 i 4 ustanowione zostały podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Są to okoliczności, których zaistnienie wobec wykonawcy, wywołuje wątpliwości co do możliwości prawidłowego, rzetelnego i terminowego wykonania zamówienia. Stanowią one podstawę do niedopuszczenia wykonawcy do ubiegania się o zamówienie publiczne bądź dyskwalifikację z postępowania, jeżeli okoliczność stanowiąca podstawę wykluczenia zaistniała w toku postępowania<sup>439</sup>.

Przepisy regulujące wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią wyjątek od ogólnej zasady, zgodnie z którą wykonawca może korzystać z otwartego dostępu do zamówień publicznych a konkurencja między wykonawcami opiera się przede wszystkim na ocenie zdolności do realizacji zamówienia i potencjału każdego z ubiegających się<sup>440</sup>.

Przepisy te w rzeczywistości określają zakres, w jakim państwa członkowskie mogą swobodnie ograniczać dostęp wykonawców do rynku zamówień publicznych. Ograniczenia te są związane z koniecznością zwalczania zjawisk niekorzystnych dla wydatkowania środków publicznych i niepożądanych dla społeczeństwa oraz zakłócających możliwość stosowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji<sup>441</sup>. Z drugiej strony, przepisy te mają charakter gwarancyjny. Jeśli

---

<sup>437</sup> Załącznik XVII Tabela Korelacji Wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, s. 249.

<sup>438</sup> Sprawozdanie Parlamentu Europejskiego z dnia 11 stycznia 2013 A7-0007/2013 [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0007\\_PL.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0007_PL.pdf) (dostęp 13.08.2021).

<sup>439</sup> W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 565.

<sup>440</sup> A. Sołtysińska, *Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tle dyrektyw europejskich*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2016, nr 2, s. 34.

<sup>441</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 266; A. Sołtysińska, *Fakultatywne podstawy wykluczenia...*, s. 34.

wobec wykonawców nie zachodzą konkretnie wyspecyfikowane przesłanki wykluczenia, zapewniają im i gwarantują możliwość udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego<sup>442</sup>.

Podstawy wykluczenia z postępowania nie mają charakteru jednorodnego<sup>443</sup>. W Dyrektywie 2014/24/UE – tak jak i we wcześniej obowiązującej Dyrektywie 2004/18/UE – przesłanki wykluczenia zostały podzielone na obligatoryjne i fakultatywne.

#### **2.4.1. Obligatoryjne podstawy wykluczenia**

Obligatoryjne podstawy wykluczenia z postępowania są następstwem realizacji określonej polityki Unii Europejskiej, przede wszystkim w zakresie zwalczania przestępczości. Jeden z celów Unii Europejskiej sprowadza się do eliminacji niepożądanych skutków związanych z otwartymi granicami oraz swobodnym przemieszczaniem się w ramach wspólnego rynku. W ramach pomocy państwom w walce z przestępczością transgraniczną, Unia obok stanowienia przepisów oraz sankcji, wprowadza również inne metody ograniczające lub dyskwalifikujące wykonawców, którzy popełnili określone przestępstwa, z udziału w korzyściach, jakie daje wspólny rynek<sup>444</sup>. Wprowadzenie obligatoryjnych podstaw wykluczenia pozwala również na osiągnięcie pewnego stopnia jednolitości polityki prowadzonej w celu zapobiegania niepożądanym zjawiskom<sup>445</sup>.

W art. 57 ust. 1 i ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE określone zostały dwie grupy obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, tj.: popełnienie przestępstwa wymienionego w art. 57 ust. 1 (wraz ze wskazanymi tam regulacjami) oraz naruszenie obowiązków związanych z płatnością podatków oraz składek na ubezpieczenie społeczne określone w art. 57 ust. 2<sup>446</sup>.

Wspólną cechą przesłanek wymienianych w art. 57 ust. 1 Dyrektywy jest konieczność zaistnienia prawomocnego wyroku sądowego, wydanego w wyniku dopuszczenia się przez wykonawcę lub członków jego organów administracyjnych –

---

<sup>442</sup> *Ibidem*, s. 34.

<sup>443</sup> W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych...*, s. 568.

<sup>444</sup> A. Sołtysińska, *Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy...*, s. 34.

<sup>445</sup> *Ibidem*, s. 35.

<sup>446</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 266.

zarządzających lub nadzorczych albo osób posiadających w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne – przestępstwa wskazanego w treści przepisu<sup>447</sup>.

W artykule 57 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE państwa członkowskie zostały zobowiązane do wykluczenia wykonawcy, wobec którego zapadł prawomocny wyrok w związku z dopuszczeniem się jednego z następujących czynów: udział w organizacji przestępczej, nadużycia finansowe, korupcja, terroryzm, pranie pieniędzy lub finansowanie terroryzmu, praca dzieci lub inne formy handlu ludźmi<sup>448</sup>. Obligatoryjne wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma również miejsce, jeżeli osoba skazana prawomocnym wyrokiem za jedno z powyższych przestępstw jest członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych tego wykonawcy, lub posiada w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne.

Wskazany katalog podstaw wykluczenia ma charakter zamknięty, zatem państwa członkowskie nie mają swobody co do możliwości doboru przesłanek wykluczenia z postępowania, nie mogą ich rozszerzać ponad te, które zostały wskazane w dyrektywie<sup>449</sup>. Uprawnienie to jest ograniczone przez ogólne zasady przejrzystości i równego traktowania<sup>450</sup>.

#### **2.4.1.1. Udział w organizacji przestępczej**

Podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 57 ust. 1 lit. a Dyrektywy 2014/24/UE jest udział w organizacji przestępczej potwierdzony prawomocnym wyrokiem. Przez udział w organizacji przestępczej należy rozumieć udział w zorganizowanej grupie istniejącej przez pewien czas – składającej się z więcej niż z dwóch osób, wspólnie działających w celu popełnienia przestępstw, zagrożonych karą maksymalną co najmniej 4 lat

---

<sup>447</sup> W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych...*, s. 568.

<sup>448</sup> A. Sołtysińska, *Fakultatywne podstawy wykluczenia...*, s. 34–35.

<sup>449</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-226-228/04, *La Cascina Soc.coop. arl i inni v. Ministero della Difesa i inni oraz Consorzio G. f. M. v. Ministero della Difesa i inni*, pkt 22, Zb. Orz. 2006, s. I-1347.

<sup>450</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 266; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielenia koncesji Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielanie zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych*, Warszawa 2017, s. 450.

pozbawienia wolności lub aresztu lub karą surowszą – w celu osiągnięcia bezpośrednio lub pośrednio korzyści finansowej lub innej korzyści materialnej<sup>451</sup>. Zgodnie z art. 1 pkt 2 Decyzji ramowej w sprawie zwalczania przestępczości zorganizowanej, przez zorganizowaną grupę należy rozumieć taką, która nie jest przypadkowo utworzona w celu natychmiastowego popełnienia przestępstwa ani której członkowie nie muszą mieć formalnie określonych ról ani nie musi istnieć ciągłość członkostwa czy rozwinięta struktura. W art. 2 ww. decyzji zostały zdefiniowane przestępstwa związane z udziałem w organizacji przestępczej. Należy je rozumieć jako zachowanie każdej osoby, która w sposób zamierzony i mając świadomość celu oraz ogólnej działalności organizacji przestępczej lub zamiaru popełnienia przez nią danych przestępstw, bierze aktywny udział w przestępczej działalności organizacji, w tym również poprzez dostarczanie informacji lub środków materialnych, a także rekrutację nowych członków oraz wszelkie formy finansowania tej działalności, mając świadomość, że udział w tym przyczynia się do realizacji działalności przestępczej organizacji<sup>452</sup>. Przestępstwem związanym z udziałem w organizacji przestępczej jest także zachowanie każdej osoby polegające na ustaleniu z jedną lub większą liczbą osób, że należy wykonać pewne działanie, wykonanie którego oznaczałoby popełnienie przestępstw, o których mowa w art. 1, nawet wówczas, jeżeli osoba ta nie bierze faktycznego udziału w realizacji działania<sup>453</sup>.

Na podstawie powyższych regulacji można wyprowadzić wniosek, że podstawą wykluczenia z postępowania mogą być wyroki wydane w związku popełnieniem ww. czynów. Jeżeli zatem prawo krajowe będzie przewidywało odmienną definicję organizacji przestępczej, a zostaną spełnione minimalne cechy zdefiniowane w decyzji 2008/841/WSiSW, to wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie uzasadnione<sup>454</sup>.

---

<sup>451</sup> Decyzja ramowa Rady 2008/841/WSiSW z dnia 24.10.2008 r. w sprawie zwalczania przestępczości zorganizowanej (Dz. Urz. UE L 300/42 z 11.11.2008) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32008F0841> (dostęp 08.12.2022).

<sup>452</sup> Art. 2 pkt a) Decyzji ramowej Rady 2008/841/WSiSW..., s. 43.

<sup>453</sup> Art. 2 pkt b) Decyzji ramowej Rady 2008/841/WSiSW..., s. 43; J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 267; A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 476–477.

<sup>454</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*s. 267; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 451.



### 2.4.1.2. Korupcja

Podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 57 ust. 1 lit. b Dyrektywy 2014/24/UE jest dopuszczenie się korupcji, potwierdzone prawomocnym wyrokiem. Korupcję należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w art. 3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej<sup>455</sup> i art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW<sup>456</sup>, jak również korupcji zdefiniowanej w prawie krajowym instytucji zamawiającej lub wykonawcy<sup>457</sup>.

Tym sposobem ustawodawca unijny opisuje korupcję, która swym zakresem obejmuje kilka definicji pojęcia<sup>458</sup>.

Korupcja, zgodnie z art. 3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej przewiduje formę tzw. korupcji czynnej. Korupcja czynna zdefiniowana została w art. 3 jako umyślne działanie kogokolwiek, polegające na dawaniu obietnicy lub przekazywaniu, bezpośrednio lub za pośrednictwem, dowolnego rodzaju korzyści, urzędnikowi lub stronie trzeciej, aby sprawić, by osoba ta dokonała lub powstrzymała się od dokonania czynności wynikającej z jej funkcji lub w ramach wykonywania jej funkcji, z naruszeniem swoich obowiązków urzędniczych.

W ramach decyzji 2003/568/WSiSW przewidziane zostały przypadki korupcji czynnej i biernej w sektorze prywatnym. Przestępstwem korupcji czynnej będą działania umyślne, mające miejsce w toku działań gospodarczych: obiecywanie, oferowanie lub przekazywanie, bezpośrednio lub przez pośrednika, osobie sprawującej jakąkolwiek funkcję kierowniczą w podmiocie działającym w sektorze prywatnym lub w nim pracującej, nienależnej korzyści jakiegokolwiek rodzaju, z przeznaczeniem dla tej osoby lub dla strony trzeciej, w takim celu, aby ta osoba podjęła działania lub powstrzymała się od podjęcia działań, z naruszeniem swoich obowiązków. Korupcją bierną będzie żądanie lub otrzymywanie – bezpośrednio lub przez pośrednika – nienależnej korzyści jakiegokolwiek rodzaju, lub też przyjmowanie obietnicy takiej korzyści,

---

<sup>455</sup> Konwencja w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. L 195 z 25.06.1997, s. 1).

<sup>456</sup> Decyzja ramowa Rady 2003/568/WSiSW z 22.07.2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym (Dz.U. UE L 192 z 31.07.2003, s. 54).

<sup>457</sup> Art. 57 ust. 1 pkt b) dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>458</sup> W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych...*, s. 571.

z przeznaczeniem dla siebie lub strony trzeciej, przy zarządzaniu podmiotem w sektorze prywatnym lub wykonywaniu w nim pracy na jakimkolwiek stanowisku, w celu podjęcia działań lub powstrzymania się od podjęcia działań, z naruszeniem obowiązków tej osoby<sup>459</sup>.

Korupcja może mieć miejsce w przypadku działań gospodarczych podejmowanych zarówno przez podmioty nastawione na zysk, jak i przez podmioty, które nie są nastawione na zysk. Definicja korupcji określona w dyrektywie 2014/24/UE odsyła także do pojęcia tego terminu określonego zarówno w prawie krajowym zamawiającego, jak i wykonawcy, obejmując swym zakresem przypadki korupcji zdefiniowane w krajowych przepisach karnych<sup>460</sup>.

W tym miejscu warto również przypomnieć ideę Paktów Uczciwości (ang. *Integrity Pacts*), wywołującą zainteresowanie wśród organów Unii Europejskiej, która opiera się na umowie zawartej pomiędzy instytucjami zamawiającymi a wykonawcami. W ramach umowy strony określają swoje prawa i obowiązki w sposób, który gwarantuje uniknięcie podejrzeń o korupcję. Przestrzeganie zapisów umowy ma należeć do niezależnej, wyspecjalizowanej w tego typu przypadkach organizacji<sup>461</sup>.

### 2.4.1.3. Nadużycia finansowe

Podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 57 ust. 1 lit. c dyrektywy 2014/24/UE, są potwierdzone prawomocnym wyrokiem nadużycie finansowe wykonawcy. W zakresie nadużyć finansowych ustawodawca unijny odwołuje się wprost do definicji zawartej w art. 1 Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich<sup>462</sup>. Zgodnie z jej treścią nadużycia finansowe zostały podzielone w odniesieniu do wydatków oraz do przychodów. Za nadużycia finansowe naruszające interesy finansowe Wspólnot Europejskich w odniesieniu do wydatków uznaje się jakiegokolwiek umyślne działania lub

---

<sup>459</sup> Art. 2 ust. 1 decyzji 2003/568/WSiSW; W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych...*, s. 571–572; J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 267–268; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 451–452.

<sup>460</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 268; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 452.

<sup>461</sup> W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych...*, s. 572.

<sup>462</sup> Konwencja o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 26.07.1995 r. (Dz. Urz. UE C z 1995 r. 316, s. 48).

zaniechania dotyczące: wykorzystania lub przedstawienia fałszywych, nieścisłych lub niekompletnych oświadczeń lub dokumentów, mające na celu sprzeniewierzenie lub bezprawne zatrzymanie środków z budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich lub budżetów zarządzanych przez Wspólnoty Europejskie lub w ich imieniu; nieujawnienia informacji z naruszeniem szczególnego obowiązku, w tym samym celu; niewłaściwego wykorzystania takich środków do celów innych niż te, na które zostały pierwotnie przyznane. Natomiast za nadużycia finansowe w odniesieniu do przychodów, definicja wskazana w art. 1 ww. Konwencji uznaje jakiegokolwiek umyślne działanie lub zaniechanie dotyczące: wykorzystania lub przedstawienia fałszywych, nieścisłych lub niekompletnych oświadczeń lub dokumentów, mające na celu bezprawne zmniejszenie środków budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich lub budżetów zarządzanych przez, lub w imieniu, Wspólnot Europejskich; nieujawnienia informacji z naruszeniem szczególnego obowiązku, w tym samym celu; niewłaściwego wykorzystania korzyści uzyskanej zgodnie z prawem, w tym samym celu<sup>463</sup>.

Postanowienia konwencji odnoszą się do zwalczania nadużyć finansowych wpływających na interesy finansowe Wspólnot Europejskich. Na mocy konwencji nadużycie finansowe, dotyczące wydatków oraz przychodów, podlegają skutecznym, i odstrasżającym sankcjom karnym wymierzonym w każdym państwie członkowskim, z zachowaniem proporcjonalności. Każde państwo członkowskie zostało zobowiązane do podjęcia niezbędnych środków, zapewniających, że powyżej określone działania oraz udział w takim zachowaniu, nakłanianie lub próba takiego zachowania będą podlegać skutecznym, proporcjonalnym i odstrasżającym sankcjom karnym. Kary za poważne nadużycia finansowe polegają na pozbawieniu wolności, które może prowadzić do ekstradycji<sup>464</sup>.

#### **2.4.1.4. Przepisy terrorystyczne lub przestępstwa związane z działalnością terrorystyczną**

Kolejna grupa przestępstw, których popełnienie potwierdzone wyrokiem sądu stanowi obligatoryjną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie

---

<sup>463</sup> W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych...*, s. 572–573; J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 268; A. Dąbrowska, M. Gołowski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 452.

<sup>464</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 479–406.

zamówienia publicznego, określona w art. 57 ust. 1 lit. d dyrektywy 2014/24/UE, to przestępstwa terrorystyczne lub związane z działalnością terrorystyczną. Dyrektywa 2014/24/UE sankcjonuje wszelkie przestępstwa terrorystyczne lub przestępstwa związane z działalnością terrorystyczną, zdefiniowaną odpowiednio w art. 1 i 3 decyzji ramowej Rady 2002/475/WSiSW<sup>465</sup>. Zgodnie z art. 1 tej decyzji każde państwo członkowskie podejmuje niezbędne środki zapewniające, że zamierzone czyny, wskazane w tekście przedmiotowej decyzji, określone zgodnie z prawem krajowym jako przestępstwa, które ze względu na swój charakter i kontekst mogą wyrządzić poważne szkody krajowi lub organizacji międzynarodowej, jeżeli zostają popełnione w celu: poważnego zastraszenia ludności, lub bezprawnego zmuszenia rządu lub organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania działania, lub poważnej destabilizacji lub zniszczenia podstawowych politycznych, konstytucyjnych, gospodarczych lub społecznych struktur kraju lub organizacji międzynarodowej, są uważane za terrorystyczne.

Przestępstwami takimi są ataki na życie ludzkie, które mogą powodować śmierć; ataki na integralność cielesną osoby; porwania lub branie zakładników; spowodowanie rozległych zniszczeń obiektów rządowych lub obiektów użyteczności publicznej, systemu transportowego, infrastruktury, włącznie ze zniszczeniem systemu informacyjnego, stałych platform umieszczonych na szelfie kontynentalnym, miejsca publicznego lub mienia prywatnego, mogące zagrozić życiu ludzkiemu lub spowodować poważne straty gospodarcze; zajęcie statku powietrznego, statku lub innego środka transportu publicznego lub towarowego; wytwarzanie, posiadanie, nabywanie, przewożenie, dostarczanie lub używanie broni, materiałów wybuchowych lub jądrowych, broni biologicznej lub chemicznej, jak również badania i rozwój broni biologicznej i chemicznej; uwalnianie substancji niebezpiecznych lub powodowanie pożarów, powodzi lub wybuchów, których rezultatem jest zagrożenie życia ludzkiego; zakłócenia lub przerwy w dostawach wody, energii elektrycznej lub wszelkich innych podstawowych zasobów naturalnych, których rezultatem jest zagrożenie życia ludzkiego; a także groźenie popełnieniem czynów wymienionych powyżej<sup>466</sup>.

---

<sup>465</sup> Decyzja ramowa Rady 2002/475/WSiSW z 13.06.2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu (Dz. Urz. UE L nr 164 z 22.06.2002, s. 3 ze zm.).

<sup>466</sup> W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych...*, s. 573–574; J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 268; A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 480–481; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 452.

Dyrektywa wskazuje również, że podżeganie do popełnienia przestępstwa, pomocnictwa, współsprawstwa lub usiłowania popełnienia ww. przestępstw są również przestępstwami terrorystycznymi<sup>467</sup>.

#### **2.4.1.5. Pranie pieniędzy lub finansowanie terroryzmu**

Podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określoną w art. 57 ust. 1 lit. e dyrektywy 2014/24/UE jest pranie pieniędzy lub finansowanie terroryzmu, potwierdzone prawomocnym wyrokiem. Przestępstwa prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu zostały zdefiniowane w Dyrektywie 2014/24/UE poprzez odesłanie do art. 1 Dyrektywy 2005/60/WE<sup>468</sup> Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu. Zgodnie z treścią art. 1 Dyrektywy 2005/60/WE za pranie pieniędzy uznaje się następujące czyny popełnione umyślnie: konwersję lub przekazywanie mienia, ze świadomością, że pochodzi ono z działalności przestępczej lub z udziału w takiej działalności, w celu ukrywania lub zatajania nielegalnego pochodzenia tego mienia albo udzielenia pomocy osobie, która bierze udział w takiej działalności, dla umożliwienia jej uniknięcia konsekwencji prawnych takiego działania; umyślne ukrycie lub zatajenie prawdziwego charakteru mienia, jego źródła, miejsca położenia, rozporządzania nim, przemieszczania, własności lub praw do mienia, ze świadomością, że mienie to pochodzi z działalności przestępczej lub z udziału w takiej działalności; nabycie, posiadanie lub korzystanie z mienia, ze świadomością w momencie jego otrzymania, że mienie to pochodzi z działalności o charakterze przestępczym lub z udziału w takiej działalności; umyślny udział lub współdziałanie w popełnieniu, usiłowanie popełnienia, jak też pomocnictwo, podżeganie, ułatwianie oraz doradzanie przy popełnieniu powyższych czynów<sup>469</sup>.

Za pranie pieniędzy uważane są również przypadki obejmujące działania, w ramach których uzyskane mienie, mające stać się przedmiotem prania, miało miejsce na

---

<sup>467</sup> W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych...*, s. 574.

<sup>468</sup> Dyrektywa 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.10.2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu (Dz.Urz. UE L Nr 309, s. 15 ze zm.).

<sup>469</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 481–482.

terytorium innego państwa członkowskiego lub państwa trzeciego<sup>470</sup>.

Natomiast, zgodnie z art. 1 ust 4 Dyrektywy 2005/60/WE, za finansowanie terroryzmu uważane jest bezpośrednie lub pośrednie dostarczanie lub gromadzenie funduszy wszelkimi sposobami, z zamiarem ich użycia lub ze świadomością, że mają zostać użyte, w całości lub w części, w celu popełnienia któregośkolwiek z przestępstw określonych w art. 1–4 decyzji 2002/475/WSiSW (wymienionych przy omawianiu przestępstw terrorystycznych)<sup>471</sup>.

#### **2.4.1.6. Praca dzieci i inne formy handlu ludźmi**

Kolejną podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 57 ust. 1 lit. f Dyrektywy 2014/24/UE jest dopuszczenie się czynów związanych z pracą dzieci i innych form handlu ludźmi, potwierdzonych prawomocnym wyrokiem. Definicja przestępstwa pracy dzieci i innych form handlu ludźmi została zawarta w art. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE<sup>472</sup> w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępującej decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW (Dz.Urz. UE L Nr 101, s. 1).

Zgodnie z treścią art. 2 ust. 1 ww. Dyrektywy przestępstwa dotyczące handlu ludźmi muszą być popełnione umyślnie oraz dotyczyć werbowania, transportu, przekazywania, przechowywania lub przyjmowania osób, w tym wymiany lub przekazania kontroli nad tymi osobami, z zastosowaniem groźby lub przemocy bądź innych form przymusu, uprowadzenia, oszustwa, podstępu, poprzez nadużycie uprawnień lub wykorzystanie sytuacji bezbronności, lub też wręczenie lub przyjęcie płatności lub korzyści dla uzyskania zgody osoby sprawującej kontrolę nad inną osobą, w celu wyzysku. Sytuacja bezbronności ma miejsce wówczas, gdy dana osoba nie ma innego – realnego lub możliwego do zaakceptowania – wyboru niż poddanie się

---

<sup>470</sup> W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych...*, s. 574.

<sup>471</sup> *Ibidem*, s. 574–575.

<sup>472</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z 5.04.2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępującej decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW (Dz.Urz. UE L Nr 101 z 15.0.2011, s. 1).

nadużyciu<sup>473</sup>. Wyzysk obejmuje w szczególności – wyzyskanie innych osób do prostytucji lub innych form wykorzystywania seksualnego, przymusową pracę lub służbę, w tym żebractwo, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, zniewolenie, wyzyskiwanie do działalności przestępczej lub usunięcie organów<sup>474</sup>. W treści art. 2 ust. 4 dyrektywa wyraźnie zastrzega, że zgoda ofiary handlu ludźmi na wyzysk, niezależnie od tego, czy rzeczywisty lub zamierzony, nie ma znaczenia, jeśli posłużono się którymkolwiek ze środków opisanych w ust. 1<sup>475</sup>. Jeżeli natomiast zachowanie takie, jak opisane w ust. 1, dotyczy dziecka, to stanowi ono przestępstwo handlu ludźmi, niezależnie od tego, czy posłużono się którymkolwiek ze środków wymienionych powyżej<sup>476</sup>. Na użytek Dyrektywy 2011/36/UE „dziecko” oznacza osobę poniżej 18. roku życia<sup>477</sup>.

#### **2.4.1.7. Naruszenie obowiązków dotyczących płatności publicznoprawnych**

W treści art. 57 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE państwa członkowskie zostały zobowiązane do wykluczenia wykonawcy naruszającego obowiązki dotyczące płatności publicznoprawnych, wobec którego wydano ostateczne i wiążące orzeczenie sądowe lub decyzję administracyjną, zgodnie z prawem kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub zgodnie z przepisami prawa państwa członkowskiego zamawiającego<sup>478</sup>. Wykluczenie wykonawcy z postępowania jest możliwe także w sytuacji, w której zamawiający za pomocą „dowolnych środków” może wykazać naruszenie przez wykonawcę obowiązków dotyczących płatności podatków oraz składek na ubezpieczenie społeczne<sup>479</sup>.

W ramach implementacji dyrektywy państwa członkowskie mogą zobowiązać instytucje zamawiające odpowiednią regulacją prawną do obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy, który zalega z płatnością podatków i składek na ubezpieczenie społeczne

---

<sup>473</sup> Art. 2 ust. 2 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z 5.04.2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępującej decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW (Dz.Urz. UE L Nr 101 z 15.0.2011, s. 1).

<sup>474</sup> Art. 2 ust. 3 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE.

<sup>475</sup> Art. 2 ust. 4 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE.

<sup>476</sup> Art. 2 ust. 5 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE.

<sup>477</sup> Art. 2 ust. 6 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE; W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych...*, s. 575.

<sup>478</sup> A. Sołtysińska *Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy...*, s. 34–35.

<sup>479</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...* s. 267; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 453.

w przypadku, gdy ta zaległość nie jest potwierdzona wyrokiem sądowym lub decyzją administracyjną<sup>480</sup>.

#### 2.4.2. Fakultatywne podstawy wykluczenia

Kwestia implementacji fakultatywnych przesłanek wykluczenia, różni się od wdrażania obligatoryjnych przesłanek. Każde państwo członkowskie, w oparciu o specyficzne dla niego względy historyczne, prawne, społeczne i ekonomiczne, określa katalog sytuacji sprzyjających zakłóceniu konkurencji i udzielaniu zamówień w sposób efektywny. Ustawodawca krajowy, w odniesieniu do własnej polityki kształtującej rynek zamówień publicznych, będzie mógł swobodnie ustanowić przesłanki wykluczenia – a normy Dyrektywy 2014/24/UE będą wyznaczały granice tej swobody. Przepisy prawa, będące regulacją procedury udzielania zamówień publicznych, stanowią jedynie instrument dla osiągnięcia określonych celów, a stanowione prawo winno być efektywne<sup>481</sup>. Według Jerzego Stelmacha aby prawo mogło być efektywne, musi spełniać co najmniej osiem zasad: powinno być skuteczne, przewidywać zmiany, które mogą wystąpić w społeczno-ekonomicznej rzeczywistości, być tworzone i stosowane w taki sposób, aby maksymalizować bogactwo społeczne i indywidualne, uwzględniać założenie, że jego adresaci są podmiotami ekonomicznie racjonalnymi (czyli, że są *homo oeconomicus*), powinno umożliwiać przeprowadzenie właściwej alokacji dóbr, dążyć do samoograniczenia, uwzględniać tradycję, wykształcone już nawyki, przyjęte zasady i powszechnie akceptowane standardy, a nauka prawa ma skupiać uwagę na badaniu „efektywnego prawa”<sup>482</sup>.

Regulacje prawne w zakresie przesłanek wykluczenia muszą uwzględniać główne założenia, odnoszące się do tworzonego lub funkcjonującego w danym kraju rynku zamówień publicznych. Ich ostateczny kształt może być uzależniony zarówno od kompetencji i stopnia świadomości zamawiających realizujących procedury wydatkowania środków publicznych, jak i od zapotrzebowania na narzędzia eliminujące nieuczciwą konkurencję. W sytuacji, w której w kraju dane negatywne zjawisko jest

---

<sup>480</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...* s. 270; A. Dąbrowska, M. Gołowski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 453–454.

<sup>481</sup> A. Sołtysińska, *Fakultatywne podstawy wykluczenia...*, s. 35.

<sup>482</sup> J. Stelmach, *Efektywne prawo*, publikacja dostępna na stronie: [https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/79004/stelmach\\_efektywne\\_prawo\\_2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/79004/stelmach_efektywne_prawo_2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (dostęp 6.09.2021); A. Sołtysińska, *Fakultatywne podstawy wykluczenia...*, s. 35.



nagminne, właściwym rozwiązaniem może być wprowadzenie podstawy wykluczenia, nadając jej obligatoryjny charakter, co w konsekwencji może doprowadzić do zmniejszenia lub eliminacji niepożądanych zachowań wykonawców. Jeżeli jednak zjawisko utrudniające uczciwą konkurencję nie jest powszechne, taką przesłankę wykluczenia można wprowadzić jako fakultatywną, pozostawioną do decyzji zamawiających, stosownie do ich uzasadnionych potrzeb<sup>483</sup>. W ramach fakultatywnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 57 ust. 2 (częściowo) i 4 Dyrektywy 2014/24/UE, ustawodawca krajowy może wprowadzić do własnego porządku prawnego wszystkie podstawy wykluczenia zawarte w dyrektywie, dowolnie wybrane lub nie wprowadzić żadnej z nich. Ustawodawca krajowy może także dokonywać modyfikacji poszczególnych podstaw wykluczenia, ograniczając przesłanki lub okoliczności wskazane w dyrektywie<sup>484</sup>. Może również uznać określoną fakultatywną przesłankę wykluczenia za obligatoryjną i nadać jej taki walor odpowiednimi postanowieniami norm krajowych. Uznając daną przesłankę fakultatywną za obligatoryjną, ustawodawca krajowy wprowadza ją do stosowania jako obligatoryjną, w odpowiednim akcie prawa. W przypadku, w którym ustawodawca krajowy pozostawi fakultatywne podstawy wykluczenia określone w dyrektywie jako takie we własnym porządku prawnym, decyzja o ich zastosowaniu należy do instytucji zamawiających. Wówczas zamawiający zobligowany będzie do wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, w przypadku zaistnienia konkretnie wskazanych podstaw<sup>485</sup>. Zatem aby zamawiający mógł skorzystać z możliwości badania wykonawcy pod kątem zaistnienia fakultatywnych podstaw wykluczenia, musi taką możliwość przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia<sup>486</sup>.

Fakultatywne podstawy wykluczenia określone w art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE częściowo powielają przesłanki z Dyrektywy 2004/18/WE, ale także wprowadzają nowy katalog okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Dyrektywa 2014/24/UE jako fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazuje: niewypełnienie zobowiązań wynikających z prawa ochrony

---

<sup>483</sup> A. Sołtysińska, *Fakultatywne podstawy wykluczenia...*, s. 36.

<sup>484</sup> *Ibidem*, s. 37.

<sup>485</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 485–486.

<sup>486</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 323.

środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy zgodnie z art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, bankructwo lub prowadzenie wobec wykonawcy postępowania upadłościowego lub likwidacyjnego, poważne wykroczenie zawodowe, zawarcie porozumienia, którego celem jest zakłócenie uczciwej konkurencji, zaistnienie niemożliwego do zlikwidowania innymi, mniej restrykcyjnymi środkami konfliktu interesów, czy sytuacji, w której wykonawca brał udział we wcześniejszym przygotowaniu zamówienia, poważne niewywiązanie się z wcześniejszych obowiązków kontraktowych, których skutkiem była konieczność wcześniejszego rozwiązania umowy, powstanie szkód lub innych podobnych konsekwencji, wpływanie na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nieuprawnione pozyskanie poufnych informacji, których posiadanie może zapewnić wykonawcy przewagę w postępowaniu, a także wprowadzenie w błąd instytucji zamawiającej co do podstaw decyzji w sprawie wykluczenia wykonawcy, kwalifikacji czy udzielenia zamówienia<sup>487</sup>. Powyższe kwalifikowane były w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jako tzw. inne środki umożliwiające wykluczenie wykonawcy z postępowania w celu poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości, pod warunkiem, że są one proporcjonalne oraz że nie będą oparte na niewzruszalnym domniemaniu wykluczenia, pozbawiającym możliwości odniesienia się do nich przez wykonawcę<sup>488</sup>. Wykonawca powinien mieć możliwość wykazania, że jego sytuacja nie stwarza zagrożenia dla przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców, natomiast zamawiający powinien każdorazowo umożliwić wykonawcy wyjaśnienie zaistniałych okoliczności<sup>489</sup>.

W orzeczeniu w sprawie C-213/07 *Michaniki AE* z dnia 16 grudnia 2008 r., Trybunał wskazał, że koncepcja prawodawcy europejskiego polega na dopuszczeniu tylko takich przypadków wykluczenia, które opierają się na obiektywnym ustaleniu okoliczności faktycznych lub na zachowaniu zainteresowanego przedsiębiorcy mogącym podważyć jego uczciwość zawodową lub zdolność gospodarczą i finansową do

<sup>487</sup> Art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>488</sup> Por. wyrok z dnia 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias*, Zb. Orz. 2008, s. I-9999 (ECLI:EU:C:2008:731); wyrok z dnia 16.10.2003 r. w sprawie C-241/01 *Traunfellner GmbH v. Österreichische Autobahnen – und Schnellstrassen-Finanzierungs-AG (Asfinag)*, Rec. 2003, s. I-11941; wyrok z dnia 3.03.2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA v. État belge*, Zb. Orz. 2005, s. I-1559 (ECLI:EU:C:2005:127); wyrok z dnia 19.05.2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur Srl v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, Zd. Orz. 2009, s. I-0419 (ECLI:EU:C:2009:317); wyrok z dnia 23.12.2009 r. w sprawie C-305/08 *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v. Regione Marche*, Zb. Orz. 2009, s. I-12129, (ECLI:EU:C:2009:807).

<sup>489</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 488.

wykonania zamówienia<sup>490</sup>.

Poszanowanie przez zamawiających zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości stało się podwaliną norm materialnych ustanowionych w art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE<sup>491</sup>. W chwili przygotowywania ofert przez wykonawców oraz w chwili ich oceny przez zamawiających wykonawcy powinni znajdować się w równorzędnej pozycji<sup>492</sup>.

Z uwagi na sformułowane w przywołanym orzeczeniu tezy jest ono uznawane za jedno z najważniejszych stanowiących odzwierciedlenie stanowiska Trybunału w przedmiocie podstaw wykluczenia wykonawców z postępowania, w oparciu o inne środki wprowadzone przez państwa członkowskie<sup>493</sup>.

W sprawie C-305/08<sup>494</sup> Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że w interesie prawa unijnego ocenianego w kontekście jednolitego rynku wewnętrznego i skutecznej konkurencji jest zapewnienie jak największej liczby oferentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy, którzy są ze sobą powiązani, nie powinni być bezwzględnie pozbawiani prawa do udziału w tym samym postępowaniu konkurencyjnym. Takie rozwiązanie byłoby nie do pogodzenia ze skutecznym stosowaniem prawa, ponieważ ograniczyłoby konkurencję na szczeblu unijnym w sposób znaczny. Zatem uregulowanie, oparte na niewzruszanym domniemaniu, że poszczególne, powiązane ze sobą przedsiębiorstwa przedstawiając swe oferty w tym samym przetargu, bezwzględnie na siebie wpływają, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ nie daje im żadnej możliwości wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania praktyk zagrażających przejrzystości lub zakłócających konkurencję między oferentami<sup>495</sup>.

---

<sup>490</sup> Podobnie Trybunał orzekł w wyroku z dnia 18 października 2001 r. w sprawie *C-19/00 SIAC Construction Ltd. v. Country Council of the County of Mayo*, Rec. 2001, s. I-07725, pkt 34, (ECLI:EU:C:2001:553); w wyroku z dnia 4.12.2003 r. w sprawie *C-448/01 EVN AG i Wienstrom GmGH v. Austria*, rec. 2003, s. I-14257, pkt 47, (ECLI:EU:C:2003:651).

<sup>491</sup> Por. wyrok TSUE z dnia 12.12.2002 r. w sprawie *C-470/99 Universale-Bau AG i Bietergemeinschaft: Hinteregge-Sohne Bauges. mbH Salzburg, OSTU-STETTIN Hoch-und Tiefbau GmbH v. Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH*, Rec. 2002, s. I-11617 pkt 91, (ECLI:EU:C:2002:746); wyrok z dnia 19.06.2003 r. w sprawie *C-315/01 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) v. Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, Rec. 2003, s. I-06351, pkt 73, (ECLI:EU:C:2003:360).

<sup>492</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 486–487.

<sup>493</sup> *Ibidem*.

<sup>494</sup> Wyrok z dnia 23.12.2009 r. w sprawie *C-305/08 Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v. Regione Marche*, pkt 37, Zb. Orz. 2009, s. I-12129, (ECLI:EU:C:2009:807).

<sup>495</sup> Podobnie Trybunał orzekł w wyroku z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych *C-21/03 i C-34/03 Fabricom*, pkt 33 i 35 (ECLI:EU:C:2005:127), oraz w sprawie z 16.12.2008 r. *C-213/07 Michaniki AE*,

#### **2.4.2.1. Naruszenie obowiązków związanych z ochroną środowiska prawa socjalnego i prawa pracy**

Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. a Dyrektywy 2014/24/UE podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest okoliczność, w której zamawiający za pomocą dowolnych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust 2. Chodzi tu o wymogi związane z ochroną środowiska, prawem socjalnym i prawem pracy. Potwierdzeniem naruszenia przez wykonawcę obowiązków związanych z ochroną środowiska jest okoliczność, w której na wykonawcę zostaną nałożone z tego tytułu kary. Zapłacenie przez wykonawcę kary, jest wystarczające do stwierdzenia, iż nastąpiła przesłanka naruszenia obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska<sup>496</sup>. Jednakże w kontekście treści art. 18 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków z dziedziny prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, pojawia się wątpliwość, czy wykluczenie wykonawcy w związku z naruszeniem obowiązków wynikających z ww. dziedzin prawa dotyczy sytuacji, w których naruszył on powyższe obowiązki wyłącznie przy realizacji zamówienia publicznego, czy też należy to rozumieć szerzej. Na przykład w kontekście jakiegokolwiek naruszenia przepisów dotyczących ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy<sup>497</sup>.

#### **2.4.2.2. Bankructwo, upadłość, likwidacja wykonawcy**

W przypadku bankructwa, upadłości czy likwidacji lub innego podobnego stanu wykonawcy, stanowiących fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania, określoną w art. 57 ust. 4 lit. b Dyrektywy 2014/24/UE, ustawodawca

---

pkt 62 2008 I-09999 (ECLI:EU:C:2008:731); W wyroku z dnia 13.12.2012 r. w sprawie C-456/11 *Forposta SA i ABC Direct Kontakt sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A.* (ECLI:EU:C:2012:801) Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że określenie „poważne wykroczenia zawodowe” dotyczy wszelkich zawinionych przez wykonawcę uchybień, które mają wpływ na jego wiarygodność zawodową, a do stwierdzenia uchybienia nie jest konieczny prawomocny wyrok sądu; A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 488.

<sup>496</sup> *Ibidem*, s. 490.

<sup>497</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 272; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 456.

europejski dopuszcza możliwość odstąpienia przez państwo członkowskie od wykluczenia wykonawcy, jeżeli udowodni on zamawiającemu, że pomimo zaistnienia wobec niego wymienionych okoliczności, będzie on w stanie wykonać zamówienie, o które się ubiega<sup>498</sup>. Decyzję w tym zakresie podejmuje państwo członkowskie na etapie implementacji. Ustawodawca krajowy winien doprecyzować przesłanki i kryteria, którymi będzie kierował się zamawiający, decydując o zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Ustawodawca krajowy, przy tworzeniu powyższych regulacji, nie może zapomnieć o stosowaniu zasady równego traktowania wykonawców, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca znajdujący się w stanie likwidacji lub upadłości uzyska gospodarczą i faktyczną przewagę nad konkurentami, których sytuacja finansowa nie stanowi przesłanki do wszczęcia postępowania upadłościowego lub likwidacyjnego<sup>499</sup>.

### 2.4.2.3. Poważne wykroczenie zawodowe

Fakultatywną przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania, określoną w art. 57 ust. 4 lit. c Dyrektywy 2014/24/UE, jest możliwość wykazania przez instytucję zamawiającą za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które poddaje w wątpliwość uczciwość wykonawcy. W wyroku w sprawie C-456/11<sup>500</sup> Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że określenie „poważne wykroczenia zawodowe” dotyczy wszelkich zawinionych przez wykonawcę uchybień, które mają wpływ na jego wiarygodność zawodową. Do stwierdzenia uchybienia nie jest konieczny prawomocny wyrok sądu. Za wykroczenie zawodowe może być uznane np. niewykonanie zobowiązań umownych. Trybunał podkreślił jednak, że pojęcie poważnego wykroczenia należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego podmiotu wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo<sup>501</sup>. Tak więc jakakolwiek nieprawidłowość, niedokładność lub niska jakościowo realizacja umowy lub jej części może prowadzić do ewentualnego wykazania niższych kompetencji zawodowych danego wykonawcy. Nie

---

<sup>498</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 492.

<sup>499</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 275; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 456.

<sup>500</sup> Wyrok z dnia 13.12.2012 r. w sprawie C-456/11 *Forposta SA i ABC Direct Kontakt sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A.* (ECLI:EU:C:2012:801).

<sup>501</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 488.

oznacza to automatycznie, że doszło do poważnego wykroczenia zawodowego. Aby stwierdzić, że doszło do „poważnego wykroczenie” należy, co do zasady przeprowadzić konkretną i zindywidualizowaną ocenę postawy wykonawcy. Dlatego najczęściej jako poważne wykroczenie zawodowe rozumie się zawinione przez wykonawcę niewykonanie umowy w sprawie zamówienia<sup>502</sup>. Jako „zawinione” uznane zostanie także niedbalstwo wykonawcy, np. w sytuacji zaangażowania podwykonawcy, który nie posiada niezbędnych kwalifikacji wymaganych do wykonania zamówienia. Wykonawca będzie musiał w każdym przypadku udowodnić, że wybór podwykonawcy nastąpił z dochowaniem staranności wymaganej od podmiotów prowadzących określoną działalność oraz w sposób pełni profesjonalny. Jeśli natomiast nie dochodzi do wykonania obowiązków kontraktowych z winy podwykonawcy, obok badania procedury wyboru podwykonawcy działaniu temu powinno podlegać monitorowanie przez wykonawcę realizacji obowiązków podwykonawcy. Zatem treść umowy z podwykonawcą powinna podlegać ocenie pod kątem gwarancji wypełnienia przez wykonawcę ciężących na nim obowiązków kontraktowych. Wykonawca będzie musiał wykazać, że w sposób właściwy dyscyplinował podwykonawcę do ich wypełnienia. W szczególności, że podejmował środki zaradcze w postaci np. wykonania zastępczego. Jeżeli, pomimo podejmowanych przez wykonawcę działań, doszło do niewłaściwego wykonania umowy, nie może on być postrzegany jako winny poważnego wykroczenia zawodowego<sup>503</sup>. Jeżeli umowa nakładała na niego obowiązki, których mimo dołożenia należytej staranności nie był w stanie obiektywnie wykonać, to wówczas nie będzie można mu przypisać winy w związku z poważnym wykroczeniem zawodowym. Niezwykle istotnym elementem jest również możliwość udokumentowania podjętych działań, potwierdzających zachowanie należytej staranności. Przykładowo, można wskazać na obowiązek wnioskowania o decyzje administracyjne, uzgodnienia z właściwymi organami lub osobami trzecimi. Co wykazuje, że spełnił wszystkie niezbędne warunki do ich uzyskania, jednak ich nie otrzymał<sup>504</sup>.

---

<sup>502</sup> *Ibidem*, s. 489.

<sup>503</sup> *Ibidem*.

<sup>504</sup> *Ibidem*.

#### **2.4.2.4. Porozumienie zakłócające konkurencję**

Inną fakultatywną przesłanką wykluczenia określoną w art. 57 ust. 4 lit. d Dyrektywy 2014/24/UE jest możliwość stwierdzenia przez instytucję zamawiającą na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Najczęstszym przykładem takiego porozumienia jest zмова przetargowa polegająca na ustaleniu między wykonawcami warunków, na jakich złożą oferty. Wykonawcy uzgadniają między sobą, który z nich złoży ofertę mniej korzystną lub z niższą ceną – która następnie poprzez brak udzielenia zamawiającemu wyjaśnień co do jej treści czy realności ceny, czy poprzez nieuzupełnienie wymaganych dokumentów zostanie odrzucona. W konsekwencji zamówienie może uzyskać podmiot, który złożył ofertę z wyższą ceną i mniej korzystnymi warunkami dla zamawiającego. Następnie wykonawcy ci realizują wspólnie dane zamówienie publiczne bądź w inny sposób regulują wzajemne zobowiązania za umożliwienie uzyskania tego zamówienia. Istotne jest monitorowanie i rozpoznawanie takich i podobnych praktyk, aby zastosować przesłanki wykluczenia wykonawców w podobnych przypadkach<sup>505</sup>.

#### **2.4.2.5. Konflikt interesów**

Konflikt interesów określony w art. 57 ust. 4 lit. e Dyrektywy 2014/24/UE jest kolejną przesłanką umożliwiającą wykluczenie wykonawcy z postępowania. Dotyczy sytuacji, kiedy osoby po stronie zamawiającego mogą być bezpośrednio zainteresowane, aby zamówienie publiczne uzyskał dany wykonawca. Szczególnym przykładem takiego konfliktu jest istnienie pomiędzy konkretnymi osobami po stronie zamawiającego i wykonawcy powiązań faktycznych (np. rodzinnych) lub formalnych. Optymalnym a jednocześnie najmniej inwazyjnym rozwiązaniem takiego konfliktu interesów jest wyłączenie z grona uczestniczących w postępowaniu po stronie zamawiającego osoby powiązanej z wykonawcą. Jeżeli zamawiający nie może zastosować takiego rozwiązania, wykonawca, wobec którego zaistniał konflikt interesów, podlega wykluczeniu z postępowania<sup>506</sup>. Wskazać należy jednak, że wykluczenie wykonawcy w powyższej

---

<sup>505</sup> *Ibidem*, s. 490.

<sup>506</sup> *Ibidem*, s. 490–491.

sytuacji zostało przewidziane przez ustawodawcę jako środek ostateczny, i o ile możliwe będzie podjęcie działań nieinwazyjnych przez zamawiającego, by wyeliminować konflikt interesów, zamawiający winien te kroki podjąć w pierwszej kolejności<sup>507</sup>.

#### **2.4.2.6. Zakłócenie konkurencji**

Zakłócenie konkurencji – fakultatywna przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania, określona w art. 57 ust. 4 lit. f Dyrektywy 2014/24/UE – może wynikać z wcześniejszego udziału wykonawcy na etapie przygotowania postępowania. Konkurencja zostanie zakłócona, jeżeli wykonawca ubiegający się o zamówienie, będzie posługiwał się przy jego realizacji osobami, które uczestniczyły w sporządzaniu dokumentacji postępowania, a uzyskana w ten sposób wiedza znacząco może wpływać na przygotowanie korzystniejszej oferty. Zastosowanie przez zamawiającego środka mniej inwazyjnego od wykluczenia wykonawcy będzie oznaczało konieczność upublicznienia wszystkich informacji i dokumentów powstałych na wcześniejszym etapie postępowania, a także wyznaczenie terminu składania ofert, który umożliwi zapoznanie się ze wszystkimi dokumentami w postępowaniu. Na zamawiającym spoczywać będzie również obowiązek udzielania z należytą starannością wyjaśnień na pytania kierowane przez wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania<sup>508</sup>.

#### **2.4.2.7. Niewłaściwa realizacja wcześniejszych zobowiązań**

Następna fakultatywna przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazana w art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy 2014/24/UE związana jest z wcześniej realizowanym przez wykonawcę zamówieniem, umową lub koncesją. Jeżeli w związku realizacją umowy dojdzie do wcześniejszego jej rozwiązania, wypłaty odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji w wyniku zasadniczych niedociągnięć ze strony wykonawcy, może on zostać wykluczony z postępowania<sup>509</sup>. Przesłanka ta jest powiązana z przesłanką wykluczenia wykonawcy w związku z poważnym wykroczeniem zawodowym.

---

<sup>507</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 273–274; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 457–458.

<sup>508</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 491.

<sup>509</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 274; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 458.



Ustawodawca posługuje się określeniem: jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji. Może to wskazywać na dążenie do wyeliminowania z postępowania wykonawców, którzy popełniają te same błędy, nie dochowują wymaganych umową istotnych terminów w ramach realizacji zamówienia, czy nie mogą osiągnąć zakładanego celu zamówienia<sup>510</sup>. Warto w tym miejscu przywołać wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej C-465/11<sup>511</sup>, w którym opowiedziano się za zakazem automatycznego wykluczania wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli to zamawiający wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, z powodu okoliczności, za które ten ostatni ponosi odpowiedzialność<sup>512</sup>.

#### 2.4.2.8. Wprowadzenie w błąd

Wprowadzenie zamawiającego w błąd, to kolejna fakultatywna przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uregulowana w art. 57 ust. 4 lit. h Ddyrektywy 2014/24/UE. Wykonawca może zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub weryfikacji kryteriów kwalifikacji, zataił te dokumenty lub w przypadku braku możliwości przedstawienia dokumentów potwierdzających na mocy art. 59. Do wykluczenia wykonawcy z tej przesłanki nie jest konieczne wydanie orzeczenia sądowego stwierdzającego wprowadzenie w błąd<sup>513</sup>.

Okoliczność ta odnosi się do sytuacji zawinionych przez wykonawcę. Spowodowanych nie tylko winą umyślną, ale także rażącym niedbalstwem<sup>514</sup>. W wyroku w sprawach połączonych T-91/12 i T-280/12<sup>515</sup> Trybunał Sprawiedliwości wyraził

<sup>510</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 491.

<sup>511</sup> Wyrok TSUE z 13.12.2012 r. C-465/11 w sprawie *Forposta S.A. i ABC Direct Contract sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A.*, pkt 36 w zw. z pkt 15 (ECLI:EU:C:2012:801).

<sup>512</sup> [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu) (dostęp 29.10.2121).

<sup>513</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 274; A. Dąbrowska, M. Gołowski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 458.

<sup>514</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 491–492.

<sup>515</sup> Wyrok TSUE z 26.09.2014 r. w sprawach połączonych T-91/12 i T-280/12 *Flying Hlding N V, Flying Group Lux SA i Flying Service NV v. Komisja Europejska*, ECLI:EU:T:2014:832, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&jur=C%2CT%2CF&num=T-91/12%20i%20T->

stanowisko, co do poważnego wprowadzenia zamawiającego w błąd przy dostarczaniu przez wykonawcę informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw do wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji. Stwierdził również, że poważne wprowadzenie zamawiającego w błąd w okolicznościach sprawy będzie miało miejsce w sytuacjach zawinionych przez wykonawcę, do których zaliczyć należy winę umyślną, ale także rażące niedbalstwo.

#### **2.4.2.9. Nienależna przewaga wykonawcy w postępowaniu**

Ostatnią przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania, określoną w art. 57 ust. 4 lit. i Dyrektywy 2014/24/UE, jest możliwość wykluczenia wykonawcy w przypadku podjęcia przez niego działań, które mogły wpłynąć na podejmowaną przez zamawiającego decyzję w sposób nienależyty – o ile ten pozyskał informacje poufne, dzięki którym mógł uzyskać nienależną przewagę w postępowaniu, lub przedstawić informacje wprowadzające w błąd w wyniku zaniedbania, mogące mieć istotny wpływ na decyzje o wykluczeniu, kwalifikacji lub udzieleniu zamówienia. Regulacja ta obejmuje szeroki zakres działań wykonawcy, które mają wpływ na jego nieuprawnioną przewagę wobec konkurentów lub na decyzje zamawiającego. I to zarówno w kwestii materialnej dotyczącej korzystniejszej treści oferty – przygotowanej w wyniku uzyskania informacji poufnych – jak i formalnej, odnoszącej się do wykluczenia wykonawcy bądź dopuszczenia go do udziału w postępowaniu<sup>516</sup>.

Ważnym elementem w okolicznościach, w których zamawiający będzie chciał wykluczyć wykonawcę z uwagi na zaistnienie podejrzenia wystąpienia którejkolwiek z powyższych przesłanek wykluczenia, jest konieczność wezwania przez zamawiającego danego wykonawcy do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień i dowodów w sprawie. Zamawiający winien umożliwić wykonawcy złożenie wyjaśnień i zgromadzenie odpowiednich dowodów, uwzględniając okoliczności i stopień skomplikowania sprawy. Wskazać należy, że od chwili otrzymania przez wykonawcę wezwania do złożenia

---

[28/12&parties=&dates=error&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=allldocrec&docdecision=docdecision&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=allldocnorec&docnoor=docnoor&docppoag=docppoag&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher](#) (dostęp 16.09.2021).

<sup>516</sup> J. Pawelec, Dyrektywa 2014/24/UE... s. 275; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 458–459.

stosownych wyjaśnień obowiązek wykazania, iż wobec wykonawcy nie zachodzi przesłanka wykluczenia, obciąża wykonawcę. Stanowisko wykonawcy, wraz z dowodami poparcia, będzie podstawą oceny jego wiarygodności, a jednocześnie umożliwi zamawiającemu rozeznanie sytuacji z perspektywy wszystkich okoliczności towarzyszących sprawie. Uznanie przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień za niewystarczające dla oceny wykonawcy jako wiarygodnego wymaga uzasadnienia wykluczenia<sup>517</sup>.

Artykuł 57 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE nałożył na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania, o ile zaistnieją okoliczności uzasadniające takie działanie. Zasadnym jest bowiem, aby wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne, nie podlegał wykluczeniu jedynie na dzień składania ofert, ale również na moment zawierania umowy o udzielenie zamówienia. Dlatego wykluczenie wykonawcy z postępowania może nastąpić na dowolnym etapie procedury, po ujawnieniu się okoliczności będących jego podstawą. Nie może ono naruszać zasad towarzyszących badaniu przesłanek wykluczenia i obowiązku umożliwienia złożenia przez wykonawcę stosownych wyjaśnień<sup>518</sup>.

## **2.5. Odstępstwa od obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**

Ustawodawca unijny w art. 57 ust. 3 oraz w art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE przewidział możliwości odstąpienia od wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to uzasadnione szczególnymi okolicznościami związanymi z realizacją nadrzędnego interesu publicznego oraz wyraźną nieproporcjonalnością, a także wynikiem skutecznego przeprowadzenia przez wykonawcę procedury self-cleaning<sup>519</sup>.

---

<sup>517</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 492.

<sup>518</sup> *Ibidem*, s. 493.

<sup>519</sup> P. Nowicki, *Aksjologia Prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 203.

### 2.5.1. Ważny interes publiczny i proporcjonalność

W art. 57 ust. 3 akapicie pierwszym Dyrektywy 2014/24/UE została przewidziana kompetencja pozwalająca na wprowadzenie przez państwa członkowskie odstępstw od obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dotyczy okoliczności, w których możliwe jest niezastosowanie przesłanek wykluczenia zarówno o charakterze obligatoryjnym, jak i fakultatywnym. Przyczyny uzasadniające takie odstępstwa muszą wynikać z nadrzędnych względów związanych z ochroną interesu publicznego, takich jak zdrowie publiczne i środowisko<sup>520</sup>. Przepis ten w akapicie drugim dopuszcza również możliwość odstąpienia od wykluczenia z uwagi na jego nieproporcjonalność<sup>521</sup>.

W motywie setnym preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE wskazane zostało, że państwa członkowskie UE powinny mieć możliwość w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych nadrzędnymi wymogami interesu publicznego, przewidzenia odstępstw od obowiązkowych wykluczeń, jeżeli udzielenie zamówienia publicznego jest niezbędne. Przykładem takich wyjątkowych sytuacji może być pilna potrzeba zakupu szczepionek lub sprzętu ratunkowego, które mogą być zapewnione jedynie przez podmiot, wobec którego zaistniały podstawy wykluczenia. Ustawodawca unijny, wprowadzając powyższą regulację, otworzył przed zamawiającym możliwość wartościowania priorytetów danego postępowania. Na przykład w przypadku, jeżeli zamawiający uzna, że uczciwa konkurencja musi ustąpić nadrzędnemu interesowi publicznemu chroniącemu dobra wyższe – takie jak życie ludzkie, zdrowie publiczne czy ochrona środowiska. Podobnie w sytuacji, gdy kupując odpowiednie lekarstwa lub sprzęt od wykonawcy, który może je dostarczyć (lecz właściwie podlega wykluczeniu), zamawiający ratuje życie lub zdrowie ludzkie. Działania takie są nie tylko właściwe, ale również uzasadnione oraz efektywne ekonomicznie<sup>522</sup>.

Przepis dyrektywy nie określa zamkniętego katalogu nadrzędnych okoliczności związanych z interesem publicznym, jednakże nie oznacza to, iż katalog ten nie podlega żadnym ograniczeniom<sup>523</sup>. Praktyka związana z realizacją tego przepisu powinna

---

<sup>520</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...* s. 270; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 454–455.

<sup>521</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 203.

<sup>522</sup> *Ibidem*; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesiąt wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 36–37.

<sup>523</sup> Wyrok TSUE z 26.09.2014 r. w sprawach połączonych T-91/12 i T-280/12 *Flying Hlding N V, Flying Group Lux SA i Flying Service NV v. Komisja Europejska*, ECLI:EU:T:2014:832, pkt 69, A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 485.

podlegać restrykcyjnej interpretacji, dotyczącej wyjątkowych sytuacji związanych z interesem publicznym w szerokiej skali<sup>524</sup>. Wynika to przede wszystkim z tego, że przyznane zamawiającemu uprawnienie ma charakter ekstraordynaryjny<sup>525</sup>. Tego nadrzędnego wymogu związanego z interesem publicznym nie można utożsamiać z ochroną interesu indywidualnego<sup>526</sup>.

Druga z sytuacji umożliwiających odstępstwo od konieczności wykluczenia wykonawcy, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, (a obowiązek ten został ustalony w drodze ostatecznego lub wiążącego orzeczenia sądowego lub w drodze decyzji administracyjnej), ma miejsce w przypadku, gdyby takie wykluczenie było wyraźnie nieproporcjonalne. Może to nastąpić np. w okolicznościach, w których kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenia społeczne nie jest wysoka lub gdy wykonawca został powiadomiony o istniejącej zaległości i jej spłacie w terminie, którego nie był w stanie dochować. Prawodawca unijny w zakresie oceny powyższych okoliczności przesunął ciężar decyzyjny na państwa członkowskie. Jednocześnie uznając, że niewielkie zaległości w opłacaniu podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach skutkować wykluczeniem. Jednakże, pomimo wprowadzenia stosownej regulacji przez państwa członkowskie, możliwość korzystania z tego odstępstwa powinna opierać się na całokształcie działalności takiego wykonawcy, w szczególności przy uwzględnieniu czynników, takich jak: rzeczywisty stosunek zaległości do zakresu działalności, częstotliwość naruszeń i zachowanie w analogicznych sytuacjach (np. czy dotychczasowe zaległości były regulowane na bieżąco)<sup>527</sup>. Taka wykładnia jest zgodna z zasadą proporcjonalności<sup>528</sup> oraz przyczynia się do lepszej realizacji zasady *Value for Money*<sup>529</sup>.

---

<sup>524</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...* s. 270; P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...* s. 205; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 454–455.

<sup>525</sup> Uprawnienia te są odstępstwem od swobód gospodarczych, uregulowanych w przepisach Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

<sup>526</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 205.

<sup>527</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 271.

<sup>528</sup> Zasada proporcjonalności została omówiona w rozdziale pierwszym.

<sup>529</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 205–206.

## 2.5.2. Self-cleaning w Dyrektywie 2014/24/UE

Kolejną z sytuacji umożliwiającą odstąpienie przez zamawiającego od konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zastosowanie instytucji self-cleaning.

W odróżnieniu od dwóch powyższych sytuacji, uzasadniających odstąpienie od konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, których wprowadzenie do prawa krajowego jest indywidualną decyzją każdego państwa członkowskiego, wprowadzenie przepisów dotyczących self-cleaning nie zostało pozostawione swobodnej decyzji państw członkowskich<sup>530</sup>. Wprowadzając instytucję self-cleaning do porządku prawnego, ustawodawca unijny pozostawił państwom członkowskim jedynie swobodę w zakresie uregulowania warunków jej przeprowadzenia<sup>531</sup> oraz maksymalnego okresu wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach, w których nie podjął on działań zmierzających do self-cleaning<sup>532</sup>.

Przepisy Dyrektywy 2014/24/UE nie regulują instytucji self-cleaning w sposób wystarczający i precyzyjny, odnosząc się do niej jedynie w treści art. 57 ust. 6 i ust. 7. Jednakże w treści ust. 7 ustawodawca unijny ustanowił kompetencje dla państw członkowskich, w zakresie warunków wykonania self-cleaning. Dlatego szczegółowa analiza instytucji self-cleaning oraz procedury jej przeprowadzenia uregulowanej w polskim prawie zamówień publicznych zostanie przedstawiona w rozdziale czwartym.

Dyrektywa 2014/24/UE w art. 57 ust. 6 wprowadziła możliwość podjęcia przez wykonawcę, w stosunku do którego zaistniały przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 57 ust. 1 i 4, odpowiednich środków, prowadzących do jego „oczyszczenia”. Jeżeli działania te zostaną wprowadzone w sposób skuteczny, poparte odpowiednią do popełnionego czynu lub zaniechania procedurą, wykonawca będzie mógł zostać uznany za niepodlegającego wykluczeniu. Środki naprawcze podjęte przez wykonawcę muszą zostać uznane za wystarczające, aby można było stwierdzić z dużym prawdopodobieństwem, że popełniony czyn lub zaniechanie w przyszłości nie wystąpią<sup>533</sup>. Wykonawca powinien przedstawić dowody potwierdzające, że podjęte przez niego kroki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo istnienia podstaw

---

<sup>530</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 270.

<sup>531</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 493.

<sup>532</sup> Art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>533</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 493.

wykluczenia<sup>534</sup>. Oceniając podjęte środki, należy uwzględnić konkretną przesłankę stanowiącą podstawę wykluczenia, wielkość spowodowanych szkód, jak również towarzyszące okoliczności. Muszą one obejmować budowę lub zmiany w strukturach organizacyjnych, wprowadzenie przejrzystych schematów podejmowania decyzji, trybów i procedur kontroli oraz nadzoru, zarządzania kontraktami, a także wprowadzać regulacje dotyczące egzekwowania wewnętrznej odpowiedzialności za podejmowane decyzje. W motywie 102 preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE znajduje się odniesienie do przykładowych środków zaradczych, które może podjąć wykonawca, takich jak działania personalne i organizacyjne polegające na zerwaniu wszystkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, dokonanie reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, wprowadzenie audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przejęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań<sup>535</sup>. Pomimo treści motywu 102 preambuły, sama dyrektywa nie wskazuje, w jakim zakresie i jakiego rodzaju dowody winien przedstawić wykonawca, aby potwierdzić rzetelność. Jednakże wskazuje, że możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania będzie uzależniona od decyzji konkretnego zamawiającego<sup>536</sup>. Wykonawca, poza podjęciem ww. środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, których celem jest zapobieganie dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu, musi w szczególności udowodnić swoimi działaniami, że zrekompensował szkody, które powstały w wyniku przestępstwa lub wykroczenia, lub zobowiązać się do ich rekompensaty. Musi także wyczerpująco wyjaśnić fakty i okoliczności, czy aktywnie współpracować z organami śledczymi<sup>537</sup>.

Decyzja w sprawie przyznania kompetencji do dokonania oceny przedstawionych przez wykonawcę dowodów została pozostawiona przez ustawodawcę europejskiego ustawodawcy krajowemu. Jednakże podjęcie środków zaradczych nie będzie miało zastosowania, jeśli w sprawie został wydany prawomocny wyrok sądowy albo nastąpi stwierdzenie przez prawomocny organ zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne czy podatków. W takiej sytuacji jedyny środek naprawczy to uzyskanie decyzji o rozłożeniu zaległych płatności na raty bądź uregulowanie zaległości.

---

<sup>534</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...* s. 275; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 460.

<sup>535</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 493–494.

<sup>536</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 275; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 460.

<sup>537</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 276; A. Dąbrowska, M. Goławski, P. Horelik, J. Pawelec (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE...*, s. 460.

Jeżeli jednak wykonawca zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia lub postępowania o udzielenie koncesji w związku z prawomocnym wyrokiem sądu nie będzie on uprawniony do skorzystania z procedury self-cleaning w państwach członkowskich, w których wyrok będzie obowiązywał, w okresie wykluczenia wskazanym w wyroku. Okres wykluczenia wykonawcy w przypadku wykluczenia z przesłanek obligatoryjnych nie może przekroczyć 5 lat, a w przypadku przesłanek fakultatywnych 3 lat<sup>538</sup>.

## 2.6. Podsumowanie

Wprowadzenie do porządku prawnego obowiązującego w krajach Unii Europejskiej instytucji self-cleaning było wynikiem działań antykorupcyjnych podejmowanych głównie w Niemczech i w Wielkiej Brytanii. Obok tradycyjnych metod opartych na przeświadczeniu, że zmiana sposobu zachowania może być jedynie wynikiem stosowanych sankcji karnych, dążono do harmonizacji prawnego i normatywnego systemu postrzegania korupcji w różnych jurysdykcjach jako działań niewłaściwych i szkodliwych, poprzez tworzenie konwencji międzynarodowych, takich jak np. Konwencja OECD, ONZ. Zaczęły rozwijać się również innowacyjne metody naprawcze, samoregulacyjne i hybrydowe oparte na systemie zachęty. W tym procedury self-cleaning, których celem była walka z korupcją, jak również zapobieganie działaniom korupcyjnym w przyszłości, stosowane jako element prewencyjny.

Wprowadzenie do Dyrektywy 2014/24/UE mechanizmów self-cleaning wpisuje się w realizację strategii „Europa 2020”. Zgodnie z tą strategią polityka zamówień publicznych musi zagwarantować jak najbardziej wydajne wykorzystanie środków publicznych, a rynki zamówień pozostać otwarte w całej Unii. Każdy wykonawca może więc korzystać z otwartego dostępu do zamówień publicznych, a konkurencja między nimi opiera się przede wszystkim na ocenie zdolności do realizacji zamówienia i potencjału podmiotu, chyba że podlega on wykluczeniu z postępowania. Przepisy regulujące wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią wyjątek od powyższej, ogólnej zasady. Jednocześnie w rzeczywistości określają zakres, w jakim państwa członkowskie mogą swobodnie ograniczać dostęp wykonawców do rynku zamówień publicznych, związany

---

<sup>538</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych...*, s. 494.



z koniecznością zwalczania zjawisk niepożądanych dla społeczeństwa i niekorzystnych dla wydatkowania środków publicznych oraz zakłócających możliwość stosowania zasady równości i uczciwej konkurencji. Z drugiej strony, regulacje te mają charakter zabezpieczający. W okolicznościach, w których wobec wykonawców nie zachodzą konkretnie wyspecyfikowane przesłanki wykluczenia, zapewniają im i gwarantują możliwość udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Podstawy wykluczenia z postępowania nie mają charakteru jednorodnego<sup>539</sup>. W dyrektywie 2014/24/UE przesłanki wykluczenia zostały podzielone na obligatoryjne i fakultatywne. Obligatoryjne są następstwem realizacji określonej polityki Unii Europejskiej, przede wszystkim w zakresie przestępczości. Natomiast ustanowienie fakultatywnych podstaw wykluczenia zostało pozostawione przez ustawodawcę unijnego do kompetencji państw członkowskich, w granicach swobody zakreślonej normami dyrektywy 2014/24/UE. Ustawodawca unijny, wprowadzając do Dyrektywy 2014/24/UE instytucję self-cleaning, przedstawił główne jej założenia, pozostawiając państwom członkowskim kompetencje w zakresie określenia warunków jej wykonania. Szczegółowe omówienie przesłanek wykluczenia oraz instytucji self-cleaning obowiązujących w ramach polskiego porządku prawnego zostanie przedstawione w rozdziale trzecim i czwartym.

---

<sup>539</sup> W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 568.

### **3. Podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tle ustawy Prawo zamówień publicznych**

#### **3.1. Wprowadzenie**

Rozdział trzeci obejmuje problematykę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uregulowaną w Ustawie Prawo zamówień publicznych. Przedstawione w rozdziale drugim przesłanki wykluczenia wykonawcy, wynikające z Dyrektywy 2014/24/UE, stanowią granice wyznaczające nieprzekraczalny zakres, w ramach którego państwa członkowskie mogą ograniczać dostęp wykonawców do rynku zamówień publicznych, poprzez określenie podstaw wykluczenia.

Analiza podstaw i okoliczności wykluczenia wykonawcy obowiązujących w polskim prawie zamówień publicznych jest niezbędna dla zrozumienia celu i funkcji instytucji self-cleaning a także sposobu jej skutecznego przeprowadzenia w ramach obowiązujących przepisów. Możliwość przeprowadzenia self-cleaning wyznaczana jest przez zakres określony podstawami wykluczenia. Brak podstaw wykluczenia czyni instytucję self-cleaning zbędną w procesie oceny rzetelności wykonawcy.

W treści rozdziału trzeciego przedstawione zostaną podstawy wykluczenia wykonawcy, ze wskazaniem sposobu ich implementacji z dyrektywy klasycznej do polskiego porządku prawnego, ze szczególnym uwzględnieniem podziału na przesłanki obligatoryjne oraz fakultatywne. Podział podstaw wykluczenia został dostosowany do regulacji wskazanej w dyrektywie klasycznej, poprzez ograniczenie liczby obligatoryjnych podstaw wykluczenia w stosunku do wcześniejszej regulacji obowiązującej w polskim prawie zamówień publicznych.

Obok podziału podstaw wykluczenia na obligatoryjne i fakultatywne przedstawiony zostanie podział ze względu na rodzaj i skalę czynności niepożądanych dokonanych przez wykonawcę oraz okoliczności zewnętrznych, uzasadniających możliwość odstąpienia przez zamawiającego od wykluczenia wykonawcy i dopuszczenia go do ubiegania się o zamówienie publiczne, czego przykładem jest m.in. instytucja self-cleaning. To z kolei ma wpływ na podział podstaw wykluczenia na takie, których istnienie pozwala w szczególnie uzasadnionych okolicznościach na przywrócenie wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne, oraz na takie, których wystąpienie jest

bezwzględnie niedozwolone w procesie ubiegania się o zamówienie publiczne i skutkuje koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Kolejnym problemem badawczym jest wyznaczenie zakresu wykonawców podlegających wykluczeniu, wskazanie okoliczności uzasadniających takie działanie oraz okresu, na jaki wykonawca zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym celu przeanalizowane zostaną podstawy wykluczenia obowiązujące w prawie zamówień publicznych, z uwzględnieniem osób po stronie wykonawcy będących urzędującymi członkami organów zarządzających lub nadzorczych, wspólników i prokurentów. Ponadto przyczyny wykluczenia oraz okres, na jaki wykonawca ma zostać wykluczony z postępowania. Odpowiedzi wymaga pytanie, czy wykonawca zostanie wykluczony wyłącznie w danym postępowaniu, czy też skutki wykluczenia rozciągają się na inne postępowania, w których będzie składał oferty.

### **3.2. Podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania – zagadnienia wstępne**

Podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to ściśle określone okoliczności o zabarwieniu negatywnym stanowiące zamknięty katalog zdarzeń,<sup>540</sup> których zaistnienie wobec wykonawcy, co do zasady, wyklucza możliwość ubiegania się przez niego o zamówienie publiczne<sup>541</sup>. Podstawy wykluczenia wykonawcy zostały wskazane w ustawie Pzp w art. 108 ust 1 i 2 jako obligatoryjne oraz w art. 109 ust. 1 jako fakultatywne. Konsekwencją ich wystąpienia jest konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma przy tym znaczenia liczba występujących przesłanek. Dla wykluczenia wykonawcy wystarczające jest zaistnienie tylko jednej przesłanki<sup>542</sup>, bez względu na jej charakter<sup>543</sup>. Informacje o podstawach wykluczenia z postępowania zamawiający obligatoryjnie podaje

---

<sup>540</sup> M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2021, s. 316.

<sup>541</sup> H. Nowicki (red.), I. Łazuga, J. Wyżgowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2010, s. 23.

<sup>542</sup> *Ibidem*.

<sup>543</sup> P. Granecki, *Prawo Zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 115; Zob. wyr. ZA z 6.09.2006 r., UZP/ZO/0-2435/06, Legalis nr 79323; wyr. ZA z 12.06.2006 r., UZP/ZO/0-1659/06, Legalis nr 77529; wyr. ZA z 24.04.2007 r., UZP/ZO/0-456/07, Legalis nr 89261; wyr. ZA z 24.01.2017 r., UZP/ZO/0-62/07, Legalis nr 81365; wyr. ZA z 4.01.2007 r., UZP/ZO/0-3030/06, Legalis nr 80371.

w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia oraz w zaproszeniu do składania ofert – w trybach wszczynanych na podstawie takiego zaproszenia.

Celem takiego działania jest weryfikacja podmiotowa wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Nie może ono zostać udzielone wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonania<sup>544</sup>, wykonawcy nierzetelnemu, nie wywiązującemu się z ciężących na nim obowiązków publiczno-prawnych wobec państwa, pracowników, środowiska, związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Wątpliwości interpretacyjne może budzić określenie użyte w art. 108 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym: „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:” w zakresie zwrotu „wyklucza się”, a w szczególności czy wykluczenie wykonawcy jest czynnością zamawiającego, czy też następuje ono z mocy prawa, w wyniku zaistnienia jednej z przesłanek wykluczenia. Słusznym wydaje się stanowisko Jerzego Baehra (odnoszące się do art. 24 ust. 1 nieobowiązującej już ustawy Prawa zamówień publicznych, choć aktualnego z treścią obowiązującego art. 108 ust. 1 Prawa zamówień publicznych), zgodnie z którym wykluczenie wykonawcy jest czynnością zamawiającego, wykonaną w wyniku zaistnienia którejkolwiek przesłanki wykluczenia, w związku z nałożonym na zamawiającego przez ustawodawcę obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przyjęcie stanowiska, że do sytuacji tej dochodzi z mocy prawa, oznaczałoby, iż wykonawca pozbawiony będzie możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie wykluczenia z postępowania<sup>545</sup>. Odwołanie, stanowiące środek ochrony prawnej, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany. Powyższe stanowisko znajduje również odzwierciedlenie w doktrynie<sup>546</sup>.

Instytucja wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi obok badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu element kwalifikacji podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia<sup>547</sup>. Zamawiający zobowiązany

---

<sup>544</sup> E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 89.

<sup>545</sup> T. Czajkowski (red.), J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakiewicz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 102.

<sup>546</sup> P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2009, s. 115; H. Nowicki (red.), I. Łazuga, J. Wyżgowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2010, s. 23; M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2010, s. 168.

<sup>547</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2021, s. 316.

jest do wskazania w specyfikacji warunków zamówienia informacji o obligatoryjnych podstawach wykluczenia oraz o fakultatywnych podstawach wykluczenia, jeśli zostały przewidziane w danym postępowaniu, a także do wskazania podmiotowych środków dowodowych, które wykonawca winien złożyć, by wykazać brak wobec niego przesłanek wykluczenia z postępowania<sup>548</sup>.

### **3.3. Podział podstaw wykluczenia wykonawcy na obligatoryjne i fakultatywne**

Nowelizacją z 22 czerwca 2016 roku<sup>549</sup> ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca krajowy dokonał podziału podstaw wykluczenia na obligatoryjne i fakultatywne. Podstawy wykluczenia wprowadzone tą regulacją zawierały w art. 24 ust. 1 zbiór wszystkich okoliczności, jakie skutkują koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania, tj. obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wykonawcy. Ustawodawca posłużył się sformułowaniem „wyklucza się” i zawarł katalog okoliczności, wobec jakich zamawiający zobowiązany jest wykluczyć z postępowania wykonawcę, w stosunku do którego owe sytuacje wystąpiły. Podstawy zawarte w art. 24 ust. 5 to fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy – wskazywały okoliczności, kiedy zamawiający mógł wykluczyć wykonawcę z postępowania, jeśli takie przyczyny przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia<sup>550</sup>. Ustawodawca posłużył się sformułowaniem „zamawiający może wykluczyć wykonawcę”. W świetle powyższego, zamawiający nie miał obowiązku ustanowienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia, jeżeli jednak taki wymóg wprowadził, to jego spełnienie stało się dla niego obligatoryjne. Fakultatywność wykluczenia wykonawcy nie polegała na tym, że zamawiający w zależności od okoliczności zaistniałych w postępowaniu mógł, ale nie musiał wykluczyć wykonawcy z postępowania (np. w postępowaniu złożono tylko jedną ofertę, a wykonawca podlegał wykluczeniu), lecz na możliwości wyboru przez zamawiającego okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia, i wskazania ich wykonawcom w treści specyfikacji

---

<sup>548</sup> A. Gawrońska-Baran, A. Hry-Ląd, K. Saja, M. Śledziwska, *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011, s. 59.

<sup>549</sup> Ustawa o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020).

<sup>550</sup> Obecnie specyfikacji warunków zamówienia.

istotnych warunków zamówienia, ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu do negocjacji. Okoliczności wskazane w ustawie jako fakultatywne nie stanowiły przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli zamawiający nie ustanowił takiego wymogu w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ustalenie ostatecznego katalogu przesłanek wykluczenia z postępowania (w zakresie przesłanek fakultatywnych) należy do kompetencji zamawiającego. Jednakże ustanowienie fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania poprzez wskazanie ich w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia o zamówienia skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania, w przypadku zaistnienia wobec wykonawcy choćby jednej z nich.

Ustawodawca krajowy ustawą Pzp zmienił dotychczasowy katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania w zakresie okoliczności zaliczanych do obligatoryjnych i fakultatywnych, nie ingerując jednak w zasady ustanawiania fakultatywnych przesłanek. Liczba obligatoryjnych przesłanek, w stosunku do poprzedniego stanu prawnego, uległa zmniejszeniu. Wśród wcześniej kwalifikowanych jako obligatoryjne, obecnie przeniesionych do katalogu fakultatywnych, znajdują się m.in. nienależyte wykonanie zamówienia, wprowadzenie zamawiającego w błąd, bezprawne wpłynięcie na czynności zamawiającego<sup>551</sup>.

Zgodnie z treścią uzasadnienia do projektu ustawy Pzp regulację podstaw wykluczenia dostosowano do przepisów dyrektywy klasycznej, poprzez ograniczenie liczby obligatoryjnych podstaw wykluczenia do przesłanek wskazanych w dyrektywie klasycznej. Proponowane rozwiązanie skutkuje tym, że zamawiający będzie musiał wykluczyć wykonawcę skazanego prawomocnie za przestępstwa, o których mowa w art. 57 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE. Katalog przestępstw został dostosowany do tych wskazanych w przepisie przytoczonej dyrektywy<sup>552</sup>.

Do ustawy wprowadzono nową, krajową, obligatoryjną podstawę wykluczenia, zgodnie z którą obowiązkowemu wykluczeniu będzie podlegał wykonawca, który udaremnia lub utrudnia stwierdzenie przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywa ich pochodzenie w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego, w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu

---

<sup>551</sup> M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2021, s. 317.

<sup>552</sup> Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejmowy nr 3624, s. 36.

pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu<sup>553</sup>. Regulacja ta dotyczy tylko największych zamówień, których wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty dla robót budowlanych 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro.

Katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia został dostosowany do listy przesłanek wskazanych w art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE. Celem tych zmian było ułatwienie wykonawcom wypełniania jednolitego elektronicznego dokumentu zamówienia (JEDZ)<sup>554</sup>, który odzwierciedla regulacje unijne<sup>555</sup>.

W uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp wskazano, że doprecyzowana została również instytucja self-cleaning oraz dookreślono przedziały czasowe dotyczące możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania, zgodnie z obowiązującymi dyrektywami regulującymi tę kwestię. W oparciu o wskazówki zawarte w motywie 102 dyrektywy klasycznej podano przykładowe środki organizacyjne i kadrowe służące self-cleaning, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, zreorganizowanie personelu, wdrożenie systemu sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, opracowanie wewnętrznych regulacji lub standardów, a także wprowadzenie wewnętrznych regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów<sup>556</sup>. Omówienie powyższych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych nastąpi w rozdziale czwartym.

### **3.4. Obligatoryjne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**

Podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania należące do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia zostały wskazane w art. 108 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

---

<sup>553</sup> Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2019 r. poz. 1115).

<sup>554</sup> Więcej: J. Pieróg, J. Presz-Król, *Jednolity Europejski Dokument Zamówienia*, Wrocław 2017; I. Skubiszak-Kalinowska, *Jednolity Europejski Dokument Zamówienia – nadmierna biurokracja czy ułatwienia dla wykonawców?*, „Temidium” 2016, nr 4, s. 46–51.

<sup>555</sup> Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejmowy nr 3624, s. 38.

<sup>556</sup> *Ibidem*, s. 37–38.

Ustanowienie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia i w konsekwencji wykluczenie wykonawcy z postępowania, w związku z popełnionym czynem zagrożonym wykluczeniem, stanowi sankcję za łamanie prawa przez samego wykonawcę, ale i również przez osoby sprawujące w danym podmiocie funkcje kierownicze. Przesłanki te pełnią więc funkcję represyjną, ale także prewencyjną<sup>557</sup>. Obligatoryjne podstawy wykluczenia mają zniechęcać wykonawców do popełnienia przestępstw wskazanych w przepisie, zniechęcać do uchylania się od płacenia podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne oraz zawierania porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji. Funkcja prewencyjna jest szczególnie widoczna w art. 108 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Założeniem jest tu mobilizacja wykonawców do zgłaszania informacji o beneficjencie rzeczywistym do Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych. Podkreślenia wymaga również funkcja kompensacyjna obligatoryjnych przesłanek wykluczenia jako środka wyrównującego zakłócenia konkurencji. Funkcja ta wyrażana jest poprzez obowiązek wykluczenia wykonawcy wcześniej zaangażowanego w przygotowania danego postępowania, w przypadku gdy uprzednie jego działanie wywarło wpływ na warunki zamówienia w sposób dla niego korzystny<sup>558</sup>.

W treści art. 108 ustawy Pzp ustawodawca krajowy zawarł okoliczności stanowiące podstawy wykluczenia wynikające z dyrektyw unijnych. W art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–e i g oraz pkt 2 Prawa zamówień publicznych wdrożony został art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej, omówiony w rozdziale drugim pracy. Przepis 57 ust. 1 dyrektywy zawiera wykaz czynów zabronionych, skutkujących obowiązkowym wykluczeniem wykonawcy z postępowania. W art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. f i h Prawa zamówień publicznych, nakazującym wykluczenie wykonawcy skazanego za nielegalne zatrudnianie cudzoziemców, przeniesiony został do krajowego porządku art. 7 ust. 1 lit. b Dyrektywy 2009/52/WE<sup>559</sup>. Natomiast art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który przewiduje obowiązkowe wykluczenie wykonawców posiadających zaległości w podatkach lub składkach na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne ustalone prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną, stanowi implementację art. 57 ust. 2 akapit

---

<sup>557</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 369.

<sup>558</sup> *Ibidem*.

<sup>559</sup> Państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu zapewnienia, aby w stosownych przypadkach wobec pracodawców miały także zastosowanie następujące środki:

b) wykluczenie z udziału w zamówieniach publicznych określonych w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi (1), na okres do pięciu lat.



pierwszy i trzeci dyrektywy klasycznej<sup>560</sup> omówionego w rozdziale drugim niniejszej pracy.

W art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–h ustawy Pzp zostały wskazane przyczyny wykluczenia wykonawcy będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo wskazane w przepisie. Przesłanki te dotyczą wyłącznie osoby fizycznej, skazanej za co najmniej jedno z przestępstw wymienione w ustawie, podobnie jak to miało miejsce przed nowelizacją ustawy z 2019 r.<sup>561</sup> Dla skuteczności wykluczenia wykonawcy niezbędny jest prawomocny wyrok skazujący<sup>562</sup>. A contrario wyrok nieprawomocny, a więc mogący jeszcze ulec zmianie lub zniesieniu orzeczeniem wyższej instancji, nie będzie skutkował wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Podstawą taką nie będzie również warunkowe umorzenie postępowania<sup>563</sup>.

Do kategorii przestępstw wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–h ustawy Pzp, podobnie jak w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a - o treści sprzed nowelizacji ustawy, zaliczyć należy przestępstwa stypizowane, do których należą m.in. niektóre działania przeciwko bezpieczeństwu publicznemu – o charakterze terrorystycznym czy handel ludźmi – przeciwko działalności instytucji samorządowych, a także państwowych, przeciwko korupcji wyborczej, wiarygodności dokumentów, obrotowi gospodarczemu<sup>564</sup>.

Ustawą Pzp ustawodawca krajowy zrezygnował z obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z powodu popełnienia przestępstwa przeciw środowisku, m.in.: poprzez zanieczyszczenie lub skażenie środowiska, zaniedbania wymaganych działań w zakresie ochrony środowiska, spowodowanie istotnej szkody w zakresie ochrony środowiska, a także przestępstwa przeciwko osobom wykonującym pracę zarobkową, np. poprzez naruszenie praw pracowniczych, przepisów prawa o ubezpieczeniach społecznych, przepisów BHP, ujętej przed nowelizacją w treści art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a. Katalog przestępstw wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–h ustawy dostosowano w ten sposób do tych określonych w art. 57 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE<sup>565</sup>.

---

<sup>560</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 369.

<sup>561</sup> J.E. Nowicki, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 297.

<sup>562</sup> I. Skubiszak-Kalinowska E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 341.

<sup>563</sup> P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 388.

<sup>564</sup> W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 301; A. Chryc-Ląd, A. Smerd, A. Gawrońska-Baran, *Prawo Zamówień Publicznych 2016. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2016, s. 70.

<sup>565</sup> M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2021, s. 318, 324–325.

### 3.4.1. Przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu publicznemu

Do przestępstw przeciwko bezpieczeństwu publicznemu, gdzie ochronie prawnej podlega porządek publiczny oraz bezpieczeństwo publiczne, ustawodawca zaliczył udział w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwo skarbowe z art. 258 Kodeksu karnego (art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a Prawa zamówień publicznych). Przestępstwa te to cztery typy czynów zabronionych – typ podstawowy<sup>566</sup> oraz trzy kwalifikowane<sup>567</sup>:

- a. uczestnictwo w grupie lub związku mającym charakter zbrojny albo mającym na celu popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym<sup>568</sup>;
- b. zakładanie lub kierowanie grupą lub związkiem przestępczym, w tym także o charakterze zbrojnym<sup>569</sup>;
- c. zakładanie lub kierowanie grupą albo związkiem mającym na celu popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym<sup>570</sup>.

### 3.4.2. Przestępstwa handlu ludźmi

Przestępstwo określone w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy dotyczy handlu ludźmi – określonego w art. 189a Kodeksu karnego. Dobrem chronionym przez ustawodawcę przy tego rodzaju czynie karalnym jest wolność i godność każdego człowieka<sup>571</sup>.

To naruszenie prawa obejmuje zarówno dokonanie i usiłowanie przestępstwa handlu ludźmi<sup>572</sup>, jak i przygotowanie do jego popełnienia<sup>573</sup>.

Przez handel ludźmi należy rozumieć<sup>574</sup> werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osoby z zastosowaniem: przemocy lub groźby bezprawnej, uprowadzenia, podstępu, wprowadzenia w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, nadużycia stosunku zależności, wykorzystania krytycznego położenia lub stanu bezradności, udzielenia albo przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy osobie

---

<sup>566</sup> Art. 258 § 1 KK.

<sup>567</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 370.

<sup>568</sup> Art. 258 § 2 KK.

<sup>569</sup> Art. 258 § 3 KK.

<sup>570</sup> Art. 258 § 4 KK.

<sup>571</sup> T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2016, art. 189a; I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 342.

<sup>572</sup> Art. 189a § 1 KK.

<sup>573</sup> Art. 189a § 2 KK.

<sup>574</sup> Zgodnie z definicją zawartą w art. 115 § 22 KK.

sprawującej opiekę lub nadzór nad inną osobą, w celu jej wykorzystania, nawet jeśli odbywa się to za jej zgodą; w szczególności w prostytucji, pornografii lub innych formach seksualnego wykorzystania, w pracy lub usługach o charakterze przymusowym; w żebractwie, w niewolnictwie lub innych formach wykorzystania poniżających godność człowieka albo w celu pozyskania komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy. Jeżeli natomiast zachowanie sprawcy dotyczy małoletniego, stanowi ono handel ludźmi, nawet gdy nie zostały użyte metody lub środki wymienione powyżej<sup>575</sup>.

### 3.4.3. Przepęstwa o charakterze korupcyjnym

Kolejna grupa przępstw wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Pzp to działania o charakterze korupcyjnym. Należą do nich: sprzedajność<sup>576</sup> (łapownictwo bierne), przekupstwo<sup>577</sup> (łapownictwo czynne), płatna protekcja bierna<sup>578</sup>, płatna protekcja czynna<sup>579</sup>, sprzedajność wyborcza oraz przekupstwo wyborcze<sup>580</sup>, sprzedajność sportowa, przekupstwo sportowe oraz płatna protekcja w sporcie<sup>581</sup>.

W świetle art. 46 ustawy o sporcie (korupcja sportowa) kryminalizacji podlegają: przępstwo sprzedajności sportowej (ust. 1) oraz przępstwo przekupstwa sportowego (ust. 2) jako dwa podstawowe typy zachowania korupcyjnego w sporcie. Usankcjonowano także wypadek mniejszej wagi (ust. 3) oraz typ kwalifikowany obu podstawowych typów (ust. 4). Przepis art. 48 ustawy o sporcie traktuje o tzw. płatnej protekcji w sporcie. W ustawie zostało wyróżnione przępstwo płatnej protekcji w sporcie, wskazane w art. 48 ust. 1, oraz przekupstwa za płatną protekcję w sporcie, określone w ust. 2<sup>582</sup>.

---

<sup>575</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 370–371.

<sup>576</sup> Art. 228 KK.

<sup>577</sup> Art. 229 KK.

<sup>578</sup> Art. 230 KK.

<sup>579</sup> Art. 230a KK.

<sup>580</sup> Art. 250a KK.

<sup>581</sup> Art. 46 i 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1599).

<sup>582</sup> M. Badura i in., *Ustawa o sporcie. Komentarz*, LEX 2011, art. 48. Szerzej zob. I. Skubiszak-Kalinowska, *Przępstwa stanowiące przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, cz. 1 i 2*, LEX nr 299504 i 299579; I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 348.

### 3.4.4. Przestępstwo finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym

Grupa naruszeń prawa wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. d ustawy dotyczy finansowania działań o charakterze terrorystycznym<sup>583</sup> oraz prania pieniędzy (udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia)<sup>584</sup>. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. d ustawy Pzp wdraża art. 57 ust. 1 lit. e dyrektywy klasycznej. Do tej grupy występów można zaliczyć również działania opisane w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. e ustawy, tj. przestępstwo o charakterze terrorystycznym w rozumieniu art. 115 § 20 KK lub mające na celu popełnienie tego rodzaju przestępstw.

W świetle art. 115 § 20 KK będącego legalną definicją przestępstwa o charakterze terrorystycznym, za takie może zostać uznany każdy czyn zabroniony karą wskazaną w tym przepisie – o górnej granicy wynoszącej co najmniej 5 lat<sup>585</sup> – jeśli zostanie popełniony w jednym z trzech celów, tj.: poważnego zastraszenia wielu osób, zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności, wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej. Przestępstwem o charakterze terrorystycznym jest także groźba popełnienia takiego czynu<sup>586</sup>.

Artykuł 115 § 20 KK nie tworzy definicji odrębnego typu przestępstwa, lecz odnosi się do tych, które zostały już objęte kryminalizacją w części szczególnej i wojskowej Kodeksu Karnego oraz w innych ustawach. Terrorystyczny charakter przestępstwa występuje jako znamię typów czynów zabronionych z art. 165a § 1, art. 240 § 1, art. 255a § 1 i 2, art. 258 § 2 i 4 i art. 259a KK<sup>587</sup>. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. e ustawy Pzp transponuje art. 57 ust. 1 lit. d dyrektywy klasycznej.

---

<sup>583</sup> Art. 165a KK.

<sup>584</sup> Art. 299 KK.

<sup>585</sup> Por. P. Daniluk [w:] R. Stefański (red.), *Kodeks Karny. Komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2023, komentarz do art. 115 KK, Legalis, 231.

<sup>586</sup> I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 348; Szerzej zob. I. Skubiszak-Kalinowska, *Przestępstwa stanowiące przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, cz. 1 i 2*, LEX/el. nr 299504 i 299579.

<sup>587</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 371.

### **3.4.5. Przestępstwo przeciwko pracy dzieci i cudzoziemców**

Kolejną kategorię przestępstw stanowiących przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. f i h ustawy Pzp stanowią naruszenia prawa, o których mowa w art. 9 i 10 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej<sup>588</sup>, tj. działanie na szkodę małoletniego cudzoziemca, powierzanie pracy cudzoziemcom przebywającym na terenie Rzeczypospolitej Polskiej bez ważnego dokumentu oraz w warunkach szczególnego wykorzystywania<sup>589</sup>.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. f wyklucza się z postępowania wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Z kolei, zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h, z postępowania wyklucza się wykonawcę – osobę fizyczną – którego prawomocnie skazano za przestępstwo, o jakim mowa w art. 9 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, tj. przestępstwa nielegalnego zatrudniania wielu cudzoziemców, uporczywego nielegalnego zatrudniania cudzoziemców, nielegalnego zatrudnienia cudzoziemca w warunkach szczególnego wykorzystania oraz przestępstwo nielegalnego zatrudnienia cudzoziemca, będącego pokrzywdzonym przestępstwem handlu ludźmi<sup>590</sup>.

### **3.4.6. Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, oszustwo, przeciwko wiarygodności dokumentów, przestępstwo skarbowe**

Ostatnia kategoria naruszeń prawa wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. g ustawy to przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu<sup>591</sup>, przestępstwo oszustwa

---

<sup>588</sup> Ustawa z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1745).

<sup>589</sup> L. Mazowiecka, *Ofiary handlu ludźmi*, LEX 2014; I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 348, 349; Szerzej zob. I. Skubiszak-Kalinowska, *Przestępstwa stanowiące przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, cz. 1 i 2*, LEX/el. nr 299504 i 299579.

<sup>590</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 371–372.

<sup>591</sup> Art. 296–307 KK.

(wyłudzenia)<sup>592</sup>, przeciwko wiarygodności dokumentów<sup>593</sup> oraz skarbowe. Do kategorii działań przeciwko obrotowi gospodarczemu należą: przestępstwo nadużycia zaufania, łapownictwo menadżerskie, oszustwo finansowe, oszustwo ubezpieczeniowe, pranie pieniędzy, niezaspokojenia roszczeń wierzyciela (oszukańcze bankructwo), transferowego niezaspokojenia należności wierzycieli (oszukańczy transfer majątku), bankructwo z pokrzywdzeniem wierzycieli, faworyzowanie wierzycieli, przestępstwa związane z nierzetelnym dokumentowaniem działalności gospodarczej, wyzysk (lichwa), zakłócenie przetargu publicznego, fałszowanie oznaczeń produktu.

Z kolei do grupy przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów zalicza się fałsz: materialny dokumentu i bezprawne wykorzystanie podpisanego blankietu, materialny faktury, intelektualny dokumentu, intelektualny dokumentu w postaci faktury, a także wyłudzenie poświadczenia nieprawdy, użycie dokumentu poświadczającego nieprawdę, zbycie dowodu tożsamości, przestępstwo posługiwania się dokumentem stwierdzającym tożsamość albo prawa majątkowe innej osoby, kradzież i przywłaszczenia takiego dokumentu oraz jego bezprawnego transferu za granicę, niszczenie lub ukrywanie dokumentów, niszczenie, uszkodzenie, usuwanie i przesuwanie znaków granicznych<sup>594</sup>.

Wykluczeniu za przestępstwo skarbowe podlega osoba fizyczna, która została prawomocnie skazana za popełnienie któregośkolwiek z przestępstw wskazanych w Kodeksie karnym skarbowym (kks)<sup>595</sup>. Zgodnie z definicją przestępstwa skarbowego, zawartą w art. 53 § 2 kks, jest nim czyn zabroniony przez kodeks pod groźbą kary grzywny w stawkach dziennych, kary ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności<sup>596</sup>.

### **3.4.7. Przestępstwo określone w przepisach prawa obcego**

W art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp znajduje się również odniesienie do skazania za czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego, jeżeli odpowiada on znamionom przestępstw wyliczonych enumeratywnie w tym punkcie. Ułatwieniem zidentyfikowania

---

<sup>592</sup> Art. 286 KK.

<sup>593</sup> Art. 270–277d KK.

<sup>594</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 371–372.

<sup>595</sup> Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 859, 1301).

<sup>596</sup> I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 348; Szerzej zob. I. Skubiszak-Kalinowska, *Przestępstwa stanowiące przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia*, cz. 1 i 2, LEX/el. nr 299504 i 299579.

odpowiednich przepisów prawa obcego są katalogi czynów, zawarte w art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej oraz art. 9 ust. 1 Dyrektywy 2009/52/WE. Określają one minimalny poziom wdrożenia w państwach członkowskich wymagany w tym zakresie<sup>597</sup>.

#### **3.4.8. Skazanie osób pełniących funkcje zarządcze lub nadzorcze**

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obligatoryjnemu wykluczeniu z postępowania podlega również wykonawca, jeżeli osoba prawomocnie skazana za określone w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przestępstwo również za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego, jest urzędującym członkiem jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnikiem spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariuszem w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, lub prokurentem. W przypadku skazania co najmniej jednej z powyższych osób za którekolwiek z przestępstw, określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Jeżeli organ zarządzający lub nadzorczy składa się z kilku osób, obowiązek braku skazania odnosi się do każdej z tych osób<sup>598</sup>.

Regulacja ustanowiona w powyższym przepisie stanowi odpowiednik regulacji z art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, która odnosi się do innych podmiotów niż wykonawców będących osobami fizycznymi.

Polski ustawodawca, wypełniając dyspozycję zawartą w art. 57 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej, odniósł się nie tylko do osób działających jako członkowie organów wykonawcy, ale również do osób, które samodzielnie reprezentują wykonawcę, a których zakres umocowania określa ustawa (prokurentów oraz współników spółek osobowych prawa handlowego). Zakresem przepisu objęty został każdy przypadek prawomocnego skazania za przestępstwa wymienione w pkt 1 (lub odpowiednie czyny zabronione określone w przepisach prawa obcego) popełnione przez osoby wykonujące funkcje kierownicze i nadzorcze u wykonawcy, niezależnie od tego, czy przestępstwo miało związek z działalnością wykonawcy. Wymóg niekaralności w stosunku do prokurenta jest zgodny z zasadą zakazu dyskryminacji z uwagi na formę prowadzonej działalności, a także na zasadę równego traktowania wykonawców, z których należy wyprowadzić wniosek, że niekaralność prokurenta jest wymogiem dotyczącym

---

<sup>597</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 372.

<sup>598</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 318; W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 302.

wszystkich wykonawców. Ponadto, zgodnie z wykładnią prowsólnotow, pojęcie prokurenta naleŹy odczytywać w świetle przepisów unijnych<sup>599</sup>.

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp ma zastosowanie do przestępstw popełnionych w Polsce, ale teŹ na terytorium innego państwa. Wykluczeniu podlega zatem równieŹ wykonawca mający siedzibę za granicą, który został skazany za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego<sup>600</sup>.

Przyczyna skutkuj,ca koniecznośc,ą wykluczenia wykonawcy z postępowania nie moŹe mieć miejsca na Źadnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dotyczy to równieŹ przypadków, kiedy w trakcie trwania postępowania następuj,ą zmiany w skł,adzie organu, w gronie wspólników albo prokurentów. Powołanie w trakcie postępowania do organu, a takŹe udzielenie prokury lub przystąpienie wspólnika – osoby skazanej prawomocnie za choćby jedno przestępstw wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, prowadzi do konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania<sup>601</sup>.

#### **3.4.9. Zaleganie z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne**

Stosownie do art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczn,ą decyzj,ę administracyjn,ą o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba Źe wykonawca odpowiednio przed upływem terminu skł,adania ofert dokonał płaćności naleŹnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wi,ążące porozumienie w sprawie spłaty tych naleŹności.

Przepis ten realizuje dyspozycj,ę art. 57 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeŹeli instytucja zamawiaj,ca wie, Źe ten naruszył obowi,ązki dotycz,ące płaćności podatków lub opłaćcenia składek na ubezpieczenie społeczne, i jeŹeli ustalono to w drodze ostatecznego i wi,ążącego orzeczenia sądowego lub decyzji

---

<sup>599</sup> J.E. Nowicki, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 297.

<sup>600</sup> M. Jaworska (red.), D. Grzeškowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 318.

<sup>601</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 373.



administracyjnej, zgodnie z przepisami prawa kraju siedziby wykonawcy, lub przepisami prawa państwa członkowskiego instytucji zamawiającej<sup>602</sup>.

Odnosząc się do wyżej wymienionego przepisu obowiązkiem zamawiającego jest wykluczenie z postępowania wykonawcy, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat<sup>603</sup> lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne<sup>604</sup>. Zamawiający może ustanowić podstawę wykluczenia wykonawcy, który posiada zaległości podatkowe niestwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną jedynie jako fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy<sup>605</sup>. Co do zasady, istnienie zaległości podatkowej jest przeszkodą w ubieganiu się wykonawcy o udzielenie zamówienia publicznego. Wystąpienie zaległości podatkowej musi być aktualne i wymagalne. Jeżeli w wyniku badania ofert zamawiający stwierdzi, że na moment składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca zalegał z uiszczeniem podatków, a zaległość ta została stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną, lub nie zawarł z właściwym organem podatkowym porozumienia dotyczącego spłaty należności z odsetkami lub grzywnami, a w szczególności nie uzyskał przewidzianego prawem zwolnienia, odroczenia czy rozłożenia na raty ww. należności lub wstrzymania w całości wykonania decyzji właściwego organu, to podlega on wykluczeniu z postępowania. Istotne jest, że w przypadku zobowiązania podatkowego następuje przedawnienie<sup>606</sup> z upływem 5 lat, licząc od końca roku kalendarzowego, w którym upłynął termin płatności podatku. W konsekwencji, po upływie 5 lat zobowiązanie podatkowe wygasa, a zaległość podatkowa przestaje istnieć, ponieważ nie stanowi samoistnego bytu podatkowego, lecz dzieli los zobowiązania podatkowego. Sam fakt wystąpienia w przeszłości zaległości podatkowej, stwierdzonej wyrokiem sądu czy decyzją ostateczną, nie będzie wystarczający do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli na moment składania

---

<sup>602</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 375.

<sup>603</sup> Pod pojęciem „opłat”, należy rozumieć opłaty publiczne, stanowiące jeden z rodzajów danin publicznych w rozumieniu art. 5 ust. 2 pkt 1 ustawy o finansach publicznych. Pojęcie opłaty publicznej nie zostało zdefiniowane w polskim systemie prawnym. Por. H. Dzwonkowski, T. Nowak [w:] H. Dzwonkowski (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, wyd. 9, Warszawa 2020, Legalis, komentarz do art. 2 Ordynacji podatkowej, Nb. 6.

<sup>604</sup> J.E. Nowicki, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 297; I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 353; W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 302.

<sup>605</sup> *Ibidem*.

<sup>606</sup> Art. 70 § 1 Ustawa z dnia 29.08.1997 Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 900).

ofert zaległość nie będzie już istniała<sup>607</sup>. Zgodzić się należy z tezą Józefa Edmunda Nowickiego, wyrażoną pod rządami nieobowiązującej już ustawy Prawo zamówień publicznych, choć nadal zachowującą swą aktualność, zgodnie z którą za nieuprawnioną uważa wykładnię przepisu art. 24 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp, pozwalającą na wykluczenie wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy nie zapłacił on należnych podatków w przeszłości, choć na moment składania ofert zaległość taka nie występuje, ponieważ z woli ustawodawcy zobowiązanie podatkowe wygasło na skutek upływu określonego czasu, a w konsekwencji zaległość już nie istnieje<sup>608</sup>.

Jednakże w przypadku, w którym odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokona płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami, lub zawrze wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności, nie będzie podlegał obligatoryjnemu wykluczeniu z postępowania. Na równi z dokonaniem płatności traktowane jest zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłaty należności<sup>609</sup>.

Przewidziana w powyższym przepisie możliwość uniknięcia przez wykonawcę obligatoryjnego wykluczenia z postępowania zbliżona jest do instytucji self-cleaning. Stanowią oba mechanizm umożliwiający wykonawcy, wobec którego zaistniały przesłanki wykluczenia, podjęcie stosownych działań, dzięki którym wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienie publiczne. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje procedurę, której przeprowadzenie przez wykonawcę gwarantuje mu możliwość ubiegania się o zamówienie, choć zaistniały wobec niego okoliczności skutkujące obligatoryjnym wykluczeniem z postępowania. Procedura ta nie jest przykładem typowej procedury self-cleaning, określonej w art. 110 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, lecz jest do niej zbliżona. Różnice polegają na tym, że w przypadku uregulowania zaległych należności czynności podjęte przez wykonawcę oparte są wyłącznie na działaniach naprawczych, i nie podlegają ocenie zamawiającego,

---

<sup>607</sup> J.E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 299, 300.

<sup>608</sup> *Ibidem*, s. 300.

<sup>609</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 378; I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 353; W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 303; A. Hryc-Ląd, A. Smerd, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych 2016. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2016, s. 71; M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, wyd. 2, s. 318–319.

natomiast w przypadku self-cleaning wykonawca musi podjąć kroki zaradcze i prewencyjne, których skuteczność podlega ocenie zamawiającego.

W przypadku uregulowania zaległych należności, tj. poprzez podjęcie przez wykonawcę czynności naprawczych, ustawodawca gwarantuje wykonawcy możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne na takich samych zasadach jak wykonawca, który nie zalegał z uiszczeniem płatności. Ma to bezpośredni wpływ na zwiększenie konkurencyjności na rynku zamówień publicznych, ponieważ dzięki czynnościom naprawczym wykonawców, prowadzącym do usunięcia istniejących zaległości w opłacaniu podatków, opłat i składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, o zamówienie publiczne będą mogli również ubiegać się wykonawcy, wobec których zaistniały przesłanki wykluczenia.

Wydaje się, że ustawodawca przypisał powyższym działaniom naprawczym wykonawcy skutek w postaci odzyskania przez niego zaufania utraconego w wyniku powstałych zaległości w opłacaniu podatków, opłat i składek. Można postawić tezę, że dla ustawodawcy wykonawcą rzetelnym i godnym zaufania jest taki, który w dniu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – a w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki w dniu zawarcia umowy o zamówienie publiczne – nie zalega w opłatach podatkowych i w składkach na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne (wraz z odsetkami lub grzywnami) lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty należności. Nie ma znaczenia, czy dopuścił się wcześniej potwierdzonych prawomocnym wyrokiem lub ostateczną decyzją administracyjną zaległości dotyczących spłaty tych należności. Oznacza to, że dla ustawodawcy decydujący jest stan na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Tym samym wykonawca, odzyskując zaufanie ustawodawcy, na poziomie niezbędnym do ubiegania się o zamówienie publiczne, zostaje uznany za wiarygodnego. Jego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i realizacja umowy nie narażają zamawiającego na ryzyko nienależytego wydatkowania środków publicznych. Dla uznania wykonawcy za wiarygodnego nie jest konieczna ocena zamawiającego lub innego podmiotu, lecz sama okoliczność uregulowania przez wykonawcę zaległych należności.

### 3.4.10. Zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne

Kolejna, obligatoryjna przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania, o udzielenie zamówienia publicznego, wskazana w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczy wykonawcy, wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne.

Podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania w związku z zakazem ubiegania się o zamówienie publiczne jest prawomocne orzeczenie<sup>610</sup>.

Zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne może zostać orzeczony wobec podmiotu zbiorowego w rozumieniu ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych, za czyny zabronione pod groźbą kary, oraz wobec wykonawcy będącego osobą fizyczną – tytułem środka zapobiegawczego na czas trwania postępowania karnego, orzeczonego na podstawie art. 276 Kpk.

Podmiotem zbiorowym jest osoba prawna oraz jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków<sup>611</sup>. Jest to zatem każda spółka prawa handlowego, zarówno kapitałowa (np. spółka z o.o.), jak i osobowa (np. spółka jawna)<sup>612</sup>. Nie są nim natomiast osoby prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą oraz, zgodnie z interpretacją Urzędu Zamówień Publicznych, spółki prawa cywilnego<sup>613</sup>.

Zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne orzeka sąd tytułem środka karnego na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, w drodze wyroku na okres od roku do lat pięciu, lub tytułem środka zapobiegawczego, na podstawie art. 26a ust. 1 tej ustawy orzekanym w drodze postanowienia. Postanowienie w sprawie zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne wydaje się w postępowaniu w sprawie odpowiedzialności podmiotu zbiorowego lub w postępowaniu karnym albo w postępowaniu w sprawie o przestępstwo skarbowe

---

<sup>610</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 380.

<sup>611</sup> Ustawa z dnia 22 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 358.

<sup>612</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 377.

<sup>613</sup> Opinia prawna dotycząca Ustawy Prawo zamówień publicznych 2004 wydana przez Urząd Zamówień Publicznych z 7.12.2015 r. nt. *Podmioty zbiorowe (spółka cywilna i jawna)*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/warunki-udzialu-w-postepowaniu,-dokumenty-skladane-przez-wykonawcow-oraz-ich-wykluczenie-z-udzialu-w-postepowaniu/podmioty-zbiorowe-spolka-cywilna-i-jawna> (dostęp 21.02.2022).

przeciwko określonym osobom fizycznym odpowiedzialnym za prowadzenie spraw podmiotu zbiorowego. Zakaz stosuje się na czas trwania tych postępowań<sup>614</sup>.

Katalog przestępstw, za które odpowiada podmiot zbiorowy, został określony w art. 16 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Ponadto zgodnie z art. 3 ww. ustawy podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności za czyn zabroniony, którym jest zachowanie osoby fizycznej:

- 1) działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania, podejmowania w jego imieniu decyzji lub wykonywania kontroli wewnętrznej albo przy przekroczeniu tego uprawnienia lub niedopełnieniu tego obowiązku;
  - 2) dopuszczonej do działania w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez osobę, o której mowa w pkt 1;
  - 3) działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, za zgodą lub wiedzą osoby, o której mowa w pkt 1;
  - 4) będącej przedsiębiorcą, który bezpośrednio współdziała z podmiotem zbiorowym w realizacji celu prawnie dopuszczalnego
- jeżeli zachowanie to przyniosło lub mogło przynieść podmiotowi zbiorowemu korzyść, chociażby niemajątkową<sup>615</sup>.

### **3.4.11. Porozumienia zawierane w celu zakłócenia konkurencji**

Obligatoryjna przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazana została również w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Dotyczy porozumienia zawartego przez wykonawcę z innymi wykonawcami, w celu zakłócenia konkurencji. Stosownie do powyższego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że zawarł on z innymi podmiotami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>616</sup>, złożyli

---

<sup>614</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 378.

<sup>615</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 319.

<sup>616</sup> Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. z 22 stycznia 2021 r. Dz.U. z 2021 r. poz. 275).

odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Powyższa regulacja odnosi się do niedozwolonych porozumień tzw. „zmów przetargowych”<sup>617</sup>, których zawarcie stanowi obligatoryjną przesłankę wykluczenia wykonawcy<sup>618</sup> na każdym etapie postępowania<sup>619</sup>. Zmowa przetargowa wyklucza możliwość przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami udzielania zamówień, w szczególności z zasadą uczciwej konkurencji. Sami wykonawcy takim działaniem łamią reguły uczciwej konkurencji. Wykluczenie jest sankcją dla wykonawcy za podejmowanie wszelkiego rodzaju praktyk polegających na zawieraniu porozumień z oferentami i manipulacji wynikiem postępowania. Dotyczy to wszelkiego rodzaju ustaleń i zmów przetargowych naruszających uczciwą konkurencję. Celem może tu być doprowadzenie do wyboru oferty jednego z działających w znowie, choć również działanie zmierzające do eliminacji konkurenta z postępowania<sup>620</sup>.

Porozumienia, które zakłócają konkurencję, to przede wszystkim porozumienia ograniczające ją w rozumieniu art. 6 ust. 1 Uokik. Zgodnie z treścią art. 6 ust. 1 ww. ustawy zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

- 1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów;
- 2) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji;
- 3) podziale rynków zbytu lub zakupu;
- 4) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
- 5) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;

---

<sup>617</sup> Więcej w: M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle prawa zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015; G. Materna, *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Warszawa 2016; M. Sieradzka, *Przestępstwo znowy przetargowej*, Warszawa 2016.

<sup>618</sup> A. Hryc-Ląd, A. Smerd, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych 2016. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2016, s.71.

<sup>619</sup> I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 358.

<sup>620</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 320.

- 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem;
- 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę, będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Dla postępowań o udzielenie zamówień publicznych istotne znaczenie ma wskazany w art. 6 ust. 1 pkt 7 Uokik typ porozumienia ograniczającego konkurencję, tzw. zmowa przetargowa. Zmowa przetargowa może występować pomiędzy przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu, określana jako zmowa w układzie horyzontalnym, jak i zmowa pomiędzy przedsiębiorcą a podmiotem będącym organizatorem przetargu, np. zamawiającym – określana jako zmowa w ujęciu wertykalnym<sup>621</sup>.

Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ma zastosowanie do porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji zawieranych pomiędzy wykonawcami. Wykluczenie wykonawcy będzie dotyczyło zarówno ustaleń zawartych w związku z danym, aktualnie prowadzonym postępowaniem, jak również wcześniej zawartych tego rodzaju porozumień.

Zmowy przetargowe w układzie horyzontalnym mogą przybrać różne formy. W literaturze wskazuje się trzy podstawowe mechanizmy: oferty kurtuazyjne, ograniczanie ofert oraz rozstawianie i wycofanie ofert<sup>622</sup>.

Oferty kurtuazyjne składane są w celu stworzenie pozoru zachowania konkurencyjności w postępowaniu lub wywołania wrażenia, że cena oferty wybranej jest najkorzystniejsza. Złożenie oferty kurtuazyjnej to uzgadnienie między oferentami, że jeden z nich złoży ofertę mniej korzystną dla zamawiającego<sup>623</sup>.

W przypadku mechanizmu ograniczania ofert strony porozumienia uzgadniają, że jeden lub kilka podmiotów, zainteresowanych udziałem w przetargu, nie weźmie ostatecznie w nim udziału – albo wycofa ofertę złożoną w postępowaniu, albo przy użyciu innych metod spowoduje, że nie będzie ona brana pod uwagę jako najkorzystniejsza. Takim działaniem doprowadzą do sytuacji, w której wcześniej ustalony wykonawca, który celowo zawyżył cenę, wygra postępowanie<sup>624</sup>. Analogiczny efekt można uzyskać odmową zawarcia umowy przez uczestnika postępowania, którego oferta została uznana

---

<sup>621</sup> *Ibidem*, s. 319–320.

<sup>622</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 379–380.

<sup>623</sup> Por. UOKiK, *Zmowy przetargowe*, Warszawa 2013, s. 9.

<sup>624</sup> Por. P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 242.

za najkorzystniejszą. To działanie umożliwi zawarcie umowy konkurentowi, który złożył następną w kolejności ofertę<sup>625</sup>.

Rozstawianie i wycofywanie ofert stanowią odmianę mechanizmu oferty kurtuazyjnej, w którym występuje element ograniczenia ofert. Wykonawcy uczestniczący w znowie przetargowej uzgadniają treść poszczególnych ofert, w szczególności ceny. Następnie wykonawcy składają oferty o znacznie odbiegających od siebie cenach. Jeśli po otwarciu ofert lub dokonaniu wyboru najkorzystniejszej, oferty wykonawców będących w znowie zajmują dwa pierwsze miejsca, ta najkorzystniejsza jest wycofywana<sup>626</sup>. Działania takie podejmowane są, by zwiększyć szansę wykonawców pozostających w znowie na uzyskanie zamówienia, w stosunku do swoich konkurentów, przy jednoczesnym przedstawieniu jak najwyższej ceny. Wykonawca, który wycofał ofertę, uzyska rekompensatę od pozostałych w postaci udziału w zamówieniu jako podwykonawca, lub w kolejnych postępowaniach zamieniając role z innymi uczestnikami porozumienia w postępowaniu.

W ramach art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp obligatoryjnemu wykluczeniu z postępowania podlegają również wykonawcy, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej<sup>627</sup>, są stronami znowy przetargowej. TSUE w wyroku w sprawie Assitur trafnie uznał, że regulacja krajowa, która zakazuje członkom grupy kapitałowej udziału w tym samym postępowaniu przetargowym, w sposób oczywisty ma na celu wykluczenie przypadków potencjalnej znowy między uczestnikami tego samego przetargu oraz zapewnienie równego traktowania oferentów i przejrzystości postępowania<sup>628</sup>. Wykonawcy, którzy należą do tej samej grupy kapitałowej, stanowią jeden organizm gospodarczy, przez co, co do zasady, nie konkurują ze sobą. Jako jedna grupa kapitałowa realizują wspólny dla wszystkich cel gospodarczy. Z tego powodu uczestniczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia dwóch lub więcej wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej rodzi podejrzenie, że łączy ich niedozwolone porozumienie, którego celem jest zakłócenie konkurencji<sup>629</sup>. Mechanizmy znowy przetargowych podejmowane w ramach grupy kapitałowej są identyczne ze strategiami stosowanymi

---

<sup>625</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 380.

<sup>626</sup> Por. UOKiK, *Zmowy przetargowe*, Warszawa 2013, s. 10.

<sup>627</sup> Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów grupa kapitałowa oznacza wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

<sup>628</sup> Zob. wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianatoe Agricoltura di Milano*, pkt 22, (ECLI:EU:C:2009:317).

<sup>629</sup> Por. M. Sieradzka, *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2019, Legalis, Rozdział III, § 2, pkt X.



w przypadku podobnych porozumień łączących niezależnych przedsiębiorców. Co więcej, większość ujawnionych w Polsce zmów przetargowych dotyczy porozumień zawieranych w ramach grupy kapitałowej<sup>630</sup>. Za istnienie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy członkami grupy kapitałowej ustawodawca nakazał przyjąć domniemanie, że sytuacje, w których doszło do złożenia przez wykonawców odrębnych ofert, ofert częściowych lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, stanowią porozumienie dążące do zakłócenia konkurencji pomiędzy członkami grupy kapitałowej. Aby wzruszyć to domniemanie, członkowie grupy muszą wykazać, że przygotowali oferty lub wnioski niezależnie od siebie, co jest równoznaczne z tym, że nie łączyło ich takie porozumienie. Istnienie domniemania nie zwalnia zamawiającego z konieczności indywidualnej oceny zaistnienia przesłanki wykluczenia, a wykonawców nie pozbawia uprawnienia do wykazania swojej rzetelności pomimo stwierdzenia, że doszło do złożenia przez nich odrębnych ofert lub wniosków. Jak podkreślił TSUE, grupy kapitałowe mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, że przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Stosunki między przedsiębiorstwami należącymi do tej samej grupy kapitałowej mogą być określane na podstawie postanowień szczególnych, na przykład o charakterze umownym, które mogą gwarantować zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowywaniu ofert, które zostaną złożone przez dane przedsiębiorstwa w ramach tego samego postępowania<sup>631</sup>.

Wykonawcy, którzy są z sobą powiązani, a składają odrębne oferty w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinni przedstawić dowody potwierdzające ich samodzielność w zakresie prowadzonej polityki handlowej, w zakresie działalności gospodarczej, w szczególności w udziale w postępowaniach przetargowych. Mogą to być umowy, wewnętrzne procedury i standardy, gwarantujące zarówno niezależność, jak i poufność w zakresie opracowywania ofert składanych przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej. Argumentacja winna podkreślać różnice w ofertach lub wnioskach o dopuszczenie do udziału w zakresie realizacji zamówienia, kalkulacji ceny, łańcuchów dostaw, planowanego

---

<sup>630</sup> Szerzej na temat „polskiej zmowy przetargowej” P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015, s. 246 i nast.

<sup>631</sup> Zob. wyrok TSUE z 19.05.2007 r. C-538/07w sprawie *Assitur*, 2009 I-04219, pkt 31, (ECLI:EU:C:2009:317).

podwykonawstwa, osób skierowanych do realizacji zamówienia, sprzętu czy wykazów zrealizowanych dostaw, usług lub robót budowlanych. Istotne jest podkreślenie indywidualnego, przemyślanego podejścia do przygotowania oferty, wykluczającego możliwość zaistnienia porozumienia zakłócającego konkurencję<sup>632</sup>.

#### **3.4.12. Wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania**

Obligatoryjna przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania zawarta została w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z jego treścią z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli – w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp – doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W przypadku kompleksowych projektów infrastrukturalnych lub skomplikowanych technicznie, innowacyjnych opartych na nowoczesnych technologiach, na ogół zamawiający nie dysponując niezbędną wiedzą techniczną, posilkują się zewnętrznym know-how. Niejednokrotnie jednak konieczne know-how należy do przedsiębiorców, którzy następnie składają oferty w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Takie działania zagrażają zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zachodzi obawa, że wykonawca, który był zaangażowany w przygotowanie postępowania lub doradzał zamawiającemu na wcześniejszym jego etapie, pozyskał wiedzę, której nie posiadają konkurenci. Może umożliwiać to budowanie propozycji korzystniejszej albo, jeszcze na etapie przygotowania postępowania, wpłynięcie na zamawiającego w celu ukształtowania warunków zamówienia w sposób dla zainteresowanego korzystny. Z treści art. 85 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż jako wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy należy rozumieć każdą sytuację, w której „doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia”. Obejmuje ono zatem każdą jego aktywność polegającą na włączeniu się w przygotowanie postępowania. Może

---

<sup>632</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 382.

ona polegać na udzielaniu zamawiającemu konkretnych wskazówek lub informacji, w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej<sup>633</sup>, jak również sporządzeniu dokumentacji projektowej w robotach budowlanych czy opisu przedmiotu zamówienia w dostawach lub usługach, czy też ustalaniu warunków zamówienia, w tym opracowaniu projektu umowy. W ramach przygotowania postępowania zamawiający dokonuje również analizy potrzeb i wymagań oraz wstępnych konsultacji rynkowych, a udział w tych czynnościach wykonawcy również może wiązać się z koniecznością wykluczenia tego ostatniego<sup>634</sup>. Istotne jest to, że zaangażowanie wykonawcy ma dotyczyć tego konkretnego postępowania. Uczestnictwo w przygotowaniu innego postępowania nie będzie stanowiło podstawy wykluczenia wykonawcy z aktualnego postępowania<sup>635</sup>.

Zgodnie z treścią art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp obligatoryjne wykluczenie wykonawcy z postępowania będzie miało zastosowanie zarówno w przypadku, gdy zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania jest bezpośrednie, jak również i pośrednie, tzn. poprzez np. członka grupy kapitałowej, pod warunkiem że będzie skutkowało zakłóceniem konkurencji. Z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia, jeżeli wykonawca, w wyniku wcześniejszego zaangażowania w przygotowanie danego postępowania, uzyska przewagę konkurencyjną w stosunku do innych oferentów. Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03<sup>636</sup> zwrócił uwagę na dwie przyczyny zakłócające konkurencję. Po pierwsze, osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych. Wszyscy oferenci powinni mieć jednakowe szanse przy konstruowaniu ofert. Po drugie, wspomniana osoba może się znaleźć w sytuacji mogącej spowodować konflikt interesów w tym znaczeniu, że będąc oferentem w danym zamówieniu publicznym może nawet w sposób niezamierzony wywrzeć wpływ na jego warunki w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziłaby do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami. Może mieć miejsce, jeżeli np. oferta opiera się na informacjach, które nie były dostępne innym wykonawcom.

---

<sup>633</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 385.

<sup>634</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 320.

<sup>635</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 385.

<sup>636</sup> Wyrok z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA przeciwko państwu belgijskiemu*, (ECLI:EU:C:2005:127).

Powinno to skutkować powiadomieniem przez zamawiającego o tym fakcie wykonawcy, a także zapewnić mu możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóciło konkurencji, zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Ciężar dowodu, co do tego, że wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania nie zakłóciło konkurencji, oraz że pomiędzy wcześniejszym działaniem wykonawcy w przygotowaniu postępowania a treścią jego oferty brak jest związku przyczynowego, spoczywa na wykonawcy<sup>637</sup>. W tym przypadku wykluczenie z postępowania nie może przyjąć charakteru czynności automatycznej, należy je zawsze traktować jako rozwiązanie ostateczne ze strony zamawiającego. Będzie możliwe wyłącznie wtedy, gdy nie istnieją łagodniejsze środki, poprzez które możliwe byłoby zapewnienie konkurencji<sup>638</sup>.

Stosownie do art. 85 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany do podjęcia wszelkich odpowiednich środków gwarantujących, że udział wykonawcy wcześniej zaangażowanego w postępowanie nie zakłóci konkurencji. Do takich środków należy zaliczyć przedstawienie pozostałym oferentom istotnych informacji, jakie zamawiający przekazał, lub wykonawca uzyskał w związku z zaangażowaniem, oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu na złożenie ofert<sup>639</sup>.

### **3.4.13. Przepięczne pochodzenie pieniędzy**

Kolejną oblięatoryjn przesłank wykluczenia wykonawcy z postępowania jest okolicznoř wskazana w art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z jego dyspozycj z postępowania o udzielenie zamówienia – w przypadku zamówienia o wartoři równej, lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartoř, kwoty dla robót budowlanych 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług 10 000 000 euro, wyklucza się wykonawcę, który udaremnia lub utrudnia stwierdzenie przepięcznego pochodzenia pieniędzy lub ukrywa ich pochodzenie, w związku z brakiem moŹliwořci ustalenia beneficjenta rzeczywistego, w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu<sup>640</sup>. Okolicznoř ta nie musi być stwierdzona prawomocnym

---

<sup>637</sup> *Ibidem*, s. 386.

<sup>638</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 339.

<sup>639</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 387.

<sup>640</sup> Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (t.j. (Dz.U. z 2020 r. poz. 971 ze zm.).

wyrokiem skazującym. Jednakże, nie wszystkie czyny spełniające znamiona przestępstwa prania brudnych pieniędzy objęte są hipotezą art. 108 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawa wykluczenia dotyczy wyłącznie zachowań pozostających w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu<sup>641</sup>. Według Marzeny Jaworskiej działania wykonawcy muszą być podejmowane w czasie trwania postępowania o udzielenie zamówienia i w związku z nim. Przesłanka wykluczenia zaistnieje zatem, jeśli wykonawca udaremnia lub utrudnia stwierdzenie przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywa ich pochodzenie w związku z brakiem możliwości ustalenia beneficjenta rzeczywistego w trakcie postępowania. Powyższe potwierdza również brak wskazania w art. 111 ustawy Pzp okresu, w jakim możliwe jest wykluczenie wykonawcy. Może to oznaczać, że przesłanka wystąpi wyłącznie w odniesieniu do bieżącego postępowania<sup>642</sup>.

### **3.5. Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**

Wprowadzenie do prawa zamówień publicznych fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wynikiem implementacji Dyrektyw 2014/24/UE<sup>643</sup> i 2014/25/UE<sup>644</sup> do polskiego porządku prawnego. Zasady dotyczące stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia zostały opisane w rozdziale 2.4.2. Istotą przesłanek fakultatywnych w polskim porządku prawnym jest, że nie będąc ustawowymi przesłankami obligatoryjnymi – decyzją zamawiającego o ich zastosowaniu w postępowaniu – przybierają taki charakter. Zamawiający nie jest jednak uprawniony do wprowadzenia innych fakultatywnych podstaw wykluczenia niż te, które zostały przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych.

---

<sup>641</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 387.

<sup>642</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 321.

<sup>643</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz. UE L nr 94, s. 65).

<sup>644</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz. UE L nr 94, s. 243).

Rola zamawiającego sprowadza się jedynie do doboru podstaw wykluczenia z ustawowego katalogu oraz żądania przedłożenia przez wykonawcę niezbędnych dokumentów<sup>645</sup>.

Przy stosowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia zamawiający powinien szczególną uwagę zwrócić na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości jedynie w wyjątkowych sytuacjach powinny prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Jednakże powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości nie powinny być lekceważone. Mogą one świadczyć o braku rzetelności po stronie wykonawcy, stanowiąc uzasadnienie wykluczenia z postępowania<sup>646</sup>.

Katalog fakultatywnych podstaw wykluczenia został wskazany w art. 109 ustawy Pzp, i co do zasady został dostosowany do przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE<sup>647</sup>.

### **3.5.1. Zaleganie z uiszczaniem danin publicznych**

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – albo przed upływem terminu składania ofert – dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami czy zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Przepis stanowi wdrożenie art. 57 ust. 2 akapitów drugiego i trzeciego dyrektywy klasycznej.

Przepis ten, podobnie jak art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, odnosi się do sytuacji powstania zaległości w podatkach lub składkach na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Różnica merytoryczna pomiędzy tymi regulacjami polega na tym, że do wykluczenia wykonawcy na mocy art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie jest wymagane, aby istniejąca zaległość była stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną

---

<sup>645</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 389.

<sup>646</sup> Zob. motyw 101 dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>647</sup> Celem takiego działania było dostosowanie przesłanek wykluczenia do treści oświadczenia, składanego przez wykonawców w postępowaniach powyżej progów unijnych na formularzu JEDZ, który w swej treści odzwierciedla regulacje unijne.

decyzją administracyjną<sup>648</sup>. W okolicznościach, w których wobec wykonawcy wydany został prawomocny wyrok sądowy lub prawomocna decyzja administracyjna, obowiązkiem zamawiającego będzie wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający może zatem ograniczyć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do podmiotów posiadających zaległości w zakresie podatków, niepotwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną<sup>649</sup>.

W treści art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ustawodawca przewidział okoliczności, po spełnieniu których przesłanka wykluczenia wykonawcy nie będzie miała zastosowania. Odnosi się to do sytuacji, w których wykonawca przed upływem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wypełnił ciężące na nim obowiązki z zakresu powstałych zaległości, dokonując należnych płatności lub zawarł wiążące porozumienie w celu ich spłaty. Tak sformułowany zapis stwarza mechanizm zbliżony do self-cleaning, odpowiadający rozwiązaniu przyjętemu w art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp<sup>650</sup>.

Ponadto, na mocy art. 109 ust. 3 ustawy Pzp<sup>651</sup>, zamawiający może nie wykluczyć wykonawcy, jeżeli kwota zaległych podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne jest niewielka, pomimo formalnego spełnienia przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Decyzja o wykluczeniu wykonawcy w tych okolicznościach należy wyłącznie do zamawiającego. Niemniej, pomimo takiego uprawnienia, rozstrzygnięcie w zakresie odstąpienia od wykluczenia wykonawcy, wobec którego zaistniały przesłanki wykluczenia, musi być podjęte w granicach obowiązujących przepisów i nie może mieć cech dowolności<sup>652</sup>.

---

<sup>648</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 389.

<sup>649</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 344.

<sup>650</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 390; A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 345.

<sup>651</sup> Art. 109 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych: W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1–5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

<sup>652</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 391.

### 3.5.2. Naruszenie obowiązków z dziedziny ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy

Przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp odnoszą się do naruszenia obowiązków z dziedziny ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy. Wykluczenie wykonawcy może mieć miejsce w przypadku prawomocnego skazania za przestępstwo przeciwko środowisku lub prawom osób wykonujących pracę zarobkową, lub odpowiedni czyn zabroniony, określony w przepisach prawa obcego, w przypadku prawomocnego ukarania za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub środowisku, lub w przypadku wymierzenia ostateczną decyzją administracyjną kary pieniężnej za naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym<sup>653</sup>.

Powyższe przesłanki wykluczenia, ustanowione jako fakultatywne, stanowią pewnego rodzaju novum w stosunku do treści prawa zamówień publicznych z 2004 r.<sup>654</sup> i stanowią połączenie obligatoryjnej podstawy wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy Pzp 2004 oraz fakultatywnych podstaw wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 5 i 7 ustawy Pzp 2004<sup>655</sup>.

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp fakultatywnemu wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlega wykonawca będący osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo przeciwko środowisku, o którym mowa w rozdziale XXII Kodeksu karnego, lub za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o którym mowa w rozdziale XXVIII Kodeksu karnego, lub za odpowiedni czyn zabroniony, określony w przepisach prawa obcego. Art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp odnosi się również do wykluczenia wykonawcy w związku ze skazaniem za czyn określony w przepisach prawa obcego, jeżeli odpowiada on znamionom tych przestępstw<sup>656</sup>.

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy,

---

<sup>653</sup> *Ibidem*, s. 391.

<sup>654</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

<sup>655</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 345.

<sup>656</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 391–392;



będącego osobą fizyczną prawomocnie ukaranego za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciw środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny. Nie każde zatem ukaranie będzie stanowiło podstawę wykluczenia. Uzasadnieniem tego będzie wyłącznie wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub przeciw środowisku, za które wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub grzywny (niezależnie od jej wysokości). Wymierzenie np. nagany nie będzie stanowiło uzasadnienia dla wykluczenia wykonawcy z postępowania<sup>657</sup>.

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy, wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną. Ta przesłanka wykluczenia będzie miała zastosowanie w stosunku do oferentów niebędących osobami fizycznymi, jak np. podmiotów zbiorowych, spółek, fundacji czy instytutów naukowych. Wykluczenie to nie jest zależne od wysokości wymierzonej kary, jednakże niewielka wysokość kary pieniężnej może stanowić podstawę do odstąpienia przez zamawiającego od wykluczenia wykonawcy, na podstawie art. 109 ust. 3 ustawy Pzp<sup>658</sup>.

Fakultatywne przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz b ustawy Pzp, znajdują również zastosowanie w przypadku, jeśli wskazane w przepisie okoliczności zaistnieją wobec urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający może wykluczyć wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo lub ukarano za wykroczenie, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a lub b ustawy Pzp. Krąg podmiotów, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, pozostaje zbieżny z podmiotami wskazanymi w art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

---

<sup>657</sup> *Ibidem*, s. 393.

<sup>658</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 325; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 393.

### 3.5.3. Likwidacja, upadłość, układ, zawieszenie działalności

Fakultatywna przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania określona została w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z jego treścią zamawiający może wykluczyć wykonawcę, w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury. Przepis stanowi odzwierciedlenie treści art. 57 ust 4 lit. b Dyrektywy 2014/24/UE. Jednak zgodnie z dyrektywą wykonawcę można wykluczyć od chwili złożenia wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego, a zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych możliwość ta powstaje dopiero od wszczęcia postępowania upadłościowego, na skutek ogłoszenia upadłości.

Uzasadnieniem dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest zła kondycja finansowa i ekonomiczna wykonawcy, która nie gwarantuje wykonania zamówienia. W przypadku zamówień długotrwałych istnieje wysokie ryzyko, że wykonawca w trakcie realizacji zamówienia zakończy działalność wcześniej niż zamówienie<sup>659</sup>.

Kwestie związane z likwidacją spółek prawa handlowego<sup>660</sup> uregulowano w przepisach Kodeksu spółek handlowych<sup>661</sup>. Rozpoczęcie procedury likwidacji zaczyna się otwarciem likwidacji. Celem jej jest zakończenie bytu prawnego danego przedsiębiorcy. Zatem udzielenie zamówienie publicznego takiemu wykonawcy nie będzie uzasadnione<sup>662</sup>. Likwidacja prowadzona jest pod firmą spółki z oznaczeniem „w likwidacji”. Spółka w likwidacji nadal zachowuje osobowość prawną, jednakże realizacja zdolności prawnej ulega zmianie. Spółka prowadzi działalność zmierzającą do zakończenia bieżących interesów, ściągnięcia wierzytelności i realizacji zobowiązań, spieniężenia majątku spółki czy ewentualnego podziału pomiędzy wspólników<sup>663</sup>.

---

<sup>659</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 347.

<sup>660</sup> Zob.: A. Witosz, *Rozwiązanie i likwidacja spółek handlowych*, Warszawa 2014; W. Missala, Ł. Wolbach, *Likwidacja spółki kapitałowej: prawo, podatki, rachunkowość*, LEX 2013.

<sup>661</sup> Ustawa z dnia 15.09.2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 505).

<sup>662</sup> W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 316.

<sup>663</sup> A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, LEX 2017, art. 274 k.s.h.; I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 364; M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 325–326.

Upadłość<sup>664</sup>, na podstawie art. 10<sup>665</sup> prawa upadłościowego, ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Celem wykluczenia z postępowania wykonawców, wobec których ogłoszono upadłość, jest ochrona zamawiającego a jednocześnie eliminacja z postępowania wykonawców, którzy nie są zdolni do realizacji zamówienia, ponieważ utracili możliwość wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych<sup>666</sup>. Zamawiający może również wykluczyć z postępowania wykonawcę, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd. Po otwarciu likwidacji masą likwidacyjną zarządza likwidator. W przypadku zarządu wykonywanego przez sąd, w związku z brakiem takiej regulacji w prawie polskim, instytucje taką należy traktować jako „inne tego rodzaju sytuacje wynikające z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury”, stanowiącą również podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Polski ustawodawca ustanowił procedurę zbliżoną do powyższej – sąd ustanawia syndyka, zarząd przymusowy lub powołuje zarządcę masy sanacyjnej, który zarządza majątkiem dłużnika pod kontrolą sądu lub sędziego komisarza<sup>667</sup>.

Oferent zostanie także wykluczony, jeżeli w związku z zagrożeniem upadłością dojdzie do zawarcia układu z wierzycielami. Pomimo tego, że układ ten nie oznacza upadłości wykonawcy, wskazuje jednak na złą sytuację finansową podmiotu i może rodzić zagrożenie dla przyszłej realizacji zamówienia<sup>668</sup>.

Układ z wierzycielami zatwierdzany jest przez sąd jako uchwała wierzycieli określająca sposób ich zaspokojenia. Propozycje układowe składane zwykle przez dłużnika podlegają głosowaniu. Celem układu jest umożliwienie dłużnikowi uniknięcia upadłości przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli. W szczególności pozwala im uzyskać zaspokojenie w stopniu wyższym niż w przypadku, gdyby miało dojść do upadłości dłużnika. Istnieje możliwość zawarcia tzw. układu likwidacyjnego – likwidacji majątku dłużnika i zaspokojeniu wierzycieli<sup>669</sup>.

---

<sup>664</sup> Zob: E. Mączyńska-Ziemacka (red.), K. Kuciński, *Zagrożenie upadłością*, Warszawa 2005; A. Witosz, *Spółka w upadłości układowej*, Warszawa 2008; A. Hrycaj, *Syndyk masy upadłości*, Wągrowiec–Poznań 2006; T. Korol, B. Prusak, *Upadłość przedsiębiorstw a wykorzystanie sztucznej inteligencji*, Gdańsk 2005.

<sup>665</sup> Ustawa z dnia z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe tj. z 18 czerwca 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1228) Art. 10 pr. upadł. Art. 10 Upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny.

<sup>666</sup> P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 396.

<sup>667</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 395–396.

<sup>668</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 326.

<sup>669</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 396.

Zamawiający uprawniony jest również do wykluczenia wykonawcy, który znajduje się w innej sytuacji tego samego rodzaju, wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach właściwych dla miejsca jej wszczęcia.

Są to sytuacje związane z niewypłacalnością wykonawcy, rozwiązaniem wykonawcy albo tymczasowym wstrzymaniem wykonywania działalności gospodarczej.

Do takich postępowań zaliczyć można: postępowanie o rozwiązanie podmiotu wpisanego do Krajowego Rejestru Sądowego bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego<sup>670</sup>, postępowanie restrukturyzacyjne<sup>671</sup>, przymusowa restrukturyzacja<sup>672</sup>, postępowanie o zatwierdzenie układu, powołanie tymczasowego nadzorca sądowego lub ustanowienie zarządu przymusowego, egzekucja przez zarząd przymusowy nad przedsiębiorstwem<sup>673</sup>, przyspieszone postępowanie układowe oraz postępowanie układowe<sup>674</sup>.

#### **3.5.4. Zawinione, poważne naruszenie obowiązków zawodowych**

Stosownie to treści art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który 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 dowodów.

Powyższy przepis wdraża art. 57 ust. 4 lit. c Dyrektywy 2014/24/UE, umożliwiający wykluczenie wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosowanych środków, że oferent jest winny poważnego wykroczenia

---

<sup>670</sup> Postępowanie prowadzone zgodnie z art. 25a Ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowy tj. z dnia 8 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 112).

<sup>671</sup> Postępowania trybie Ustawy z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2015 r. poz. 978); Por. wyrok z dnia 28 marca 2019 r. w sprawie C-101/18 *Idi Srl przeciwko Arcadis – Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo*, (ECLI:EU:C:2019:267), pkt 40–42, w którym Trybunał przyjął, że złożenie wniosku o otwarcie postępowania układowego, które jest odpowiednikiem postępowania restrukturyzacyjnego w rozumieniu polskiego prawa, może stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy.

<sup>672</sup> Postępowanie w trybie art. 64 i n. Ustawy z dnia z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (t.j. z dnia 16 kwietnia 2020 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 842 ze zm.).

<sup>673</sup> Egzekucja przeprowadzona w trybie art. 10641 Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. z dnia 19 lipca 2019 r. Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.).

<sup>674</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 396–397.

zawodowego, które poddaje w wątpliwość jego uczciwość<sup>675</sup>. Przepis Dyrektywy 2014/24/UE umożliwi instytucji zamawiającej ocenę uczciwości i rzetelności każdego z oferentów. Opiera się ona na zaufaniu co do wiarygodności wykonawcy<sup>676</sup>. Jednakże pojęcie „naruszenie obowiązków zawodowych” nie zostało zdefiniowane przez polskiego ustawodawcę w żadnym akcie prawnym. Stanowiło to podstawę wniesienia pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przez Krajową Izbę Odwoławczą<sup>677</sup>. Trybunał dokonał interpretacji pojęcia „poważnego wykroczenia zawodowego” jako naruszającego normy zawodowe i etyczne, w zakresie których orzekają sądy dyscyplinarne. Trybunał wyjaśnił również, że przez pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” należy rozumieć zachowanie wykonawcy wykazujące zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony<sup>678</sup>. Wagę niedbalstwa należy odnieść zarówno do postawy danego wykonawcy<sup>679</sup>, jak i obiektywnych skutków naruszenia<sup>680</sup> oraz jego wpływu na utratę zaufania do danego wykonawcy. Zawinieniem i poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych będzie także skazanie za czyn zabroniony związany z działalnością zawodową wykonawcy, nawet w przypadku wyroku nieprawomocnego<sup>681</sup>. Naruszeniem obowiązków zawodowych będzie również naruszenie zobowiązań środowiskowych lub społecznych, reguł konkurencji albo praw własności intelektualnej lub przemysłowej<sup>682</sup>. Wobec powyższego jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie świadczyć o niższych kompetencjach zawodowych danego wykonawcy, nie będzie jednak automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem<sup>683</sup>.

Wykonywanie obowiązków zawodowych może wynikać zarówno z norm prawa stanowionego, jak i ustalonych zwyczajów lub czynności prawnych. Dlatego ich

---

<sup>675</sup> Więcej zob. rozdział drugi.

<sup>676</sup> Por. wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18 *Meca Srl przeciwko Comune di Napoli*, (ECLI:EU:C:2019:507), pkt 29 i 30.

<sup>677</sup> Wyr. TSUE z 13.12.2012 r. w sprawie C-465/11, *Forposta SA i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska SA*, (ECLI:EU:C:2012:801), pkt 15.

<sup>678</sup> *Ibidem*, pkt 30.

<sup>679</sup> *Ibidem*, pkt 31.

<sup>680</sup> Por. wyrok z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, (ECLI:EU:C:2017:338), pkt 78, w którym Trybunał dokonał wykładni podobnego pojęcia „winny poważnego wprowadzenia w błąd”.

<sup>681</sup> Zob. wyrok w sprawie *Forposta*, pkt 28 oraz motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej.

<sup>682</sup> Por. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony z dnia 8 maja 2019 r. w sprawie C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA przeciwko Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, (ECLI:EU:C:2019:393), pkt 2.

<sup>683</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 327.

naruszenie może zostać dokonane poprzez przekroczenie ustaw, norm deontologicznych obowiązujących w danym zawodzie, np. Kodeksu etyki radcy prawnego, Kodeksu etyki lekarskiej, jak również umowy<sup>684</sup>. Jeśli wykonawca dopuścił się naruszeń związanych ze złamaniem zasad etyki, godności czy sumienności zawodowej w sprawach, w których orzekają sądy dyscyplinarne, będzie to poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Za naruszenie zasad zawodowych uznać należy także niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań. Można wskazać tu nienależytą realizację zamówienia publicznego skutkującą wcześniejszym rozwiązaniem umowy. Naruszenie obowiązków zawodowych może stanowić także działanie niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji, skutkujące nałożeniem kary<sup>685</sup>.

Nie będzie wystarczającą podstawą wykluczenia okoliczność, że na wykonawcę została nałożona kara umowna, której nałożenie nie zostało zakwestionowane. Samo naliczenie kary umownej nie świadczy o tym, że wykonawca jest winien nienależytego wykonania umowy. Nie każde naliczenie kary umownej jest spowodowane rażącym niedbalstwem czy też zamierzonym działaniem wykonawcy i prowadzi do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy<sup>686</sup>.

Zamawiający, który chce wykluczyć wykonawcę z postępowania, powołując się na ww. podstawę prawną, musi udowodnić zaistnienie przesłanki uzasadniającej to działanie, a także uzasadnić, na jakiej podstawie uznał, iż okoliczności potwierdzające spełnienie przesłanek wykluczenia wystąpiły kumulatywnie. Zamawiający musi mieć pewność co do tego, na czym polegało nienależyte wykonanie umowy. Czy miało ono charakter poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, dlaczego podważyło uczciwość wykonawcy, jakie okoliczności wskazywały na winę wykonawcy oraz jaki był jej stopień<sup>687</sup>. Nie będzie wystarczającym uznanie, że nastąpiło jakiegokolwiek naruszenie. Dla wykluczenia wykonawcy konieczne będzie wykazanie kwalifikowalnej postaci naruszenia, tj. zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Zamierzone działanie to takie, w którym dłużnik podejmując odpowiednie czynności, ma zamiar niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Natomiast rażące niedbalstwo odnosi się do

---

<sup>684</sup> Por. wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta SA i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej SA*, (ECLI:EU:C:2012:801), pkt 27 i 29.

<sup>685</sup> zob. wyr. TSUE z 14.12.2016 r. w sprawie C-171/15, *Connexion Taxi Services BV v. Staat der Nederlanden i in.*, (EU:C:2016:948); M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 327.

<sup>686</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 347–348.

<sup>687</sup> *Ibidem*, s. 348.

naruszenia podstawowych zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji oraz nieprzestrzegania elementarnych reguł ostrożności<sup>688</sup>.

### 3.5.5. Konflikt interesów

Konflikt interesów jest fakultatywną przesłanką wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Chodzi tu o wystąpienie konfliktu interesów w rozumieniu art. 56 ust. 2 ustawy Pzp, którego nie można skutecznie wyeliminować w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy. Polski ustawodawca posługuje się pojęciem konfliktu interesów zdefiniowanym w Dyrektywie 2014/24/UE<sup>689</sup>.

Dla możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania niezbędne jest łączne zaistnienie dwóch przesłanek: musi wystąpić konflikt interesów oraz brak możliwości skutecznego wyeliminowania tegoż w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy.

Zgodnie z art. 56 ust. 2 ustawy Pzp konflikt interesów ma miejsce wówczas, jeżeli w stosunku do kierownika zamawiającego, członka komisji przetargowej oraz innych osób wykonujących czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienie publicznego po stronie zamawiającego, lub mogących wpłynąć na wynik postępowania lub udzielające zamówienia, zaistnieją uzasadnione wątpliwości co do ich bezstronności lub niezależności, w związku z posiadaniem przez nie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego w rozstrzygnięciu danego postępowania w określony sposób. Szczegółowe okoliczności, zaliczone do konfliktu interesów, wskazuje art. 56 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że sytuacja taka musi zaistnieć w ramach danego, konkretnego postępowania. Jeżeli konflikt interesów zaistniał w innym, wcześniejszym postępowaniu, to nie może być on okolicznością skutkującą wykluczeniem wykonawcy z aktualnie prowadzonego postępowania. Wystarczającą podstawą wystąpienia konfliktu interesów jest uzasadniona wątpliwość co do bezstronności lub niezależności osób wskazanych w art. 56 ust. 2 ustawy Pzp. Trybunał sprawiedliwości wydając wyrok w sprawie *eVigilo*<sup>690</sup>, podkreślił aktywną rolę zamawiającego w eliminacji konfliktu interesów<sup>691</sup>. Zamawiający zobowiązany jest w każdym przypadku do sprawdzenia, czy nie zaistniał konflikt

---

<sup>688</sup> *Ibidem*.

<sup>689</sup> Więcej zob. rozdział drugi.

<sup>690</sup> Wyrok z dnia 12 marca 2015 r. w sprawie C-538/13 *eVigilo Ltd przeciwko Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, (ECLI:EU:C:2015:166).

<sup>691</sup> Zob. wyrok w sprawie *eVigilo*..., pkt 43.

interesów, a także do zapobiegania takiej sytuacji, wykrycia jej lub podjęcia odpowiednich działań zaradczych. Zamawiający może wykluczyć wykonawcę z postępowania w związku z zaistnieniem konfliktu interesów tylko wtedy, gdy przy użyciu innych sposobów nie jest możliwe skuteczne wyeliminowanie konfliktu interesów<sup>692</sup>. Wykluczenie wykonawcy z powyższej podstawy prawnej nie ma charakteru automatycznego<sup>693</sup> i jest ostatecznością<sup>694</sup>. Zgodnie z prawem zamówień publicznych osoba, po stronie której występuje konflikt interesów, podlega wyłączeniu na podstawie art. 56 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, jeżeli osoba taka wykonywała czynności w postępowaniu, działania te podlegają powtórzeniu, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania. Zamawiający powinien zatem powtórzyć wszystkie czynności, w których podejmowaniu osoba ta uczestniczyła<sup>695</sup>. Winien także dokonać wewnętrznej reorganizacji personelu, wyłączając z postępowania osoby powiązane z oferentami i pozostawić jedynie te zapewniające bezstronność podejmowanych po stronie zamawiającego działań<sup>696</sup>. Przykładem takim może być wyłączenie osoby, której dotyczy konflikt, ze składu komisji przetargowej. Zazwyczaj zastosowanie powyższych środków pozwala skutecznie usunąć konflikt interesów i uchronić danego wykonawcę przed wykluczeniem. Istnieją jednak okoliczności, w których wyłączenie osoby po stronie zamawiającego nie będzie możliwe, np. z uwagi na jej kompetencje<sup>697</sup>. Wówczas zamawiający zobowiązany będzie do wykluczenia wykonawcy.

Do wykluczenia wykonawcy na podstawie z art. 109 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, przepis art. 109 ust. 3 Pzp, przewidujący możliwość odstąpienia od wykluczenia wykonawcy z uwagi na nieproporcjonalność sankcji, nie ma zastosowania<sup>698</sup>. Ustawodawca nie dopuścił również możliwości zastosowania przez wykonawcę procedury self-cleaning. Założył, że nie ma możliwości wyeliminowania wpływu konfliktu interesów na zasadę równego traktowania wykonawców i ucziwej

---

<sup>692</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 402.

<sup>693</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 328.

<sup>694</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 349.

<sup>695</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 402.

<sup>696</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 349.

<sup>697</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 328.

<sup>698</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 402.



konkurencji<sup>699</sup>.

### 3.5.6. Niewykonanie istotnego zobowiązania

Zamawiający może również wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał lub długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie, wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Zgodnie z treścią przepisu przyczyny uzasadniające wykluczenie wykonawcy, leżące po stronie wykonawcy, którymi są niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwale nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji, muszą doprowadzić do co najmniej jednej z okoliczności, tj. wypowiedzenia umowy lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady<sup>700</sup>.

Treść art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nawiązuje do art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy 2014/24/UE zamawiający upoważniony jest do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykazywał on znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej uprzedniej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Polski ustawodawca, określenie „niedociągnięcie w spełnieniu wymogu” zastąpił zwrotem „niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”<sup>701</sup>.

Z określenia tego wynika, że uprawnienie do wykluczenia wykonawcy w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem lub długotrwale nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego lub

---

<sup>699</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 328.

<sup>700</sup> A. Gawrońska-Baran [w:], A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 349–350.

<sup>701</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 403

koncesji powinno być spowodowane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy<sup>702</sup>. Do katalogu przyczyn leżących po stronie wykonawcy należą więc wszystkie okoliczności niewykonania zamówienia, które można przypisać wykonawcy, nie tylko te, za które ponosi on winę<sup>703</sup>. Nie dotyczy to okoliczności, za które nie odpowiada żadna ze stron umowy, np. związanych z zachowaniem osób trzecich, czy siłą wyższą. Wina wykonawcy oraz jej stopień mogą jednak wpłynąć na ocenę przesłanki znaczącego naruszenia zobowiązania.

Nie każde nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części daje podstawę do wykluczenia wykonawcy<sup>704</sup>. Okoliczności takie zostaną przedstawione poniżej.

### **3.5.6.1. Niewykonanie zobowiązania w znacznym stopniu**

Niewykonanie lub nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania, mogłoby stanowić podobieństwo do art. 471 KC, gdyby nie dookreślenie, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie powinno wystąpić w znacznym stopniu lub zakresie. Korzystanie zatem z dorobku orzecznictwa i doktryny odnoszącego się do art. 471 KC musi być ograniczone, ponieważ niewykonanie zobowiązania i nienależyte wykonanie zobowiązania a niewykonanie i nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie są pojęciami różnymi. Z zastrzeżeniem, że w przypadku całkowitego niewykonania zobowiązania skutkować ono będzie wykluczeniem wykonawcy. Ponadto, konstrukcja z art. 471 KC dotyczy niewykonania zobowiązania wywołanego okolicznościami, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, natomiast przyczyny leżące po stronie wykonawcy należałoby interpretować w kontekście dochowania należytej staranności<sup>705</sup>.

Dla zaistnienia przesłanki wykluczenia nie jest istotne, czy niewykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji dotyczy zamawiającego, który prowadzi dane postępowanie, czy też każdego innego.

Oceniając stopień niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, pod kątem, czy jest on znaczny, należy wziąć pod uwagę wymagania ilościowe, dotyczące

---

<sup>702</sup> Wyr. z dnia 4.07.2017 r. KIO 1166/17, LEX nr 2336027.

<sup>703</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak *Prawo zamówień publicznych...*, s. 328–329.

<sup>704</sup> Por. wyrok w sprawie *Forposta*, pkt 30.

<sup>705</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 328–329.

zakresu niewykonanego lub nienależyte wykonanego świadczenia, kryteria jakościowe dotyczące braku wymaganej staranności, stopień wadliwości produktu i świadczonej usługi oraz rozmiar powstałych szkód. Jeżeli zachowanie wykonawcy wskazuje na poważne niedbalstwo, polegające na znacznym odchyleniu od wzorca należytej staranności, to można stwierdzić, że stopień nienależytego wykonania zobowiązania jest znaczący<sup>706</sup>.

Zgodnie z motywem 101 preambuły klasycznej ustawodawca europejski uznał, że poważnym brakiem w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów w ramach wcześniejszego zamówienia jest np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy.

Drobne, powtarzające się niedociągnięcia, mogą również stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy. Jeżeli długotrwale, regularnie nienależyte wykonywał zobowiązanie, wówczas dla spełnienia przesłanki wykluczenia nie jest konieczne nienależyte wykonanie zobowiązania w znacznym stopniu lub zakresie.<sup>707</sup> Do oceny, czy doszło do długotrwałego nienależytego wykonania zobowiązania bierze się pod uwagę jedynie te zamówienia, w których zastosowano sankcje określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jeżeli jednak poszczególne zamówienia są objęte jedną umową ramową, to one również podlegają ocenie w ramach długotrwałego nienależytego wykonania zobowiązania. Podstawą do wykluczenia nie będzie jednak każde znaczące niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania albo długotrwale nienależyte wykonanie zobowiązania. Będzie nią jedynie naruszenie zobowiązania istotnego, które zasadniczo utożsamiane jest z zobowiązaniem do spełnienia świadczenia głównego<sup>708</sup>.

### **3.5.6.2. Długotrwale nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania**

Dla właściwego rozumienia wyrażenia „długotrwale nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania” pomocna jest konkluzja zawarta w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>709</sup>, w którym uznano, że: „na przedstawione pytanie trzeba

---

<sup>706</sup> *Ibidem*, s. 329.

<sup>707</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 403.

<sup>708</sup> *Ibidem*, s. 403–404.

<sup>709</sup> Wyrok z 3.10.2019 r. C-267/18, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA v. Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, (EU:C:2019:826), pkt 38.

odpowiedzieć, iż art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że zlecenie podwykonawcy przez wykonawcę części robót budowlanych w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego, o którym to podwykonawstwie zadecydowano bez zgody instytucji zamawiającej i które doprowadziło do rozwiązania umowy dotyczącej tego zamówienia, stanowi znaczące lub uporczywe niedociągnięcie przy wykonywaniu istotnego zobowiązania związanego ze wspomnianym zamówieniem w rozumieniu rzeczzonego przepisu, a zatem może ono uzasadniać wykluczenie tego wykonawcy z udziału w późniejszym postępowaniu w sprawie udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli po przeprowadzeniu własnej oceny uczciwości i wiarygodności wykonawcy, którego dotyczyło rozwiązanie umowy w sprawie wcześniejszego zamówienia publicznego, instytucja zamawiająca prowadząca owo kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia uzna, że takie podwykonawstwo prowadzi do utraty zaufania do danego wykonawcy. Jednakże przed orzeczeniem takiego wykluczenia instytucja zamawiająca powinna zgodnie z art. 57 ust. 6 tej dyrektywy w związku z jej motywem 102 umożliwić temu wykonawcy przedstawienie środków naprawczych, które przyjął w wyniku rozwiązania umowy dotyczącej wcześniejszego zamówienia publicznego”. W ocenie Trybunału powyższe zobowiązanie do osobistego świadczenia zostało zakwalifikowane jako zobowiązanie istotne, a co za tym idzie powierzenie wykonania zobowiązania osobie trzeciej, wbrew obowiązkowi osobistego spełnienia świadczenia, stanowi jego niewykonanie<sup>710</sup>.

Trybunał zwrócił również uwagę na istotną okoliczność – zamawiający nie jest związany oceną dokonaną przez innych zamawiających. Każdy z zamawiających samodzielnie szacuje stan faktyczny konkretnej sprawy i okoliczności mogących stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy. Zamawiający ma swobodę w ocenie rzetelności i wiarygodności danego oferenta. Jest to uprawnienie wynikające z zasady proporcjonalności, której zastosowanie jest konieczne przy ustanawianiu fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Zamawiający, przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, winien uwzględnić charakter popełnionych przez wykonawcę nieprawidłowości, a następnie po szczegółowym rozważeniu okoliczności podjąć decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania<sup>711</sup>.

---

<sup>710</sup> Por. P. Machnikowski [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis, komentarz do art. 356, Nb. 2.

<sup>711</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 350–351.

Trybunał zwrócił także uwagę, że zanim zamawiający podejmie tę decyzję, winien umożliwić wykazanie rzetelności oferentowi, w postaci wdrożonych środków naprawczych, podjętych w ramach procedury self-cleaning. Tym sposobem Trybunał podkreślił istotność oceny indywidualnego stanu faktycznego i konkretnych okoliczności, w ramach których instytucja zamawiająca będzie musiała rozważyć okoliczności skutkujące wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W odróżnieniu od zobowiązań istotnych, w ramach zobowiązania występują również obowiązki uboczne lub świadczenia pomocnicze towarzyszące świadczeniu głównemu, których celem jest zapewnienie, że świadczenie główne zaspokoi interes wierzyciela i osiągnie zamierzony cel. Obowiązki uboczne zazwyczaj spełniają rolę porządkową lub służą ochronie zaufania. Do obowiązków ubocznych należy zaliczyć wszystkie te czynności, których celem jest przygotowanie, przeprowadzenie, zabezpieczenie oraz rozliczenie świadczenia, ponadto obowiązki informacyjne oraz te, które służą sporządzeniu lub wydaniu dokumentów<sup>712</sup>.

### **3.5.6.3. Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy**

Dla zaistnienia przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustaw Pzp istotny jest skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy o zamówienie lub zasądzenia odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przypadki nienależytego wykonania umowy, będące podstawą wykluczenia, winny skutkować odstąpieniem bądź wypowiedzeniem umowy przez zamawiającego.

W systemie polskiego prawa cywilnego taką funkcję spełniają odstąpienie od umowy lub nadzwyczajne wypowiedzenie umowy<sup>713</sup>. Jakikolwiek inny sposób rozwiązania umowy, np. za porozumieniem stron, nie powinien skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zakończenie umowy za obopólną zgodą stron jest bowiem pewnym rodzajem konsensusu i nie powinno oznaczać, że interesy zamawiającego zostały naruszone wskutek działania wykonawcy<sup>714</sup>. Warto w tym miejscu podkreślić, że pomimo braku literalnego zakazu rozwiązywania umów w sprawie

---

<sup>712</sup> Por. F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *System prawa prywatnego*, t. 6, Warszawa 2018, Legalis, rozdział VI, Nb. 209; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 403–404.

<sup>713</sup> Por. A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 335.

<sup>714</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 330.

zamówienia publicznego w wyniku porozumienia stron, rozwiązanie umowy o zamówienie publiczne w drodze porozumienia stron doznaje ograniczenia. Z uwagi na cel, jaki przyświeca zamówieniom publicznym, tj. konieczność ciągłego zaspokajania potrzeb zbiorowych, umowa o zamówienie publiczne powinna być realnie wykonana<sup>715</sup>. W art. 456 ustawy Pzp zawarty został zamknięty katalog okoliczności, po zaistnieniu których zamawiający może (fakultatywnie) jednostronnie rozwiązać umowę. Natomiast w art. 455 ustawy wskazane zostały okoliczności, w jakich można dokonać zmian postanowień zawartej umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Konstrukcja powyższych przepisów prowadzi do wniosku, że pomimo braku ustawowego zakazu rozwiązania umowy w drodze porozumienia stron nie ma możliwości swobodnego rozwiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeżeli przepis wyraźnie zakazuje swobodnej zmiany umowy o zamówienia publiczne, to tym bardziej nie wolno tego czynić<sup>716</sup>. Nie można pomijać okoliczności, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest zawierana w wyniku przeprowadzonego postępowania, określonego w ustawie Pzp, i wyboru najkorzystniejszej oferty, na podstawie warunków przewidzianych przez zamawiającego, do których zainteresowani udziałem w postępowaniu wykonawcy muszą się dostosować. W związku z tym istotne jest, aby zakres zobowiązań, które wykonawca przyjmuje, oraz obowiązków zamawiającego były wiążące<sup>717</sup>.

Zamawiający zobowiązany jest przede wszystkim do dochodzenia prawidłowego wykonania zobowiązania, a w przypadku negatywnego skutku do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych bądź zastępczych. Dopuszczenie do swobodnego rozwiązywania umów o zamówienia publiczne, zwłaszcza ze względu na trudności występujące po stronie wykonawcy, prowadziłyby w istocie do obejścia wymogu realnego wykonania zobowiązania i ustawowego obowiązku egzekwowania roszczeń<sup>718</sup>.

#### **3.5.6.4. Odszkodowanie**

Częstym skutkiem nienależytego wykonania umowy jest naliczenie kar umownych. Choć kary umowne traktowane są w doktrynie jako zryczałtowane odszkodowanie, to jednak

---

<sup>715</sup> R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne z zarysie*, Warszawa 2018, s. 220.

<sup>716</sup> Zob. R. Szostak, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 10 kwietnia 2003 r.* (III CKN 1320/00), PS 2005, s. 180 i passim.

<sup>717</sup> Uchwała KIO z dnia 15 lipca 2020 r. sygn. akt KIO/KD 39/20.

<sup>718</sup> R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne...*, s. 220.

należy zaakcentować, że ustawodawca w treści przepisu 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp posługuje się pojęciem odszkodowania, a nie kar umownych.

Zgodnie z art. 484 § 1 KC kara umowna należy się wierzycielowi bez względu na wysokość szkody, a roszczenie o odszkodowanie jest następstwem wyrządzenia szkody. Należałoby uznać, że sformułowanie „co doprowadziło do (...) odszkodowania” powinno być interpretowane jako „zasądzenie odszkodowania”, którego nie można zrównać z jakimkolwiek świadczeniem wynikającym z umowy z tytułu nienależytej jej realizacji<sup>719</sup>. Odmienne stanowisko prezentowane jest przez Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza. Wskazano, że pojęcie odszkodowania należy interpretować szeroko, zgodnie z celem Dyrektywy 2014/24/UE, jako inne porównywalne sankcje. Należy rozumieć tu nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także wszelkie jego surogaty, takie jak kara umowna (art. 483 KC)<sup>720</sup>.

Z powyższym stanowiskiem trudno się zgodzić. Wystąpienie bowiem okoliczności uzasadniających zapłatę kary umownej nie świadczy jeszcze o zaistnieniu szkody, czyli podstawy do zasądzenia odszkodowania i wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odszkodowanie w tym kontekście oznacza obowiązek pokrycia przez wykonawcę szkody, którą poniósł zamawiający w związku z przyczyną leżącą po jego stronie wykonawcy. Kiedy to w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał, lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie, wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. Nie zawsze bowiem kara umowna jest równoznaczna z wystąpieniem szkody. Co potwierdza, że nie zawsze jest równoznaczna z odszkodowaniem. Do kwestii tej odniósł się Sąd Najwyższy w uchwale w składzie siedmiu sędziów, wskazując, że kara umowna może mieć na celu zarówno skłonienie dłużnika do spełnienia zobowiązania, ale także stanowić klauzulę zawierającą oszacowanie szkody, jaką wyrządziłby dłużnik w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (odszkodowanie zryczałtowane)<sup>721</sup>. Sąd wskazał również, że w sporze o zasadność kary umownej bez znaczenia jest kwestia wystąpienia po stronie wierzyciela szkody, zarówno jako okoliczności aktualizującej roszczenie wierzyciela, jak i w przypadku braku szkody<sup>722</sup>.

---

<sup>719</sup> M. Jaworska [red.] D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak *Prawo zamówień publicznych...*, s. 330.

<sup>720</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 407–408.

<sup>721</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r. sygn. akt III CZP 61/03, OSNC 2003/5/69.

<sup>722</sup> *Ibidem*.

Możliwe są zatem przypadki, że kara umowna będzie stanowić odszkodowanie. W takich okolicznościach będzie konsekwencją nienależytego wykonania zamówienia lub koncesji, i wynikiem szkody powstałej wskutek nienależytego wykonania zamówienia. A więc to wyrządzona szkoda, a nie kara umowna, będzie podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Ponadto, pod rozwagę należy poddać zasadność odwoływania się, w odniesieniu do wyjaśnienia pojęcia „odszkodowanie”, biorąc pod uwagę postanowienia Dyrektywy 2014/24/UE mówiące o „porównywalnych sankcjach”. Pomimo tego, że regulacja ta przewiduje poza rozwiązaniem lub odszkodowaniem również inne działania podejmowane przez zamawiających wobec wykonawców nienależycie realizujących umowę, to jednak, aby mogły one zostać zastosowane przez zamawiającego, powinny być wyraźnie określone w przepisach prawa. Zważywszy, że zgodnie z art. 57 ust. 7 Dyrektywy 2014/24/UE państwom członkowskim został przyznany margines swobody w dookreśleniu warunków wykonania art. 57, to należałoby uznać za zasadne, że skoro polski ustawodawca nie wprowadził do katalogu okoliczności określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp innych surogatów odszkodowania (jak np. kara umowna), wykluczenie wykonawcy w związku z naliczeniem kar umownych będzie bezpodstawne. Ustawodawca polski w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wprost wymienił „porównywalne sankcje”, wskazując na wykonanie zastępcze oraz realizację uprawnień z tytułu rękojmi za wady i nie odnosząc się do kar umownych.

Nie można również pominąć okoliczności, że brak odniesienia się do kar umownych w treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp może być celowe. Wskazuje na to fakt, że projekt ustawy Prawo zamówień publicznych z 21 stycznia 2019 r.<sup>723</sup>, w odpowiedniku tego przepisu zawartym w art. 123 ust. 1 pkt 9, przewidywał „zasądzone odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje”.

W wyniku krytyki nieostrego i sprzecznego z zasadą przejrzystości rozwiązania<sup>724</sup>

---

<sup>723</sup> Numer projektu: UD472 w wykazie prac legislacyjnych Rady Ministrów, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12320355/12565427/12565428/dokument378561.pdf> (dostęp: 12.01.2023).

<sup>724</sup> Zob. uwagi przedstawione do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych (projekt z 21.01.2019 r., nr UD472) przez Federację Przedsiębiorców Polskich z dnia 25.02.2019 r. <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12320355/katalog/12565439#12565439> (dostęp 14.01.2023). W uwagach do art. 123 ust. 1 pkt 9 Projektu wskazano, że *przepis ten może dotyczyć sytuacji związanych z nałożeniem we wcześniejszych kontraktach kar umownych, co stanowi dość powszechną sytuację realizacyjną, która nie powinna jednak doprowadzać do wykluczenia w kolejnych postępowaniach*; Stanowisko Konfederacji LEWIATAN wyrażone w piśmie z 1.03.2019 r., w którym wskazano, że *w zakresie art. 123 ust. 1 pkt 9) Projektu – rekomendujemy usunięcie pojęcia „innych porównywalnych sankcji” – pojęcie to jest nieostre, a tym samym budzi znaczące wątpliwości interpretacyjne oraz może prowadzić do nadużyć zarówno ze strony wykonawców jak i zamawiających. Na gruncie prawa*



ustawodawca zdecydował o jednoznacznym wskazaniu okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia, ograniczając ją do treści art. 109 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Dodatkowo powyższe stanowisko stoi w sprzeczności z zasadą przejrzystości. Jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE<sup>725</sup>, obowiązek przejrzystości wymaga, aby zasady oraz wszystkie warunki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego były określone w sposób jasny, jednoznaczny i przejrzysty. Mają umożliwić wykonawcom zrozumienie ich dokładnego zakresu i wykładnię w taki sam sposób. Obowiązek przejrzystości (w tym również jednoznaczne formułowanie przesłanek wykluczenia) ma szczególne znaczenie – jak zaakcentował Trybunał – dla oferentów mających siedzibę w innych państwach członkowskich. Ich poziom znajomości prawa danego kraju może być inny niż wykonawców krajowych<sup>726</sup>. Trybunał podkreślił również, że zasada równego traktowania wykonawców i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie wykluczeniu z postępowania wykonawcy, który nie dopełnił obowiązku wyraźnie niewynikającego z dokumentacji postępowania lub obowiązującej ustawy, lecz wynikającego z wykładni tej ustawy i dokumentacji, a także z mechanizmu uzupełniania w tej dokumentacji luk, przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego<sup>727</sup>.

W powyższych okolicznościach wydaje się, że interpretacja postanowień dotyczących odszkodowania, dopuszczająca wprowadzenia „innych porównywalnych sankcji” w postaci kary umownej jest niezasadna.

### 3.5.6.5. Wykonanie zastępcze i rękojnia za wady

Kolejnym przypadkiem objętym sankcją wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest wykonanie zastępcze umowy bądź skorzystanie z rękojmi za wady. Wykonanie zastępcze to instytucja często stosowana w umowach, oparta na art. 479 KC i art. 480 KC, która polega na nabyciu rzeczy oznaczonych co do gatunku lub wykonaniu

---

*polskiego pojęcia: „rozwiązanie umowy przed czasem” oraz „prawomocnego zasądzenia odszkodowania” są wystarczające dla określenia przypadków skutkujących wykluczeniem danego wykonawcy z postępowania. Wprowadzenie dodatkowych pojęć, w szczególności opartych o otwarty katalog bliżej nieokreślonych sytuacji („innych porównywalnych sankcji”), jest nie do pogodzenia z zasadą przejrzystości i może prowadzić do patologicznych przypadków klasyfikowania każdego nienależytego wykonania umowy jako przesłanki wykluczenia z postępowania.*

<sup>725</sup> Wyrok TSUE z 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 *Pizzo*, EU:C:2016:404, pkt 36; wyrok TSUE z 14 grudnia 2016 r. C-171/15 *Connexion Taxi Services*, EU:C:2016:948, pkt 40.

<sup>726</sup> Wyrok TSUE z 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-27/15 *Pizzo*, EU:C:2016:404, pkt 46.

<sup>727</sup> *Ibidem*, pkt 51.

czynności, co do których wykonania zobowiązany był dłużnik przez wierzyciela, ale na koszt pozostającego w zwłoce dłużnika. Rękojmia za wady z kolei, to ustawowa odpowiedzialność dłużnika za wady fizyczne (art. 556<sup>1</sup> § 1 KC) lub prawne (art. 556<sup>3</sup> § 1 KC) przedmiotu świadczenia. Wada fizyczna polega na niezgodności przedmiotu świadczenia z umową, wada prawna ma zaś miejsce, gdy przedmiot świadczenia stanowi własność osoby trzeciej albo jest obciążony prawem osoby trzeciej, a także jeżeli ograniczenie w korzystaniu lub rozporządzaniu przedmiotem świadczenia wynika z decyzji lub orzeczenia właściwego organu.

Skorzystanie przez zamawiającego z wykonania zastępczego na etapie realizacji umowy wywołane jest zazwyczaj zwłoką w wykonaniu umowy, skutkującą koniecznością zlecenia jej dalszego wykonania innemu podmiotowi, na koszt wykonawcy. Taka okoliczność będzie podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W przypadku skorzystania z rękojmi za wady zamawiający zgłasza wykonawcy wady np. sprzedanej mu rzeczy, wady wykonanego obiektu itp. Dyspozycją przepisu nie zostały objęte roszczenia gwarancyjne, realizacja których nie będzie stanowiła podstawy wykluczenia<sup>728</sup>. Nie każde więc świadczenie zrealizowane w ramach rękojmi będzie oznaczało nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Jednakże to do wykonawcy powinno należeć przedstawienie zamawiającemu pełnych informacji wykazujących, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, którego skutkiem była realizacja świadczeń z tytułu rękojmi za wady, nie wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy<sup>729</sup>.

W przypadku art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ustawodawca przewidział możliwość odstąpienia przez zamawiającego od wykluczenia wykonawcy, a więc jeżeli wykluczenie oferenta byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, zamawiający na podstawie art. 109 ust. 3 ustawy Pzp może nie decydować się na to działanie. Przykładem wykluczenia wykonawcy, które byłoby nieproporcjonalne do jego czynności, byłaby eliminacja za znaczące naruszenie zobowiązania o charakterze incydentalnym. A więc nie powtórzyło się. Zgodnie z motywem 101 preambuły klasycznej drobne naruszenia zobowiązania nie prowadzą do wykluczenia wykonawcy, o ile się nie powtarzają<sup>730</sup>.

---

<sup>728</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 330.

<sup>729</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 405.

<sup>730</sup> *Ibidem*.

### 3.5.7. Wprowadzenie w błąd

Kolejna, fakultatywna przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określona w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, dotyczy oferenta, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji – co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – lub który zataił te informacje, lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Powyższy przepis transponuje art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej. Stosownie do jego treści zamawiający może wykluczyć oferenta, jeżeli był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub weryfikacji spełniania kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających, wymaganych na mocy art. 59 dyrektywy klasycznej.

Przesłanką wykluczenia objęto wyłącznie informacje dotyczące podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Dane te wykonawca przekazuje zamawiającemu we wstępnym oświadczeniu JEDZ, a następnie potwierdza podmiotowymi środkami dowodowymi, oraz w przypadku, jeśli to potrzebne w składanych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach dotyczących treści złożonych dokumentów.

Ustawodawca w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wskazał na trzy możliwe warianty podstawy wykluczenia: wprowadzenie w błąd, zatajenie informacji i niezłożenie wymaganych podmiotowych środków dowodowych<sup>731</sup>.

Wprowadzenie zamawiającego w błąd to mylne wywołanie wyobrażenia o faktach dotyczących wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Błąd to rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Może on polegać na fałszywym wyobrażeniu istnienia pewnych okoliczności lub cech stanu rzeczy, które w rzeczywistości nie występują, lub na nieświadomości występujących w rzeczywistości okoliczności<sup>732</sup>. Do wprowadzenia w błąd należy zaliczyć wszelkie dostarczone informacje, które nie są

---

<sup>731</sup> H. Nowak (red.), M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 406.

<sup>732</sup> *Ibidem*.

prawdziwe, tzn. takie, które nie mają odzwierciedlenia w rzeczywistości. W zakresie rozumienia, jak traktować informację nieprawdziwą, pomocne będzie odwołanie się do wytycznych zawartych w wyroku Sądu Najwyższego<sup>733</sup>, w którym stwierdził, że: „pojęcia »prawda«, »prawdziwy« bądź ich zaprzeczenia występują [...] wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie »prawda« rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z »faktami« i »danymi«). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości”.

Zamawiający, dokonując oceny podanych informacji w zakresie wprowadzenia go w błąd, powinien jednoznacznie ustalić, czy dana informacja jest prawdziwa, czy jest nieprawdziwa. Przy czym nie jest istotne, z jakich powodów wykonawca przedstawił informację wprowadzającą w błąd. Istotą informacji nieprawdziwej jest brak jej zgodności z faktami oraz z istniejącym stanem rzeczy<sup>734</sup>.

Wprowadzenie zamawiającego w błąd może zostać spowodowane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak i obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego<sup>735</sup> co do przedstawionych informacji. Przy czym sytuacja taka następuje w związku z przedstawionymi przez wykonawcę informacjami, i nie będzie ono obejmować okoliczności związanych z zatajeniem wymaganych informacji<sup>736</sup>.

Wprowadzenie w błąd nie musi mieć miejsca w danym, rozpatrywanym postępowaniu, wykonawca może zostać wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp również w związku ze zdarzeniem, które miało miejsce w innym postępowaniu. Zgodnie z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp wykonawca może zostać wykluczony

---

<sup>733</sup> Wyrok SN z 5.04.2002 r. II CKN 1095/99, OSNC 2003/3 poz. 42, Legalis nr 55978.

<sup>734</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 352.

<sup>735</sup> Por. opinia rzecznika generalnego Michała Bobeka z dnia 24 listopada 2016 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, ECLI:EU:C:2016:899, pkt 71.

<sup>736</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 406.

z postępowania w związku ze zdarzeniami, które miały miejsce w okresie ostatnich dwóch lat przed wykluczeniem. Wprowadzenie w błąd zamawiającego musi być zawinioną czynnością wykonawcy. Z treści art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej wynika, że z postępowania można wykluczyć tylko podmiot winny poważnego wprowadzenia w błąd. Zgodnie z orzecznictwem TSUE pojęcie „jest winny poważnego” wprowadzenia w błąd obejmuje zarówno winę umyślną, jak i niedbalstwo. Chodzi przy tym o taki stopień niedbalstwa, które może mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego<sup>737</sup>. Pojęcie „jest winny poważnego” wprowadzenia w błąd może zostać objaśnione i uszczegółowione w prawie krajowym, z poszanowaniem prawa Unii<sup>738</sup>.

### **3.5.7.1. Zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo**

W treści art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp ustawodawca polski wskazał na konieczność wystąpienia dwóch przesłanek, tj. wprowadzenie w błąd musi być następstwem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oraz wprowadzenie w błąd mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia<sup>739</sup>.

Istotny będzie zatem sposób działania składającego informacje wprowadzające w błąd. Mogą być one przedstawione w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Określenia „zamierzone działanie” i „rażące niedbalstwo” wskazują na nierzetelność oferenta, odnoszą się do sytuacji, w których zamawiający został wprowadzony w błąd przez podmiot niewiarygodny, nieuczciwy i niestaranny.

Zamierzone działanie obejmuje sytuacje, w których wykonawca celowo wprowadza zamawiającego w błąd, aby potwierdzić brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Ustawodawca przewidział także przypadek rażącego niedbalstwa, czyli sytuację, w której wykonawca złożył informację wprowadzającą w błąd przez własne niedopatrzenie<sup>740</sup>.

---

<sup>737</sup> Por. wyrok z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, (ECLI: EU:C:2017:338), pkt 78.

<sup>738</sup> Por. wyrok w sprawie *Forposta*, pkt 26.

<sup>739</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 352.

<sup>740</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 332.

Rażące niedbalstwo związane jest z naruszeniem ustalonego wzorca należytej staranności, tj. pewnego, obiektywnego miernika, wyznaczającego działanie wykonawcy<sup>741</sup>.

Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli regulacje ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym, przy ocenie czynności oferenta należy uwzględnić treść art. 355 § 1 KC, zgodnie z którym dłużnik zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należyłą staranność należy rozumieć pewien model lub wzorzec skonstruowany z reguł postępowania, określony sposób działania, którego celem jest spełnienie świadczenia<sup>742</sup>. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy zachowywała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności<sup>743</sup>. Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny. Jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby. Odnosi się do obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności<sup>744</sup>. Dodatkowo, w stosunku do profesjonalistów, zgodnie z art. 355 § 2 KC, należyłą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, miernik ten ulega podwyższeniu. Z tego względu, określając wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy, w stosunkach jednostronnie i dwustronnie profesjonalnych, nie można pominąć faktu, iż działalność ta ma charakter zawodowy, tj. profesjonalny, oparty na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Działania podejmowane przez profesjonalistę uzasadniają zwiększone oczekiwania otoczenia co do jego wiedzy, skrupulatności i rzetelności. Za profesjonalistę w powyższym znaczeniu uznaje się wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem wzorzec należytej staranności wymaga od wykonawcy, aby ten upewnił się, jeśli chodzi o stan rzeczy deklarowanych w składanej ofercie, a treść podmiotowych środków dowodowych

---

<sup>741</sup>A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 352.

<sup>742</sup>E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017.

<sup>743</sup>Tak w wyroku SN z 10.03.2004 r., IV CK 151/03, LEX nr 151642; podobnie orzekł SO w Krakowie w wyr. z 8.03.2017 r. (II Ga 1019/16 niepublik.); wyr. KIO z 12.12.2018 r. KIO 2463/18, Legalis nr 1890966.

<sup>744</sup>Tak w wyroku SN z 23.10.2003 r., V CK 311/02, Legalis nr 222869.

odpowiadała rzeczywistości<sup>745</sup>.

Wprowadzenie w błąd zamawiającego winno być ocenione przez pryzmat skutku, który wykonawca mógł nim wywołać. Istotne jest ustalenie czy wprowadzenie w błąd miało lub mogło mieć decydujący wpływ na możliwość podjęcia przez zamawiającego błędnej decyzji<sup>746</sup>. Dla skutecznego uznania, że zamawiający został wprowadzony w błąd wystarczające jest, że sama treść informacji przekazanych przez wykonawcę, bez ich szczegółowej weryfikacji, wzbudzi w odbiorcy przekonanie, że oferent nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji<sup>747</sup>. Istotny jest sam potencjalny wpływ przekazu budującego błędną decyzję. Sankcja wykluczenia wykonawcy odnosi się do tych danych, które mają rzeczywisty wpływ na podmiotową ocenę wykonawcy. Przedstawienie informacji nieprawdziwej, ale niepodlegającej ocenie przez zamawiającego, nie będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania<sup>748</sup>.

### 3.5.7.2. Zatajenie wymaganych informacji

Drugim ze wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wariantów wykluczenia jest zatajenie przez oferenta informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Zatajenie informacji, czyli nieprzekazanie<sup>749</sup>, w konsekwencji może wpłynąć na decyzje zamawiającego<sup>750</sup>, podobnie jak przekazanie danych nieprawdziwych. Sankcja wykluczenia będzie miała również zastosowanie, jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia lub uzupełnienia wymaganych dokumentów, a ten tego nie czyni. Jeżeli w wyniku uzupełnienia dokumentów są one nadal merytorycznie niekompletne, wykonawca może zostać wykluczony również i na tej podstawie prawnej. Cel przepisu wskazuje, iż może mieć on zastosowanie również w sytuacji niezamieszczenia przez oferenta w złożonych dokumentach wymaganych informacji lub niepodania pełnych,

---

<sup>745</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 351–352.

<sup>746</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 407.

<sup>747</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 352.

<sup>748</sup> M. Jaworska [red.] D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 332.

<sup>749</sup> Por. opinia rzecznika generalnego Michała Bobeka w sprawie *Esaprojekt*, pkt 70.

<sup>750</sup> Por. wyrok w sprawie *Delta*, pkt 34.

wymaganych<sup>751</sup>. Brak taki może u zamawiającego wywołać mylne wyobrażenie co do sytuacji podmiotowej wykonawcy lub jego zdolności w zakresie wykonania zamówienia<sup>752</sup>.

### **3.5.7.3. Brak możliwości przedstawienia wymaganych podmiotowych środków dowodowych**

Ustawodawca sankcją wykluczenia objął również okoliczność, w której oferent nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych<sup>753</sup>, tj. oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, potwierdzających treść wstępnego oświadczenia wykonawcy, złożonego wraz z ofertą. Poprzez powyższą konstrukcję zamawiający został zabezpieczony przed złożeniem przez oferenta we wstępnym oświadczeniu informacji nieprawdziwych<sup>754</sup>. Jeżeli wykonawca nie wypełni ciążącego na nim obowiązku, polegającego na konieczności złożenia odpowiednich podmiotowych środków dowodowych, będzie podlegał wykluczeniu. Również i w tym przypadku działanie oferenta powinno być zamierzone lub być wynikiem rażącego niedbalstwa<sup>755</sup>.

W zakresie przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie ma możliwości odstąpienia przez zamawiającego od możliwości wykluczenia wykonawcy, wskazanej w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, gdyby wykluczenie wykonawcy było w sposób oczywisty nieproporcjonalne<sup>756</sup>.

### **3.5.8. Niedozwolony wpływ na czynności zamawiającego**

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który bezprawnie wpłynął lub

---

<sup>751</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 408.

<sup>752</sup> Por. opinia rzecznika generalnego Michała Bobeka w sprawie *Esaprojekt*, pkt 71.

<sup>753</sup> Art. 7 pkt 17 Pzp: *Ileokroć w niniejszej ustawie jest mowa o podmiotowych środkach dowodowych – należy przez to rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.*

<sup>754</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 332–333.

<sup>755</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 407.

<sup>756</sup> *Ibidem*, s. 407.



próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub próbował pozyskać lub pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Celem przepisu jest eliminacja z procesu ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawców, którzy usiłują w sposób bezprawny wpłynąć na decyzje podejmowane w postępowaniu przez zamawiającego<sup>757</sup>.

Czynności będące podstawą wykluczenia nie muszą mieć miejsca w danym postępowaniu, mogą to być także zdarzenia wcześniejsze, w innych postępowaniach, jeżeli wystąpiły w okresie trzech lat od wykluczenia. Zgodnie z treścią przepisu działanie wykonawcy może być działaniem dokonanym (wykonawca „bezprawnie wpłynął”) lub nosić znamiona usiłowania (wykonawca „próbował bezprawnie wpłynąć”) oraz musi mieć przełożenie na czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Może być one podjęte zarówno na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jaki i na etapie jego prowadzenia, jak również mogą to być czynności w ramach innych procedur. Nie ma także znaczenia, czy bezprawne działanie wykonawcy dotyczy np. zmiany terminu składania ofert – tj. nie ma wpływu na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej – czy bezpośrednio jest z nią związane, jak np. ocena ofert<sup>758</sup>.

Istotne, że działanie wykonawcy musi być bezprawne, sprzeczne z prawem<sup>759</sup>, odnoszące się do zamierzonego, umyślnego zachowania wykonawcy<sup>760</sup>, które ma wyrzeczyć wpływu na działania zamawiającego. Przesłanka wykluczenia nie jest skutkowa<sup>761</sup>. Nie musi dojść do wywarcia wpływu na czynności zamawiającego ani na wynik postępowania. Wystarczające będzie usiłowanie bezprawnego wpłynięcia na czynności zamawiającego<sup>762</sup>.

Działania, których celem jest bezprawny wpływ na czynności zamawiającego lub próba wywarcia takiego wpływu, wypełniają znamiona oszustwa przetargowego (wyłudzenia zamówienia publicznego), ujętego w art. 297 § 1 KK. Przestępstwo to popełnia ten, kto w celu uzyskania zamówienia publicznego dla siebie lub kogoś innego, od organu lub instytucji dysponującej środkami publicznymi, przedkłada dokument

---

<sup>757</sup>M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 333.

<sup>758</sup>H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 409.

<sup>759</sup>A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 353.

<sup>760</sup>H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 409.

<sup>761</sup>*Ibidem*, s. 409.

<sup>762</sup>A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 355.

podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę lub nierzetelny albo nierzetelne pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania takiego zamówienia. Dokument „poświadczający nieprawdę” zawiera informacje fałszywe lub pomija te jej elementy, które obowiązkowo powinny się w nim znaleźć. Natomiast dokument lub oświadczenie „nierzetelne” w rozumieniu art. 297 § 1 KK, to takie, w których istotne informacje prawdziwe zostały pominięte, a także dokument lub oświadczenie zawierające informacje sugerujące odbiorcy stan inny niż w rzeczywistości<sup>763</sup>.

Za bezprawny wpływ lub próbę wpłynięcia na czynności zamawiającego należy również uznać np. przekupstwo lub groźbę względem zamawiającego lub osób wykonujących w postępowaniu czynności po stronie zamawiającego<sup>764</sup>.

Dyspozycją przepisu objęte są również czynności wykonawcy polegające na próbie pozyskania lub pozyskaniu informacji poufnych, mogących dać oferentowi przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia<sup>765</sup>. W tym zakresie przepis art. 109 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp stanowi implementację art. 57 ust. 4 pkt lit. i Dyrektywy 2014/24/UE<sup>766</sup>, a użyte w dyrektywie sformułowanie „podjął kroki, aby pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę” zostało transponowane jako „próbował pozyskać lub pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Określenie „informacje poufne” obejmuje szerszy zakres niż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zdefiniowaną w art. 11 ust. 1<sup>767</sup> ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje poufne to takie, które przeznaczone są dla ograniczonego kręgu osób, niezależnie od ich charakteru oraz wartości gospodarczej. Istotne, aby pozyskane informacje poufne dawały wykonawcy przewagę w postępowaniu, co prowadzi do zakłócenia uczciwej konkurencji. Przykładem takich danych, dla których prawo zamówień publicznych przewidziało poufny charakter informacji, mogą być np. treść ofert wstępnych, prac konkursowych, negocjacji prowadzonych w trybach negocjacyjnych, informacje o uczestnikach konkursu, a także

---

<sup>763</sup> Na temat przestępstwa wyłudzenia zamówienia publicznego zob. E. Plebanek, *Z problematyki przestępnego wyłudzenia zamówienia publicznego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 1.

<sup>764</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 409.

<sup>765</sup> *Ibidem*.

<sup>766</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 333.

<sup>767</sup> Art. 11 ust. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z dnia 8 października 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.): *Czynem nieuczciwej konkurencji jest ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa*.

informacje prawidłowo objęte tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę. Należy podkreślić, że próba pozyskania informacji poufnych, w sposób przewidziany ustawą Prawo zamówień publicznych, na wniosek oferenta o udostępnienie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, nie będzie stanowiła zakłócenia konkurencji<sup>768</sup>.

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp będzie możliwe jedynie wówczas, gdy zamawiający będzie dysponował stosownymi dowodami na potwierdzenie, że oferent bezprawnie wpłynął lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub próbował uzyskać dostęp do informacji poufnych, mogących dać mu przewagę w postępowaniu. Sama wiedza zamawiającego o powyższych zdarzeniach, jednak niepoparta dowodami, nie będzie wystarczająca do tego działania, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp<sup>769</sup>. Musi ono być poparte konkretnymi podstawami faktycznymi, a zamawiający, wykluczając wykonawcę z postępowania, zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne tej decyzji, potwierdzające zaistnienie przesłanki wykluczenia<sup>770</sup>.

W przypadku zaistnienia okoliczności skutkujących wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 9 ustawy Pzp nie będzie miał zastosowania przepis art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, który przewiduje możliwości odstąpienia od wykluczenia wykonawcy, jeżeli byłoby ono w oczywisty sposób nieproporcjonalne<sup>771</sup>.

### **3.5.9. Lekkomyślność lub niedbalstwo przy przedstawianiu informacji**

Ostatnia, fakultatywna przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania, określona w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, odnosi się do oferenta, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis ten stanowi implementację art. 57 ust. 4 lit i Dyrektywy 2014/24/UE<sup>772</sup>.

Podstawą wykluczenia nie musi być tu wprowadzenie w błąd zamawiającego, które miało miejsce w danym postępowaniu. Zgodnie z art. 111 pkt 6 ustawy Pzp zdarzenie,

---

<sup>768</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 409.

<sup>769</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 353.

<sup>770</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 333–334.

<sup>771</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 409.

<sup>772</sup> M. Sieradzka (red.), *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2022, s. 345.

będące podstawą wykluczenia wykonawcy, mogło mieć miejsce w poprzednich postępowaniach, jeśli wydarzyło się w okresie jednego roku od wykluczenia<sup>773</sup>.

Do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp może dojść po spełnieniu następujących przesłanek: wykonawca przedstawia zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, które są wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, oraz muszą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Pierwsza z przesłanek wynika bezpośrednio z treści art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp: „przedstawił informacje wprowadzające w błąd”. Dla spełnienia jej wystarczające będzie, że przekazane dane mogą wprowadzić w błąd. Nie jest konieczne skuteczne wprowadzenie zamawiającego w błąd<sup>774</sup>.

Wprowadzenie w błąd może być wynikiem przedstawienia przez oferenta informacji obiektywnie nieprawdziwych, ale również obiektywnie prawdziwych, które wywołują mylne wyobrażenie u zamawiającego co do stanu faktycznego, tj. co do istniejącej rzeczywistości. Na przykład złożenie certyfikatu, którego okres ważności wygasł, a data ta nie została podana<sup>775</sup>. Ważna jest treść informacji, jaką posługuje się wykonawca, a także skutek, który dzięki niej, mógł zostać wywołany w świadomości zamawiającego<sup>776</sup>. Błąd następuje przy przedstawianiu informacji. To znaczy wykonawca przekazuje, lub co najmniej próbuje przekazać, informacje wprowadzające w błąd, bez względu na sposób tego działania<sup>777</sup>.

Kolejna przesłanka, warunkująca wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, dotyczy okoliczności, zgodnie z którą wprowadzenie w błąd zamawiającego, przy przedstawianiu informacji mających wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, jest wynikiem zachowania nieumyślnego, tj. lekkomyślności lub niedbalstwa. W przypadku lekkomyślności to sytuacja, w której dłużnik zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, że uda mu się jednak tego uniknąć<sup>778</sup>, więc świadomie łamie zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo będzie miało miejsce,

---

<sup>773</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 408–409.

<sup>774</sup> Por. wyrok SO w Warszawie z 20.07.2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18, niepubl., LEX nr 2809509.

<sup>775</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 409.

<sup>776</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 355.

<sup>777</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 410.

<sup>778</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 354–355; wyr. KIO z 9.08.2018 r. KIO: 1468/18, Legalis nr1468/18; wyr. KIO z 2.12.2019 r. KIO 2320/19, Legalis nr 2280841.

gdy wykonawca nie ma wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, nie zdaje sobie z tego sprawy, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był taki skutek przewidzieć<sup>779</sup>. Ustawodawca nie wymaga, aby oferent dopuścił się rażącego niedbalstwa, wystarczające będzie zwykłe niedbalstwo. Wykonawcy nie można jednak przypisać winy przy przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd, jeżeli dane te przekazał on w dobrej wierze, tj. działając w błędnym, ale usprawiedliwionym, przekonaniu, że są one prawdziwe<sup>780</sup>.

Trzecia przesłanka warunkująca wykluczenie wykonawcy na mocy art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp dotyczy tego, że informacje wprowadzające błąd, podane w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika to wprost ze sformułowania „co mogło mieć istotny wpływ”. Podstawą wykluczenia oferenta będzie zatem podanie danych wprowadzających w błąd, które nie muszą wpłynąć na działania zamawiającego. Wystarczające będzie, że mogły mieć one wpływ na jego decyzje<sup>781</sup>. Bez znaczenia jest zatem, czy dane, jakie oferent przekazuje skutecznie wpłynęły na decyzji zamawiającego. Istotne jest, aby stwarzały takie zagrożenie. O istotności wpływu informacji na decyzje zamawiającego świadczy to, czy mogłyby one spowodować, że w postępowaniu zostałyby wybrana inna oferta, lub zostałyby ono unieważnione. Sam wpływ nie musi jednak wystąpić, wystarczające będzie zaistnienie takiej możliwości<sup>782</sup>.

Przedstawione przez wykonawcę informacje mogą istotnie wpływać na decyzje zamawiającego, np. w sytuacji, gdyby podanie poprawnych danych w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu skutkowałyby odrzuceniem oferty lub wniosku.

Natomiast przedstawienie wprowadzających w błąd informacji w zakresie elementów podlegających ocenie w ramach kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert mogłyby mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, gdyby poprawne informacje powodowały odpowiednio niższą ocenę spełnienia kryteriów selekcji lub niższą ocenę oferty albo (w przypadku dialogu) rozwiązania<sup>783</sup>.

---

<sup>779</sup> Por. W. Czachórski [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa cywilnego. Zobowiązania. Część ogólna*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Łódź 1981, s. 546–547.

<sup>780</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 410.

<sup>781</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 355.

<sup>782</sup> Por. wyrok SO w Warszawie z 20.07.2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18, niepubl., Legalis nr 2288360.

<sup>783</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 411.

Również w przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, podobnie jak w przypadku wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 6, 8 i 9 ustawy Pzp, nie stosuje się art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, który przewiduje możliwości odstąpienia od wykluczenia, jeżeli byłoby ono w oczywisty sposób nieproporcjonalne<sup>784</sup>.

### 3.6. Odstąpienie od wykluczenia wykonawcy

Ustawodawca w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp przewidział możliwość odstąpienia od wykluczenia wykonawcy, w przypadkach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1–5 lub 7 ustawy Pzp. Stosownie do treści przepisu, w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1–5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli działanie to byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Podstawą dla powyższego przepisu jest art. 57 ust. 3 akapit drugi oraz ust. 4 akapit drugi dyrektywy klasycznej oraz treść motywu 101 preambuły Dyrektywy 2014/24/UE, gdzie ustawodawca europejski podkreśla istotność zasady proporcjonalności przy ustanawianiu fakultatywnych podstaw wykluczenia.

Na tej podstawie ustawodawca krajowy pozostawił do uznania zamawiającego decyzję o odstąpieniu od wykluczenia wykonawcy, tj. przyznał zamawiającemu prawo do wyboru w zakresie decyzji podejmowanej w okolicznościach danego stanu faktycznego. Decyzja ta jest podejmowana w ramach jednego z dopuszczalnych następstw prawnych<sup>785</sup>, pomiędzy wykluczeniem a niewykluczeniem wykonawcy. Jednakże wybór w zakresie decyzji, co do wykluczenia lub odstąpienia od wykluczenia, nie może odbyć się z pominięciem pozostałych przepisów prawa zamówień publicznych i opierać się na całkowitej dowolności ze strony zamawiającego. Zamawiający zobowiązany jest zawsze do dokonania właściwej subsumcji stanu faktycznego pod hipotezę normy. Winien on ocenić, czy wykluczenie wykonawcy w danym, konkretnym postępowaniu będzie w sposób oczywisty nieproporcjonalne, tj. czy nie nastąpi z naruszeniem zasady proporcjonalności<sup>786</sup>.

---

<sup>784</sup> *Ibidem*, s. 409.

<sup>785</sup> Por. na tle uznania administracyjnego M. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983, s. 55–63.

<sup>786</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 412.

Zwrócić również należy uwagę na treść motywu 100 Dyrektywy 2014/24/UE, który podkreśla istotność sytuacji związanych z nadrzędnymi wymogami w interesie ogólnym państwa, powodującymi, iż udzielenie zamówienia jest niezbędne. Dotyczy to sytuacji, takich jak np. pilna potrzeba zakupu szczepionek czy sprzętu ratowniczego od wykonawcy, do którego miałyby zastosowanie jedna z obowiązkowych podstaw wykluczenia<sup>787</sup>. Powyższa regulacja nie znalazła jednak odzwierciedlenia w prawie zamówień publicznym obowiązującym w polskim systemie prawnym.

Na tle omawianych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w kontekście zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie sposób pominąć instytucji self-cleaning. Instytucja ta ma odmienny charakter niż powyższe odstępstwa od konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania<sup>788</sup> i polega na tym, że jeżeli w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaistnieją wobec wykonawcy podstawy wykluczenia, to w okolicznościach określonych w ustawie będzie on mógł przeprowadzić self-cleaning, wskazując na dowody, podjęte działania i środki w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli złożone dowody i działania wykonawcy zostaną uznane przez zamawiającego za potwierdzające rzetelność oferenta, nie zostanie on wykluczony z postępowania, pomimo zaistnienia przesłanek wykluczenia. Regulacją procedury self-cleaning obowiązującej w Dyrektywie 2014/24/UE omówiono w rozdziale drugim, natomiast rozdział czwarty poświęcono przedstawieniu procedury self-cleaning na tle ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>789</sup>.

---

<sup>787</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 358.

<sup>788</sup> P. Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych...*, s. 206.

<sup>789</sup> Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm).

### 3.7. Okresy wykluczenia wykonawcy

Ustawa prawo zamówień publicznych w art. 111 określa granice czasowe, w ramach których okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania będą skuteczne. Jeżeli wykonawca, wobec którego zaistniały podstawy wykluczenia, nie podjął środków naprawczych i zapobiegających, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, będzie podlegał wykluczeniu z postępowania. Wykluczenie wykonawcy z postępowania będzie zatem możliwe wyłącznie na okres wskazany w ustawie. Wyznaczenie granic czasowych wykluczenia wykonawcy związane jest z realizacją zasady proporcjonalności i równego traktowania wykonawców oraz z zasadą zapewnienia konkurencji na rynku zamówień publicznych<sup>790</sup>.

Art. 111 ustawy Pzp, stanowi transpozycję przepisu art. 57 ust. 7 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym do kompetencji państw członkowskich należy określenie w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunków wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmuje środków określonych w ust. 6 w celu wykazania rzetelności. Jeżeli w prawomocnym wyroku nie został określony okres wykluczenia, to nie przekroczy on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4<sup>791</sup>.

Ramy czasowe wykluczenia wykonawcy zostały określone w zależności od okoliczności uzasadniających wykluczenia<sup>792</sup>. Według Marzeny Jaworskiej okresy, w których wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, można porównać do „zatarcia skazania”, stosowanego do oceny przesłanek wykluczenia, choć nie są one powiązane z regulacjami wprowadzonymi przez przepisy Kodeksu karnego. Po upływie okresów wskazanych w art. 111 ustawy Pzp nie będzie możliwe wykluczenie wykonawcy z powodu skazania. Dotyczy to zarówno przestępstw karnych, jak i innych zdarzeń stanowiących podstawy wykluczenia wykonawcy, określone w art. 108 lub 109 ustawy Pzp<sup>793</sup>.

---

<sup>790</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 421.

<sup>791</sup> *Ibidem*.

<sup>792</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 363.

<sup>793</sup> M. Jaworska (red.), D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 338.



Wykonawca będący osobą fizyczną lub wykonawca, którego urzędującego członka organu zarządzającego, nadzorczego, wspólnik spółki jawnej lub partnerskiej albo komplementariusz w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej albo prokurent został skazany za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 lit. a–g i ust. 2 ustawy Pzp (tj. wszystkie przestępstwa karne i karnoskarbowe skutkujące obligatoryjnym wykluczeniem wykonawcy za wyjątkiem przestępstw dotyczących pracy cudzoziemców – lit. h), będzie podlegał wykluczeniu z postępowania, jeśli nie upłynęło 5 lat od uprawomocnienia się wyroku skazującego, chyba że w treści wyroku został określony inny okres wykluczenia. Co do zasady, wyrok karny skazujący powoduje wykluczenie wykonawcy przez okres 5 lat od dnia uprawomocnienia się wyroku (tj. wydania niezaskarżonego wyroku w pierwszej instancji lub wydania wyroku w drugiej instancji, w przypadku zaskarżenia wyroku pierwszej instancji)<sup>794</sup>.

W przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h, dotyczącym przestępstw związanych z pracą cudzoziemców i pkt 2 ustawy Pzp dotyczących naruszenia obowiązków z dziedziny ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, gdy osoba o której mowa w przepisach, została skazana za przestępstwo z art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h lub w art. 109 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, wykluczenie następuje na okres 3 lat od dnia uprawomocnienia się odpowiednio wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, wydanie ostatecznej decyzji lub zaistnienie zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia, chyba że w treści wyroku lub decyzji określono inny okres wykluczenia<sup>795</sup>.

Zamawiający nie będzie miał zatem możliwości wykluczenia oferenta z postępowania, jeżeli od uprawomocnienia się wyroku, w którym został skazany za przestępstwo skutkujące wykluczeniem z postępowania, upłynęło więcej niż odpowiednio trzy lub pięć lat<sup>796</sup>.

Podobnie w sytuacji, w której przewidziany w art. 111 ustawy Pzp okres wykluczenia wykonawcy dobiegł końca. Zamawiający nie będzie miał wówczas prawa do wykluczenia oferenta z postępowania ze względu na określoną w przepisie podstawę wykluczenia. Po upływie okresu przewidzianego w ustawie rzetelność wykonawcy nie

---

<sup>794</sup> *Ibidem*.

<sup>795</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 364.

<sup>796</sup> *Ibidem*.

będzie mogła być kwestionowana z powodu popełnionego wcześniej czynu, nawet jeżeli nie podjął on działań w ramach self-cleaning<sup>797</sup>.

W treści art. 111 ustawy Pzp nie zostały wyznaczone ramy czasowe dla podstaw wykluczenia związanych z naruszeniem obowiązków dotyczących płatności podatków lub opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, określonych w art. 108 ust. 1 pkt 3 i art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ z treści przepisów wynika, że okresy wykluczenia za naruszenie określonych w nich obowiązków upływają z chwilą uregulowania stosownych zaległości lub zawarcia wiążącego porozumienia w sprawie ich spłaty.

W ustawie brak jest również uregulowanego okresu wykluczenia wykonawcy z postępowania, w przypadku, gdy podstawą wykluczenia jest zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania oraz wystąpienie konfliktu interesów, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 i art. 109 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Obie powyższe podstawy odnoszą się do wykluczenia wykonawcy z konkretnego postępowania<sup>798</sup>, i są wynikiem nieprawidłowego postępowania oferenta związanego z naruszeniem konkurencyjności oraz okolicznościami mającymi wpływ na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Są to jedyne okoliczności skutkujące wykluczeniem wykonawcy w danym, konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pozostałe przesłanki określone w art. 108 oraz 109 ust. 1 ustawy Pzp skutkują obowiązkiem wykluczenia wykonawcy w innych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, przez okres wskazany w przepisie.

Ponadto wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania:

- w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – na okres, na jaki został prawomocnie orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne;
- w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9 ustawy Pzp, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;
- w przypadkach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, na okres 2 lat, od zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;

---

<sup>797</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 421.

<sup>798</sup> *Ibidem*.

– w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, tj. gdy wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu, na okres jednego roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia<sup>799</sup>.

### 3.8. Podsumowanie

Głównym celem wprowadzenia do prawa zamówień publicznych podstaw wykluczenia wykonawcy jest weryfikacja oferenta pod kątem zgodności z prawem jego działań, w zakresie wskazanym w przepisach. Zakres ten wyznaczony jest przez konkretnie wskazany rodzaj przestępstw, wypełnianie obowiązków publicznoprawnych wobec państwa, pracowników, środowiska, związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej i innych, wskazanych w przepisach. Procedury weryfikacyjne zabezpieczają zamawiającego przed udzieleniem zamówienia publicznego wykonawcy nierzetelnemu, nieuczciwemu i niewiarygodnemu, a także przed utratą zaufania obywateli do państwa, do jego organów oraz utratą zaufania do działań podejmowanych przez instytucje publiczne, które to działania powinny być zawsze zgodne z prawem i zmierzać do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowią kluczowy aspekt funkcjonowania systemu zamówień publicznych, ponieważ mają decydujący wpływ na konkurencyjność postępowań, wyznaczają poziom dostępności zamówień dla podmiotów ubiegających się o zamówienie, oraz wpływają na transparentność systemu zamówień publicznych<sup>800</sup>. Pełnią również istotną rolę w kontekście efektywności zamówień publicznych oraz minimalizacji ryzyka niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, jak również minimalizacji ryzyka utraty reputacji przez zamawiającego, współpracującego z nieodpowiednim wykonawcą<sup>801</sup>.

Podsumowując powyższe, wskazać należy, że przesłanki wykluczenia, nakazują w sposób bezwzględny eliminację wykonawcy, który dopuścił się działań mających na

---

<sup>799</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 364.

<sup>800</sup> P. Bogdanowicz, J. Roliński, *Wstęp* [w:] *Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE oraz EFTA*, raport opracowany przez Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych, Warszawa 2019, s. 3; [https://stowarzyszeniepzp.pl/images/Konferencja\\_Wykluczenia/Raport\\_Przeslanki\\_wykluczenia.pdf](https://stowarzyszeniepzp.pl/images/Konferencja_Wykluczenia/Raport_Przeslanki_wykluczenia.pdf) (dostęp 19.10.2022).

<sup>801</sup> M. Kania, *Słowo wstępne* [w:] *Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE oraz EFTA*, raport opracowany przez Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych, Warszawa 2019, s. 7;

celu zakłócenie uczciwej konkurencji oraz którego udział w postępowaniu narusza zasadę równego traktowania wykonawców, z wyjątkiem sytuacji, w których chronione jest dobro wyższe w postaci nadrzędnego interesu publicznego, takiego jak zdrowie publiczne, życie ludzkie lub ochrona środowiska. Działan zakłócających konkurencję i równe traktowanie wykonawców nie można naprawić w toczącym się postępowaniu, ponieważ ich nieuczciwy wpływ na przebieg postępowania stanowi sprzeniewierzenie się podstawowym zasadom przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczności takie uniemożliwiają przeprowadzenie i prowadzenie postępowania w sposób zapewniający poszanowanie norm i reguł kształtujących procedurę udzielenia zamówienia publicznego. Czynności, w których zakłócono konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców, nie można uzdrowić. Doszło w nich do manipulacji wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jedynym rozwiązaniem umożliwiającym uczciwe i rzetelne przeprowadzenie postępowania przez zamawiającego jest eliminacja z postępowania wykonawcy, który dopuścił się lub którego udział prowadzi do naruszenia powyższych zasad.

Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania są bezpośrednio powiązane z instytucją self-cleaning, ponieważ to one wyznaczają minimalne granice i obszary, których przekroczenie czyni wykonawcę co do zasady nierzetelnym i niewiarygodnym, oraz wskazują płaszczyzny, na których wykonawca musi podjąć niezbędne działania, przewidziane procedurą self-cleaning. Prowadzi to do wniosku, że gdyby nie było instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie byłoby potrzeby ustanawiania self-cleaning, a zatem istnienie tej instytucji jest implikowane okolicznościami wykluczenia wykonawcy z postępowania. A contario, przesłanki wykluczenia wyznaczają zakres działań wykonawcy, który nie powinien zostać przekroczony w przypadku gdy wykonawca chce ubiegać się o zamówienia publiczne, gwarantując możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne.

Procedura dotycząca podejmowanych przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu działań naprawczych, wyjaśniających oraz prewencyjnych, zapobiegających na przyszłość powstaniu zdarzeń niepożądanych, to procedura self-cleaning, której analiza na tle polskiego prawa zamówień publicznych zostanie przedstawiona w rozdziale czwartym.

## 4. Procedura self-cleaning w prawie zamówień publicznych

### 4.1. Wprowadzenie

W treści niniejszego rozdziału przedstawiony zostanie proces przeprowadzenia self-cleaning, począwszy od jego wszczęcia, tj. od przekazania zamawiającemu informacji o zaistnieniu podstaw wykluczenia oraz podjętych działaniach naprawczych i prewencyjnych, do momentu jego zakończenia tj. podjęcia przez zamawiającego decyzji w sprawie wykazania rzetelności wykonawcy i w konsekwencji niewykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, albo podjęcia decyzji o braku wykazania rzetelności wykonawcy i wykluczeniu go z postępowania.

W ramach przeprowadzania procesu self-cleaning wyodrębniono trzy etapy: wszczęcie self-cleaning, przedstawienie dowodów self-cleaning oraz ich ocenę. Przeanalizowane zostaną również trudności i problemy, jakie występują po stronie wykonawcy oraz zamawiającego na każdym z tych etapów.

Pomimo tego, że ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji self-cleaning, instytucja ta została określona jako samooczyszczenie w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia (JEDZ)<sup>802</sup>, do którego odwołuje się w art. 125 ust. 2 tej ustawy. Polskojęzyczna wersja formularza JEDZ stanowi kalkę z anglojęzycznej wersji wzoru dokumentu, posługującego się określeniem self-cleaning<sup>803</sup>. W praktyce, terminologia ta stosowana jest zamiennie.

Przepisy regulujące wszczęcie oraz przeprowadzenie self-cleaning są mało precyzyjne, niejasne, budzą wątpliwości interpretacyjne, nie dają prostych wskazówek, jak należy poprawnie przeprowadzić samooczyszczenie, przy zachowaniu zasad obowiązujących w prawie zamówień publicznych. Dlatego szczególnie istotne z punktu widzenia zamawiającego jest ustalenie, jak prawidłowo, przeprowadzić tę procedurę, aby udzielenie zamówienia publicznego nie nastąpiło z uchybieniem zasad, do przestrzegania których zobowiązany jest zamawiający, w szczególności zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

---

<sup>802</sup> Formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) sporządzony jest zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „jednolitym dokumentem”.

<sup>803</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 355.

Z kolei dla wykonawcy, który chce wykazać swoją rzetelność i wypełnić obowiązki, jakie w tym celu zostały nałożone na niego przez ustawodawcę, kluczowym elementem procedury jest wiedza co do sposobu jej przeprowadzenia i pewność, że podejmując działania zgodne z przepisami, będzie on w stanie wykazać swoją rzetelność. Obecna regulacja prawna dopuszcza możliwość odmiennej oceny przez zamawiających przy postępowaniu wykonawcy zgodnie z wymogami ustawowymi i przedstawieniu tego samego stanu faktycznego. Okoliczność taka nie powinna być akceptowana, ponieważ oferent działający zgodnie z wymaganiami ustawowymi otrzymuje od ustawodawcy zapewnienie, że podejmowane przez niego czynności zgodne z prawem zostaną pozytywnie ocenione. Ponadto celem ubiegania się o zamówienie publiczne jest jego uzyskanie, zatem wykonawca nie może pozostawać w stanie niepewności co do tego, czy przeprowadzając proces samooczyszczenia zgodnie z ustawą nie zostanie wykluczony z postępowania, a więc pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Jednakże nadrzędnym celem przy przeprowadzeniu self-cleaning jest stworzenie gwarancji dla zamawiającego, że oferent, który przeprowadzi self-cleaning, wdroży odpowiednie procedury, będzie gwarantował, że popełnione przez niego działania niepożądane nie powtórzą się w przyszłości, a udzielenie mu zamówienia publicznego nie narazi zamawiającego na nienależyte wykonanie zamówienia i nienależyte wydatkowanie środków publicznych.

W celu weryfikacji czy procedura self-cleaning uregulowana w polskim prawie zamówień realizuje powyższe cele, zostały sformułowane następujące problemy badawcze: jak wygląda proces przeprowadzenia self-cleaning?; na jakim etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy poinformować zamawiającego o jego wszczęciu?; kiedy czynności w ramach self-cleaning muszą zostać zakończone?; z czyjej inicjatywy oraz na jakim etapie postępowania należy złożyć dowody potwierdzające przeprowadzenie self-cleaning oraz w jaki sposób następuje ich ocena?

Analiza powyższych problemów badawczych, oparta na stanowisku doktryny, orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, pozwoliła na wskazanie nieprawidłowości, które mogą prowadzić do naruszenia obowiązujących zasad udzielania zamówień publicznych oraz wskazanie kierunku koniecznych zmian, które winny zostać wprowadzone do obowiązującego porządku prawnego.

Ważnym elementem badań tej części pracy jest weryfikacja instytucji self-cleaning obowiązującej w polskim prawie pod kątem poprawności postawionej na początkowym etapie rozważań drugiej hipotezy, zgodnie z którą jeżeli instytucja self-cleaning jest elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w swych założeniach musi realizować zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, to zasady te muszą być stosowane na każdym etapie przeprowadzenia procedury self-cleaning, a narzędzia i mechanizmy wykorzystywane w ramach self-cleaning nie mogą naruszać tych zasad.

W niniejszym rozdziale zostanie wykazane, że sposób przeprowadzenia self-cleaning uregulowany w polskim prawie zamówień publicznych może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ponadto regulacja self-cleaning może również doprowadzić do sytuacji, w której wdrożenie przez wykonawcę mechanizmów naprawczych i prewencyjnych wskazanych w ustawie nie będzie gwarantem jego rzetelności.

#### **4.2. Cel instytucji self-cleaning**

Konieczność dostosowania przepisów prawa krajowego do regulacji Unii Europejskiej poprzez implementację dyrektyw, będąca konsekwencją członkostwa Polski w Unii Europejskiej<sup>804</sup> wprowadziła do systemu zamówień publicznych instytucję self-cleaning wywodzącą się z art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE<sup>805</sup>. Zgodnie z treścią art. 57 ust. 6 ww. dyrektywy, każdy wykonawca, który znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego kroki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo istnienia wobec niego odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli dowody takie zostaną uznane za dostateczne, dany oferent nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia<sup>806</sup>. Do dowodów takich można zaliczyć przykładowo środki zaradcze dotyczące budowy, zmiany lub reorganizacji struktury organizacyjnej danego podmiotu, wprowadzenie przejrzystych procedur postępowania, podejmowanych decyzji, procedur nadzoru

---

<sup>804</sup> Zob. *Wstęp* w A. Trubalski, *Prawne aspekty implementacji prawa UE do systemu prawnego RP*, Warszawa 2016.

<sup>805</sup> Dyrektywa z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.).

<sup>806</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 493.

i kontroli, zarządzania kontraktami, obiegu dokumentów, wprowadzenie i egzekwowanie wewnętrznej odpowiedzialności za podejmowane działania, rozwiązywanie umów z osobami w jakikolwiek sposób zamieszanyymi w popełnienie przestępstwa czy wprowadzenie niezbędnych środków naprawczych. Możliwe do zastosowania środki zaradcze zostały przywołane w preambule do dyrektywy 2014/24/UE – motyw 102<sup>807</sup>. Wskazano, że mogą to być w szczególności działania personalne i organizacyjne polegające na zerwaniu wszelkich kontaktów i powiązań z organizacjami lub osobami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, działania polegające na wprowadzeniu środków służących do reorganizacji personelu, wdrożenie systemów kontroli i sprawozdawczości, wprowadzenie wewnętrznego monitoringu i procedur audytowych, wprowadzenie i przestrzeganie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań<sup>808</sup>.

Zamawiający zobowiązany jest każdorazowo do przeprowadzenia analizy, w celu oceny, czy wykazane lub przeprowadzone przez wykonawcę środki zaradcze pozwalają na przyjęcie, że błędy wcześniej popełnione w przyszłości się nie powtórzą, a w związku z tym, czy wykonawca, pomimo wystąpienia przesłanek wykluczenia, może ubiegać się o zamówienie publiczne<sup>809</sup>. Dokonując takiej oceny, zamawiający powinien uwzględnić konkretną przesłankę stanowiącą podstawę wykluczenia, powstałą szkodę, jak i jej wielkość oraz okoliczności towarzyszące jej powstaniu<sup>810</sup>.

---

<sup>807</sup> Należy jednak uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. Środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak: zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być już wykluczony jedynie ze wspomnianych względów. Wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak to państwom członkowskim należy pozostawić określenie szczegółowych warunków proceduralnych i merytorycznych mających zastosowanie w takich przypadkach. Państwa członkowskie powinny w szczególności mieć swobodę w decydowaniu, czy zezwolić poszczególnym instytucjom zamawiającym na przeprowadzanie stosownych ocen, czy też powierzyć to zadanie innym organom na szczeblu centralnym lub niższym.

<sup>808</sup> Szerzej zob. także I. Skubiszak-Kalinowska, *Jednolity Europejski Dokument Zamówienia – nadmierna biurokracja czy ułatwienia dla wykonawców?*, „Temidium” 2016, nr 4; I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 379–380; A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 493–494; M. Nyc-Zimny, *Z problematyki tzw. samooczyszczenia się wykonawcy na tle zasady proporcjonalności oraz równego traktowania konkurentów*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 1(52), s. 111.

<sup>809</sup> A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień publicznych...*, s. 475.

<sup>810</sup> *Ibidem*, s. 493.



W przypadku skutecznego udowodnienia przez wykonawcę swojej rzetelności zamawiający nie będzie uprawniony do jego wykluczenia, pomimo istnienia formalnych przesłanek wykluczenia. W takiej sytuacji oferent będzie miał realną szansę na uzyskanie zamówienia<sup>811</sup>.

Procedura self-cleaning pozwala wykonawcy na dowiedzenie swojej rzetelności i odzyskanie uprawnienia do ubiegania się o zamówienie publiczne, poprzez podjęcie realnych środków zaradczych zapobiegających w przyszłości powstaniu naruszeń, mających przełożenie na rzeczywistą sytuację wykonawcy oraz podejmowanie działań w celu naprawienia wyrządzonej nimi szkody<sup>812</sup>. Jednocześnie Dyrektywa 2014/24/UE wprowadza zakaz możliwości korzystania z instytucji self-cleaning wobec podmiotu, który został wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub z postępowania o udzielenie koncesji z uwagi na skazanie prawomocnym wyrokiem, przez okres wykluczenia wynikający z wyroku na terenie państw członkowskich, w których wyrok taki ma moc obowiązującą<sup>813</sup>.

Instytucja self-cleaning stanowiła odpowiedź na dyskusje dotyczące surowych sankcji wprowadzanych przez Bank Światowy, który reagując na zachowania wykonawców naruszających przepisy prawa, wprowadził rozbudowany mechanizm sankcjonowania tego typu naruszeń, w szczególności w zakresie wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniach<sup>814</sup>. Również w unijnej doktrynie prawa zamówień publicznych zaczęły pojawiać się stanowiska opowiadające się za ograniczeniem sankcji w postaci wykluczenia takich wykonawców, pod warunkiem że podjęli oni stosowne działania mające nie dopuścić do ich powtórzenia w przyszłości<sup>815</sup>. Choć w Dyrektywie

---

<sup>811</sup> I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 379, A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie Prawo Zamówień publicznych...*, s. 475.

<sup>812</sup> W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 323; A. Sołtysińska *Nowe tendencje w zakresie podstaw wykluczenia wykonawców – stosowanie zasady proporcjonalności* [w:] H. Nowicki, P. Nowicki (red.) *Prawo zamówień publicznych. Stan oceny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 245–246; W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 585; zob. S. Arrowsmith, H.-J. Priess, P. Friton, *Self-cleaning as a defence to exclusion for misconduct: an emerging concept in EC Public Procurement Law?*, „Public Procurement Law Review” 2009, no. 6; J.E. Nowicki, M. Kołecki, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2019, s. 390.

<sup>813</sup> *Ibidem*, s. 494.

<sup>814</sup> S. Schoenmaekers, *Self-Cleaning and Leniency: Comparable Objectives but Different Levels of Success?*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2018, vol. 13(1), s. 3–4; A. Kowalczyk, A. Sołtysińska, *Instytucja self-cleaning w zamówieniach publicznych*, Europejski Przegląd Sądowy 2021/7, s. 4.

<sup>815</sup> zob. S. Arrowsmith, H.-J. Priess, P. Friton, *Self-cleaning as a defence to exclusion...*

2004/18/WE nie przewidziano wyraźnej podstawy prawnej dla ustanowienia tej instytucji, to na początkowym etapie jej przygotowania pojawiały się postulaty dotyczące wprowadzenia instytucji self-cleaning do treści tego aktu prawnego<sup>816</sup>. Ostatecznie, jak określił to Rzecznik Generalny w opinii w sprawie C-387/19, art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2004/24/UE (dyrektywy klasycznej) wprowadził środki naprawcze stanowiące nowość w stosunku do poprzedzającej ją Dyrektywy 2004/18/WE<sup>817</sup>.

Do regulacji zawartych w Dyrektywie 2004/24/UE dotyczących self-cleaning odwołuje się również Dyrektywa 2004/25/UE<sup>818</sup> (dyrektywa sektorowa), stanowiąc w motywie 107 preambuły, że „w przypadku gdy podmioty zamawiające są zobowiązane do stosowania takich kryteriów wykluczenia lub decydują się na ich stosowanie, powinny one stosować przepisy dyrektywy 2014/24/UE dotyczące możliwości przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania”.

Również Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie koncesji<sup>819</sup> podkreśla w motywie 71 preambuły możliwość dopuszczenia przyjęcia przez wykonawców środków w zakresie zgodności, których celem będzie naprawa skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwych praktyk.

Na gruncie przepisów unijnych instytucja self-cleaning jawi się jako instytucja stosunkowo nowa, co zostało podkreślone w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Meca, C41/18, w którym Trybunał stwierdził, że „Dyrektywa ta ma charakter innowacyjny w szczególności w zakresie, w jakim ustanawia w jej art. 57 ust. 6 system środków naprawczych (self-cleaning). Przepis ów, który ma zastosowanie do wykonawców niewykluczonych w wyniku prawomocnego wyroku, ma na celu skłonienie wykonawcy znajdującego się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57 ust. 4 rzeczony dyrektywy, do przedstawienia dowodów na to, że przyjęte przez niego

---

<sup>816</sup> W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 586; zob. Opinia Komitetu Regionów dotycząca dyrektyw zamówieniowych opublikowana w Dz.Urz. UE C z 2001 r. Nr 148, s. 9, § 2.5.2.

<sup>817</sup> Por. pkt 2 opinii Rzecznika Generalnego z 17.09.2020 r. w sprawie Sprawa C-387/19 RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel przeciwko Vlaams Gewest, (ECLI:EU:C:2020:728); <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=304631E6563E9CB9404CAD44A1993F9B?text=&docid=231209&pageIndex=0&doclang=pl&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1845902> (dostęp 11.10.2022 r.).

<sup>818</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE.

<sup>819</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. UE L 94 z 28.03.2014 r., s. 1).

środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej fakultatywnej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z właściwymi organami, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu. W tym względzie poprzez wprowadzenie środków naprawczych podkreśla się, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 44 opinii, znaczenie, jakie jest związane z rzetelnością wykonawcy, jako że czynnik ten wiąże się nierozzerwalnie z podstawami wykluczenia związanymi z subiektywnymi uwarunkowaniami oferenta”<sup>820</sup>.

Podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowią wyraz dezaprobaty wobec jego działań, niezgodnych z wartościami promowanymi przez ustawodawcę. Dlatego niedopuszczalne jest udzielenie zamówienia oferentowi, który narusza obowiązujący porządek prawny<sup>821</sup>, czy też w wyniku popełnionego przestępstwa uzyskuje nieuczciwą przewagę nad konkurencją. Podmiot taki, nie akceptując obowiązującego ładu wartości, traci przymiot wykonawcy rzetelnego. Zarówno ustawodawca unijny, jak i polski wskazują na czytelne i jasne założenia, dotyczące tego, że zamówienie publiczne powinno być udzielone wykonawcy wiarygodnemu, rzetelnemu i uczciwemu, dającemu gwarancję należytego wykonania zamówienia<sup>822</sup>. Jak wskazuje się w doktrynie, efektywne zamówienie publiczne należy rozumieć jako umowę ekwiwalentną, zawartą z wiarygodnym wykonawcą, zdolnym w rzeczywistości należycie wykonać zamówienie. Zaufanie do kwalifikacji i doświadczenia wykonawcy, popartych

---

<sup>820</sup> Wyroku TSUE z 19.06.2019 r., *Meca Srl przeciwko Comune di Napoli* C41/18, (EU:C:2019:507), pkt 40–41.

<sup>821</sup> P. Nowicki, *Aksjologia Prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019, s. 215.

<sup>822</sup> A. Kowalczyk, *Praktyczne aspekty stosowania instytucji self-cleaningu w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 4, s. 140; wyrok KIO z 22.11.2018 r., KIO 2273/18; wyrok KIO z 30.09.2020 r., KIO 2140/20; wyrok WSA w Gliwicach z 14.03.2017 r., IV SA/GI 430/16; J. Sadowy, *Wybór wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania zamówienia w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dyrektyw unijnych* [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych. V Konferencja Naukowa, 17–18.09.2012 r. w Sopocie*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012, s. 14; D. Koba, *Meandry równego traktowania*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2017, nr 8; Wyrok ETS z 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07, *Michaniki AE*; wyrok TSUE z 11.07.2019 r., *Telecom Italia SpA*, C-697/17.

dobrą reputacją, jest odwieczną gwarancją rzetelnego wykonania zamówienia publicznego<sup>823</sup>.

Ustawodawca unijny<sup>824</sup>, a w ślad za nim ustawodawca polski<sup>825</sup>, dostrzegli jednak konieczność wprowadzenia do systemu zamówień publicznych procedur naprawczych, stwarzających możliwość podjęcia przez wykonawców odpowiednich środków, dzięki którym mogliby oni dokonać poprawy dotychczasowych działań oraz zrehabilitować ich negatywne skutki<sup>826</sup>, udowadniając swoją rzetelność<sup>827</sup>, pomimo zaistnienia wobec nich podstaw wykluczenia z postępowania<sup>828</sup>. Nie chodzi o kwestionowanie podstaw wykluczenia, lecz o stworzenie wykonawcy rzetelnemu, wobec którego zaistniały przesłanki wykluczenia, możliwości udowodnienia jego rzetelności i wiarygodności<sup>829</sup>.

Instytucja self-cleaning w swym założeniu i konstrukcji wykazuje znaczne podobieństwo do sakramentu pokuty<sup>830</sup>, który ma miejsce np. w Kościele rzymskokatolickim. W ramach sakramentu pokuty można wskazać takie elementy, jak rachunek sumienia, żal za grzechy, mocne postanowienie poprawy, szczerą spowiedź i wyjawienie przewin, oraz zadośćuczynienie Panu Bogu i bliźniemu. Spełnienie wszystkich warunków prowadzi do pojednania z Bogiem poprzez otrzymanie rozgrzeszenia<sup>831</sup>. Podobnie, podejmując działania w ramach self-cleaning, wykonawca musi naprawić szkodę lub zobowiązać się do jej naprawienia, wyczerpująco wyjaśnić stan faktyczny, podjąć współpracę z właściwymi organami lub zamawiającym, podjąć odpowiednie środki techniczne, kadrowe i organizacyjne<sup>832</sup>. Dopiero pozytywna ocena działań

---

<sup>823</sup> R. Szostak, *Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 1, s. 112.

<sup>824</sup> Art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej oraz art. 38 ust. 9 dyrektywy koncesyjnej.

<sup>825</sup> Art. 110 ust. 2 Pzp.

<sup>826</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 356.

<sup>827</sup> H.-J. Prieß, R.M. Stein, *Nicht nur sauber, sondern rein: Die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit durch Selbstreinigung*, „Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht” 2008, Hf. 4, s. 230.

<sup>828</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji, dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 275; I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 378.

<sup>829</sup> M. Nyc-Zimny, *Z problematyki tzw. samoczyszczenia...*, s. 110; J.E. Nowicki, M. Kołdecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 390.

<sup>830</sup> <https://www.dlakatolika.pl/sakramenty> (dostęp 15.04.2022 r.)

<sup>831</sup> A. Kowalczyk, *Praktyczne aspekty stosowania instytucji self-cleaningu w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 4(67), s. 140.

<sup>832</sup> *Ibidem*.

podjętych przez wykonawcę, dokonana przez zamawiającego, pozwoli na stwierdzenie, że są one wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy<sup>833</sup>.

Ustawa Prawo zamówień publicznych stwarza domniemanie rzetelności wykonawcy zakładając, że wykonawca rzetelny to taki, wobec którego nie zaistniały ustawowe przesłanki wykluczenia. Opierając się na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, należy założyć, że pomimo iż zwalczanie oszustwa i korupcji leży w interesie państw członkowskich, to w określonych przypadkach nie jest dopuszczalne automatyczne wykluczanie oferentów z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takie automatyczne działanie jest niezgodne z zasadą proporcjonalności<sup>834</sup>. Należy zatem stworzyć zachętę do podejmowania kroków zmierzających do eliminowania źródeł naruszeń. Ustawodawca unijny stworzył inne narzędzie w walce z nieprawidłowymi postępowaniami, jednocześnie umożliwiając wykonawcy wykazania swojej rzetelności. Zauważono, że wykonawca, który wyeliminował źródło naruszeń prawa i wdrożył narzędzia prewencyjne, wprowadził środki organizacyjne i techniczne, np. szkolenia pracowników, system audytu, system zgodności, będzie w przyszłości mniej narażony na naruszenie prawa niż ten, który takich działań nie stosuje, pomimo że nie popełnił dotychczas przestępstwa, wykroczenia czy innego nieprawidłowego czynu<sup>835</sup>. Jeżeli więc oferent, który utracił przymiot wykonawcy rzetelnego, podejmie procesy naprawcze i prewencyjne wobec niepożądanych zachowań wynikających z popełnienia przestępstwa, wykroczenia lub innego nieprawidłowego działania, a procesy te zostaną ocenione przez zamawiającego jako wystarczające do wykazania rzetelności, wykonawca ten ją udowodni. Zatem, już jako oferent rzetelny, będzie mógł ubiegać się o zamówienie publiczne, co jest zgodne z założeniem, że zamówienie publiczne nie może zostać udzielone wykonawcy nierzetelnemu.

Szczegółowe regulacje w zakresie dotyczącym warunków proceduralnych i merytorycznych zostały pozostawione przez ustawodawcę europejskiego swobodzie poszczególnych państw. To państwa członkowskie samodzielnie decydują, czy decyzje w zakresie swobodnej oceny rzetelności wykonawcy pozostawić poszczególnym zamawiającym, czy też może rozstrzygnięcie w tym zakresie powinno pozostać w rękach innych organów, np. na szczeblu centralnym lub niższym.

---

<sup>833</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 356.

<sup>834</sup> Wyrok ETS z 13.12.2012 r. w sprawie C-465/11, *Forposta* pkt 14, 22.

<sup>835</sup> M. Nyc-Zimny, *Z problematyki tzw. samoczyszczenia...*, s. 110.

### 4.3. Procedura self-cleaning

Procedura self-cleaning została uregulowana w art. 110 ust. 2 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
  - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
  - b) zreorganizował personel,
  - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
  - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
  - e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzebranie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Z kolei, stosownie do art. 110 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający ocenia, czy podjęte przez oferenta czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania rzetelności, zamawiający wyklucza oferenta.

Zgodnie z powyższym, podstawą do zastosowania procedury self-cleaning będą przesłanki wykluczenia, określone w art. 108 i 109 ustawy Pzp, z wyjątkiem trzech przesłanek obligatoryjnych i dwóch przesłanek fakultatywnych. Jako przesłanki obligatoryjne, wobec których nie ma możliwości zastosowania procedury self-cleaning,

wskazać należy okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w stosunku do podmiotu, wobec którego został wydany prawomocny wyrok sądu lub ostateczna decyzja administracyjna o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne, okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w stosunku do wykonawcy, wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne, oraz okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w związku z zakłóceniem w postępowaniu konkurencji, spowodowanej wcześniejszym zaangażowaniem wykonawcy lub podmiotu należącego z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej, w doradztwo lub w przygotowanie danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Do fakultatywnych przesłanek wykluczenia, w stosunku do których nie ma możliwości zastosowania procedury self-cleaning, należą sytuacje opisane w art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wobec wykonawcy, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne oraz okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z wystąpieniem konfliktu interesów w rozumieniu art. 56 ust. 2 ustawy Pzp<sup>836</sup>.

Okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 i art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odnoszące się do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne objęte zostały przez ustawodawcę specjalną procedurą, zbliżoną do self-cleaning z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Choć w doktrynie można spotkać się z poglądem, iż jest to inna regulacja dotycząca self-cleaning<sup>837</sup>. Procedura ta nie nakłada na oferenta obowiązku spełnienia wszystkich tych warunków, które stawiane są przed tym, który pragnie wszcząć procedurę self-cleaning. Wykonawca nie będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli odpowiednio przed upływem terminu na składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu uregulował należne płatności lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie ich spłaty. Procedura ta pozwala podmiotowi, który uregulował zaległości w opłatach należnych podatków, składek i opłat, lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności, na ubieganie się o zamówienie. Warto zwrócić uwagę na znaczne różnice

---

<sup>836</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 359.

<sup>837</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 414.

pomiędzy powyższymi procedurami, które nie pozwalają na uznanie, iż przepis art. 108 ust. 1 pkt 3 oraz 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi inną regulację self-cleaning.

Po pierwsze, dla jej skuteczności wymagana jest po stronie wykonawcy wyłącznie czynność polegająca na uregulowaniu zaległych płatności lub zawarciu porozumienia w sprawie ich spłaty, a po drugie, czynności wykonawcy nie podlegają już żadnej ocenie ze strony zamawiającego. Samo spełnienie powyższych obowiązków przez podmiot, jest wystarczające do uznania przez zamawiającego, że wobec wykonawcy nie istnieją przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 oraz 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Kolejne czynniki odróżniające obie procedury to przede wszystkim brak konieczności złożenia wyczerpujących wyjaśnień związanych z powstaniem zaległości w płatnościach, brak konieczności podjęcia działań prewencyjnych, zapobiegających powstaniu zaległości w należnych płatnościach na przyszłość, oraz brak oceny przez zamawiającego podjętych działań. Działania takie, choć należałoby je uznać za słuszne, nie mają oparcia w dyrektywie klasycznej, zatem (jako nie przewidziane w dyrektywie, a będące bardziej dotkliwe dla wykonawcy) nie mogą zostać wprowadzone do przepisów prawa.

Wydaje się zatem zasadnym wniosek, że powyższa procedura jest w swej regulacji odmienna od instytucji self-cleaning określonej w art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, co stanowi przeszkodę dla uznania jej za inną regulację self-cleaning. Nie daje ona żadnych gwarancji na przyszłość co do tego, że oferent nie będzie już więcej zalegał z opłacaniem należnych składek, opłat i podatków, a zatem, że będzie wywiązywał się z ciężących na min zobowiązań z tytułu danin publicznych.

Według autora pracy procedurę self-cleaning określoną w ustawie Pzp można podzielić na trzy etapy, wśród których wyróżnić należy: wszczęcie procedury self-cleaning poprzez poinformowanie zamawiającego o podjętych działaniach, przedstawienie dowodów self-cleaning oraz ocenę dowodów dokonaną przez zamawiającego.

#### **4.3.1. Wszczęcie procedury self-cleaning**

Problematyka wszczęcia przez wykonawcę działań, których celem jest dokonanie self-cleaning, nie została precyzyjnie uregulowana na gruncie przepisów ustawy Prawo



zamówień publicznych<sup>838</sup>. Polski ustawodawca odniósł się do instytucji self-cleaning w art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, nie określając zasad, na jakich ma ona zostać przeprowadzona. Ustawodawca określił, że wykonawca, wobec którego zaistniały określone podstawy wykluczenia, nie podlega temu działaniu, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie wszystkie wskazane w przepisie przesłanki self-cleaning, pozostawiając ich ocenę zamawiającemu.

Dotychczasowa praktyka przeprowadzenia czynności self-cleaning ujawniła wiele problemów związanych z wszczęciem procedury, dotyczących kwestii, takich jak: określenie terminu początkowego i końcowego przeprowadzenia czynności self-cleaning – w szczególności czy czynności te muszą zostać rozpoczęte i zakończone przed złożeniem oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też mogą zostać wszczęte w trakcie trwania danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na jakim etapie postępowania wykonawca informuje zamawiającego o podjętych działaniach w ramach self-cleaning, kiedy ma złożyć dowody self-cleaning, a także czy dowody te wykonawca składa z własnej inicjatywy, czy na wniosek wykonawcy?

Przepisy ustawy Pzp nie określają, na jakim etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca musi poinformować zamawiającego o wdrożonych działaniach naprawczych, oraz czy muszą one nastąpić przed złożeniem oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w którym dany podmiot będzie ubiegał się o udzielenie zamówienia publicznego, czy też mogą nastąpić w trakcie trwającego postępowania, a także kiedy muszą zostać zakończone. Nie zostało również przesądzone jednoznacznie, kto powinien być inicjatorem procedury self-cleaning<sup>839</sup>.

Ustawodawca jako istotną podniósł jedynie okoliczność, aby działania podjęte przez wykonawcę wypełniały łącznie wszystkie przesłanki self-cleaning, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, oraz aby działania te były wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy przy uwzględnieniu wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy, który wypełnił przesłankę lub przesłanki wykluczenia.

---

<sup>838</sup> A. Kowalczyk, A. Sołtysińska, *Instytucja self-cleaning w zamówieniach publicznych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 7, s. 10.

<sup>839</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 358.

#### 4.3.1.1. Poinformowanie zamawiającego o self-cleaning

Odpowiedź na pytanie, na jakim etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca musi poinformować zamawiającego o podjęciu działań naprawczych i prewencyjnych, wymaga analizy pozostałych przepisów prawa zamówień publicznych. Zgodnie z art. 125 ust. 1<sup>840</sup> i 2<sup>841</sup> ustawy Pzp wykonawca, łącznie z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, składa zamawiającemu oświadczenie m.in. o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania. Oświadczenie to powinno obejmować swym zakresem nie tylko odniesienie się do obligatoryjnych i fakultatywnych podstaw wykluczenia, ale również, w przypadku ich zaistnienia, powinno zawierać informacje o podjętych przez oferenta środkach zaradczych w ramach self-cleaning. Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, zgodnie z art. 125 ust. 2 ustawy Pzp, składane jest na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ)<sup>842</sup> i stanowi dowód tymczasowo zastępujący wymagane podmiotowe środki dowodowe, potwierdzający m.in. brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu<sup>843</sup>. Co istotne, to fakt, iż oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania musi zostać złożone zamawiającemu już przy składaniu oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Treść i struktura formularza JEDZ narzuca sposób złożenia powyższego oświadczenia, poprzez wypełnienie stosownych rubryk, w których wykonawca potwierdza lub zaprzecza, że wskazana podstawa wykluczenia znajduje wobec niego zastosowanie, poprzez zaznaczenie odpowiedzi „Tak” lub „Nie”. W przypadku zaznaczenia odpowiedzi „Tak”, potwierdzającej zaistnienie podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, wykonawca w innej rubryce winien opisać okoliczności sprawy oraz wskazać, czy podjął środki w ramach self-cleaning, by wykazać rzetelność.

---

<sup>840</sup> Art. 125 ust. 1 Pzp *Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.*

<sup>841</sup> Art. 125 ust. 2 Pzp *Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „jednolitym dokumentem”.*

<sup>842</sup> Formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) sporządzany jest zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „jednolitym dokumentem”.

<sup>843</sup> W trybie podstawowym wykonawca nie ma obowiązku składania oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na formularzu JEDZ.

Pomimo wyraźnego braku regulacji w ustawie Pzp co do momentu, w którym wykonawca musi poinformować zamawiającego o podjęciu czynności w ramach self-cleaning, czas ten można określić, stosując wykładnię systemową. Wykonawca łącznie z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązany jest do złożenia formularza JEDZ, w którym składa oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, wskazując, czy wobec niego zaistniały przesłanki wykluczenia z postępowania, a jeśli tak to informuje zamawiającego o podjętych krokach w ramach self-cleaning. Powyższe prowadzi do wniosku, iż wykonawca musi przekazać zamawiającemu informację o podjęciu działań w ramach self-cleaning w treści formularza JEDZ, już na etapie składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca złoży zamawiającemu oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu, zaznaczając odpowiedź „Nie” – co wiąże się z brakiem konieczności podejmowania działań self-cleaning – późniejsza zmiana treści takiego oświadczenia nie będzie już możliwa. Zasadność powyższych wniosków wynika również z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej<sup>844</sup>. W wyroku z dnia 4 listopada 2019 r. KIO 2105/19 Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że ustawodawca nie wyposażył zamawiającego w uprawnienie pozwalające na zastąpienie oświadczenia wykonawcy złożonego w JEDZ oświadczeniem własnym o przeciwnej treści<sup>845</sup>.

Wyroki zapadłe zarówno w poprzednim, jak i w obecnym stanie prawnym, który w tym zakresie nie uległ zmianie, podzielają powyższe stanowisko. W wyroku KIO z 28 lutego 2018 r., KIO 274/18 Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż nie jest możliwe zastosowanie self-cleaning w sytuacji, kiedy to zamawiający w toku postępowania pozyska informacje, że zaistniała podstawa wykluczenia<sup>846</sup>.

Tożsame stanowisko, co do momentu poinformowania zamawiającego o podjętych działaniach self-cleaning, wyraził również Rzecznik Generalny w opinii w sprawie C-387/19<sup>847</sup> stwierdzając, że analizując przepisy z punktu widzenia systemowego oraz

---

<sup>844</sup> Wyr. KIO z 9.04.2018 r. KIO 531/18, Legalis nr 1811649; wyr. KIO z 12.08.2019 r. KIO 1179/19, Legalis nr 2688501. Wykonawca, który zamierza prawidłowo przeprowadzić procedurę self-cleaning, powinien przedstawić Zamawiającemu dokładny opis podjętych środków zaradczych umożliwiających stwierdzenie, że popełniony czyn lub zaniechanie wykonawcy z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości wyr. w sprawach połączonych z 15.04.2021 r., KIO 627/21, KIO 630/21, KIO 657/21, KIO 658/21 Legalis nr 2583060; wyrok z 14.06.2018 r. KIO 1102/18 Legalis nr 1837061.

<sup>845</sup> Wyrok KIO z dnia 4.11.2019 r. KIO 2105/19 Legalis nr 2268941.

<sup>846</sup> Wyrok KIO z 28.02.2018 r. KIO 274/18 Legalis nr 1792851.

<sup>847</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 17 września 2020 r. w sprawie C-387/19 *RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel przeciwko Vlaams Gewest*.

ich kontekstu, wnioskuję „że dyrektywa 2014/24 i rozporządzenie wykonawcze 2016/7 wskazują wyraźne preferencje co do czasu i sposobu, w jaki wykonawca powinien oświadczyć, że zastosował środki naprawcze: musi to uczynić, wykorzystując JEDZ, lub w inny sposób, lecz zawsze przy składaniu oferty”<sup>848</sup>.

W wyroku w sprawie C-267/18<sup>849</sup> Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd, zgodnie z którym wykonawca powinien, kierując się wymogami przejrzystości i lojalności, poinformować zamawiającego o swojej sytuacji dotyczącej sporu co do rozwiązania umowy w związku z nienależytym wykonaniem poprzednio zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wykorzystując w tym celu formularz JEDZ.

W doktrynie wskazuje się, że analiza treści art. 110 ust 2 i 3 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że inicjatywa, dotycząca wszczęcia procedury self-cleaning jako dobrowolnej<sup>850</sup> możliwości wykazania własnej rzetelności, należy do wykonawcy. To on, chcąc wykazać rzetelność, musi być stroną aktywną, informującą zamawiającego o zaistniałych okolicznościach i podjętych działaniach naprawczych. Działania te nie mogą być dorozumiane lub pozorne, lecz muszą zostać przeprowadzone w sposób kompetentny, ale również realny, dowodzący wiarygodności, niezawodności i uczciwości wykonawcy. O ich podjęciu oferent zobowiązany jest poinformować zamawiającego w treści formularza JEDZ. Nie jest obowiązkiem zamawiającego samodzielne poszukiwanie informacji i dowodów dotyczących procedury self-cleaning podjętej przez wykonawcę<sup>851</sup>.

Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie<sup>852</sup>, powołując się na konstrukcję i brzmienie formularza JEDZ. Zgodnie z orzeczeniem wykonawca powinien z własnej inicjatywy wskazać zaistniałe uchybienie oraz przedstawić stosowne wyjaśnienia, dlaczego nie powinno ono skutkować wykluczeniem z postępowania. Sąd stwierdził, że trudno oczekiwać od zamawiającego, aby ten powierzył wykonanie zamówienia wykonawcy uznanemu przez innego zamawiającego za podmiot nienależycie wykonujący umowę, bez umożliwienia tej stronie oczyszczenia się

<sup>848</sup> Por. pkt 48 opinii Rzecznika Generalnego z 17.09.2020 r. w sprawie C-387/19, EU:C:2020:728.

<sup>849</sup> Wyrok z 3.10.2019 r., w sprawie C-267/18, *Delta Antrepriza de Constructii si Montaj 93 SA v. Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, LEX nr 2723795.

<sup>850</sup> J. Jarnicka [w:] M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 336.

<sup>851</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 360; J. Jarnicka [w:] M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 336, 337; J.E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych Komentarz*, Warszawa 2018, s. 322–323; I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 377–380.

<sup>852</sup> Wyrok z 23.08.2019 r., XXIII Ga 469/19, Legalis nr 2246515.

z zarzutów. Inicjatywa leży jednak po stronie oferenta/wykonawcy. To on musi być transparentny w tym zakresie i zaoferować zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli zakończyły się one przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją<sup>853</sup>.

Dla pełnego naświetlenia problematyki związanej z określeniem etapu postępowania, kiedy wykonawca musi poinformować zamawiającego o wszczęciu self-cleaning, konieczne jest przedstawienie argumentów przeciwnych. W doktrynie prezentowane jest również stanowisko opierające się na założeniu, że w sytuacji, gdy sam wykonawca wskaże łącznie z ofertą, że nie podlega wykluczeniu – a zamawiający w toku postępowania ustali, że wobec oferenta zaistniała przesłanka wykluczenia – dopuszczalne jest przeprowadzenie przez wykonawcę procedury self-cleaning. Intencją wprowadzenia instytucji self-cleaning jest umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy podjęli odpowiednie działania i są zdolni do wykonania zamówienia<sup>854</sup>.

Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie<sup>855</sup>, uznając, że podjęcie procedury self-cleaning przez wykonawcę jest możliwe również po złożeniu JEDZ, w drodze wyjaśnień złożonych dokumentów. Sąd wskazał, że ustawa Pzp nie określa cezurę czasowej do dokonania przez wykonawcę procedury self-cleaning, z zastrzeżeniem, że powinna ona nastąpić przed wykluczeniem wykonawcy<sup>856</sup>. Z kolei w wyroku z 29 czerwca 2018 r., XIII Ga 546/18 44, Sąd Okręgowy w Łodzi<sup>857</sup> uznał, że self-cleaning powinien nastąpić przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. W wyroku z 27 sierpnia 2019 r. KIO 1576/19, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że w określonych okolicznościach, przy braku możliwości ustalenia wspólnego mianownika dla prawidłowego zastosowania self-cleaning, z uwagi na różnorodność stanów faktycznych, dopuszczalne jest self-cleaning wykonawcy również po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub po złożeniu oferty. Istotne jest, aby self-cleaning zostało

---

<sup>853</sup> J. Jarnicka [w:] M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 336–337.

<sup>854</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 358–359.

<sup>855</sup> Wyrok SO w Warszawie z 18.01.2019 r., XXIII Ga 1811/18, LEX nr 2669138.

<sup>856</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 358.

<sup>857</sup> Wyrok SO w Łodzi z 29.06.2018 r., XIII Ga 546/18, Legalis nr 2669623; [https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0029/37874/WYROK-XIII-Ga-546-18.pdf](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0029/37874/WYROK-XIII-Ga-546-18.pdf) (dostęp 31.05.2021).

przeprowadzone przed decyzją zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy<sup>858</sup>. Z kolei w wyroku z 6 lipca 2017 r., KIO 1183/17, Izba zwróciła uwagę na sytuację, w której w przypadku zmiany stanu wiedzy wykonawcy co do okoliczności mających wpływ na jego ocenę w postępowaniu powinno przysługiwać mu prawo do przeprowadzenia self-cleaning<sup>859</sup>.

Warto zwrócić uwagę, że stanowisko dopuszczające możliwość poinformowania zamawiającego o wszczęciu procedury self-cleaning na każdym etapie postępowania o dzielenie zamówienia publicznego (do czasu decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy), a nie wyłącznie w momencie składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, łącznie z formularzem JEDZ, może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania oferentów. Wskazać należy, że aby wykonawca mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, brak okoliczności skutkujących wykluczeniem z postępowania musi istnieć od chwili złożenia oferty do udzielenia zamówienia publicznego<sup>860</sup>. Zgodnie bowiem z art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Z kolei stosownie do treści art. 110 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania. Przepis art. 110 ust. 1 ustawy Pzp wdraża art. 57 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucje zamawiające w dowolnym momencie w trakcie postępowania wykluczają wykonawcę, gdy okaże się, że – z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych zarówno przed postępowaniem, jak i w jego trakcie – znajduje się on w jednej z sytuacji, o której mowa w art. 57 ust. 1 i 2<sup>861</sup>. Jeżeli zatem w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ujawnią się nowe okoliczności, stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty takiego wykonawcy<sup>862</sup>. Stosownie bowiem do art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający udziela zamówienia oferentowi wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Odwołując się natomiast do motywu 85 Dyrektywy 2014/24/UE, podkreślenia wymaga, że decyzje instytucji zamawiających

---

<sup>858</sup> Wyrok z 27.08.2019 r., KIO 1576/19, LEX nr 2738640; podobnie Izba orzekła w wyroku z 3.08.2018 r., KIO 1428/18, LEX nr 2567875.

<sup>859</sup> Wyrok KIO z 6.07.2017 r., KIO 1183/17, Legalis nr 1657274.

<sup>860</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 413.

<sup>861</sup> W przypadku okoliczności, o których mowa w art. 57 ust. 4, instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy.

<sup>862</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 413.

powinny opierać się na aktualnych informacjach. W szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia. Dopuszczenie zatem w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do sytuacji, w której według tej samej miary ocenia się wykonawców, którzy przez cały czas ubiegania się o zamówienie nie podlegali wykluczeniu, z tymi, wobec których w trakcie postępowania ujawniły się okoliczności uzasadniające ich wykluczenie, stanowi nie tylko naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, ale również naruszenie art. 57 ust. 5 Dyrektywy 2014/24/UE.

Zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, powinni oni znajdować się w równorzędnej pozycji zarówno w chwili składania ofert, jak i dokonywania ich oceny przez zamawiającego<sup>863</sup>. Powyższe rozwiązanie zakłada, że wszyscy konkurenci muszą być wiarygodni przez cały czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto wykonawca, wobec którego w trakcie postępowania zaistniały podstawy wykluczenia, powinien podlegać takim samym regułom, jak podmiot, wobec którego podstawy wykluczenia istniały od początku ubiegania się o zamówienie. Potraktowanie porównywalnych stanów faktycznych w sposób odmienny prowadzi również do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Jeżeli za właściwe zostałyby uznane umożliwienie przeprowadzenia self-cleaning wykonawcy, wobec którego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ujawniły się przesłanki wykluczenia, to zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców należałoby umożliwić przeprowadzenie self-cleaning wszystkim tym, którzy podlegają wykluczeniu z postępowania. Brak jest bowiem uzasadnienia dla zróżnicowania tych sytuacji w odniesieniu do możliwości uniknięcia wykluczenia z postępowania.

Nie ulega wątpliwości, że takie działanie stanowiłoby wypaczenie instytucji self-cleaning, która stanowi wyjątek od obowiązku wykluczenia wykonawcy. Możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy wyłącznie wykonawców rzetelnych i wiarygodnych, a także takich, którzy mając świadomość popełnionych czynów niedozwolonych z własnej woli podjęli stosowne działania naprawcze i prewencyjne, chcąc odzyskać status wykonawcy rzetelnego. Instytucja self-cleaning nie może służyć rozszerzaniu „za wszelką cenę” kręgu oferentów dopuszczonych do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto umożliwienie wykonawcy wdrożenia środków naprawczych po otwarciu ofert stawia go

---

<sup>863</sup> A. Kowalczyk, A. Sołtysińska, *Instytucja self-cleaning w zamówieniach...*, s. 12.

w korzystniejszej sytuacji w stosunku do konkurentów. Wykonawca może bowiem dokonać oceny wartości złożonej oferty i opłacalności działań podejmowania w ramach self-cleaning<sup>864</sup>. Takie działanie niewątpliwie stałoby w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji.

Należy również pamiętać, jak słusznie wyraził to Trybunał Sprawiedliwości w wyroku C-124/17, *Vossloh Laeis*, że zamawiający winni oceniać ryzyko, jakie stałoby się ich udziałem, gdyby udzielili zamówienia wykonawcy o wątpliwej uczciwości i rzetelności<sup>865</sup>.

W oparciu o przywołane powyżej rozważania oraz stanowisko Rzecznika Generalnego w opinii w sprawie C-387/19 zasadnym wydaje się wskazanie, że oświadczenie o podjętych środkach naprawczych, tj. o wszczęciu self-cleaning, musi zostać złożone zamawiającemu zawsze przy składaniu oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Umożliwienie przedstawienia takiego dokumentu na dalszym etapie postępowania doprowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

#### **4.3.1.2. Wszczęcie i zakończenie czynności w ramach self-cleaning**

Rozważania przedstawione powyżej nie stanowią odpowiedzi na pytanie, czy czynności podejmowane w ramach self-cleaning muszą zostać zakończone przed złożeniem oświadczenia o jego wszczęciu, czy też mogą być podejmowane w trakcie trwania danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Granice takie nie zostały również wyznaczone w dotychczasowych jak i obecnych regulacjach prawnych.

Warto jednak zwrócić uwagę na zależność polegającą na tym, że jeżeli wykonawca składając ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, musi przedstawić oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, a w przypadku zaistnienia podstaw do wykluczenia go z postępowania, winien wskazać, czy podjął działania naprawcze w ramach procedury self-cleaning, to oznacza, że same te kroki muszą zostać podjęte przed składaniem oferty. Podmiot, który rozpocznie działania w ramach self-cleaning dopiero po złożeniu oferty w postępowaniu, nie będzie mógł przedstawić w tym czasie oświadczenia, że podjął działania w ramach self-cleaning, ponieważ taki stan nie

---

<sup>864</sup> *Ibidem*, s. 11.

<sup>865</sup> Wyrok TS z 24.10.2018 r., C-124/17, *Vossloh Laeis GmbH przeciwko Stadtwerke München GmbH*, (EU:C:2018:855), pkt 26–27, 32; A. Kowalczyk, A. Sołtysińska, *Instytucja self-cleaning w zamówieniach...*, s. 6.



będzie zgodny z prawdą. Wykonawca w treści formularza JEDZ zobowiązany jest do wskazania i opisanie przedsięwziętych środków w celu wykazania rzetelności, a nie działań, które dopiero planuje. Skoro łącznie z ofertą składa oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, a w przypadku zaistnienia przesłanek wykluczenia o podjętych działaniach naprawczych, to działania te muszą zostać przeprowadzone (lub co najmniej wszczęte) przed złożeniem oferty w postępowaniu, tak, aby treść oświadczenia potwierdzała stan zgodny z prawdą.

Zasadnym wydaje się więc wniosek, że podjęcie przez oferenta działań zmierzających do wykazania rzetelności musi nastąpić przed złożeniem oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w którym wykonawca ten będzie ubiegał się o udzielenie zamówienia publicznego. I tylko te czynności wskazane w oświadczeniu składanym łącznie z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będą oceniane przez zamawiającego. Natomiast poinformowanie zamawiającego o podjętych czynnościach czy przedsięwziętych środkach naprawczych w celu wykazania rzetelności, które są równoznaczne z wszczęciem procedury self-cleaning, musi nastąpić przy składaniu oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jak wskazał Rzecznik Generalny w opinii w sprawie C-387/19, wykonawca „musi to uczynić, wykorzystując JEDZ, lub w inny sposób, lecz zawsze przy składaniu oferty”<sup>866</sup>.

Kolejna wątpliwość, dotycząca procedury self-cleaning, to, czy procedura ta musi zostać przez wykonawcę zakończona już na etapie składania oferty w postępowaniu, czy też na etapie późniejszym. Przepis art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp podkreśla jako istotne jedynie to, aby podjęte działania wypełniały łącznie wszystkie przesłanki self-cleaning w nim wskazane, oraz aby te działania były wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy, przy uwzględnieniu wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy, który wypełnił przesłankę lub przesłanki wykluczenia.

Wydaje się, że wykładnia językowa oraz celowościowa przepisu art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie wyklucza możliwości, aby kroki podjęte przez wykonawcę, który jest na etapie wdrażania kolejnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, podlegały ocenie przez zamawiającego w zakresie rzetelności oferenta, jeśli, dotychczasowe środki naprawcze wykonawcy są odpowiednie do wagi i okoliczności

---

<sup>866</sup> Opinia Rzecznika Generalnego z 17.09.2020 r. w sprawie Sprawa C-387/19 *RTS infra BVBA, Annemingsbedrijf Norré-Behaegel przeciwko Vlaams Gewest*, pkt 48, Legalis nr 2468081.

czynu wykonawcy. Uzasadnionym wydaje się stwierdzenie, że procedura podejmowanych środków zaradczych (self-cleaning), która powinna zostać wszczęta przed złożeniem oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie musi być zakończona, aby oferent, na podstawie dotychczas wdrożonych działań, mógł zostać uznany za rzetelnego, pod warunkiem że działania te są odpowiednie do wagi i okoliczności czynu. Taka interpretacja pozostaje również w zgodzie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz z zasadą proporcjonalności, która podkreśla konieczność podjęcia działań w takim zakresie, w jakim są one niezbędne do wyeliminowania przyszłych naruszeń.

#### 4.3.2. Inicjatywa dowodowa

Problemem dotyczącym self-cleaning jest określenie, z czyjej inicjatywy i na jakim etapie postępowania wykonawca ma przedłożyć dowody przeprowadzenia procedury. Czy inicjatywa dowodowa obciąża oferenta, który samodzielnie, bez wezwania zamawiającego, musi wykazać self-cleaning, czy powinien tego dokonać w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Podkreślić należy, że oświadczenie o podjętych działaniach w ramach self-cleaning, składane zamawiającemu wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w formularzu JEDZ, nie jest równoznaczne z wymogiem przekazania dowodów na przeprowadzenie self-cleaning, stanowiących podstawę wykazania rzetelności wykonawcy<sup>867</sup>.

Zarówno Dyrektywa 2014/24/UE, jak i przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie odnoszą się do kwestii, na jakim etapie postępowania oraz z czyjej inicjatywy oferent, wobec którego zaistniały przesłanki wykluczenia, składa dowody potwierdzające przeprowadzenie self-cleaning, pozwalające na wykazanie jego rzetelności<sup>868</sup>.

W doktrynie prezentowane są rozbieżne stanowiska. Część przedstawicieli doktryny podnosi jedynie konieczność złożenia przez wykonawców dowodów na

---

<sup>867</sup> Por. wyrok SO w Warszawie z 18.01.2019 r., XXIII Ga 1811/18, Legalis nr 2129914, w którym sąd stwierdził, że: „Jednocześnie konieczne jest przedstawienie dowodów, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do stwierdzenia rzetelności wykonawcy. Zamawiający nie będzie mógł zatem uwzględnić nawet obszernych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jeśli nie będą poparte dowodami”; A. Kowalczyk, A. Sołtyśńska, *Instytucja self-cleaning w zamówieniach...*, s. 12.

<sup>868</sup> *Ibidem*.

przeprowadzenie tego procesu, pozostawiając pozostałe problemy bez rozstrzygnięcia<sup>869</sup>. Według innych zamawiający dokonuje oceny self-cleaning wykonawcy, zatem dowody te winny być przekazane zamawiającemu wraz ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu<sup>870</sup>. Podjęcie przez wykonawcę działań naprawczych, wyjaśniających i zapobiegawczych powstaniu w przyszłości okoliczności, które stanowiły podstawę do wykluczenia z postępowania, bez skutecznego udowodnienia self-cleaning zamawiającemu nie będzie wystarczające dla miarodajnego uznania jego rzetelności. Treść art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje na konieczność dowiedzenia zamawiającemu spełniania przez oferenta przesłanek self-cleaning. Zarówno waga dowodu, jak i inicjatywa w zakresie wykazania przez wykonawcę naprawienia szkody, lub zobowiązanie się do jej naprawienia, czy wyjaśnienia zaistniałych faktów i okoliczności oraz podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych spoczywa na oferencie. Dokumentacja dotycząca self-cleaning musi być przekazana z inicjatywy wykonawcy<sup>871</sup>. Zamawiający nie ma obowiązku informowania oferenta o zamiarze wykluczenia oraz wzywania go do przedstawienia okoliczności korzystnych, pozwalających na przeprowadzenie self-cleaning. Wpisuje się to również w treść motywu 102 preambuły dyrektywy klasycznej, zgodnie z którą wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie podjętych środków w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wykonawca przeprowadzający self-cleaning zobowiązany jest do aktywnej współpracy nie tylko z właściwymi organami, ale również z zamawiającym. W jej ramach, chcąc wykazać rzetelność, winien w pełni wyjaśnić fakty i okoliczności dotyczące podstaw wykluczenia, pod warunkiem że ta współpraca będzie się ograniczała do środków niezbędnych do tej oceny<sup>872</sup>.

Aktywna współpraca z zamawiającym powinna polegać na przekazaniu kompletnych dowodów samoczyszczenia bez interwencji zamawiającego. W celu udowodnienia self-cleaning wykonawca dobrowolnie winien podać zamawiającemu informacje co do zaistniałych podstaw wykluczenia oraz wskazać podjęte środki

---

<sup>869</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 360; J. Jarnicka [w:] M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 336; J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 322, 323.

<sup>870</sup> M. Nyc-Zimny, *Z problematyki tzw. samoczyszczenia...*, s. 114.

<sup>871</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 418.

<sup>872</sup> Por. wyrok *Vossloh*, pkt 33.

naprawcze i zapobiegawcze<sup>873</sup>, ponieważ „instytucji zamawiającej te środki muszą być znane, aby mogła je ocenić i nabrać przekonania o wiarygodności oferenta, którego co do zasady uważa się za nierzetelnego”<sup>874</sup>. Przedstawienie informacji niekompletnych nie będzie dowodem świadczącym o rzetelności wykonawcy. Tym samym nie zostanie dowiedzione skuteczne przeprowadzenie self-cleaning<sup>875</sup>.

Podobne stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej<sup>876</sup>. W wyroku w sprawie KIO 1522/17 Izba orzekła, że aby wykonawca mógł skorzystać z procedury self-cleaning, musi do oferty i oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu dołączyć dowody potwierdzające jego rzetelność. Izba za niewystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy uznała wyłącznie oświadczenie złożone z ofertą o naprawieniu wyrządzonej zamawiającemu szkody<sup>877</sup>. Stwierdziła, że w ramach procedury self-cleaning zamawiający nie ma obowiązku wzywania oferenta do uzupełnienia dokumentów. Obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie zamawiającemu dowodów self-cleaning<sup>878</sup>.

Odmienne stanowisko zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 1576/21. Tu Izba orzekła, że inicjatorem procedury może być zarówno zamawiający, jako podmiot posiadający wiedzę o zamiarze wykluczenia danego wykonawcy, jak i sam wykonawca. Istotne jest, że samą procedurę self-cleaning ma przeprowadzić wykonawca<sup>879</sup>. Wyrok ten, stanowiący wyjątek od powyżej zaprezentowanej linii orzeczniczej, dopuszcza możliwość inicjatywy dowodowej również po stronie zamawiającego.

W tym miejscu koniecznym wydaje się odniesienie się do opinii Rzecznika Generalnego z 17 września 2020 r. w sprawie C-387/19 wywołanej wniesieniem pytania prejudycjalnego dotyczącego złożenia dowodów self-cleaning<sup>880</sup>. Rzecznik uznał, że w ramach swobody pozostawionej na mocy dyrektywy dane państwo członkowskie może

---

<sup>873</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 360; Wyrok z 9.04.2018 r. KIO 531/18, Legalis nr 1811649; wyrok KIO z 12.08.2019 r. KIO 1179/19 Legalis nr 2688501.

<sup>874</sup> Por. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony w sprawie RTS, pkt 58 i pkt 59.

<sup>875</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 418.

<sup>876</sup> wyr. KIO z 21.06.2017 r. KIO 1087/17 Legalis nr 1637576; wyr. z 8.12.2017 r. KIO 2443/17 KIO 2445/17, Legalis nr 1712977.

<sup>877</sup> Wyr. KIO z 11.08.2017 r. KIO 1522/17, Legalis nr 1675981.

<sup>878</sup> Wyr. KIO z 22.09.2017 r. KIO 1851/17, Legalis nr 1696533; wyr. KIO z 30.10.2017 r. KIO 2151/17, Legalis 1705494.

<sup>879</sup> Wyr. KIO z 27.08.2019 r. KIO 1576/21 Legalis nr 2639337.

<sup>880</sup> A. Kowalczyk, A. Sołtysińska, *Instytucja self-cleaning w zamówieniach w zamówieniach publicznych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 7, s. 13.

przyjąć w prawie krajowym uregulowanie, zgodnie z którym wykonawca musi z własnej inicjatywy przedstawić dowody zastosowania przez siebie środków naprawczych w celu wykazania swojej rzetelności<sup>881</sup>.

Należałoby więc uznać, że uregulowanie takie nie wynika wprost z prawa unijnego, co więcej nie wynika ono z mającego bezpośrednie zastosowanie w prawie krajowym państw członkowskich unijnego rozporządzenia dotyczącego formularza JEDZ, jeżeli składanie przez wykonawców „z własnej inicjatywy” dowodów w ramach self-cleaning musi wynikać z prawa krajowego, które powinno określać czas i sposób ich przedstawienia<sup>882</sup>.

Odwołując się do regulacji Dyrektywy 2014/24/UE, przywołać należy art. 59 ust. 4, zgodnie z którym instytucja zamawiająca może na dowolnym etapie postępowania zwrócić się do oferentów i kandydatów o przedłożenie wszystkich lub niektórych dokumentów potwierdzających treść złożonego oświadczenia. Rzecznik Generalny w opinii w sprawie C-387/19 podkreślił również, że zgodnie z art. 59 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, formularz JEDZ „zawiera formalne oświadczenie, z którego wynika, że wykonawca będzie w stanie i bez zwłoki przedstawić te dokumenty potwierdzające”<sup>883</sup>. Zgodnie z tą zasadą, jeżeli ustawodawca krajowy lub krajowa instytucja zamawiająca wymagają od wykonawcy, aby już na początku postępowania oświadczył (i w danym przypadku przedstawił dokumenty potwierdzające), że zastosował środki naprawcze, wymóg taki jest zgodny z Dyrektywą 2014/24<sup>884</sup>. Jednakże brak takiej regulacji wskazuje, że co do zasady zamawiający musi opierać się na oświadczeniu złożonym na formularzu JEDZ oraz na opisanych tam podjętych działaniach w ramach procedury self-cleaning. Natomiast dowody potwierdzające przeprowadzenie procedury self-cleaning mogą być składane zamawiającemu na innym etapie postępowania, np. na wezwanie zamawiającego<sup>885</sup>, co jest zgodne z art. 59 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE.

Nie ulega wątpliwości, że aby zamawiający mógł dokonać oceny czynności oferenta, pod kątem wykazania jego rzetelności, musi dysponować dowodami potwierdzającymi podjęte przez wykonawcę czynności w ramach procedury self-cleaning.

---

<sup>881</sup> Por. pkt 35, pkt 38 i pkt 95 opinii Rzecznika Generalnego z 17.09.2020 r. w sprawie C-387/19, EU:C:2020:728.

<sup>882</sup> A. Kowalczyk, *Praktyczne aspekty stosowania instytucji self-cleaningu w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 4(67), s. 144–145.

<sup>883</sup> Por. pkt 45 opinii Rzecznika Generalnego z 17.09.2020 r. w sprawie C-387/19, EU:C:2020:728.

<sup>884</sup> *Ibidem*, pkt 49; A. Kowalczyk, *Praktyczne aspekty stosowania...*, s. 145.

<sup>885</sup> *Ibidem*.

#### 4.3.2.1. Etap złożenia dowodów self-cleaning

Kolejnym, istotnym problemem proceduralnym o decydującym znaczeniu praktycznym jest odpowiedź na pytanie, na jakim etapie postępowania dowody self-cleaning muszą zostać złożone zamawiającemu, jeżeli nie zostaną przekazane wraz z formularzem JEDZ – co, jak zostało wykazane powyżej, nie musi nastąpić łącznie. Podkreślenia wymaga jednak, że złożenie przez wykonawcę łącznie z formularzem JEDZ dowodów self-cleaning stanowiłoby modelowe zachowanie oferenta. Jednakże w praktyce tak się nie dzieje.

Brak regulacji ustawowej powoduje konieczność dokonania interpretacji przepisów dyrektyw zgodnie z wykładnią<sup>886</sup> dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który rzuca nowe światło w zakresie interpretacji przepisów dotyczących zamówień publicznych bądź wskazuje na pewne tendencje wykładni. W wyroku C-387/19, wydanym w trybie prejudycjalnym, Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przepis art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE wprowadza mechanizm środków naprawczych (self-cleaning), przyznając w tym względzie wykonawcom prawo, które państwa członkowskie powinny zagwarantować przy transpozycji wspomnianej dyrektywy, z poszanowaniem określonych w niej warunków<sup>887</sup>. Trybunał wskazał również, że ani z treści art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24, ani z motywu 102 tej dyrektywy nie wynika, w jaki sposób lub na jakim etapie postępowania o udzielenie zamówienia można przedstawić dowód podjęcia środków naprawczych<sup>888</sup>. Tak więc art. 57 ust. 6 dyrektywy pozostawia wykonawcom możliwość przekazania dowodu self-cleaning z własnej inicjatywy, jak i zamawiającego, zarówno na etapie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak i na późniejszym etapie postępowania,<sup>889</sup> poprzedzającym decyzję o udzieleniu zamówienia<sup>890</sup>. Trybunał

---

<sup>886</sup> Zgodnie z art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym; a) o wykładni Traktatów; b) o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii; W przypadku gdy pytanie z tym związane jest podniesione przed sądem jednego z Państw Członkowskich, sąd ten może, jeśli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku, zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania. W przypadku gdy takie pytanie jest podniesione w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego, sąd ten jest zobowiązany wnieść sprawę do Trybunału. Jeżeli takie pytanie jest podniesione w sprawie zawisłej przed sądem krajowym dotyczącej osoby pozbawionej wolności, Trybunał stanowi w jak najkrótszym terminie.

<sup>887</sup> Por. wyrok C- 387/19 pkt 26 Legalis nr 2522942.

<sup>888</sup> *Ibidem*, pkt 27.

<sup>889</sup> *Ibidem*, pkt 28.

<sup>890</sup> *Ibidem*, pkt 29.

podkreślił również, że w ramach swobodnego uznania państwa członkowskie mogą postanowić, że wykonawca powinien z własnej inicjatywy przedstawić w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub składania oferty dowód podjęcia środków naprawczych, lub taki dowód może zostać przedstawiony po formalnym wezwaniu wykonawcy w tym zakresie przez instytucję zamawiającą, na późniejszym etapie postępowania. Celem art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24 jest zapewnienie, aby każdy oferent miał możliwość przedstawienia dowodów podjęcia środków naprawczych, w celu wykazania rzetelności oraz zapewnienia obiektywnej oceny wykonawców i skutecznej konkurencji. TSUE podkreślił, że cel ten może zostać osiągnięty na dowolnym etapie postępowania, jednakże przed decyzją o udzieleniu zamówienia publicznego. Kluczowe jest, aby wykonawca miał możliwość wskazania oraz zwrócenia się o zbadanie środków, które jego zdaniem pozwalają na usunięcie podstawy wykluczenia, która go dotyczy. Trybunał zwrócił uwagę na poszanowanie prawa do obrony, której integralną częścią jest prawo do bycia wysłuchanym, a która winna mieć zastosowanie zawsze, gdy organ administracyjny ma podjąć w stosunku do danej osoby niekorzystną decyzję, np. dotyczącą wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>891</sup>. W treści powyższego wyroku Trybunał podkreślił prawo ustawodawcy krajowego do upoważnienia instytucji zamawiających do określenia w dokumentach zamówienia, w jakim momencie postępowania wykonawca jest zobowiązany do złożenia dowodów self-cleaning. W przypadku nieokreślenia takich wymogów oferent ma prawo z własnej inicjatywy lub na wniosek zamawiającego złożyć dowody self-cleaning, na dowolnym etapie postępowania, jednakże przed decyzją o udzieleniu zamówienia publicznego. Jeżeli wykonawca samodzielnie nie przedstawi dowodów self-cleaning, zamawiający zobowiązany będzie do wezwania go do tego. Jak podkreślił Trybunał, instytucja self-cleaning to prawo wykonawcy do wykazania podjętych środków naprawczych, a podstawowym prawem wykonawcy jest prawo do obrony, prawo do bycia wysłuchanym<sup>892</sup>, które państwa członkowskie powinny zagwarantować przy transpozycji wspomnianej dyrektywy.

Polski ustawodawca implementując dyrektywę klasyczną w zakresie określenia warunków dotyczących self-cleaning, ograniczył się co do zasady do powielenia postanowień art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej, przez co nie uregulował zasad, na jakich

---

<sup>891</sup> Por. pkt 34; wyrok z dnia 20 grudnia 2017 r., *Prequ' Italia*, C-276/16, (EU:C:2017:1010), pkt 45, 46 i przytoczone tam orzecznictwo.

<sup>892</sup> *Ibidem*, pkt 45, 46.

wykonawcy składają dowody self-cleaning. Analizując postanowienia treści formularza JEDZ, zgodnie z którymi, w przypadku odpowiedzi twierdzącej w zakresie podstaw wykluczenia oferent musi odnieść się do przedsięwziętych środków, nasuwa się wniosek, że poza opisaniem podjętych środków, na tym etapie postępowania, oferent nie ma obowiązku załączania dowodów self-cleaning. Opierając się na orzeczeniu w sprawie C-387/19 – jeżeli wykonawca z własnej inicjatywy nie przedłoży dowodów self-cleaning, obowiązkiem zamawiającego będzie wezwanie go do przekazania takich dowodów, w terminie określonym przez zamawiającego. W tym celu zamawiający zobowiązany będzie do wezwania wykonawcy na mocy art. 128 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania<sup>893</sup>. Niewątpliwie, oświadczenie wykonawcy przedstawione w formularzu JEDZ, dotyczące podjętych czynności naprawczych i opis przedsięwziętych środków, a następnie dowody potwierdzające podjęcie kroków, których celem jest self-cleaning, mieszczą się w kategorii oświadczeń i dokumentów o niepodleganiu wykluczeniu, o jakim mowa w art. 125–126 ustawy Pzp<sup>894</sup>.

Wyjaśnienie i uzupełnienie oświadczeń oraz dowodów self-cleaning będzie niezwykle pomocne przy realizacji prawa wykonawcy do self-cleaning, zwłaszcza w przypadku fakultatywnych podstaw wykluczenia<sup>895</sup>. Stanowisko odmienne nie będzie przyczyniało się do budowy „stosunku zaufania”, wskazanego w wyroku C-41/18, Meca, któremu służyć ma ze strony wykonawcy wdrożenie i przedstawienie procedury self-cleaning, a ze strony zamawiającego jej zrozumienie i ocena. Nie daje się ono również

---

<sup>893</sup> Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie podkreśla wynikającą z przepisów dyrektywy klasycznej konieczność umożliwienia wykonawcy przedstawienia dowodów, że przedsięwziął skuteczny self-cleaning, tj. dowodów, iż nie podlega wykluczeniu np. wyrok TS z 11.06.2020 r., C-472/19 Vert Marine SAS przeciwko Premier ministre i Ministre de l'Économie et des Finances, (EU:C:2020:468); A. Kowalczyk, A. Sołtysińska, *Instytucja self-cleaning w zamówieniach...*, s.16.

<sup>894</sup> *Ibidem*.

<sup>895</sup> Por. np. wyroki KIO: z 8.12.2017 r., KIO 2443/17, LEX nr 2419559; z 20.12.2016 r., KIO 2335/16, LEX nr 2188475.



pogodzić z zasadami ogólnymi prawa Unii, tj. prawem do obrony i prawem do bycia wysłuchanym, podkreślanymi w wyroku C-387/19, RTS<sup>896</sup>.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w wyznaczonym terminie, oferent zobowiązany jest do złożenia dowodów self-cleaning. Dopiero ich niezłożenie lub negatywna ocena w zakresie wykazania rzetelności, będą uprawniały zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W doktrynie wskazuje się, w odniesieniu do wykazania przesłanek pozwalających na odstąpienie od wykluczenia, że brak dowodu złożonego w odpowiednim terminie należy interpretować na niekorzyść wykonawcy<sup>897</sup>.

Podsumowując te rozważania, udzielenie odpowiedzi na powyżej postawione pytania badawcze prowadzi do wniosku, że brak regulacji w ustawie Pzp co do sposobu i terminu złożenia dowodów self-cleaning skutkuje koniecznością stosowania procedur wskazanych w dyrektywach. Zgodnie z wykładnią art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE przedstawioną w wyroku C-387/19 wykonawca może samodzielnie z własnej inicjatywy lub na wniosek zamawiającego, na dowolnym etapie postępowania, jednak przed udzieleniem zamówienia, przekazać zamawiającemu dowody potwierdzające przeprowadzenie procedury self-cleaning.

Z uwagi na powyższe, wydaje się (odmiennie od wyżej przedstawionej linii orzeczniczej, zgodnie z którą dowody self-cleaning muszą zostać złożone łącznie z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), że nie jest zasadne działanie zamawiającego polegające na wykluczeniu z postępowania podmiotu, jeżeli ten nie złożył łącznie z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i formularzem JEDZ – potwierdzającym i opisującym przeprowadzenie self-cleaning – dowodów na przeprowadzenie tej procedury. Działanie takie narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wobec braku szczegółowej regulacji prawnej co do terminu złożenia dowodów self-cleaning oraz wskazania z czyjej inicjatywy winny one zostać złożone, brak jest uzasadnienia dla odmiennego traktowania oferentów, którzy dowody potwierdzające wdrażanie self-cleaning złożą w innych terminach, z własnej inicjatywy lub na wniosek zamawiającego, jednak przed decyzją zamawiającego o udzieleniu zamówienia. Powyższe okoliczności dotyczące złożenia dowodów self-cleaning należy uznać za porównywalne.

---

<sup>896</sup> A. Kowalczyk, A. Sołtysińska, *Instytucja self-cleaning w zamówieniach...*, s. 16.

<sup>897</sup> Wyrok KIO z 1.06.2015 r. KIO 758/15 Legalis nr 1327064; R. Szostak, *Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 1, s. 118; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 419.

#### 4.4. Przesłanki zastosowania procedury self-cleaning

Stosownie do treści art. 110 ust. 2 ustawy Pzp warunkiem skutecznego przeprowadzenia procedury self-cleaning jest udowodnienie zamawiającemu, że wykonawca łącznie spełnił następujące przesłanki: naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym oraz podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, stosownie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, do których w szczególności należy zaliczyć działania, takie jak: zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, zreorganizowanie personelu, wdrożenie systemu sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, wprowadzenie wewnętrznych regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Dla właściwego przeprowadzenia procedury self-cleaning konieczne będzie przedstawienie przez oferenta dowodów potwierdzających, że środki, które podjął, są wystarczające do stwierdzenia jego rzetelności<sup>898</sup>.

Istotne jest, że działania wskazane w ustawie są wystarczające dla wykazania rzetelności wykonawcy, a on sam nie ma już obowiązku podejmowania innych, ponad te wymienione w przepisie<sup>899</sup>. Katalog środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych określonych w ustawie stanowi jedynie wyliczenie przykładowe i nie oznacza zakazu podejmowania przez wykonawcę działań innych, dodatkowych, ponad te określone w ustawie, których celem będzie wykazanie rzetelności wykonawcy<sup>900</sup>. Inicjatywa w tym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy.

---

<sup>898</sup> J. Jarnicka [w:] M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 337.

<sup>899</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 414–415.

<sup>900</sup> J. Jarnicka [w:] M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 336–337.

#### 4.4.1. Naprawienie szkody lub zobowiązanie się do jej naprawienia

Pierwszą z powyższych przesłanek self-cleaning wykonawcy, warunkującą uznanie wykonawcy za wiarygodnego<sup>901</sup>, wskazaną w art. 110 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest naprawienie szkody, lub zobowiązanie się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym działaniem, w tym przez zadośćuczynienie pieniężne.

W prawie zamówień publicznych nie została sformułowana definicja naprawienia szkody. Zatem w oparciu o art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, naprawienie szkody należy rozpatrywać w kontekście regulacji zawartej w Kodeksie cywilnym. Zgodnie z art. 363 KC<sup>902</sup> wskazać należy, że szkoda może zostać naprawiona albo poprzez przywrócenie stanu poprzedniego (restytucja naturalna) albo poprzez zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej (rekompensata). Obie formy realizują funkcję kompensacyjną odszkodowania i są wobec siebie równoważne. Ich celem jest naprawienie w dobrach i interesach poszkodowanego skutków wyrządzonej szkody i przywrócenie stanu, który istniałby, gdyby szkoda nie nastąpiła. Pamiętać jednak należy, że nie można odwrócić faktycznego przebiegu zdarzeń, co najwyżej można wyeliminować niektóre ich skutki<sup>903</sup>.

Zakres zastosowania regulacji dotyczącej naprawienia szkody jest bardzo szeroki. Obejmuje wszystkie przypadki naprawienia szkody w ramach odpowiedzialności kontraktowej i odpowiedzialności deliktowej oraz uszczerbków majątkowych, jak i niemajątkowych, jeżeli system prawny nie zawiera odmiennych regulacji<sup>904</sup>.

---

<sup>901</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 356.

<sup>902</sup> Art. 363 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. [Naprawienie szkody]

§ 1. *Naprawienie szkody powinno nastąpić, według wyboru poszkodowanego bądź przez przywrócenie stanu poprzedniego, bądź przez zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej. Jednakże, gdyby przywrócenie stanu poprzedniego było niemożliwe albo gdyby pociągało za sobą dla zobowiązanego nadmierne trudności lub koszty, roszczenie poszkodowanego ogranicza się do świadczenia w pieniądzu.*

§ 2. *Jeżeli naprawienie szkody ma nastąpić w pieniądzu, wysokość odszkodowania powinna być ustalona według cen z daty ustalenia odszkodowania, chyba że szczególne okoliczności wymagają przyjęcia za podstawę cen istniejących w innej chwili.*

<sup>903</sup> Zob. E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 10, Warszawa 2021.

<sup>904</sup> A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz T. III, Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 2, Warszawa 2014.

Jako równorzędne z naprawieniem szkody traktowane jest również zobowiązanie się wykonawcy do naprawienia szkody. Zobowiązanie takie może przybrać różne postacie, jednak najodpowiedniejszą wydaje się uznanie długu poprzez umowę zawartą pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, gdzie strony ustalają, że pomiędzy nimi istnieje dług o konkretnej wysokości i określonym terminie płatności (uznanie właściwe). Uznanie to zawiera oświadczenie woli podmiotu zobowiązanego, w którym zobowiązany potwierdza swój obowiązek i ponownie zobowiązuje się do jego realizacji<sup>905</sup>. Za umowę uznania długu należy również uznać ugodę, która zgodnie z art. 917 KC obejmuje sytuację, w której strony czynią wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego, aby uchylić niepewność co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonanie albo by uchylić spór istniejący lub mogący powstać. W piśmiennictwie, w odniesieniu do przypadków poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, w ramach działań pozwalających na przeprowadzenie self-cleaning dopuszcza się możliwość przedłożenia ugody zobowiązującej do zapłaty odszkodowania w przyszłości<sup>906</sup>.

Zwrócić należy uwagę na użyte przez ustawodawcę określenie „zobowiązał się”, które obejmuje te zachowania wykonawcy, z których wynika świadomość istnienia długu oraz obowiązku jego zapłaty. Nie będzie stanowiła zatem zobowiązania się do naprawienia szkody np. prośba o prolongatę zadłużenia, czy prośba o rozłożenie na raty należnej do zapłaty kwoty, ponieważ, jako oświadczenie wiedzy<sup>907</sup> (uznanie niewłaściwe), nie wywołuje ona skutku zobowiązującego, wymaganego przez ustawodawcę<sup>908</sup>.

W celu przeprowadzenia skutecznego self-cleaning wykonawca winien m.in. wykazać zamawiającemu, że naprawił wszystkie szkody, które zostały spowodowane przestępstwem, wykroczeniem lub innym nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy. Wykazanie to winno nastąpić poprzez dostarczenie stosownych dowodów potwierdzających, że wykonawca zrekompensował wszystkie szkody powstałe w wyniku

---

<sup>905</sup> Por. P. Machnikowski [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, komentarz do art. 123, Nb. 13; H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 415.

<sup>906</sup> J. Masztalerz, J. Kola, *Self-cleaning w kontekście poważnego wykroczenia zawodowego wykonawcy*, „Zamawiający” 2015, nr 9 (styczeń–luty), s. 42; M. Marciniak, *Instytucja self-cleaningu w kwalifikacji podmiotowej wykonawców*, „Zamawiający” 2016, nr 18 (lipiec–sierpień), s. 42; M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 356.

<sup>907</sup> Por. P. Machnikowski [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz...*, Nb. 13.

<sup>908</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 415.

przestępstwa lub wykroczenia lub poprzez dostarczenie dowodów potwierdzających, że zobowiązał się on do rekompensaty powstałej szkody<sup>909</sup>.

W świetle treści przepisów prawa zamówień publicznych pojawia się również pytanie, czy zapłata odszkodowania dotyczy wyłącznie szkody, która nie jest sporna, czy też takich sporów, które nie zostały stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądowym. Wydaje się uzasadnionym przyjęcie stanowiska, że w przypadku braku prawomocnego wyroku sądowego może zostać zawarte porozumienie pomiędzy stronami sporu, w którym postanowią one, że wysokość odszkodowania zostanie uzależniona od przyszłego orzeczenia sądu. Podkreśla się jednak, iż rozwiązanie takie może być stosowane wyłącznie w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania, ponadto nie zawsze może oznaczać gotowość do odcięcia się w przyszłości przez wykonawcę od działań niepożądanych<sup>910</sup>.

W przypadku niezakończonego sporu, co do obowiązku zapłaty rekompensaty, przepisy ustawy Pzp nie wskazują właściwego sposobu rozwiązania. Trudno oczekiwać od wykonawcy naprawienia szkody, za którą nie uważa się on odpowiedzialny, jednakże z drugiej strony, okoliczność sporu może być traktowana jako obciążenie dla wykonywania przyszłych zobowiązań<sup>911</sup>.

Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie C-41/18<sup>912</sup> wypowiedział się za dopuszczalnością oceny dokonanej przez zamawiającego co do istnienia podstaw wykluczenia również w wypadku, gdy wszczęta została procedura sądowej kontroli poprawności poprzedniego zachowania wykonawcy. Wskazywałoby to na konieczność stosowania czynności w ramach self-cleaning, także wtedy, gdy oferent pozostaje w sporze wobec wykonania wcześniejszej umowy w prawie zamówienia publicznego lub koncesji<sup>913</sup>.

Spełnienie powyższych okoliczności łącznie z innymi przesłankami self-cleaning jest niezbędne do wykazania rzetelności wykonawcy. Brak przedstawienia przez wykonawcę stosownych dowodów potwierdzających naprawienie szkody lub

---

<sup>909</sup> Por. wyrok z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17 *Vossloh Laeis GmbH przeciwko Stadtwerke München GmbH*, (ECLI:EU:C:2018:855), pkt 30.

<sup>910</sup> R. Caranta, S. Richetto, *On Self-Cleaning* [w:] *Qualification, Selection, and Exclusion in EU Procurement*, eds. M. Burgi, M. Trybus, S. Treumer, Copenhagen 2016, s. 276; M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 356.

<sup>911</sup> *Ibidem*.

<sup>912</sup> Wyrok z 19.06.2019 r., C-41/18, *Meca Srl v. Commune di Napoli* (ECLI:EU:C:2019:507) pkt 43.

<sup>913</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 356.

zobowiązania się do naprawienia szkody, albo dostarczenie zamawiającemu dowodów niekompletnych, wybiórczych, nie będzie stanowiło potwierdzenia rzetelności wykonawcy. Co więcej, będzie zaprzeczeniem spełnienia kolejnej z wymaganych przesłanek self-cleaning – aktywnej współpracy wykonawcy z zamawiającym, w zakresie wyjaśnienia okoliczności i faktów związanych z przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy oraz spowodowanymi przez nie szkodami<sup>914</sup>.

W kontekście oceny powyższych przesłanek self-cleaning pod kątem zasady równego traktowania wykonawców zauważyć należy, iż w pewnych okolicznościach działanie wykonawcy zgodne z przepisem art. 110 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp może prowadzić do jej naruszenia. O ile naprawienie szkody jest okolicznością, która już miała miejsce, a jej zaistnienie może zostać potwierdzone dowodem, o tyle zobowiązanie do naprawienia szkody jest okolicznością przyszłą i niepewną. Samo zobowiązanie się nie powinno świadczyć o rzetelności wykonawcy. Poszkodowany nie wie, jak, kiedy i na jakich zasadach szkoda zostanie naprawiona. Zobowiązanie to oświadczenie co do czynności, która ma nastąpić w przyszłości, więc trudno mówić o udowodnieniu, że dojdzie do jej naprawienia. Jako okoliczność realną można stwierdzić jedynie złożenie zobowiązania do naprawienia szkody, ale nie udowodnienie, że do naprawienia dojdzie. Oczywiście, okoliczność złożenia zobowiązania w świetle przepisów prawa zamówień publicznych oraz dyrektywy klasycznej jest wystarczająca dla spełnienia tej przesłanki self-cleaning, jednakże w kontekście zasady równego traktowania wykonawców można rozważyć, czy w ramach oceny według takiej samej miary okoliczności, w których nastąpiło naprawienie szkody oraz zobowiązanie się do jej naprawienia, nie mamy do czynienia z porównywaniem odmiennych stanów faktycznych. Ustawodawca nie dokonał rozróżnienia, iż należy oceniać według takiej samej miary wyłącznie naprawienie szkody a odrębnie oceniać okoliczności, w których wykonawcy zobowiązali się do naprawienia szkody, zrównując w ocenie obie te sytuacje. Uzasadnionym wydaje się stanowisko, że obecne brzmienie art. 110 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może sprzyjać naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców.

---

<sup>914</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 415.

#### 4.4.2. Wyjaśnienie faktów i okoliczności

Przesłanka self-cleaning, o której mowa w art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zakłada, że wykonawca musi wyczerpująco wyjaśnić fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania lub zamawiającym.

Przez wyjaśnienie istotnych faktów i zaistniałych okoliczności należy uznać kompleksowe i niezwłoczne oraz w pełni aktywne działania podjęte przez wykonawcę, których celem będzie wyjaśnienie nieprawidłowości oraz ustalenie kręgu osób odpowiedzialnych za ich zaistnienie. Jeżeli wykonawca nie podejmie odpowiednich kroków w celu wyjaśnienia i zapobiegnięcia w przyszłości tym nieprawidłowościom, może to stanowić podstawę do uznania go za niewiarygodnego, jak również stwarzać podstawę do przypuszczeń o prawdopodobnym powtórzeniu się takich samych lub podobnych nieprawidłowości<sup>915</sup>.

Wykonawca winien również aktywnie, zatem z własnej inicjatywy, dobrowolnie i samodzielnie, współpracować odpowiednio z właściwymi organami ścigania lub organami administracyjnymi, jak i zamawiającym, np. w przypadku wykluczenia związanego z nienależytym wykonaniem zawartej już umowy<sup>916</sup>. Musi więc być gotowy do wzięcia odpowiedzialności za swoje nieprawidłowe postępowanie. Próba uniknięcia przez niego odpowiedzialności może być postrzegana jako zaprzeczenie jego rzetelności. Stwierdzenia tego nie podważa również fakt, iż udzielenie przez wykonawcę wyczerpujących wyjaśnień co do zaistniałych faktów i okoliczności znacznie ułatwiłoby dochodzenie zamawiającemu roszczeń z tytułu odpowiedzialności cywilnej<sup>917</sup>.

Sformułowanie „odpowiednio” należy rozumieć jako współpracę w zakresie kompetencji poszczególnych organów, natomiast „właściwe organy” to podmioty powołane do wyjaśnienia przestępstwa, wykroczenia lub innego nieprawidłowego postępowania, które jest zarzucane wykonawcy. W zależności od okoliczności dotyczących konkretnego przypadku, właściwymi organami będą Prokuratura, Policja, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Żandarmeria

---

<sup>915</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Düsseldorfie z 9.04.2003 r. VII-Verg 66/02; Wyrok Sądu Regionalnego w Berlinie z 22.03.2006 r. 23 O 118/04.

<sup>916</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 355.

<sup>917</sup> Por. wyrok w sprawie *Vossloh*, pkt 30.

Wojskowa, Straż Graniczna, Najwyższa Izba Kontroli, Służba Celno-Skarbowa, Państwowa Inspekcja Pracy, Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Inspekcja Ochrony Środowiska, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz inne organy, których zadaniem jest przeprowadzenie dochodzenia w zakresie przestępstwa, wykroczenia lub nieprawidłowego postępowania wykonawcy<sup>918</sup>. Aktywna współpraca podjęta przez wykonawcę musi doprowadzić do wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności związanych z popełnionym przez niego przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym zachowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami<sup>919</sup>.

#### 4.4.3. Środki techniczne, organizacyjne i kadrowe

Kolejnym, niezbędnym elementem procedury self-cleaning, określonym w art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest podjęcie przez wykonawcę konkretnych środków technicznych, organizacyjnych lub kadrowych, odpowiednich do zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowościom. Ustawodawca, opierając się na motywie 102 preambuły<sup>920</sup> do Dyrektywy 2014/24/UE, wskazał przykładowy, otwarty katalog działań, które wykonawca winien wdrożyć w ramach podejmowanych środków technicznych, organizacyjnych lub kadrowych. Ustawodawca wskazał na środki kadrowe, do których w szczególności zaliczył działania, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy oraz zreorganizowanie personelu, na środki organizacyjne i techniczne, do których zaliczył działania polegające na wdrożeniu systemu sprawozdawczości i kontroli, wprowadzeniu regulacji w zakresie audytu wewnętrznego, dotyczących monitorowania przestrzegania

<sup>918</sup> Por. wyrok w sprawie *Vossloh*, pkt 23 i 25.

<sup>919</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 415–416.

<sup>920</sup> *Należy jednak uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. Środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być już wykluczany jedynie ze wspomnianych względów. Wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak to państwu członkowskim należy pozostawić określenie szczegółowych warunków proceduralnych i merytorycznych mających zastosowanie w takich przypadkach. Państwa członkowskie powinny w szczególności mieć swobodę w decydowaniu, czy zezwolić poszczególnym instytucjom zamawiającym na przeprowadzanie stosownych ocen, czy też powierzyć to zadanie innym organom na szczeblu centralnym lub niższym.*



wewnętrznych regulacji lub standardów oraz przepisów, a także wprowadzeniu wewnętrznych regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie wewnętrznych regulacji, standardów i przepisów. Środki te, wskazane jako przykładowe, nie stanowią wyczerpującego katalogu działań, które winien podjąć wykonawca. Przedstawiają proponowane działania naprawcze, modyfikujące struktury przedsiębiorstwa w oparciu o wzmocnienie procedur jakościowych<sup>921</sup>. Nie muszą one zostać wdrożone przez dany podmiot w pełnym zakresie. Wykazanie rzetelności wykonawcy to działania podejmowane przez niego, uzależnione od danego przypadku i dostosowane do okoliczności<sup>922</sup>.

Przeprowadzone przez wykonawcę wewnętrzne dochodzenie lub kontrola winny doprowadzić do zidentyfikowania przyczyn, skutków i zakresu nieprawidłowości. Skutkować muszą sformułowaniem wniosków, zaleceń co do możliwości i sposobów usunięcia zidentyfikowanych problemów oraz określeniem metod i narzędzi do ich usunięcia, w taki sposób, aby wyeliminować możliwość ich wystąpienia w przyszłości<sup>923</sup>.

#### 4.4.3.1. Środki techniczne

W ramach konkretnych środków technicznych, o których mowa z art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy rozumieć wprowadzenie wszelkiego rodzaju narzędzi, procedur kontroli, rozwiązań technicznych, których celem będzie zapobieganie w przyszłości dalszym nieprawidłowościom, jakie zostały spowodowane wadami wyrobu, produktu, obiektu budowlanego lub świadczonej usługi, a także powstałych w procesie produkcji. Obowiązek taki może dotyczyć przypadków, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2, 5 i 7 ustawy Pzp, w zakresie naruszeń przepisów związanych z ochroną środowiska lub zobowiązań umownych. Przykładowo jako konkretne środki techniczne można wskazać: zastosowanie w procesie produkcji nowych materiałów lub nowej technologii, wyposażenie zakładu w nowe narzędzia, nowoczesne urządzenia techniczne, wprowadzenie urządzeń służących kontroli jakości lub przeprowadzenie badań laboratoryjnych, służących ocenie jakości produkcji<sup>924</sup>.

---

<sup>921</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 356.

<sup>922</sup> *Ibidem*.

<sup>923</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 416–417.

<sup>924</sup> *Ibidem*, s. 420.

Wykonawca w ramach środków technicznych może podjąć również dalej idące działania mające przełożenie również na jego wizerunek na rynku jako podmiotu inwestującego w rozwój, poprawę działania i dbałość o jakość produktów i usług, poprzez wdrożenie procedury systemu zarządzania jakością ISO 9001, zgodnie z międzynarodową normą PN-EN ISO 9001:2015. Norma ta określa wymagania, które powinien spełnić system zarządzania jakością w organizacji. Do głównych wymagań normy ISO 9001 należą m.in.: wprowadzenie nadzoru nad dokumentacją i zapisami, zaangażowanie kierownictwa w budowanie systemu zarządzania jakością, usystematyzowanie zarządzania zasobami, ustanowienie procesów realizacji wyrobu, dokonywanie systematycznych pomiarów (zadowolenia klienta, wyrobów, procesów)<sup>925</sup>.

W ramach środków technicznych związanych z ochroną środowiska wykonawca może wdrożyć kompleksowe rozwiązania w tym obszarze i uzyskać rejestrację w Systemie ekzarządzania i audytu EMAS<sup>926</sup>. Rejestracja taka oznacza spełnienie przez organizację najbardziej rygorystycznych wymagań w zakresie ochrony środowiska, a także potwierdzenie prowadzenia działalności zgodnie z ideą zrównoważonego rozwoju, przypieczętowane certyfikatem przyznawanym przez Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska<sup>927</sup>.

System ekzarządzania i audytu EMAS stanowi narzędzie tworzenia w organizacjach kultury zrównoważonego rozwoju oraz efektywnego zarządzania dostępnymi zasobami i energią. Wymagania systemu dają wytyczne, wskazówki, dzięki którym organizacje porządkują obowiązki w zakresie ochrony środowiska, optymalizują ponoszone koszty i efektywnie zarządzają energią i zasobami. System ekzarządzania i audytu EMAS to także wiarygodny sposób raportowania oddziaływań organizacji na środowisko, który ułatwia prowadzenie otwartego dialogu z zainteresowanymi stronami<sup>928</sup>.

---

<sup>925</sup> Por. E. Czernyszewicz, *System zarządzania jakością w organizacji funkcjonowanie, doskonalenie, dokumentowanie*, Lublin 2013; S. Ziółkowski, *Systemy zarządzania jakością w małych i średnich firmach: vademecum menedżera jakości*, Warszawa 2007; M. Lewandowski, I. Ochyra, D. Konkolewska, *Audit wewnętrzny według norm ISO – planowanie, realizacja, dokumentowanie i ocena*, Warszawa 2011.

<sup>926</sup> System ekzarządzania i audytu EMAS (ang. EcoManagement and Audit Scheme) to unijny system certyfikacji środowiskowej, który funkcjonuje w oparciu o Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekzarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS).

<sup>927</sup> Por. A. Matuszak-Flejszman, *System ekzarządzania i audytu (EMAS) w organizacji*, Poznań 2019; A. Pacana, *System EMAS*, Rzeszów 2015.

<sup>928</sup> <https://www.gov.pl/web/gdos/o-emas> (dostęp 5.04.2022).

#### 4.4.3.2. Środki kadrowe

Procedura self-cleaning dla swej skuteczności będzie wymagała od wykonawcy podjęcia odpowiednich środków kadrowych. Ich celem powinno być niedopuszczenie do dalszych nieprawidłowych zachowań konkretnych osób, które są pracownikami wykonawcy albo pracujących dla wykonawcy lub dla podmiotów powiązanych z wykonawcą, których nieprawidłowe zachowanie stało się podstawą do zaistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania. W stosunku do osób będących pracownikami wykonawcy, lub świadczących pracę na podstawie umowy zlecenia czy dzieła lub innej umowy cywilnej, którzy zostali skazani za przestępstwo lub wykroczenie albo ponoszą odpowiedzialność za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, właściwym a zarazem odpowiednim środkiem będzie rozwiązanie z danymi osobami stosunku pracy lub zawartych umów cywilnych oraz zaprzestanie z nimi jakiegokolwiek dalszej współpracy<sup>929</sup>. Poprzez takie działania oferent może udowodnić, że nie współdziała już z żadną z osób naruszających prawo. Możliwe są także metody polegające na przesunięciu pracowników na inne, mniej odpowiedzialne stanowiska<sup>930</sup>.

Ważnym elementem self-cleaning jest również wdrożenie rozwiązań, tzw. środków naprawczych, które będą chronić wykonawcę w przyszłości przed możliwością wystąpienia naruszeń prawa a także wprowadzenie procedur postępowania, z przewidzianymi sankcjami za ich naruszenia. Środki takie w szczególności mogą obejmować szkolenia pracowników w zakresie różnych dziedzin prawa. Dobrym rozwiązaniem może być również wprowadzenie odpowiednich polityk: systemu zgodności, systemu tzw. dobrych wzorców, systemu zasad i przepisów określającego wymogi i zachęty stawiane pracownikom i kadrze kierowniczej (ang. compliance)<sup>931</sup>. Nie

<sup>929</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Düsseldorfie z 28.07.2005 r., VII – Verg 42/05.

<sup>930</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.) *Prawo zamówień publicznych...*, s. 415–418.

<sup>931</sup> M. Kania, *Rola zamówień publicznych w kontekście geostrategii i wyzwań współczesności* [w:] *Dziś i jutro w zamówieniach publicznych XII Konferencja Naukowa 7–8 października 2019 r. Olsztyn*, red. M. Lemonnier, H. Nowak, Warszawa 2019, s. 77–78; szerzej zob. np. Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for EU's Next Steps in Procurement*, "Procurement Law Journal" 2019, no. 2; K.M. Manuel, *Debarment and Suspension of Government Contractors: An Overview of the Law Including Recently Enacted and Proposed Amendments*, Congressional Research Service, (Nov. 19, 2008) <https://sgp.fas.org/crs/misc/RL34753.pdf> (dostęp 18.03.2020); M. Gac, *Programy zgodności z prawem konkurencji – efektywny mechanizm w tworzeniu europejskiej kultury compliance*, "internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny" 2012, nr 2(1), s. 58; Dokument Komisji Europejskiej z listopada 2011 r., *Compliance Matters. What companies can be better to respect EU competition rules*, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/compliance\\_matters\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/compliance_matters_en.pdf) (dostęp 23.03.2020); J. Kondraciuk, *Praktyczne aspekty wdrożenia compliance w BSH-PL*, listopad 2011 (prezentacja); M. Nyc-Zimny, *Z problematyki tzw. samoczyszczenia...*, s. 112; M. Kozak, *Programy compliance jako narzędzie skutecznego wdrażania prawa konkurencji – metoda kija i marchewki?*

istnieje jedna, właściwa definicja systemu zgodności. Definicja stworzona na podstawie dokumentu ramowego wydanego 10 lutego 2012 r. przez francuską Autorité de la concurrence<sup>932</sup> zakłada, że programy zgodności są instrumentami, dzięki którym podmioty gospodarcze mogą uniknąć naruszeń prawa związanego z ich działalnością, w tym przepisów związanych z ochroną konkurencji. Opierają się zarówno na środkach informacyjnych, zmierzających do stworzenia kultury zgodności (szkolenia, praca nad świadomością), ale również na środkach operacyjnych (np. poprzez ujawnienie informacji, systemów audytu czy doradztwa). Środki te stanowią niezbędną pomoc dla przedsiębiorców, a ich celem jest zapobieganie, wykrywanie i rozwiązywanie przypadków potencjalnego naruszenia prawa. Zasady compliance przyjmowane są przez przedsiębiorców dobrowolnie. Ich głównym celem jest eliminacja ryzyka poprzez zapewnienie zgodności postępowania przedsiębiorców z zasadami, które wynikają z obowiązujących przepisów prawa, niejednokrotnie również z zasadami etyki<sup>933</sup>.

Chociaż nie istnieje jeden model właściwego stosowania systemu compliance, to możliwe jest wskazanie kilku elementów niezbędnych do uznania go za skuteczny. Kształt takiego systemu zależy będzie każdorazowo od wielu czynników charakterystycznych dla danego wykonawcy, takich jak intensywność zidentyfikowanego naruszenia, jego czas, skutek finansowy, wielkość przedsiębiorstwa, przedmiot prowadzonej działalności, struktura grupy kapitałowej, obszar geograficzny prowadzonej działalności i wiele innych. Bez względu jednak na powyższe, można wskazać pewne wytyczne, pomocne dla zainicjowania prac mających na celu zapewnienie systemu compliance w danym przedsiębiorstwie. Punktem wyjścia jest podjęcie działań w kierunku przeprowadzenia tzw. analizy compliance. Powinna ona obejmować m.in. takie działania, jak: identyfikację ryzyk, korelację pomiędzy ryzykami a celami i procesami biznesowymi organizacji, zdefiniowanie środków zaradczych (jakie należy podjąć, aby w przyszłości wyeliminować lub ograniczyć możliwość zaistnienia określonych ryzyk czy nieprawidłowości), ocenę prawidłowości procedur funkcjonujących w organizacji, analizę i poprawę środowiska etycznego w organizacji.

---

[https://www.lpkpk.wz.uw.edu.pl/working\\_papers/Kozak\\_Compliance.pdf](https://www.lpkpk.wz.uw.edu.pl/working_papers/Kozak_Compliance.pdf) (dostęp 23.03.2020); R. Majtan, *The self-cleaning Dilemma: Reconciling Competing Objectives of Procurement Process*, "George Washington International Law Review" 2013, vol. 45, no. 2, s. 347; H. Pünder, *Self-Cleaning: A Comparative Analysis* [w:] *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, ed. H. Pünder, H-J. Preiss, S. Arrowsmith, Köln 2009, s. 196.

<sup>932</sup> Dokument ramowy z 10.02.2012 o programach zgodności z zasadami konkurencji [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/stanard.php?id\\_rub=427](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/stanard.php?id_rub=427) (dostęp 23.03.2020).

<sup>933</sup> M. Kozak, *Programy compliance jako narzędzie...*, s. 4.

Dokument ten powinien zawierać wytyczne nie tylko skierowane w stosunku do działań wewnątrz przedsiębiorstwa, ale też dawać wskazówki co do odpowiedniej polityki kontraktowej wobec kontrahentów (np. klauzule umowne).

Po przeprowadzonej analizie kolejnym krokiem jest przystąpienie do opracowania wewnętrznych zasad, określanych powszechnie mianem kodeksu postępowania (*code of conduct*). Dokument ten powinien w ramach przedsiębiorstwa dawać wytyczne wskazujące pracownikom i kontrahentom, jakie zachowania są dopuszczalne, co jest zabronione i jakie są konsekwencje naruszenia. W dokumencie winny zostać określone i wyznaczone reguły i standardy postępowania w takich obszarach, jak wręczanie i przyjmowanie prezentów lub innych korzyści finansowych, przestrzeganie praw własności intelektualnej, unikanie konfliktu interesów, ochrona informacji poufnych, wykonywanie zobowiązań kontraktowych, zrównoważone wykorzystanie zasobów czy ochrona środowiska. Celem takich działań jest zmiana kultury organizacji, poprzez pozytywny wpływ na postawę i zachowanie ogółu pracowników, który oparty jest na wartościach<sup>934</sup>.

Kolejnym krokiem powinien być rozbudowany system szkoleń dla pracowników przedsiębiorstwa, ale też organizacja prewencji (*whistleblowing*) oraz odpowiedni system wykrywania i monitorowania nieprawidłowości (audyty). Jedynie system compliance obejmujący wszystkie wyżej wymienione elementy powinien stanowić wystarczający dowód wykazania wdrożenia u danego wykonawcy środków, które w rezultacie doprowadzą do jego self-cleaning<sup>935</sup>. Należą do nich w szczególności np. okresowa ocena ryzyka naruszeń prawa konkurencji, opracowanie jasnych i wyraźnych standardów i polityk, implementacja procedur kontrolnych w taki sposób, aby utrudnione było dokonanie naruszeń, przyporządkowanie właściwych środków i infrastruktury do programu, nadzór zarządu, wsparcie pracowników zarządzających wyższego szczebla, szkolenia i komunikacja, audyt oraz monitorowanie systemu zachęt, ochrona osób ujawniających naruszenia<sup>936</sup>.

---

<sup>934</sup> Por. M. Radu [w:] M. Müller-Wrede (Hrsg.), *GWB Vergaberecht Kommentar*, Köln 2016, s. 526; H. Nowak, M. Winiarz (red.) *Prawo zamówień publicznych...*, s. 417.

<sup>935</sup> W. Hartung, M. Bałąj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 588.

<sup>936</sup> J. Murphy, W. Kolasky, *The Role of Anti-Cartel Compliance Programmes in Preventing Cartel Behavior*, "Antitrust", Spring 2012, vol. 26, no. 2, s. 61; D. Geradin, *Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement: a reply to Wouter Wils*, "Journal of Antitrust Enforcement", October 2013, vol. 1(2), s. 325–346; M. Nyc-Zimny, *Z problematyki tzw. samoczyszczenia...*, s. 113.

Do kwestii usystematyzowania zarządzania ryzykiem braku zgodności oraz do stworzenia zunifikowanego systemu zarządzania ryzykiem braku zgodności odnosi się norma ISO 19600, która wskazuje na funkcje kontrolne i doradcze systemu compliance, oraz formułuje wytyczne w zakresie kształtowania, implementacji i zapewnienia skuteczności systemów zarządzania compliance (*Compliance Management Systems, CMS*)<sup>937</sup>.

Innym standardem, który wdraża systemowe podejście w kwestii przeciwdziałania szeroko pojętej korupcji, jest norma ISO 37001 System zarządzania działaniami antykorupcyjnymi (*Anti-Bribery Management Systems*)<sup>938</sup>. Stanowi ona wsparcie dla instytucji zainteresowanych systemowym zapobieganiem zjawisku korupcji. Ustanawia spójny system zarządzania antykorupcyjnego w organizacjach i instytucjach sektora publicznego i prywatnego. Norma ta, w przeciwieństwie do ISO 19600, podlega certyfikacji.

Legitymowanie się przez wykonawcę wdrożeniem normy ISO 37001 potwierdzone stosownym certyfikatem będzie świadczyć o podjęciu przez niego działań w ramach self-cleaning.

#### **4.4.3.3. Środki organizacyjne**

Ustawodawca wskazuje również na obowiązek podjęcia przez wykonawcę, który chce dokonać self-cleaning, konkretnych środków organizacyjnych. Ich celem powinno być usunięcie w wewnętrznych procedurach wykonawcy wad, które doprowadziły do zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Znaczna część takich środków będzie wdrażana w ramach systemu compliance<sup>939</sup>, i będzie dotyczyła wprowadzenia lub dokonania zmian w systemie sprawozdawczości i kontroli oraz w utworzeniu lub ulepszeniu struktury audytu wewnętrznego, a także monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Środki organizacyjne to również środki zapobiegawcze, prewencyjne, których wprowadzenie powinno być dostosowane do okoliczności konkretnego przypadku i mieć ekonomiczne uzasadnienie. Trudno np. żądać od małego przedsiębiorcy, aby ten wprowadził kosztowny dział audytu wewnętrznego. Oczekiwanie takiego rozwiązania od

---

<sup>937</sup> <http://instytutcompliance.pl/infoserwis/iso/iso19600> (dostęp 24.03.2020).

<sup>938</sup> [https://ppbw.pl/wp-content/uploads/2019/07/2734c4\\_ab5a2b69555c4b68ba79a09b621a431e.pdf](https://ppbw.pl/wp-content/uploads/2019/07/2734c4_ab5a2b69555c4b68ba79a09b621a431e.pdf) (dostęp 24.03.2020).

<sup>939</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 416–417.

oferenta mogłoby pozostawać w sprzeczności z zasadą proporcjonalności. W przypadku małych i średnich przedsiębiorstw odpowiednim rozwiązaniem organizacyjnym mogłoby być wprowadzenie wewnętrznej procedury kontroli, na zasadzie „dwóch par oczu”<sup>940</sup>.

Podsumowując powyższe rozważania w kontekście zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, i podtrzymując dotychczasowe wątpliwości dotyczące możliwości naruszenia przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców przy ocenie dokonanej poprzez zastosowanie takiej samej miary do naprawienia wyrządzonej szkody oraz do zobowiązania się wykonawcy do jej naprawienia, zauważyć należy, iż stosowanie przepisu art. 110 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z jego literalnym brzmieniem może w pewnych okolicznościach prowadzić do naruszenia powyższych zasad. Co więcej, może również prowadzić do naruszenia zasady proporcjonalności. Naruszenie takie może mieć miejsce w związku z koniecznością łącznego spełnienia przesłanek self-cleaning określonych w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, niezależnie od przesłanki stanowiącej podstawę wykluczenia. Wymóg łącznego spełnienia przesłanek self-cleaning może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca zobowiązany jest do podjęcia nadmiarowych środków naprawczych, nie adekwatnych do popełnionych przez niego negatywnych czynów<sup>941</sup>. Przykładem może być konieczność wypełnienia przesłanki self-cleaning polegającej na zapłacie odszkodowania lub zobowiązania się do jego zapłaty w sytuacji, w której wobec wykonawcy nie wystąpiono z takim roszczeniem. W przypadku gdy oferent nie wyrządził swoim działaniem szkody, trudno wymagać, aby naprawił on lub zobowiązał się do naprawienia nieistniejącej szkody. Jednakże chcąc przeprowadzić skuteczne self-cleaning, taki wymóg oferent zobowiązany jest spełnić, zgodnie z literalną treścią przepisu. W niektórych okolicznościach, dla osiągnięcia celu naprawczego lub prewencyjnego, wystarczające może być jedynie wprowadzenie zmian organizacyjnych albo kadrowych bądź technicznych, bez konieczności ich łącznego spełnienia. Jeśli wykonawcy nie zarzucono naruszeń w sferze technicznej, a utrata jego wiarygodności wynika np. z działalności korupcyjnej członka organu zarządzającego, to żądanie zastosowania środków naprawczych w obszarze technicznym może naruszać zasadę proporcjonalności (jako konieczność podejmowania działań zbędnych, nieprzydatnych dla osiągnięcia

---

<sup>940</sup> Por. M. Radu, [w:] M. Müller-Wrede (Hrsg.), *GWB Vergaberecht Kommentar*, Köln 2016, s. 525.

<sup>941</sup> W. Iwaniec, *Samooczyszczanie i odstąpienie od wykluczenia w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2022, nr 9, s. 30.

zakładanego celu), jak również zasadę uczciwej konkurencji, stawiając przed wykonawcą nieuzasadnione ograniczenia w dostępie do ubiegania się o zamówienie publiczne i wyznaczając nadmierny zakres przeprowadzenia self-cleaning. Wymóg taki może naruszać również zasadę równego traktowania wykonawców, bowiem prowadzi do konieczności oceny według takich samych reguł, nieporównywalnych, odmiennych stanów faktycznych. Powyższe wątpliwości wzmocnione zostały stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku dnia z 12 czerwca 2020 r., KIO 697/20 orzekła, że środki naprawcze powinny być ściśle skorelowane z podstawą wykluczenia, której wykonawca podlega<sup>942</sup>. Natomiast w sprawie KIO 2827/20 Izba orzekła, że naprawienie szkody nie jest warunkiem sine qua non dla skutecznego przeprowadzenia procedury self-cleaning<sup>943</sup>.

#### 4.5. Ocena dowodów self-cleaning

Dowody dotyczące podjętych przez wykonawcę działań w ramach self-cleaning podlegają ocenie zamawiającego. Na podstawie art. 110 ust. 3 ustawy Pzp rozstrzyga on, czy podjęte przez oferenta czynności, o których mowa w ust. 2 ustawy Pzp, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu. Zamawiający każdorazowo podejmuje decyzję co do tego, czy przeprowadzona przez wykonawcę procedura sanacyjna dowodzi, że podjęte kroki naprawcze, wyjaśniające i prewencyjne, stanowią gwarancję, że w przyszłości nie popełni już czynu zagrożonego wykluczeniem z postępowania<sup>944</sup>.

Zamawiający ocenia wiarygodność i moc złożonych dowodów, a także ustala fakty i okoliczności związane z niedozwoloną czynnością oferenta.

Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie będą wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wykluczy go z postępowania.

Powyższa regulacja jest konsekwencją przyznanej państwom członkowskim swobody w decydowaniu, wynikającej z art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE (zdanie pierwsze), zgodnie z którą państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa

---

<sup>942</sup> Wyrok KIO z 12.06.2020 r., KIO 697/20, LEX nr 3029214; wyrok KIO z 12.06.2020 r., KIO 697/20, LEX nr 3029214.

<sup>943</sup> Wyrok KIO z 20.11.2020 r., 2827/20, LEX nr 3108470.

<sup>944</sup> A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 360.



unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. Swoboda w decydowaniu, wskazana w dyrektywie, odnosi się do tego, czy należy zezwolić poszczególnym instytucjom zamawiającym na przeprowadzenie stosownych ocen czynności dokonanych przez wykonawców w ramach self-cleaning, czy też zadanie to powierzyć innym organom na szczeblu centralnym lub niższym.

Ustawodawca krajowy powierzył możliwość dokonania oceny rzetelności wykonawcy poszczególnym zamawiającym, na których został przeniesiony ciężar zapewnienia obiektywizmu przy wyrokowaniu o podjętych przez wykonawcę działaniach naprawczych, wyjaśniających i prewencyjnych<sup>945</sup>.

Podjęte przez wykonawcę środki, których celem jest self-cleaning, nie prowadzą z mocy prawa do wyeliminowania możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania<sup>946</sup>. Skutek taki może mieć miejsce dopiero po pozytywnej ocenie złożonych przez wykonawcę dowodów self-cleaning, dokonanej przez zamawiającego. Zamawiający przeprowadza ocenę rzetelności wykonawcy w kontekście podjętych przez ten podmiot działań naprawczych, wyjaśniających i prewencyjnych, biorąc pod uwagę wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, stanowiącego podstawę wykluczenia. Jeżeli zamawiający uzna działania podjęte przez wykonawcę jako niewystarczające dla wykazania jego rzetelności, wykluczy ten podmiot z postępowania.

Nie istnieje jeden, konkretny sposób czy wzorzec, zgodnie z którym oferent winien przeprowadzić self-cleaning, a następnie udowodnić zamawiającemu swoją rzetelność. Każdy przypadek musi być traktowany indywidualnie w zależności od rodzaju oraz przyczyny zdarzenia<sup>947</sup>, stosownie do okoliczności i wagi czynu wykonawcy<sup>948</sup>. Możliwych stanów faktycznych i zakresów ocenianych potencjalnych przypadków zastosowania self-cleaning jest bardzo dużo. Dlatego ocena dowodów self-cleaning przy braku regulacji w tym zakresie przysparza zamawiającym wiele trudności. Wskazanie wspólnego mianownika dla prawidłowego zastosowania procedury self-cleaning jest wysoce skomplikowane, lub prawie niemożliwe.

W przypadku środków naprawczych, o których mowa w art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy

---

<sup>945</sup> *Ibidem*, s. 361.

<sup>946</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 419.

<sup>947</sup> Wyr. KIO z 27.08.2019 r. KIO 1576/19 Legalis nr 2254395; wyr. KIO z 23.10.2017 r. KIO 2106/17; Legalis nr 1705435, wyr. KIO z 28.09.2018 r. KIO 1797/18 Legalis nr 1870250; wyr. KIO z 27.03.2018 r. KIO 444/18 Legalis nr 1808376; A. Gawrońska-Baran [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 361

<sup>948</sup> J. Jarnicka [w:] M. Jaworska (red.) D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 337.

Pzp, zamawiający ustala, czy wykonawca naprawił wyrządzoną szkodę lub zobowiązał się do jej naprawienia. W tym przypadku ocena zamawiającego polega wyłącznie na weryfikacji spełnienia ciążącego na wykonawcy obowiązku, na zasadzie: spełnił obowiązek lub nie spełnił obowiązku, w systemie zerojedynkowym. Ocena zamawiającego nie ma charakteru jakościowego czy wartościującego, nie kategoryzuje on rodzaju podjętych przez wykonawcę działań, lub też działań, do podjęcia których wykonawca się zobowiązał, ich jakości czy wartości, lecz wyłącznie skupia się na stwierdzeniu naprawienia przez wykonawcę szkody lub zobowiązania się do jej naprawienia, co jest okolicznością, którą ten ostatni ma udowodnić<sup>949</sup>.

W przypadku przesłanek self-cleaning, określonych w art. 110 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, zamawiający dokonuje oceny działań oferenta, w kontekście uznania ich za wystarczające dla wykazania jego rzetelności. Zgodnie z motywem 102 preambuły klasycznej środki podjęte przez wykonawcę można ocenić jako wystarczające do wykazania jego rzetelności, jeżeli stwarzają wystarczającą gwarancję, że w przyszłości nie popełni przestępstwa, wykroczenia lub innego nieprawidłowego działania, które spełniało przesłanki wykluczenia<sup>950</sup>.

Istotna również będzie ocena postawy wykonawcy, który przedstawia fakty i okoliczności na temat zaistniałych nieprawidłowości, a także podjętych środków dostosowawczych i prewencyjnych. Wybiórcze, fragmentaryczne przedstawienie sytuacji nie będzie spełniało przesłanki mówiącej o wyczerpującym wyjaśnieniu faktów i okoliczności związanych z czynem niedozwolonym<sup>951</sup>. Choćby już z tego względu podanie niekompletnych, niespójnych wyjaśnień będzie mogło zostać uznane za brak dowodu świadczącego o rzetelności wykonawcy.

Istotną rolę w ocenie, czy self-cleaning został skutecznie przeprowadzony, stanowią działania dostosowawcze i prewencyjne podjęte przez oferenta. Działania te, zgodnie z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp zdanie pierwsze oraz zgodnie z art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE, muszą być odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Środki te mają być oceniane przez zamawiającego z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Zamawiający oceniając wagę czynu wykonawcy, powinien wziąć pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiar wyrządzonej

---

<sup>949</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 419.

<sup>950</sup> *Ibidem*.

<sup>951</sup> Por. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony w sprawie *RTS*, pkt 60.

lub grożącej szkody, sposób i okoliczności, w jakich czyn został popełniony, wagę obowiązków naruszonych działaniem wykonawcy, motywację, którą się kierował, postać zamiaru, a także rodzaj i stopień naruszonych przez wykonawcę reguł ostrożności. Szczególne okoliczności popełnionego przez wykonawcę przestępstwa lub wykroczenia, to z kolei okoliczności zarówno łagodzące, jak i obciążające wykonawcę, które umożliwiają zamawiającemu ocenę postawy wykonawcy. Przykładem szczególnych okoliczności może być wielokrotność, powtarzalność popełnianych czynów, ich zuchwałość, pewność siebie wykonawcy, poczucie bezkarności, ponowne popełnienie czynu, pomimo podjętych wcześniej działań w celu self-cleaning<sup>952</sup>.

Wykonawca, który chce wykazać rzetelność, zobowiązany jest do udowodnienia zamawiającemu, że spełnił przesłanki self-cleaning, natomiast rolą zamawiającego jest merytoryczna oszacowanie przedstawionych przez wykonawcę dowodów, w zakresie możliwości potwierdzenia, czy podjęte przez niego czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Powyższe prowadzi do wniosku, że kolejnym warunkiem skutecznego self-cleaning, obok łącznego spełnienie wszystkich przesłanek self-cleaning, jest przedstawienie zamawiającemu stosownych dowodów, tj. udowodnienie self-cleaning. Złożenie nawet obszernych wyjaśnień, bez poparcia dowodami, nie będzie mogło zostać uznane przez zamawiającego jako udowodnienie self-cleaning. Nawet rzeczywiste przeprowadzenie czynności w ramach self-cleaning, jednak nieoparte dowodami, nie będzie stanowiło udowodnienia self-cleaning, które pozwala na uniknięcie wykluczenia z postępowania. Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp to oferent musi udowodnić zamawiającemu, poprzez przedstawienie dowodów, że podjął stosowne środki w celu wykazania rzetelności, które następnie będą uzasadniały odstąpienie od wykluczenia go z postępowania<sup>953</sup>.

Podkreślenia wymaga, że instytucja self-cleaning stanowi wyjątek od ogólnej zasady dotyczącej obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zatem przepisy regulujące self-cleaning nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający, lecz wyłącznie zgodnie z jej literalnym brzmieniem. Zamawiający może odstąpić od wykluczenia wykonawcy jedynie w sytuacji, w której ten ostatni rzeczywiście udowodni własną rzetelność, poprzez wykazanie, że wypełnił łącznie wszystkie przesłanki self-

---

<sup>952</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych...*, s. 419–420.

<sup>953</sup> Wyr. KIO z 15.04.2021 r. w sprawach połączonych. KIO 627/21, KIO 630/21, KIO 657/21, KIO 658/21 Legalis nr 2583060.

cleaning, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp<sup>954</sup>.

Stosownie do treści art. 110 ust. 3 ustawy Pzp zdanie drugie, jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę. Zamawiający przekazuje wykonawcy uzasadnienie podjętej decyzji, wyjaśniając przyczyny dla których uznał, że podjęte przez niego środki nie są wystarczające do wykazania rzetelności.

Podsumowując powyższe, warto podkreślić, że sposób regulacji oceny dowodów self-cleaning obowiązujący w polskim systemie prawnym może powodować stan niepewności po stronie oferenta. Ten sam stan faktyczny dotyczący wykazania jego rzetelności raz może zostać oceniony jako wystarczający, a innym razem już nie. Nieostre i oparte na subiektywnej ocenie zamawiającego rozwiązania sprzyjają powstawaniu sytuacji naruszających zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Dodatkowo, mogą przyczyniać się do rozwoju postaw korupcyjnych.

W zakresie oceny przez zamawiającego dowodów złożonych przez wykonawcę ustawodawca krajowy – poza wskazaniem, że zamawiający uwzględnia wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy – nie określił żadnych zasad, którymi zamawiający powinien się kierować. Ocena w odniesieniu się do wagi i okoliczności czynu może więc być subiektywna. Zamawiający analizując poszczególne elementy, ma możliwość odnoszenia jej do własnych odczuć i wartości.

Pomimo ogólnej zasady wyrażonej w art. 16 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny, ustawodawca pozostawiając swobodę zamawiającemu w ocenie dowodów, dopuścił do sytuacji, w których te same dowody self-cleaning mogą być inaczej, a nawet odmiennie, postrzegane przez różnych zamawiających. To, co w ocenie jednego zamawiającego może zostać uznane za wystarczające do uznania rzetelności wykonawcy, według innego może zostać ocenione negatywnie. Jeżeli bowiem ocena danego wykonawcy wypadnie na jego korzyść, tzn. zamawiający uzna, że złożone dowody są przekonujące i potwierdzają jego rzetelność, wówczas taki oferent nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania. Jednak odmiennego zdania może być inny zamawiający, i wykluczyć

---

<sup>954</sup>J. Jarnicka [w:] M. Jaworska (red.) D. Grzeškowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 337.

oferenta z postępowania, uznając, iż te same dowody nie potwierdzają jego rzetelności.

Dodatkowo, podkreślić należy, iż uznanie przez jednego zamawiającego dowodów za niewystarczające i wykluczenie wykonawcy z postępowania może sugerować innym zamawiającym, iż negatywna cenzura tych, konkretnych dowodów jest właściwa<sup>955</sup>. Zamawiający, pozostając pod wpływem oceny innych, będzie mógł automatycznie dokonać powielenia takiej opinii, nawet bez próby podjęcia własnej analizy stanu faktycznego, przyjmując stanowisko innych za właściwe. Taka praktyka po stronie zamawiających może być krzywdząca dla wykonawców.

Warto również zwrócić uwagę, że nowelizacją prawa zamówień publicznych z 2020 r. nastąpiła zmiana w procedurze self-cleaning (jej przeprowadzeniu i ocenie)<sup>956</sup>. Na mocy przepisów wprowadzających<sup>957</sup> nowe regulacje self-cleaning weszły w życie 1 stycznia 2021 r. z wyjątkiem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych do tego dnia. Do postępowań tych stosuje się przepisy dotychczasowe. Zatem tak długo, jak nie zostanie zakończone ostatnie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wszczęte przed 1 stycznia 2021 r. będą funkcjonowały równolegle dwa reżimy prawne dotyczące zasad przeprowadzenia self-cleaning. Okoliczność ta ma wyjątkowe znaczenie dla wykonawców. Poprzedni stan prawny nie nakładał na wykonawcę takich rygorów dowodowych, jak obecny. Zgodnie z dotychczasowym stanem prawnym art. 24 ust. 8 przewidywał otwarty katalog środków dowodowych dla przeprowadzenia self-cleaning. Wykonawca, według własnego uznania, mógł dokonać wyboru, jaki środek naprawczy i prewencyjny zostanie przez niego zastosowany. Obecna regulacja zakłada obowiązek łącznego spełnienia wszystkich przesłanek self-cleaning wskazanych w ustawie. Może zatem zaistnieć okoliczność, że self-cleaning przeprowadzone zgodnie z dotychczasowym stanem prawnym, uznane przez zamawiającego za potwierdzające rzetelność wykonawcy, w świetle obecnie obowiązujących przepisów zostanie zaopiniowane jako niewystarczające, pomimo że rozpoznawany stan faktyczny nie uległ zmianie<sup>958</sup>. Wykonawca musi bowiem swoją rzetelność wykazywać w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w okresie w jakim obowiązuje dana podstawa wykluczenia. Za każdym więc razem po

---

<sup>955</sup> I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 380.

<sup>956</sup> Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.).

<sup>957</sup> Ustawa z 11.09.2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020) – art. 1 i art. 90 ust. 1.

<sup>958</sup> A. Kowalczyk, *Instytucja self-cleaningu – kilka uwag Interpretacje / Wyjaśnienia*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2021, nr 2, s. 54.

stronie wykonawcy pojawia się niepewność, co do sposobu oceny przeprowadzonego self-cleaningu.

Zasadnym wydaje się wniosek, że powyższa regulacja nie tylko prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ale również nie sprzyja zasadzie pewności prawa.

Podkreślenia wymaga, że o ile instytucja self-cleaning w swych założeniach jest zgodna z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (co zostało wykazane w rozdziale pierwszym), to już sama procedura jej przeprowadzenia określona w ustawie Prawo zamówień publicznych może budzić poważne wątpliwości co do jej zgodności z powyższymi zasadami. Okoliczności te zostały wykazane w niniejszej części pracy i odnoszą się zagadnień, takich jak: właściwy moment powiadomienia zamawiającego o wszczęciu self-cleaning, sposób spełnienie przesłanek self-cleaning co do ich zakresu i ich kompletności, złożenie dowodów self-cleaning, tj. z czyjej inicjatywy i na jakim etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego muszą zostać złożone, a także określenia sposobu, w jaki zamawiający dokona ich oceny. Na wszystkich tych etapach self-cleaning zamawiający postępując zgodnie z obowiązującą literą prawa, narażony jest na podjęcie działań, które mogą prowadzić do naruszenia podstawowych zasad przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji.

Powyższe rozważania wskazują na zasadność postawionej drugiej hipotezy, która opiera się na założeniu, że jeżeli instytucja self-cleaning jest elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w swych założeniach musi realizować zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, to zasady te muszą być stosowane na każdym etapie przeprowadzenia procedury self-cleaning, a narzędzia i mechanizmy wykorzystywane w ramach self-cleaning nie mogą naruszać tych zasad.

Przeprowadzona analiza procedury self-cleaning obowiązującej w polskim systemie prawnym wskazuje w pewnych okolicznościach na niezgodność w sposobie jej przeprowadzenia z powyższymi założeniami. Zatem a contrario uzasadnionym wydaje się wniosek, że procedura self-cleaning przeprowadzona zgodnie z regulacją obowiązującą w polskim prawie zamówień publicznych, w pewnych okolicznościach omówionych powyżej, może naruszać zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, więc może nie wpisywać się w cel, dla którego została ustanowiona.

Nasuwa się również wątpliwość, czy sposób przeprowadzenia self-cleaning

zgodnie z regulacją ustawową stanowi faktyczną gwarancję rzetelności wykonawcy. Prawdopodobną jest bowiem sytuacja, w której wykonawca przeprowadzając self-cleaning, podejmuje czynności polegające wyłącznie na: zobowiązaniu się do naprawienia szkody, złożeniu wyjaśnień dotyczących zaistniałych okoliczności oraz dokonaniu zmiany technicznej, organizacyjnej i kadrowej, w postaci przeniesienia jednego pracownika do innego działu. Powyższe działania wypełniają przesłanki self-cleaning określone w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. W przypadku uznania ich za wystarczające (a jest to wyłącznie subiektywna ocena zamawiającego) wykonawca taki zostanie zakwalifikowany jako rzetelny, choć trudno się zgodzić, że działania wyżej wskazane lub do nich zbliżone, mogłyby świadczyć o tym. Zaakcentowania wymaga, że ustawodawca nie wykluczył możliwości, aby czynności w ramach self-cleaning mogły być podejmowane przez oferenta wyłącznie dla pozoru, by został dopuszczony do udziału w postępowaniu. Prawodawca nie wprowadził również mechanizmów zabezpieczających zamawiającego przed takimi pozornymi czynnościami. W rzeczywistości działania wykonawcy mogą sprowadzać się do złożenia oświadczeń co do naprawienia szkody w bliżej nieokreślonym terminie, zdawkowych wyjaśnień i wprowadzenia drobnych, nawet pozornych zmian w obrębie personelu. Na oferenta nie został nałożony żaden obowiązek w postaci choćby urealnienia podjętych działań lub wykazania związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy okolicznością, która jest podstawą wykluczenia z postępowania, a wdrożonymi mechanizmami naprawczymi i prewencyjnymi czy w postaci konieczności uzasadnienia słuszności podjętych kroków. Brak również obowiązku wdrożenia mechanizmów kontrolnych i weryfikujących dla działań wykonawcy. Ustawodawca nie odniósł się również do okresu, w jakim wprowadzane zmiany mają być przez oferenta utrzymane. Dla oceny czynności podjętych w ramach self-cleaning nie będzie musiało mieć znaczenia, że wprowadzane zmiany mają np. charakter czasowy, krótkotrwały (na potrzeby self-cleaning), a stan poprzedni zostanie niezwłocznie przywrócony. Ocena w tym zakresie będzie należała do zamawiającego.

Warto podkreślić, że właśnie wykazanie rzetelności wykonawcy jest celem wprowadzenia self-cleaning do prawa zamówień publicznych. Na marginesie powyższych rozważań pojawia się wątpliwość, czy przeprowadzenie self-cleaningu wyłącznie dla pozoru nie wpisuje się w przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, z uwagi na podanie informacji wprowadzających w błąd, o których

mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp<sup>959</sup>.

Przyjmując zatem za zweryfikowaną hipotezę, że instytucja self-cleaning jest zgodna z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, słusznym wydaje się stwierdzenie, że procedura self-cleaning uregulowana w polskim prawie zamówień publicznych może prowadzić do naruszenia ww. zasad. Jej regulacja jest nieprecyzyjna, niewystarczająca, budzi wątpliwości i rozbieżności interpretacyjne. Okoliczności te mogą wskazywać na niewłaściwą implementację Dyrektywy 2014/24/UE do polskiego prawa zamówień publicznych w zakresie self-cleaning – nie gwarantując realizacji celu, dla którego instytucja ta została ustanowiona.

Powyższe rozważania uzasadniają tezę badawczą pracy, zgodnie z którą instytucja self-cleaning w ustawie Pzp, która umożliwia wykonawcom podlegającym wykluczeniu z postępowania ubieganie się o zamówienie publiczne, może naruszać zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji. W konsekwencji może to prowadzić do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy nierzetelnemu, niegwarantującemu należyte wykonanie umowy.

#### **4.6. Podsumowanie**

Problematyka dotycząca wszczęcia i przeprowadzenia procedury self-cleaning, zgodnie z przepisami obowiązującymi w polskim prawie zamówień publicznych, budzi wiele wątpliwości w zakresie ich prawidłowego zastosowania. Jednocześnie stanowi ważny dla wykonawców element procedury ubiegania się o zamówienie publiczne, dotyczący praktycznej strony wypełnienia ciężących na wykonawcy obowiązków. Przedstawione etapy self-cleaning – od momentu wszczęcia do decyzji zamawiającego co do udowodnienia lub braku udowodnienia rzetelności wykonawcy, a także problemy występujące na każdym z tych etapów, zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy – wskazują na konieczność doprecyzowania przepisów regulujących procedurę self-cleaning.

Analizowane w tej części pracy problemy badawcze dotyczące self-cleaning są wynikiem nieprecyzyjnych, niewystarczających, budzących wątpliwości i rozbieżności interpretacyjne przepisów, jakie obowiązują w polskiej regulacji prawa

---

<sup>959</sup> M. Drozdowicz, *Samooczyszczenie, błąd i wykluczenie*, „Rzeczpospolita” 24.08.2022. <https://www.rp.pl/administracja/art36916261-self-cleaning-blad-i-wykluczenie-w-zamowieniach-publicznych> (dostęp 24.08.2022).



zamówień publicznych.

Warto zwrócić uwagę na okoliczność – pomimo że instytucja self-cleaning w swych założeniach realizuje zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, to dla osiągnięcia tego celu konieczne jest, aby wszystkie mechanizmy i procesy zachodzące na każdym etapie procedury gwarantowały, iż podejmowane przez zamawiającego działania, zgodne z obowiązującymi przepisami, będą zapewniały nienaruszanie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Analiza przykładowych sytuacji dotyczących działań w ramach self-cleaning prowadzi do wniosku, że regulacja w prawie zamówień publicznych oraz sposób jej przeprowadzenia dopuszczają możliwość podejmowania czynności naruszających zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, zarówno po stronie wykonawcy, jak i zamawiającego. Co więcej, analiza ta wykazała, że w pewnych sytuacjach, możliwe jest działanie zgodnie z literą prawa, które jednak nie doprowadzi do wykazania wiarygodności oferenta.

Przyczyna takiego stanu rzeczy najprawdopodobniej ma podłoże w niewystarczającej regulacji self-cleaning w prawie zamówień publicznych.

W kolejnym rozdziale pracy zostaną zaprezentowane regulacje instytucji self-cleaning obowiązujące w wybranych krajach Unii Europejskiej oraz w Stanach Zjednoczonych. Procedury obowiązujące w wybranych krajach członkowskich UE oparte są, tak jak w ustawodawstwie polskim, na założeniach wynikających z dyrektywy 2014/24/UE. Jednakże przewidują własne rozwiązania wprowadzone do wewnętrznych porządków prawnych, w ramach swobody ustawodawczej wynikającej z dyrektywy. Model amerykański, przedstawiony dla porównania z modelami europejskimi, opiera się na założeniu, że procedury compliance – do ich wprowadzenia zobowiązani są wykonawcy, którym udzielono zamówienia publicznego – stanowią również element zachęty i motywacji do zabezpieczenia się przed zaistnieniem okoliczności skutkujących wykluczeniem wykonawcy z przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

## **5. Instytucja self-cleaning w wybranych krajach Unii Europejskiej i w Stanach Zjednoczonych**

### **5.1. Wprowadzenie**

Przesłanki oraz procedura przeprowadzenia self-cleaning w państwach członkowskich UE (również w Polsce) opierają się na tych samych, wspólnych dla wszystkich założeniach i celach wynikających z Dyrektywy 2014/24/UE. Jednak regulacja w poszczególnych państwach może różnić się od siebie. Stanowi to konsekwencję braku w treści dyrektywy jednolitych rozwiązań i procedur postępowania. Wskazuje ona jedynie minimalne zabezpieczenia, wyznaczając ramy, których celem jest wprowadzenie obiektywnych i niedyskryminujących rozwiązań prawnych, zharmonizowanych w obrębie państw członkowskich, pozostawiając w tym zakresie swobodę ustawodawcom krajowym. Takie rozwiązanie skutkuje możliwością wprowadzenia w poszczególnych krajach regulacji i procedur zbliżonych lub całkowicie odmiennych, choć opartych na tych samych zasadach i prowadzących do realizacji tego samego celu.

Zasadniczym elementem badań tej części pracy jest odpowiedź na pytanie, czy istnieją inne niż obowiązujący w polskim systemie prawnym modele self-cleaning pozwalające na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji prowadzące do wykazania rzetelności wykonawcy, w jaki sposób przeprowadzany jest self-cleaning w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz po spełnieniu jakich warunków należy pozwolić wykonawcy, wobec którego zaistniały przesłanki wykluczenia na powrót do rynku zamówień publicznych.

Wynikiem przeprowadzonej analizy będą przedstawiane rozwiązania self-cleaning, obowiązujące w wybranych krajach członkowskich UE<sup>960</sup> oraz obowiązujące w prawie amerykańskim. Regulacje self-cleaning panujące w przedstawionych krajach UE wpisują się w wymagania dyrektywy, choć posługują się innymi narzędziami do realizacji tego samego celu. Przedstawione zostaną przykładowe modele przeprowadzenia self-cleaningu, począwszy od regulacji mało precyzyjnych o dużym stopniu ogólności (podobnych do polskich regulacji), kończąc na szczegółowych, w których ocena dowodów self-cleaning należy do specjalnie do tego powołanych organów. Ich decyzje

---

<sup>960</sup> Regulacje obowiązujące w Polsce zostały przedstawione w rozdziale czwartym.

są wiążące dla wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Odmienność przyjętych rozwiązań rodzi pytania, czy są one zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, czy może prowadzą do sytuacji naruszających ww. zasady, a jeśli tak, to w jaki sposób należy dokonać ich zmiany?

Ważnym elementem badań tej części pracy, z uwagi na ugruntowaną regulację prawną instytucji self-cleaning, jest analiza procedury wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz procedury umożliwiającej wykazanie wiarygodności i rzetelności, obowiązująca w prawie amerykańskim, której stosowanie nie wynika z norm europejskich. Model self-cleaning w prawie amerykańskim opiera się na założeniu, że istotną rolą systemu udzielania zamówień publicznych jest ochrona interesu publicznego i zabezpieczenie jednostek publicznych przed możliwością niewłaściwego wydatkowania powierzonych im środków publicznych. Niewłaściwe wydatkowanie środków publicznych może nastąpić wskutek udzielenia zamówienia wykonawcy nierzetelnemu, nieuczciwemu, który narazi rząd lub inne instytucje publiczne na ryzyko utraty reputacji, nienależytego wykonania umowy lub nienależytego wydatkowania środków publicznych. Ochrona interesu publicznego przed możliwością wystąpienia powyższych ryzyk to system wykluczenia i zawieszenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oparty na kompleksowej kwalifikacji oferenta. Ocena wykonawcy jako rzetelnego i odpowiedzialnego, tj. takiego, któremu można powierzyć realizację zamówienia publicznego, dokonywana jest pod kątem szacowania ryzyka, jakie stwarza on dla interesu publicznego. Jeżeli wykonawca podjął odpowiednie działania i wdrożył procedury compliance, a dzięki temu zmniejszył lub wyeliminował ryzyko dla interesu publicznego, wykluczenie go z postępowania nie będzie już zasadne.

Doświadczenie w zakresie stosowania procedury self-cleaning w prawie amerykańskim, w szczególności dotyczące systemów compliance, potwierdziło zasadność przedstawionej na początku rozważań hipotezy, zgodnie z którą wprowadzenie systemów compliance może stanowić zachętę do podejmowania przez wykonawcę zmian w postaci działań prewencyjnych i zabezpieczających go na przyszłość przed wystąpieniem działań niepożądanych, jednakże bez wprowadzenia odpowiedniego systemu gwarantującego przestrzeganie i egzekwowanie tych zmian nie będzie ono wystarczające do skutecznego przeprowadzenia self-cleaning.

Przedstawione w tej części pracy zagadnienia są istotne z punktu widzenia tematu pracy. Wskazują na różne modele przeprowadzenia self-cleaning, pozwalając na

porównanie zastosowanych mechanizmów pod kątem realizacji zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Poprzez odniesienie się do doświadczeń innych państw na rynku zamówień publicznych możliwe jest wprowadzenie konkretnych, sprawdzonych rozwiązań, wzmacniających procedurę self-cleaning w zakresie stosowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Dzięki temu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostaną dopuszczeni wykonawcy rzetelni, których udział nie stworzy ryzyka narażenia interesu publicznego na wydatkowanie środków publicznego w sposób niewłaściwy.

## 5.2. Zagadnienia ogólne

Prawo Unii Europejskiej stanowi charakterystyczny system prawny. Nie jest ono ani prawem międzynarodowym, ani krajowym. Pomimo że prawo statuujące Unię Europejską, tj. prawo pierwotne (traktatowe) posiada cechy międzynarodowego systemu prawnego, nie stanowi jednak klasycznego prawa międzynarodowego. Traktaty, na podstawie których utworzono Wspólnoty Europejskie, przekształcone na mocy Traktatu z Lizbony w Unię Europejską – swoistą organizację międzynarodową – były wielostronnymi umowami międzynarodowymi, ratyfikowanymi przez państwa zgodnie z ich wewnętrznymi procedurami i zasadami. W wyniku ratyfikowania tych umów, każde państwo członkowskie przyjęło cały dotychczasowy dorobek prawny Wspólnot Europejskich, oraz ich następcy prawnego, czyli Unii Europejskiej. Dorobek ten to zarówno prawo pierwotne, jak i pochodne, tworzone przez instytucje Unii Europejskiej na mocy upoważnienia zawartego w prawie pierwotnym<sup>961</sup>.

Prawo pierwotne obowiązuje na zasadach przewidzianych dla umów międzynarodowych, natomiast obowiązywanie prawa pochodnego jest uzależnione od rodzaju źródła prawa pochodnego, na które składają się rozporządzenia, dyrektywy czy decyzje. Każde ze źródeł ma inny zakres obowiązywania oraz wymaga podjęcia przez konkretne państwo innych działań, których celem będzie zapewnienie skuteczności w systemie prawnym danego państwa<sup>962</sup>.

Prawo Unii Europejskiej stanowi autonomiczny system prawny, funkcjonujący zarówno na poziomie prawa międzynarodowego, jak i krajowego. Posiada cechy, które

---

<sup>961</sup> A. Trubalski, *Prawne aspekty implementacji prawa UE do systemu prawnego RP*, Warszawa 2016, s. 1.

<sup>962</sup> *Ibidem*, s. 2.

wcześniej nie były znane nauce prawa, jednakże sprawiają one, że należy go traktować jako nowy, odrębny system prawny<sup>963</sup>.

Dyrektywy Unii Europejskiej stanowią specyficzne akty prawne, które charakterystyczne są dla prawa unijnego. Głównym celem regulacji zawartej w dyrektywach jest harmonizacja (zbliżenie) rozwiązań prawnych, które będą funkcjonowały w poszczególnych państwach członkowskich<sup>964</sup>. Wytyczne ustanowione przez dyrektywy winny być transponowane do ustawodawstwa krajowego, a następnie zostać przełożone na przepisy krajowe<sup>965</sup>, wdrażając przepisy wspólnotowe<sup>966</sup>. Jednakże regulacje utworzone w wyniku transponowania dyrektywy do porządków prawnych poszczególnych Państw Członkowskich nie są identyczne w poszczególnych państwach. Wynika to z tego, że dyrektywy wskazują jedynie minimalne zabezpieczenia, zapewniające przeprowadzenie obiektywnych i niedyskryminujących procedur w obrębie Państw Wspólnoty Europejskiej, i jednocześnie prowadząc do zharmonizowania krajowych procedur udzielania zamówień publicznych poprzez wprowadzenie pewnego minimum przepisów proceduralnych wspólnych dla wszystkich państw<sup>967</sup>. Przepisy i uregulowania krajowe mogą, i często nakładają, na proces zamówień kolejne praktyczne wymagania, w zgodności z prawem wspólnotowym. Przepisy wspólnotowe wdrażane są na szczeblu krajowym i mogą przebiegać w różny sposób, w poszczególnych Państwach Członkowskich z uwagi na obowiązywanie właściwych dla nich, krajowych systemów prawnych<sup>968</sup>. Przykładowo w Bułgarii ponad 50% zamówień publicznych udzielanych jest przez zamawiających centralnych (podobnie jest również w Norwegii i na Cyprze). W Finlandii natomiast mocno rozwinięta jest decentralizacja zamówień, ponad 50% zamówień realizowanych jest przez jednostki samorządu terytorialnego (podobnie jak w Islandii). W Słowenii i Estonii dominującymi zamawiającymi nie są jednostki centralne, samorządowe oraz użyteczności publicznej<sup>969</sup>.

Określenie i ustalenie ostatecznych warunków wdrożenia zgodnie z prawem krajowym i przy uwzględnieniu prawa wspólnotowego należy do poszczególnych państw

---

<sup>963</sup> K. Wójtowicz, *Zasady stosowania prawa wspólnotowego w państwach członkowskich Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 4–8; A. Trubalski, *Prawne aspekty...* s. 2.

<sup>964</sup> A. Trubalski, *Prawne aspekty implementacji...*, s. 29.

<sup>965</sup> P. Trepte, *Przewodnik po procedurach zamówień publicznych w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Warszawa 2006, s. 122.

<sup>966</sup> P. Trepte, *Przewodnik po procedurach zamówień...*, s. 149.

<sup>967</sup> D. Łapacz, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – analiza porównawcza procedur w wybranych państwach członkowskich*, „Biznes Międzynarodowy w Gospodarce Globalnej” 2015, nr 34, s. 67–77.

<sup>968</sup> P. Trepte, *Przewodnik po procedurach zamówień...*, s. 150.

<sup>969</sup> H. Nowicki, P. Nowicki, *Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2011; D. Łapacz, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – analiza...*, s. 70.

członkowskich. Dzięki temu państwa członkowskie mogą zachować elastyczność środków, które muszą podjąć wobec tych działań przy ustalaniu warunków ich stosowania. Warunki te muszą odnosić się do takich kwestii, jak terminy, dowody, poziom dowodu, następstwa skazania w odniesieniu do wykluczenia wykonawcy z postępowania na określony czas czy na stałe, czy należy je stosować w odniesieniu do wszystkich procedur, czy jedynie niektórych. Przepisy krajowe mogą dopuścić możliwość odstępstwa od obligatoryjnego stosowania przesłanek wykluczenia wykonawcy w okolicznościach wystąpienia np. „nadrzędnych wymogów będących w interesie powszechnym”<sup>970</sup>.

### **5.3. Procedura self-cleaning w wybranych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej**

Dyrektywa 2014/24/UE określiła w art. 57 ust. 1 okoliczności, po zaistnieniu których każdy wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne podlega obligatoryjnemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu, oraz w art. 57 ust. 4 okoliczności, po zaistnieniu których wykonawca może zostać wykluczony z udziału w postępowaniu<sup>971</sup>. Przepis art. 57 ust. 4 ww. dyrektywy umożliwił każdemu państwu członkowskiemu ukształtowanie określonych podstaw wykluczenia samodzielnie, we własnym zakresie, wskazując je jako obligatoryjne lub fakultatywne przesłanki wykluczenia<sup>972</sup>. Istotnym jest ustalenie sposobu rozumienia pojęcia fakultatywności w zakresie przesłanek wykluczenia i opracowanie właściwych wzorców ich transpozycji do porządków prawnych poszczególnych krajów. Ustawodawcy poszczególnych krajów mogą dowolnie przyjąć

---

<sup>970</sup> P. Trepte, *Przewodnik po procedurach zamówień publicznych w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Warszawa 2006, s. 54–55.

<sup>971</sup> Zasady self-cleaning uregulowane w dyrektywie 2014/24/UE zostały omówione w rozdziale drugim.

<sup>972</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji, dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 450; W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 565; por. sprawozdanie z 11.01.2013 r., w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-20130007&language=PL>, (informacja Parlamentu Europejskiego z 11.01.2013 r., A7-0007/2013 wskazująca na proces kształtowania się przepisu art. 57 ust. 4) (dostęp 14.05.2020).

fakultatywne przesłanki wykluczenia i nadać im walor obligatoryjnych lub fakultatywnych<sup>973</sup>.

Istotną kwestią związaną z wykluczeniem wykonawców z postępowania na podstawie przesłanek fakultatywnych jest dbałość o zachowanie konkurencyjności na rynku. Bardzo rygorystyczne stosowanie przesłanek wykluczenia wykonawców będzie miało rację bytu jedynie w tych sytuacjach, w których nie doprowadzi to do naruszenia konkurencyjności. Nie jest bowiem korzystne doprowadzenie do tworzenia rynków monopolistycznych. W tym celu w art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej została przewidziana możliwość self-cleaning wykonawcy, dzięki której oferent, wobec którego zaistniały przesłanki wykluczenia z udziału w postępowaniu, ma możliwość naprawienia błędów, które stanowią podstawę wykluczenia go z postępowania. Dzięki procedurze self-cleaning wykonawcy mogą uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy możliwość dookreślenia zasad i sposobu przeprowadzenia procedury self-cleaning została pozostawiona do indywidualnej decyzji każdego z poszczególnych Krajów Członkowskich, pod warunkiem że zostaną one określone z uwzględnieniem prawa unijnego. Nasuwa się zatem jednoznaczny wniosek, że procedury przeprowadzenia self-cleaning muszą zostać opracowane w sposób zgodny z ogólnymi zasadami udzielania zamówień publicznych, w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji<sup>974</sup>.

W każdym z państw UE wykonawca, który znajduje się w jednej z sytuacji, o jakich mowa w art. 57 ust. 1 i 4 dyrektywy klasycznej, ma prawo do skorzystania z procedury self-cleaning, jeżeli spełni wymagania określone w przepisach. Przede wszystkim, musi przedstawić dowody potwierdzające, że pomimo przesłanek wykluczenia podjął odpowiednie środki zaradcze, które pozwolą wykazać jego rzetelność. Sposób oceny złożonych dowodów zasadniczo nie został uregulowany w większości państw. Musi on zostać dokonany przy uwzględnieniu wagi i szczególnych okoliczności konkretnej sprawy. Jako dowody rzetelności wykonawcy mogą złożyć, np. potwierdzenie naprawienia szkody poprzez zapłatę odszkodowania (Niemcy); wskazanie podjętych działań kadrowych, polegających na wyciągnięciu konsekwencji wobec pracowników i współpracowników wykonawcy odpowiedzialnych za czynności lub zaniechania skutkujące powstaniem przesłanki wykluczenia, włącznie ze zwolnieniem takich osób,

---

<sup>973</sup> *Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE, EFTA i USA*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2019, nr 10; *Raport Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE oraz EFTA* opracowany przez Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych, Warszawa 2019, s. 12.

<sup>974</sup> Art. 18 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 36 dyrektywy 2014/25/UE.

opracowanie środków technicznych i organizacyjnych, w celu zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy, jak np.: system szkoleń dla pracowników z zakresu przestrzegania i stosowania się do obowiązujących zasad i reguł; wdrożenie systemów kontroli, audytów oraz wewnętrznych systemów compliance, wraz z oceną ich funkcjonowania; współpraca między wykonawcą a zamawiającym lub między wykonawcą a organami ścigania lub innymi organami, np. antymonopolowymi. Działania podejmowane we Włoszech skierowane są głównie na prowadzenie szkoleń poszerzających odpowiednie kompetencje pracowników, a także poprawę usług osiąganą w wyniku działań strukturalnych lub organizacyjnych. W Norwegii, jako narzędzia self-cleaning, wykonawcy używają kodeksu dobrych praktyk, wprowadzają wewnętrzne systemy kontroli, systemy szkoleń, procedury ujawnienia naruszeń łącznie ze zwolnieniem osób odpowiedzialnych za zaistniałe naruszenie. W Chorwacji, w ramach procedury self-cleaning, stosuje się dowody wskazujące na współpracę oferenta z państwowym biurem prokuratora oraz z Agencją ds. Konkurencji, dokumenty potwierdzające zapłatę na rzecz poszkodowanych podmiotów, czy potwierdzenie zwolnienia osoby odpowiedzialnej za zaistniałe naruszenie<sup>975</sup>. Do dowodów self-cleaning zalicza się również np. wniesienie środka zaskarżenia od nieprawomocnego wyroku, na podstawie którego zamawiający kwestionuje rzetelność wykonawcy<sup>976</sup>. Ciekawym rozwiązaniem prawnym jest dodatkowe zabezpieczenie, gwarancja, wprowadzona przez ustawodawcę łotewskiego. Pozwala ona na żądanie od wykonawcy, wobec którego zaistniała przesłanka wykluczenia, dodatkowej gwarancji należytego wykonania umowy lub wprowadzenia takich obostrzeń do umowy, aby niewłaściwe wykonanie zamówienia było dla oferenta nieopłacalne ekonomicznie. Ponadto zamawiający ma prawo skierować wnioski o opinię dotyczącą przedstawionych przez wykonawcę dowodów self-cleaning do odpowiednich organów karnych lub administracyjnych<sup>977</sup>.

Szczególnie rygorystycznie wykluczenie wykonawcy zostało uregulowane na Malcie. Zaistnienie którejkolwiek z przesłanek, o których mowa w art. 57 ust. 1 i 4 Dyrektywy 2014/24/UE, powoduje wpisanie na tzw. „czarną listę”, co skutkuje wykluczeniem z kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

---

<sup>975</sup> Raport *Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE oraz EFTA* opracowany przez Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych, Warszawa 2019, s. 34–35, [https://stowarzyszeniepzp.pl/images/Konferencja\\_Wykluczenia/Raport\\_Przes%C5%82anki\\_wykluczenia.pdf](https://stowarzyszeniepzp.pl/images/Konferencja_Wykluczenia/Raport_Przes%C5%82anki_wykluczenia.pdf) (dostęp 19.10.2022).

<sup>976</sup> Raport *Przesłanki wykluczenia – praktyka...*, s. 35.

<sup>977</sup> *Ibidem*, s. 23.



Możliwość przeprowadzenia procedury self-cleaning jest dopuszczalna jedynie przy czynności wpisu, jako obrona przed wpisem. Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia dowodów self-cleaning, zgodnych z wymogami określonymi w art. 56 ust. 6 Dyrektywy<sup>978</sup>. Jednakże prawomocny wpis na listę wywołuje skutki prawne w postaci wykluczenia z kolejnych postępowań<sup>979</sup>. W Wielkiej Brytanii<sup>980</sup> ustawą o przekupstwie wprowadzono procedurę zakładającą, że we wszystkich firmach zostaną wdrożone kontrole – nie tylko u tych podmiotów, które dopuszczają się nadużyć. Ustawa zakłada, że jedyną dostępną metodą przed dopuszczeniem do przekupstwa jest system kontroli<sup>981</sup>. Podobnie jest w prawie francuskim, gdzie zaleca się dużym podmiotom gospodarczym wdrażanie wewnętrznych systemów kontroli<sup>982</sup>.

Problem, który ma miejsce w wielu krajach Unii Europejskiej, podobnie jak w Polsce, dotyczący procedury self-cleaning, związany jest z brakiem jednoznacznych regulacji określających moment wszczęcia procedury. Większość państw członkowskich przyjęła rozwiązania i sposoby przeprowadzenia self-cleaning analogiczne do sposobu wskazanego w dyrektywie. Jednakże przepis dyrektywy nie reguluje kwestii dotyczących tego, czy z instytucji self-cleaning wykonawcy powinni korzystać wyprzedzająco, czy też dopiero na konkretne wezwanie zamawiającego<sup>983</sup>.

Warto w tym miejscu przywołać analizę dokonaną w rozdziale czwartym, wykazującą, że niejednoznaczna regulacja procedury self-cleaning mająca miejsce w ustawie Prawo zamówień publicznych<sup>984</sup>, może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Uzasadnionym wydaje się wniosek, że również w innych krajach członkowskich brak precyzyjnych uregulowań instytucji self-cleaning może prowadzić, podobnie jak w prawie polskim, do naruszenia

---

<sup>978</sup> M. Lemke, S. Smith, T. Kolar, M. Stachowiak, *Implementing the EU Directives on the selection of economic operators in public procurement procedures*, "SIGMA Papers", October 2018, no. 56, s. 151; <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/f511e46f-en.pdf?expires=1657879287&id=id&accname=guest&checksum=5E5FE5DB4C672F62D8937BDEA60F36C4> (dostęp 15.07.2022).

<sup>979</sup> Raport *Przesłanki wykluczenia – praktyka...*, s. 42.

<sup>980</sup> Wielka Brytania od 1 lutego 2020 r. nie jest już Państwem Członkowskim UE.

<sup>981</sup> Bribery Act 2010, ch. 23, § 7 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/7> (dostęp 25.07.2022); N. Kochan, *The UK Bribery Act – Britain's New Legal Landscape*, "Crim. Just", Fall 2013, 46; Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU's Next Steps in Procurement*, "GW Law School Public Law and Legal Theory Paper", no. 2091–39, s. 67.

<sup>982</sup> Zob. S. Bonifassi, *The New "Sapin II" French Anti-Corruption Law*, "International Enforcement Law Reporter" 2017, vol. 33, no. 1.

<sup>983</sup> Raport *Przesłanki wykluczenia – praktyka...*, s. 23.

<sup>984</sup> Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.).

zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jednoznacznie kwestia ta została uregulowana jedynie w Estonii, gdzie dowody na przeprowadzenie procedury self-cleaning, świadczące o rzetelności wykonawcy, muszą zostać przedstawione przez wykonawcę samodzielnie wraz z ofertą, bez wezwania zamawiającego<sup>985</sup>. W Grecji zastosowanie procedury self-cleaning możliwe jest jedynie na etapie złożenia oferty, tj. oświadczenia JEDZ albo wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca powoła się na chęć skorzystania z instytucji self-cleaning dopiero na późniejszym etapie postępowania, taka szansa nie będzie mu już przysługiwała<sup>986</sup>.

W większości państw członkowskich, podobnie jak w Polsce, ocena działań podjętych przez wykonawców w ramach self-cleaning należy do konkretnych podmiotów zamawiających, co również może mieć przełożenie na naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji<sup>987</sup>.

Odmienne rozwiązanie zostało przyjęte na Węgrzech, gdzie ocena skuteczności przeprowadzenia self-cleaning należy do niezależnego organu sądowego lub quasi sądowego<sup>988</sup>. Od 1 listopada 2015 r. na Węgrzech obowiązuje scentralizowany system zarządzania decyzjami o self-cleaning. Prowadzony centralnie proces decyzyjny zapewnia jednolitość w całym krajowym systemie zamówień, ochronę prawną i wyższy poziom pewności prawa w porównaniu z podejmowaniem decyzji na poziomie pojedynczego zamawiającego<sup>989</sup>. Model węgierski nie daje swobody zamawiającym w ocenie wiarygodności danego podmiotu gospodarczego, ale deleguje decyzję w zakresie oceny podjętych kroków w ramach self-cleaning do centralnego urzędu ds. Zamówień Publicznych (PPA). Organ ten ocenia, czy podjęte przez oferenta działania spełniają określone warunki zgodne z prawem oraz czy pozwalają na weryfikację jego rzetelności. Jeżeli przeprowadzony proces zostanie uznany za skuteczny i wykonawca zostanie samooczyszczony, nie będzie można go wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia w przyszłości, nawet jeśli przesłanki będą nadal istniały. Lista wykonawców, którzy skutecznie wdrożyli self-cleaning, publikowana jest na stronie internetowej

---

<sup>985</sup> Raport *Przesłanki wykluczenia – praktyka...*, s. 23.

<sup>986</sup> *Ibidem*, s. 24.

<sup>987</sup> Omówione w rozdziale czwartym w odniesieniu do polskiej regulacji.

<sup>988</sup> Raport *Przesłanki wykluczenia...*, s. 42.

<sup>989</sup> M. Lemke, S. Smith, T. Kolar, M. Stachowiak, *Implementing the EU Directives on theselection of economic operators in public procurement procedures*, "SIGMA Papers" October 2018, no. 56, s. 51–53; <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/f511e46f-en.pdf?expires=1657879287&id=id&accname=guest&checksum=5E5FE5DB4C672F62D8937BDEA60F36C4> (dostęp: 15.07.2022).

urzędu<sup>990</sup>. Poszczególni zamawiający związani są decyzją co do uznania skuteczności lub jej braku, natomiast wykonawcy przysługuje prawo odwołania się od niekorzystnej dla niego decyzji do sądu<sup>991</sup>.

Podobne rozwiązania w zakresie scentralizowanej oceny self-cleaning zostały przyjęte w Niemczech. Zgodnie z niemieckimi przepisami Federalne Biuro Antymonopolowe Organ ds. Konkurencji ma prawo orzekać i oceniać czynności podjęte przez wykonawców podlegających wykluczeniu, jako wystarczające lub nie, do wykazania ich rzetelności. W przypadku pozytywnej decyzji kwalifikującej działania oferenta jako skuteczne zostanie on zarejestrowany w Centralnym Rejestrze wykonawców dopuszczonych do udziału w zamówieniach publicznych, a decyzja ta jest wiążąca dla wszystkich zamawiających. Celem Rejestru jest z jednej strony zwalczanie i zapobieganie przestępczości „białych kołnierzyków”, a z drugiej ochrona uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych<sup>992</sup>.

Zaakcentować należy, że scentralizowana procedura dotycząca dowodów self-cleaning przedstawionych przez wykonawców podlegających wykluczeniu – dokonana przez niezależny, profesjonalny organ – zapewnia ocenę działań wykonawców w sposób rzetelny i kompleksowy, przy zastosowaniu takich samych kryteriów. Zapewnia to uzyskanie jednoznacznej, wiążącej dla wszystkich podmiotów udzielających zamówień publicznych decyzji dotyczącej wykluczenia lub odstąpienia od wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Warto zauważyć, że powyższe rozwiązanie jest narzędziem realizującym zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ gwarantuje ocenę działań podjętych przez oferentów znajdujących się w takich samych lub zbliżonych okolicznościach, według takich samych zasad, a gwarantem jednolitości rozstrzygnięć jest organ działający według stałych reguł.

Nie można również pominąć faktu, że rozwiązanie to pozostaje w zgodzie z dyspozycją przepisu art. 57 ust. 7 dyrektywy klasycznej, pozostawiającej swobodę w kształtowaniu regulacji self-cleaning w wewnętrznych systemach prawnych państw członkowskich.

---

<sup>990</sup> <http://kozbeszerzes.hu/tevekenysegek/megbizhatosagot-megallapito-hatarozatok/> (dostęp 15.07.2022).

<sup>991</sup> M. Lemke, S. Smith, T. Kolar, M. Stachowiak, *Implementing the EU Directives on theselection...*, s. 52.

<sup>992</sup> P. Friton, C. Wolters, *The German Register of Competition and Its International Context*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2018, vol. 13, no. 2, s. 119, 125.

Jak wynika z powyższego, większość państw członkowskich – podobnie jak Polska, wdrożyło do krajowych porządków prawnych przepis art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE dotyczący instytucji self-cleaning, zgodnie z jego literalną treścią. Nie wprowadzono przepisów szczegółowo regulujących procedurę self-cleaning na każdym jej etapie, co prowadzi do trudności interpretacyjnych w zakresie jej stosowania. Rozbieżności te w poszczególnych krajach odnoszą się do takich kwestii – moment i inicjatywa w zakresie wszczęcia procedury self-cleaning oraz złożenia dowodów, a także sposobu oceny tych dowodów.

#### 5.4. Model self-cleaning w USA

Amerykański rynek zamówień federalnych jest jednym z największych na świecie, a przez to jest wysoce atrakcyjny dla wykonawców z całego świata. Rząd federalny wydaje około 500 miliardów dolarów na kontrakty publiczne rocznie<sup>993</sup>.

Skala udzielanych zamówień oraz ich atrakcyjność dla wykonawców pozwala na stawianie wysokich wymagań nie tylko kontrahentom, ale również jakości oferowanych towarów i usług. Wysokie oczekiwania wobec wykonawców, również w zakresie przestrzegania standardów etycznych, znajdują odzwierciedlenie w dużej liczbie podmiotów i osób pozbawionych każdego roku prawa do udziału w postępowaniach o dzielenie zamówienia publicznego<sup>994</sup>.

Istotną rolą amerykańskiego systemu udzielania zamówień publicznych jest ochrona interesu publicznego i zabezpieczenie jednostek publicznych przed możliwością niewłaściwego wydatkowania powierzonych im środków publicznych. Aby zagwarantować, że agencje federalne współpracują tylko z rzetelnymi i odpowiedzialnymi wykonawcami, gotowymi do spełnienia zobowiązań prawnych i umownych, wprowadzony został złożony system reguł ograniczający możliwość narażenia państwa na ryzyko związane z realizacją zamówień publicznych w sposób

---

<sup>993</sup> Według USA Spending.gov, wiodącej witryny rządu USA poświęconej zamówieniom federalnym – <https://datalab.usaspending.gov> (dostęp 18.07.2022); Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 53.

<sup>994</sup> Według *Interagency Suspension and Debarment Committee Report FY 2020*, at 2 (2020), w 2020 r. łącznie 415 wykonawców i osoby fizyczne zostały zawieszono (wykluczenie czasowe, np. na czas prowadzenia przesłanek wykluczenia), 1317 zakwalifikowano do wykluczenia (proces, który zgodnie z przepisami USA normalnie wywołuje de facto wykluczenie), a 1256 zostały zakwalifikowane do wykluczenia lub wykluczone (wykluczenie we wszystkich agencjach federalnych, zazwyczaj na okres kilku lat), łącznie 2988, [https://www.acquisition.gov/sites/default/files/page\\_file\\_uploads/ISDC\\_FY\\_2020\\_Section\\_873\\_Report\\_\(use\\_for\\_web\\_upload\).pdf](https://www.acquisition.gov/sites/default/files/page_file_uploads/ISDC_FY_2020_Section_873_Report_(use_for_web_upload).pdf); s. 5 (dostęp 18.07.2022).

niewłaściwy<sup>995</sup>. W szczególności należy wskazać na zabezpieczenie przed ryzykiem utraty reputacji, które może mieć miejsce w przypadku udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy nieuczciwemu, mającemu złą opinię; przed ryzykiem nienależytego wykonania umowy, mogącym mieć miejsce w przypadku udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy niewykwalifikowanemu, który nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia publicznego; oraz przed ryzykiem nienależytego wydatkowania środków publicznych, polegającym na utracie powierzonych środków publicznych lub wydatkowaniu ich niezgodnie z przeznaczeniem<sup>996</sup>. Narzędziem ochrony interesu publicznego, przede wszystkim działającym wobec jednostek publicznych (zabezpieczającym przed ryzykiem utraty reputacji i należytego wykonania umowy), jako progowym środkiem ochrony interesu publicznego jest system wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. System ten oparto na kompleksowej kwalifikacji wykonawcy. W systemie federalnym konstrukcja kwalifikacji wykonawcy jako spełniającego warunki udziału w postępowaniu oraz niepodlegającego wykluczeniu promuje jeden cel – ochronę instytucji zamawiających przed udzieleniem zamówienia oferentowi bez stosownych kwalifikacji, naruszającemu prawo lub nie wywiązującemu się z wcześniej zawartych umów. Obie płaszczyzny – tj. posiadanie odpowiednich kwalifikacji i przestrzeganie prawa – w systemie amerykańskim połączone są w jedną koncepcję rozpatrywaną łącznie, pod kątem sprawdzenia oferenta jako „obecnie odpowiedzialnego”<sup>997</sup>. Przykładowo, niewywiązanie się z zawartych umów może sugerować, że wykonawca nie ma wdrożonych odpowiednich systemów kontroli wewnętrznych, tym samym jest nieodpowiedzialny<sup>998</sup>. Określenie „aktualnie odpowiedzialny” odnosi się zarówno do etyki biznesu, jak i uczciwości oraz kompetencji wykonawcy<sup>999</sup>.

---

<sup>995</sup> Zob. K.M. Manuel, *Debarment and Suspension of Government Contractors: An Overview of the Law Including Recently Enacted and Proposed Amendments*, Congressional Research Service, (Nov. 19, 2008), <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL34753.pdf> (dostęp 18.07.2022); Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 48.

<sup>996</sup> *Ibidem*, s. 52; zob. Johnson J., *The Basics of Corruption Risk Management: A Framework for Decision Making and Integration into the Project Cycles*, “U4 Issue”, December 2015, no. 18.

<sup>997</sup> Omówienie historii pojęcia „odpowiedzialności” zob. np. R.F. Meunier, T.B.A. Nelson, *Is It Time for a Single Federal Suspension and Debarment Rule?*, “Public Contract Law Journal”, Spring 2017, vol. 46, no. 3, s. 553, 556; Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 48.

<sup>998</sup> Zob. K.M. Manuel, *Debarment and Suspension of Government Contractors: ...*; Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 52.

<sup>999</sup> FAR 9.103 (b); zobacz także: Ch. Yukins, C. Silva, M. Avelar, *A Comparative View of Debarment and Suspension of Contractors in Brazil and in the USA* (2017), „Admin. & Constit. L. Rev.” 2016, vol. 61, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3080396](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3080396) (dostęp 18.07.2022).

Ocena wykonawcy jako „obecnie” lub „aktualnie odpowiedzialnego” odgrywa kluczową rolę w federalnym reżimie wykluczenia w USA, ponieważ ten, który w przeszłości został uznany za nieodpowiedzialnego, a obecnie zmniejszył lub wyeliminował ryzyko narażenia jednostek publicznych przed utratą reputacji i należytego wykonania umowy, nie stwarza zagrożenia niewłaściwej realizacji zamówienia publicznego, więc wykluczenie z postępowania nie będzie już zasadne<sup>1000</sup>.

Do sprawdzenia kwalifikacji wykonawców dokonywanych przez agencje rządowe USA wykorzystywane są różne źródła informacji, w tym zapytania bezpośrednie, badania rynku, zaświadczenia przedłożone rządowi<sup>1001</sup>. Oferenci, którzy nie spełniają wysokich standardów odpowiedzialności amerykańskiego systemu zamówień publicznych, są wykluczeni z udziału w federalnych zamówieniach publicznych, zgodnie z założeniem, że łapówkarstwo, faworyzowanie i nieetyczne zachowanie nie mogą mieć miejsca w skutecznym systemie zamówień<sup>1002</sup>.

#### 5.4.1. Wykluczenie i zawieszenie wykonawcy w USA

Proces wykluczenia wykonawcy z federalnych zamówień publicznych regulowany jest od 1984 r. przez wytyczne Federal Acquisition Regulation System (FAR)<sup>1003</sup>. Wprowadzone zostały normalizacje, według których wykonawcy kwalifikowani są jako „odpowiedzialni”, tj. mogący ubiegać się o udzielenie im zamówień federalnych, oraz dotyczące zawieszenia i wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w USA<sup>1004</sup>.

---

<sup>1000</sup> Zob. R.T. Rhoad, D. Robbins, *Government Contracts Year in Review Conference – covering 2018, Fraud, Debarment and Suspension*, in Thomson Reuters’ Conference Briefs 2019, s. 15–24 za: Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*

<sup>1001</sup> Zob. np., FAR 9.105-1(c).

<sup>1002</sup> Więcej S.L. Schooner, *Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law*, 11 „Public Procurement Law Review” 2002, vol. 11, s. 103; Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 48–49.

<sup>1003</sup> Zob. J.D. West, T.J. Hatch, Ch.K. Brennan, L.J.C. VanDyke, *Suspension and Debarment*, “Briefing Papers”, August 2006, no. 06–9, <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/documents/publications/WestHatch-SuspensionDebarmentBriefingPaper.pdf> (dostęp 18.07.2022).

<sup>1004</sup> *As noted above, there is a separate rule for debarment regarding federal spending outside the procurement process, such as grants, loans, and other forms of government assistance; that rule is known as the “Nonprocurement Common Rule” (NCR), which similarly provides for governmentwide nonprocurement suspension and debarment. There is discussion in the federal procurement community of consolidating the procurement and nonprocurement rules under a single, uniform rule regarding suspension and debarment, which would be applicable across the federal Government* [Jak zauważono powyżej, istnieje osobna zasada wykluczenia w odniesieniu do wydatków federalnych, poza zamówieniami publicznymi, takimi jak dotacje, pożyczki i inne formy pomocy rządowej; ta zasada jest znana jako Wspólna Zasada Non-procurement (NCR), która podobnie przewiduje dla całego rządu

W systemie federalnym funkcjonują dwie odrębne choć wzajemnie powiązane instytucje prawne służące do dyskwalifikowania oferentów z zamówień publicznych, tj. wykluczenie oraz zawieszenie wykonawcy<sup>1005</sup>. Podstawy tych działań są zasadniczo podobne i wynikają z obowiązujących przepisów<sup>1006</sup>. Wykluczenie rozumiane jest jako akt podjęty przez oficjalnego urzędnika ds. wykluczenia, uniemożliwiający oferentowi ubieganie się o zamówienia publiczne na szczeblu rządowym na określony czas, zazwyczaj jest to okres kilku lat. Wykonawca wykluczony traktowany jest jak odrzucony<sup>1007</sup>. Z kolei zawieszenie oznacza tymczasowe zdyskwalifikowanie oferenta z ubiegania się o kontrakty publiczne, łącznie z zakazem udziału jako podwykonawca<sup>1008</sup>. Zawieszenie wykonawcy związane jest z wszczętą przez urzędnika ds. wykluczenia i zawieszenia procedurą badania podstaw wykluczenia lub w związku z trwającym sporem sądowym, i trwa do czasu zakończenia tej procedury lub sporu<sup>1009</sup>. Zawieszenie wykonawcy dokonywane jest przez wyspecjalizowany organ ds. zawieszenia lub wykluczenia.

Standardy kwalifikacji wykonawcy jako „odpowiedzialnego”, tj. kwalifikującego się do ubiegania o zamówienia publiczne oraz normy dotyczące zawieszenia i wykluczenia, są podobne, ale nie identyczne. Standardy odpowiedzialności określają, którzy dostawcy mogą otrzymać kontrakt, a zawieszenia i wykluczenia definiują, którzy nie mogą. Celem tych norm jest ochrona interesów rządu przed potencjalną szkodą wyrządzoną przez osoby fizyczne lub firmy, które nie prowadzą zgodnie z prawem działalności gospodarczej, lub nie są wiarygodne<sup>1010</sup>. Zasady, zgodnie z którymi oferenci oceniani są jako odpowiedzialni lub nieodpowiedzialni oraz kwalifikowani do wykluczenia lub zawieszenia, stanowią przewodniki dla organów wykluczających, które dokonują oceny, czy udzielenie zamówienia publicznego danemu wykonawcy naraża

---

zawieszenie i wykluczenie z zamówień publicznych. Toczy się wspólna dyskusja w sprawie zamówień federalnych dotycząca konsolidacji przepisów odnośnie do zamówień i poza zamówieniami w ramach jednej, jednolitej regulacji przepisów dotyczących zawieszania i wykluczania, które miałyby zastosowanie na całym szczeblu federalnym rządu] Ch. Yunkis, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU's Next Steps in Procurement*, “GW Law School Public Law and Legal Theory Paper” 2019–39, s. 55, przy. 32 za: R. Meunier, T. Nelson *Fraud, Debarment and Suspension*, in Thomson Reuters’ Government Contracts Year in Review Conference – covering 2018, Conference Briefs 2019, s. 15–24.

<sup>1005</sup> Definicje terminów używanych w całym rozporządzeniu są określone w FAR 2.101.

<sup>1006</sup> RAR 9.406-2, 407-2; J.D. West, T.J. Hatch, Ch.K. Brennan, L.J.C. VanDyke, *Suspension and Debarment...*

<sup>1007</sup> Zob. FAR 9.406-3; [https://www.acquisition.gov/far/part-2#FAR\\_2\\_101](https://www.acquisition.gov/far/part-2#FAR_2_101) (dostęp 18.07.2022).

<sup>1008</sup> Zob. FAR 9.406-3; [https://www.acquisition.gov/far/part-2#FAR\\_2\\_101](https://www.acquisition.gov/far/part-2#FAR_2_101) (dostęp 18.07.2022).

<sup>1009</sup> J.D. West, T.J. Hatch, Ch.K. Brennan, L.J.C. VanDyke, *Suspension and Debarment...*, s. 5.

<sup>1010</sup> *The Interagency Suspension and Debarment Committee Report FY 2017*; FAR 9.402(a); Ch. Yunkis, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 55.

państwo na ryzyko utraty reputacji oraz ryzyko nienależytego wykonania zamówienia publicznego. Federalne rozporządzenie regulujące powyższe kwestie łączy pojęcia odpowiedzialności i zawieszenia/wykluczenia, podkreślając, że zamówienia publiczne mogą być udzielane tylko odpowiedzialnym wykonawcom, oraz że wykluczenie i zawieszenie jako „działania uznaniowe” są odpowiednimi środkami do realizacji tej polityki<sup>1011</sup>.

Przepisy amerykańskie mają zachęcać podmioty do inwestowania w siebie w celu przyszłej współpracy z rządem. Wykonawcy mają świadomość, że ich przyszła pozycja na rynku zależna jest od tego, czy zostaną uznani za „odpowiedzialnych” czy też nie, a samo wykluczenie często jest określane jako „kara śmierci” dla tych uznanych za „nieodpowiedzialnych”. Ponadto zawieszenie lub wykluczenie z postępowań o udzielenie kontraktów federalnych oznacza, że oferenci nie mogą ubiegać się o zamówienia również na lokalnych rynkach. Ma to bezpośredni wpływ na negatywną ocenę pozycji rynkowej wykonawcy i „utrata twarży” w środowisku biznesowym<sup>1012</sup>.

Celem instytucji wykluczenia i zawieszenia wykonawców z postępowania nie jest ich karanie, natomiast pośrednio wykonawcy tacy ponoszą karę w postaci niedopuszczenia ich do zamówień publicznych jako podmioty, które stwarzają ryzyko dla jednostek publicznych. Wykonawcy zawieszeni i wykluczeni nie mogą również prowadzić interesów ani z agencjami rządowymi, ani być przedstawicielami innych podmiotów. Są również pozbawieni prawa do otrzymywania stypendiów, pożyczek i innych form pomocy federalnej<sup>1013</sup>.

Wykluczenie oznacza brak możliwości ubiegania się o kontrakty federalne, zazwyczaj przez okres trzech lat, choć w uzasadnionych przypadkach czas ten może zostać wydłużony<sup>1014</sup>. Sankcje takie nakładane są wyłącznie w interesie publicznym<sup>1015</sup>.

---

<sup>1011</sup> Zob. FAR 9.402 (a); Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 55.

<sup>1012</sup> *Gonzalez v. Freeman*, 344 F.2d 570, 574 (D.C. Cir. 1964); Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 56.

<sup>1013</sup> Amerykańskie Biuro Zarządzania i Budżetu w Białym Domu wydało wytyczne dla agencji w sprawie wykluczenia i zawieszenia w całym rządzie w sprawach „niezamówieniowych” (takich jak dotacje), w 2 CFR Część 180; Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 56.

<sup>1014</sup> Zob. np. *U.S. General Services Administration, Suspension and Debarment Division, Suspension and Debarment: Frequently Asked Questions*, [www.gsa.gov/about-us/organization/office-of-governmentwide-policy/office-of-acquisition-policy/gsa-acq-policy-integrity-workforce/suspension-debarment-division/suspension-debarment/frequently-asked-questions-suspension-debarment](http://www.gsa.gov/about-us/organization/office-of-governmentwide-policy/office-of-acquisition-policy/gsa-acq-policy-integrity-workforce/suspension-debarment-division/suspension-debarment/frequently-asked-questions-suspension-debarment) (dostęp 22.03.2023); Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 56.

<sup>1015</sup> Zob. S.L. Schooner, S. Collins, R.J. Bednar, S.A. Shaw, et al., *Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy*, „Public Procurement Law Review” 2004, vol. 13,



Zawieszenie i wykluczenie podmiotu w jednym postępowaniu skutkuje koniecznością eliminacji go z postępowań prowadzonych przez wszystkie instytucje publiczne<sup>1016</sup>. Oba działania – zawieszenie i wykluczenie – powodują uszczerbek w reputacji firmy. Informacja o zawieszeniu i wykluczeniu danej firmy czy instytucji zamieszczana jest w bazie, w Centralnym Repozytorium Informacji o Kwalifikacjach i Wynikach<sup>1017</sup>, obsługiwanym przez General Services Administration USA. Dane te są publicznie dostępne i wykorzystywane głównie przez jednostki publiczne, instytucje finansowe oraz innych wykonawców przy sprawdzaniu potencjalnych wykonawców i podwykonawców.

Mając powyższe na uwadze, należy podkreślić, że zawieszenie i wykluczenie należą do tych środków, które stosowane są bardzo ostrożnie przez instytucje zamawiające<sup>1018</sup>. Nie można też pominąć wpływu wykluczenia i zawieszenia na zawężenie konkurencji na rynku, zakłócenie realizowanych kontraktów, a także ekonomicznych konsekwencji dla podmiotów zawieszonych lub wykluczonych. Wykonawcom, w stosunku do których podjęto decyzje o ich wykluczeniu z postępowania, przysługuje prawo ubiegania się o kontrolę sądową co do zasadności ich dyskwalifikacji.

W celu maksymalnego ograniczenia możliwości narażenia instytucji publicznych na ryzyko utraty reputacji i nienależytego wykonania kontraktu, a jednocześnie zmniejszenia liczby wykonawców wykluczonych z postępowań o udzielenie zamówień publicznych, w systemie amerykańskim wprowadzono mechanizmy, takie jak: centralizacja wykluczenia i zawieszenia oparta na wykwalifikowanej kadrze urzędników i dostępie do transparentnego wymiaru sprawiedliwości, weryfikacja wykonawcy oparta na dowodach, system kontroli wewnętrznych i zabezpieczenia proceduralne w postaci działań zaradczych<sup>1019</sup> oraz umów administracyjnych<sup>1020</sup>.

---

<https://ssrn.com/abstract=509004> (dostęp 29.06.2022); Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 56.

<sup>1016</sup> Ch. Yukins, *Cross-Debarment: A Stakeholder Analysis*, „Georg Washington International Law Review” 2013, vol. 45, s. 233–234; U.S. Government Accountability Office, *Suspension and Debarment: Some Agency Programs Need Greater Attention, and Governmentwide Oversight Could Be Improved*, GAO-11-739, (Aug 31, 2011); <https://www.gao.gov/assets/gao-11-739.pdf> (data 20.10.2022); Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 57.

<sup>1017</sup> [www.sam.gov](http://www.sam.gov) (dostęp 18.07.2022).

<sup>1018</sup> E. Auriol, T. Søreide, *An Economic Analysis of Debarment*, „International Review Law and Economics” 2017, vol. 50, issue C; Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 57.

<sup>1019</sup> Podobnych do instytucji „self-cleaning”, o której mowa w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2004/24/UE.

<sup>1020</sup> Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 59.

#### 5.4.2. Centralizacja wykluczenia i zawieszenia wykonawcy

W prawie zamówień publicznych w USA instytucja wykluczenia i zawieszenia wykonawcy została oparta na scentralizowanym systemie, w ramach którego powołany jest organ ds. zawieszenia i wykluczenia, odpowiedzialny za ocenę wykonawców pod kątem spełnienia przesłanek zawieszenia i wykluczenia<sup>1021</sup>.

System amerykański zakłada, że ocena zagrożenia i ryzyka, jakie stwarza dla instytucji publicznych możliwość udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który kwalifikuje się do wykluczenia lub zawieszenia, wymaga specjalistycznej wiedzy i doświadczenia na tym polu, ponieważ działanie to musi leżeć w interesie publicznym<sup>1022</sup>. Dlatego osoba dokonująca wykluczenia lub zawieszenia, tj. urzędnik działający w imieniu ww. organu, musi cieszyć się autorytetem, zaufaniem publicznym, mieć stosowne kwalifikacje i być wspierany przez dodatkowych specjalistów. Niejednokrotnie czynności wykluczenia i zawieszenia wykonawców powierzane są adwokatom<sup>1023</sup>.

Amerykańskie podejście zakłada, że decyzje o wykluczeniu i zawieszeniu są złożone i wymagają specjalnych uprawnień i kompetencji, w które wyposażony jest wyspecjalizowany w tym celu organ, działający dzięki wykształconym w tym zakresie wyższym urzędnikom. W federalnych zamówieniach USA instytucja urzędnika ds. zawieszenia i wykluczenia (SDO) służy szerokiemu interesowi publicznemu, polegającemu na ocenie oferentów pod kątem ich „obecnej odpowiedzialności”.

Urzędnik SDO musi dobrze znać i rozumieć regulacje prawne, być w stanie ocenić powagę działań lub zaniechań danego podmiotu, zarówno pod względem wykonania kontraktów, jak i ryzyka utraty reputacji dla rządu, oraz musi umiejętnie rozpoznać podjęte środki zaradcze i inne czynniki, takie jak ekonomiczny wpływ eliminacji firmy z przyszłych konkursów. Uprawnienia SDO rozciągają się na wszystkie fazy postępowania w sprawie zawieszenia i wykluczenia, w tym zbieranie dowodów, kontakty z zainteresowanym wykonawcą, podejmowanie decyzji w sprawie zawarcia umowy administracyjnej<sup>1024</sup>.

---

<sup>1021</sup> Podobną procedurę stosuje również Bank Światowy, zob. *See generally* Ch. Yukins, *Rethinking the World Bank's Sanctions System*, “The Government Contractor” 2013, vol. 55, no. 42, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2357691](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2357691) (dostęp 13.07.2022).

<sup>1022</sup> FAR 9.406-1.

<sup>1023</sup> Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 58.

<sup>1024</sup> FAR 9.406-1(a).

Z uwagi na ciążącą na urzędniku ds. wykluczenia i zawieszenia odpowiedzialność w zakresie podjętej decyzji proces ten jest kilkietapowy. Umożliwia to dokonanie dogłębnej analizy sytuacji podmiotu, przyczyn niewłaściwego postępowania, a także podjętych działań naprawczych. Urzędnik SDO jest uprawniony do otrzymania informacji o wykroczeniach wykonawcy z dowolnej liczby źródeł, w tym od organów śledczych, prokuratury, konkurentów i prasy. Obowiązują go również procedury regulujące sposób podejmowania decyzji o wykluczeniu i zawieszeniu wykonawcy, oparte na zasadzie federalnej uczciwości (niejednokrotnie dopuszczające działania nieformalne), umożliwiające zainteresowanemu dostarczenie informacji i argumentów przeciw proponowanemu wykluczeniu lub zawieszeniu<sup>1025</sup>. Jeżeli propozycja zawieszenia lub wykluczenia nie została poparta dowodami lub wyrokiem sądowym, przepisy FAR wskazują konkretne kroki, które musi podjąć urzędnik zamierzający wykluczyć lub zawiesić oferenta. W takich przypadkach ten ostatni musi zostać pisemnie powiadomiony o proponowanych działaniach, wraz z uzasadnieniem i wyjaśnieniem podejmowanych procedur, oraz możliwości zajęcia stanowiska w sprawie. W przypadku sporu co do istotnych faktów dotyczących podstaw wykluczenia wykonawca może skorzystać z prawa do obrony przez profesjonalnego obrońcę oraz przedstawić dowody na poparcie swojego stanowiska<sup>1026</sup>.

Przed podjęciem decyzji o wykluczeniu i zawieszeniu urzędnik SDO musi wziąć pod uwagę<sup>1027</sup> okoliczności dotyczące tego: czy wykonawca w czasie wykonywanych szkodliwych czynności posiadał wdrożone skuteczne standardy postępowania i kontroli wewnętrznej; czy dobrowolnie ujawnił odpowiedniej jednostce zamawiającej własne nieodpowiednie działanie; czy w pełni zbadał okoliczności związane z przyczyną wykluczenia – a jeśli tak, to czy udostępnił ich wynik podmiotowi zamawiającemu; czy współpracował z właściwymi jednostkami zamawiającymi, sądowymi lub administracyjnymi; czy zapłacił, lub zgodził się zapłacić, odszkodowanie i poniósł odpowiedzialność administracyjną za niewłaściwe działania, w tym wszelkie czynności dochodzeniowe lub koszty administracyjne poniesione przez jednostki publiczne i dokonał, lub zgodził się dokonać pełnej restytucji; czy podjął odpowiednie działania dyscyplinarne wobec osoby odpowiedzialnej za nieodpowiednie czyny; czy wdrożył lub zgodził się wdrożyć adekwatne środki zaradcze; czy miał wystarczająco dużo czasu, aby

---

<sup>1025</sup> FAR 9.406-3(b)(1); Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 60.

<sup>1026</sup> *Ibidem*.

<sup>1027</sup> Zob. np. FAR 9.406-1.

wyeliminować okoliczności prowadzące do naruszeń; czy ma świadomość popełnionych błędów i rozumie ich skutki; oraz czy zostały wdrożone procedury zapobiegające w przyszłości wystąpieniu takich niepożądanych działań<sup>1028</sup>.

Decyzja o wykluczeniu lub zawieszeniu wykonawcy z udziału w zamówieniach publicznych wydawana jest na piśmie, zawiera uzasadnienie co do dokonanych ustaleń i ich skutków oraz informacje, w oparciu o które dokonano ustaleń. Następnie decyzja o wykluczeniu lub zawieszeniu danego podmiotu zostaje umieszczona w rejestrze administracyjnym<sup>1029</sup>. Powyższe elementy oceny postawy i działania wykonawcy, wobec którego podejmowana jest decyzja wykluczenia lub zawieszenia z udziału w zamówieniach publicznych, wskazują, że celem amerykańskiego systemu nie jest ani karanie, ani też ocena nieprawidłowego działania wykonawcy. Nieprawidłowe działania podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne traktowane są jako zagrożenie ryzykiem dla jednostek publicznych. Istnieje jednak możliwość zmniejszenia lub niwelowania ryzyka, poprzez wprowadzenie wewnętrznych systemów kontroli i zmian organizacyjnych. Wprowadzenie ich zabezpieczy również wykonawcę przed przyszłym ryzykiem wykluczenia lub zawieszenia<sup>1030</sup>.

### 5.4.3. Wewnętrzne systemy kontroli i działania zaradcze

W systemie amerykańskim, by eliminować lub zmniejszać ryzyka dla jednostek publicznych wykonawca może podjąć odpowiednie środki zaradcze, w postaci wprowadzenia wewnętrznej kontroli korporacyjnej i zmian organizacyjnych, technicznych i personalnych. Procedura ta zbliżona jest do instytucji self-cleaning przewidzianej w dyrektywach UE w sprawie zamówień publicznych<sup>1031</sup>. Jednakże w USA podejmowana jest ona po rozpoczęciu przez wykonawcę realizacji umowy<sup>1032</sup>

---

<sup>1028</sup> Zob. K. Sacilotto, *One Is the Loneliest Number: A Case for Changing Suspension and Debarment Regulations to Better Address Potential Exclusion of Individual Suspension and Debarment*, "ABA Section of Public Contract Law Journal", Summer 2018, vol. 47, no. 4

[https://www.americanbar.org/groups/public\\_contract\\_law/publications/public\\_contract\\_law\\_jrnl/v47-n4/suspension/](https://www.americanbar.org/groups/public_contract_law/publications/public_contract_law_jrnl/v47-n4/suspension/) (dostęp 13.07.2022); D.E. Schoeni, *Personal Debarment for Non-Distributive Corporate Misconduct: On the Efficacy of Debarring the Individual from Government Contracts for Collective Wrongdoing*, "Public Contract Law Journal", Fall 2016, vol. 46, no. 1; Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 60–64.

<sup>1029</sup> *Ibidem*, s. 64.

<sup>1030</sup> *Ibidem*.

<sup>1031</sup> Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 58.

<sup>1032</sup> Jeżeli przewidywana wartość umowy przekroczy 5,5 miliona USD, a okres realizacji umowy 120 dni, na mocy przepisów FAR 3.1004 zostanie uruchomiona klauzula umowy federalnej. W ciągu 30 dni

jako element zarządzania ryzykiem oraz integralna część kwalifikacji wykonawcy jako rzetelnego<sup>1033</sup>, a nie dopiero w wyniku popełnienia przez niego czynu niepożądanego<sup>1034</sup>. System kontroli korporacyjnej opiera się na stosowaniu takich samych instrumentów zaradczych, jak te wskazane w Dyrektywie 2014/24/UE – tj. techniczne, organizacyjne i personalne<sup>1035</sup>, polegające m.in. na wprowadzeniu systemów *compliance*, zmian w systemach kontroli i sprawozdawczości, wprowadzeniu audytów wewnętrznych, regulacji dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie wewnętrznych regulacji, standardów i przepisów, zastosowanie w procesie produkcji nowych materiałów lub nowych technologii, lub wprowadzenie systemu zarządzania jakością<sup>1036</sup>.

W systemie amerykańskim środki zaradcze podejmowane przez wykonawcę nie są nowością. Są one stale ulepszone i rozwijane, uwzględniają doświadczenie z dotychczasowych procesów wykluczenia i zawieszenia. Ich szczegółowość odzwierciedla również praktyczną rzeczywistość, mającą miejsce w amerykańskich działaniach i przedłużających się procedurach dotyczących wykluczenia i zawieszenia. Rozszerzony proces interaktywnych kontaktów między urzędnikami państwowymi i wykonawcami niejednokrotnie prowadzi do konieczności wdrożenia konkretnych metod zapobiegania wskazanych w procesie kontroli. Odnosi się to również do wewnętrznych procedur kontrolnych i programów szkoleniowych dotyczących etyki<sup>1037</sup>. Wprowadzenie programu zgodności ma służyć zapobieganiu i wykrywaniu nadużyć oraz zapewnić, że działania firmy prowadzone są zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz regulacjami. Samo wprowadzenie systemów zgodności nie jest jednak wystarczającym zabezpieczeniem przed wystąpieniem zachowań niepożądanych, niezgodnych z prawem. Konieczne jest zobowiązanie się przez kierownictwo danego podmiotu do przestrzegania i egzekwowanie wprowadzonych zasad, w sposób współmierny do możliwego ryzyka. Kluczowymi czynnikami przy ocenie każdego

---

wykonawca objęty klauzulą musi opracować korporacyjny kodeks postępowania i etyki biznesowej oraz w ciągu 90 dni – program *compliance* i system kontroli wewnętrznej. FAR 52.203-13(b)-(c).

<sup>1033</sup> C. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 66.

<sup>1034</sup> Zob. art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE; zob. H. Pünder, H.-J. Prieß, S. Arrowsmith, *Self-Cleaning in Public Procurement Law*, Köln 2009; S. Schoenmaekers, *Self-Cleaning and Leniency: Comparable Objectives but Different Levels of Success?*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2018, vol. 13(1).

<sup>1035</sup> Zob. Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych oraz Komisja Papierów Wartościowych i Giełd Stanów Zjednoczonych, wytyczne FCPA.

<sup>1036</sup> Omówiono w rozdziale czwartym.

<sup>1037</sup> Zob. np. Ch. Yukins, *U.S. Justice Department Issues New Corporate Compliance Guidance*, (01.05.2019), <http://publicprocurementinternational.com/2019/05/01/u-s-justice-department-issues-new-corporate-compliance-guidance/> (dostęp 21.07.2022).

programu zgodności jest jego odpowiedni projekt – wyposażony w mechanizmy, które zapewnią maksymalną skuteczność w zapobieganiu i wykrywaniu działań niepożądanych ze strony pracowników, a także czy kierownictwo firmy egzekwuje wprowadzone nakazy i zakazy. Przykładem takiego mechanizmu może być procedura niezależnego przeglądu proponowanych działań naprawczych, która spowoduje, że zalecenia funkcjonariuszy nie będą wdrażane automatycznie, lecz w sposób adekwatny do działalności danego podmiotu. Procedura weryfikująca, czy funkcje audytu wewnętrznego są realizowane na poziomie wystarczającym do zapewnienia ich niezależności i dokładności, procedura weryfikująca czy system informacji i raportowania został zaprojektowany w taki sposób, aby zapewnić kierownictwu terminowe i precyzyjne przekazywanie informacji.

Ważnym elementem skutecznego działania wewnętrznych systemów kontroli jest zapewnienie personelu o odpowiednich kwalifikacjach. Dotyczy to takich czynności, jak np. przeprowadzanie audytu, dokumentowanie, analizowanie i ocena działań korporacyjnych co do zgodności z wewnętrznymi procedurami. Kolejny element skutecznego systemu kontroli to zapoznanie pracowników z wprowadzonymi programami compliance oraz odpowiednie ich zmotywowanie do przestrzegania przyjętych procedur<sup>1038</sup>.

Istotą programu korporacyjnego jest nie tylko jego opracowanie „na papierze”, lecz skuteczne realizowanie celu, osiągniętego poprzez odpowiednio zaprojektowany, wdrożony i poddany weryfikacji system kontroli. Tylko tak działający system może zostać uznany za skuteczny program zgodności wykrywania nadużyć i przeciwdziałania zachowaniom niepożądanym, wpływający na złagodzenie sankcji wykluczenia lub zawieszenia wykonawcy z udziału w zamówieniach publicznych.

W tym miejscu warto podkreślić, że doświadczenia stosowania systemów compliance na rynku amerykańskim potwierdzają, że koniecznym elementem ich prawidłowego funkcjonowania jest nie tylko wprowadzenie odpowiednich procedur kontroli – audytu, polityki dobrych praktyk, itp. – ale również zapewnienie, że będzie on funkcjonował zgodnie z założeniami. Tym samym pozytywnie zweryfikowano postawioną na początku rozważań trzecią hipotezę, zgodnie z którą wprowadzenie systemów compliance może stanowić zachętę do podejmowania przez wykonawcę zmian

---

<sup>1038</sup> *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations 9-28.800 Corporate Compliance Programs* <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations#9-28.800> (dostęp 21.07.2022).

w postaci działań prewencyjnych i zabezpieczających go na przyszłość przed wystąpieniem działań niepożądanych, jednakże bez wprowadzenia odpowiedniego systemu gwarantującego przestrzeganie i egzekwowanie tych zmian nie będzie ono wystarczające do skutecznego przeprowadzenia self-cleaning.

#### 5.4.4. Umowy administracyjne i niezależni obserwatorzy

Istotnym narzędziem stosowanym w prawie amerykańskim – alternatywnym rozwiązaniem wobec zawieszenia lub wykluczenia wykonawcy z zamówień publicznych – jest możliwość zawarcia umowy administracyjnej. Zawarcie umowy administracyjnej oznacza, że wykonawca nie zostanie wykluczony lub zawieszony z udziału w postępowaniach i warunkowo będzie mógł ubiegać się o zamówienia federalne. Decyzja o zawarciu umowy administracyjnej podejmowana jest przez niezależny organ powołany dla oceny podstaw wykluczenia i zawieszenia, jeżeli jest to uzasadnione okolicznościami sprawy<sup>1039</sup>. Jeżeli organ ten uzna, że dany oferent jako podmiot ubiegający się o zamówienie publiczne wykazał w stopniu wystarczającym swoją „odpowiedzialność” i interes publiczny zostanie odpowiednio zabezpieczony, oraz dowiedzie, że przy spełnieniu konkretnych warunków i wdrożeniu adekwatnych środków zaradczych, w tym poddanie się nadzorowi i składanie raportów<sup>1040</sup>, realizacja zamówienia publicznego będzie możliwa, umowa administracyjna może zostać zawarta.

Wykonawca zawiera umowę administracyjną z agencją federalną lub stanową, zobowiązując się do podjęcia wyznaczonych środków zaradczych. W celu weryfikacji działań oferenta w umowie administracyjnej może zostać zawarta klauzula dotycząca kontrolowania działań wykonawcy, obserwowanych przez niezależnych inspektorów monitorujących<sup>1041</sup>. Umowy administracyjne podlegają publikacji w publicznie dostępnej bazie danych<sup>1042</sup>.

---

<sup>1039</sup> Zob. J.D. West, T.J. Hatch, Ch.K. Brennan, L.J.C. VanDyke, *Suspension and Debarment*, “Briefing Papers”, August 2006, no. 06–9, s. 9.

<sup>1040</sup> J.S. Pachter, *Independent Monitors: What They Do and How to Avoid the Need for Them*, “The Clause”, March 2014, vol. XXIV, no. 2, Board of Contract Appeals Bar Association (March 2014), [https://bcaba.org/wp-content/uploads/2014/06/BCABA\\_The-Clause\\_Mar-2014.pdf](https://bcaba.org/wp-content/uploads/2014/06/BCABA_The-Clause_Mar-2014.pdf) (data 20.10.2023), s. 18.

<sup>1041</sup> Zob. *American Bar Association, Monitors Standards*, [https://www.americanbar.org/groups/criminal\\_justice/standards/MonitorsStandards/](https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/MonitorsStandards/) (dostęp 08.07.2022).

<sup>1042</sup> *Contractor Performance Assessment Reporting System (CPARS)* <https://www.cpars.gov> (dostęp 08.07.2022); Zob. J.G. Willard, *Balancing Goals: FAPIIS’s Effect on Administrative Agreements*, 43 “Public Contract Law Journal”, Fall 2013, vol. 43, no. 1, s. 105, 118–119; FAR 9.406-3(f)(1): *If the contractor enters into an administrative agreement with the Government in order to resolve a debarment*

Umowy administracyjne mogą różnić się od siebie w zależności od sprawy, ale co do zasady umożliwiają wykonawcy, jednostkom publicznym i zainteresowanym stronom – w tym np. pracownikom, emerytom, akcjonariuszom unikania potencjalnego poważnego zakłócenia w działalności oferenta, w tym zawieszenia lub wykluczenia<sup>1043</sup>.

Umowy administracyjne sprzyjają również zachowaniu uczciwej konkurencji. Wykluczenie wykonawcy może naruszyć lub ograniczyć konkurencyjność, eliminując kluczowego konkurenta<sup>1044</sup>. W treści umowy wykonawca zazwyczaj przyznaje się do bezprawności swojego postępowania, może zgodzić się na wypłatę odszkodowania lub zadośćuczynienia, zwolnienie lub przeniesienie pracowników, wdrożenie bardziej rygorystycznych środków zgodności, rozszerzenie audytu lub na podjęcie innych środków zaradczych<sup>1045</sup>. Umowy administracyjne mogą zawierać zarówno firmy, jak i osoby prywatne<sup>1046</sup>. Zawarcie umowy administracyjnej wymaga niejednokrotnie powołania niezależnego monitora. Jako niezależna strona trzecia, na której opinii opierają się bezstronne „oczy i uszy” rządu, monitor nie powinien być pracownikiem wykonawcy lub jednostki rządowej, publicznej. W przypadku wyznaczenia inspektora monitorującego wykonawca powinien z nim współpracować, by wzmocnić i poprawić etykę oraz kontrolę wewnętrzną firmy. Inspektor monitorujący powinien mieć dostęp do pełnej dokumentacji podmiotu oraz możliwość prowadzenia rozmów z wszystkimi pracownikami. Następnie składa on raport, w którym ocenia zgodność działań firmy z warunkami umowy administracyjnej, w tym skuteczność wewnętrznych programów kontrolnych firmy. Może również przedstawić zalecenia co do proponowanych zmian i podejmowanych działaniach naprawczych firmy<sup>1047</sup>.

Powyżej przedstawione mechanizmy prawa amerykańskiego, polegające na wdrożeniu systemów compliance po zawarciu kontraktu wraz z procedurami egzekwowania wprowadzonych zasad – scentralizowany system wykluczenia i zawieszenia wykonawcy

---

*proceeding, the debarring official shall access the website (available at <https://www.cpars.gov>, then select FAPIIS) and enter the requested information.* C.R. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 64.

<sup>1043</sup> J.S. Pachter, *Independent Monitors: What ...*, s. 18.

<sup>1044</sup> *The Interagency Suspension and Debarment Committee Report FY 2017*, s. 4; Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 71–72.

<sup>1045</sup> K.M. Manuel, *Debarment and Suspension of Government Contractors...*, s. 12.

<sup>1046</sup> W celu omówienia umów administracyjnych zawartych z osobami, które podlegały zawieszeniu lub wykluczeniu, zob. W. Bianchi, *Equality in Exclusion: Empowering Individuals in the Suspension and Debarment System*, “Public Contract Law Journal”, Fall 2015, vol. 45, no. 1, s. 79, 90; Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 72.

<sup>1047</sup> J.S. Pachter, *Independent Monitors: What...*, s. 19; Ch. Yukins, M. Kania, *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative...*, s. 72.



oraz korzystanie z umów administracyjnych i niezależnych monitorów – stosowane są jako alternatywa wobec wykluczenia wykonawcy. Pokazują odmienny, choć niejednokrotnie zbliżony do funkcjonującego w państwach członkowskich UE, model zapobiegania wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podstawy kwalifikacji i wykluczenie wykonawcy w systemach prawnych obowiązujących w USA i państwach członkowskich UE są zbliżone. Różnice dotyczą mechanizmów ich stosowania, a także sposobów podejścia wobec kwalifikacji oferentów. W systemie amerykańskim procedury kontroli wewnętrznej wdrażane są przed zaistnieniem zdarzenia niepożądanego, jako działania prewencyjne, oraz jako integralny element oceny wiarygodności podmiotu. Wykluczenie i zawieszenie wykonawcy oparto na systemie scentralizowanym. Dokonuje się przez wyspecjalizowany powołany do tego organ, którego decyzja jest wiążąca dla wszystkich podmiotów publicznych. Wprowadzono także alternatywne rozwiązanie w stosunku do konieczności wykluczenia i zawieszenia wykonawcy w postaci umowy administracyjnej oraz niezależnych inspektorów monitorujących jej realizację<sup>1048</sup>.

Powyższe pozwala na stwierdzenie, że przedstawione mechanizmy self-cleaning, obowiązujące w niektórych krajach UE oraz w USA, oparte na scentralizowanym systemie oceny dowodów samooczyszczania, poprzez obiektywną, regulowaną politykę wobec podjętych przez oferentów działań naprawczych i prewencyjnych realizują zasadę równego traktowania wykonawców. Zasada ta w prawie amerykańskim jest również realizowana przez procedury compliance wdrożone przez wykonawców realizujących zamówienia publiczne. Warto podkreślić, że doświadczenie wynikające ze stosowania systemów compliance w USA prowadzi do wniosku, że nawet najlepsze systemy compliance bez właściwych procedur gwarantujących przestrzeganie i egzekwowanie wprowadzonych zmian, nie są wystarczające do wykazania skutecznego self-cleaning.

Scentralizowany system oceny działań wykonawcy, który zapewnia profesjonalne kryterium w tym względzie, biorąc pod uwagę ich rzetelność i wiarygodność – oparte na analizie dowodów, faktów i okoliczności, z poszanowaniem prawa oferenta do obrony – stanowi gwarancję uczciwej konkurencji na rynku. Także wprowadzenie alternatywnego rozwiązania w stosunku do konieczności wykluczenia i zawieszenia wykonawcy, w postaci umowy administracyjnej i niezależnych inspektorów monitorujących realizację

---

<sup>1048</sup> *Ibidem*, s. 65–66.

takiej umowy, wskazuje na otwarcie ustawodawcy amerykańskiego na różne mechanizmy umożliwiające przywrócenie danemu podmiotowi wizerunku rzetelnego i wiarygodnego. Takie działania sprzyjają rozwojowi i wzmocnieniu uczciwej konkurencji na rynku – zapobiegają nieuzasadnionemu i nadmiernemu wykluczaniu wykonawców z postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

## 5.5. Podsumowanie

Regulacje prawne instytucji self-cleaning obowiązujące w państwach członkowskich Unii Europejskiej choć opierają się na tych samych założeniach i celach wynikających z dyrektywy klasycznej, mogą różnić się od siebie z uwagi na to, że dyrektywa wyznacza jedynie ogólne ramy prawne, założenia i cele, pozostawiając swobodę państwom członkowskim w tworzeniu wewnętrznych, szczegółowych norm prawnych zgodnych z ogólnymi założeniami. Większość państw członkowskich UE, podobnie jak Polska, w zakresie regulacji przeprowadzenia self-cleaning wdrożyła przepisy Dyrektywy 2014/24/UE, w brzmieniu zgodnym z treścią art. 57 ust. 6, nie korzystając z prawa do dookreślenia warunków wykonania tego artykułu. Wskutek braku precyzyjnych regulacji w państwach tych można zaobserwować takie same lub zbliżone problemy i wątpliwości interpretacyjne w zakresie prawidłowego przeprowadzenia procedury self-cleaning, jak w polskim systemie prawa.

Regulacje self-cleaning w państwach członkowskich Unii Europejskiej, w których uszczegółowiono przepisy dotyczące procedury self-cleaning, wskazują na możliwość jej przeprowadzenia według różnych modeli, mających oparcie w Dyrektywie 2014/24/UE. Przykładem są rozwiązania obowiązujące na Węgrzech i w Niemczech, zakładające centralizację oceny dowodów self-cleaning, dokonywaną przez niezależne organy sądowe lub quasi sądowe. Decyzje podjęte przez te organy są wiążące dla wszystkich zamawiających w okresie ich obowiązywania. Na Malcie sporządzana jest tzw. „czarna lista”, na której umieszczani są wykonawcy, wobec których zaistniały przesłanki wykluczenia określone w art. 57 ust. 1 i 4 Dyrektywy 2014/24/UE, a którzy nie przeprowadzili skutecznego self-cleaning. Ustawodawca łotewski, jako formę zabezpieczenia przed przyszłym zdarzeniem niepożądanym, ustanowił obowiązek żądania od wykonawcy, wobec którego zaistniała podstawa wykluczenia, dodatkowego zabezpieczenia, gwarancji należytego wykonania umowy, po to, aby niewłaściwe wykonanie było dla niego nieopłacalne ekonomicznie. Z kolei francuski ustawodawca

zwraca uwagę na konieczność wprowadzania przez podmioty wewnętrznych systemów kontroli.

Przedstawiony dla porównania z modelami europejskimi, amerykański model wykazania rzetelności i wiarygodności oferenta przewiduje wdrożenie przez tego, który uzyskał kontrakt publiczny, po jego zawarciu, procedur compliance, stanowiących również element zachęty oraz motywację dla firmy do zabezpieczenia się na przyszłość przed możliwością zaistnienia okoliczności skutkujących wykluczeniem z postępowania.

W systemie amerykańskim obowiązuje rygorystyczny proces wykluczenia i zawieszenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oparty na kompleksowej kwalifikacji wykonawcy jako „obecnie odpowiedzialnego”. Określenie to odnosi się zarówno do etyki biznesu, jak i uczciwości oraz kompetencji wykonawcy, a jego ocena dokonywana jest przez niezależny, wyspecjalizowany, powołany do tego organ. Ponieważ w prawie amerykańskim wykluczenie wykonawcy z możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne jest rozwiązaniem ostatecznym, obowiązują również alternatywne mechanizmy, umożliwiające warunkowe odstąpienie od wykluczenia wykonawcy, przy spełnieniu określonych wymogów, takich jak zawarcie umowy administracyjnej i poddanie się kontroli niezależnych inspektorów monitorujących realizację umowy.

Przedstawione modele self-cleaning przyjęte w państwach członkowskich UE oraz w Stanach Zjednoczonych wskazują na różnorodność sposobów, metod i procedur, poprzez które wykonawca, wobec którego zaistniały przesłanki wykluczenia, może wykazać swoją rzetelność i ubiegać się o udzielenie zamówienia. Istotnym elementem łączącym wszystkie te modele jest efekt końcowy, który w przypadku pozytywnej oceny działań samooczyszczającego się, stanowi potwierdzenie, że nie jest zasadne wykluczenie go z procedury ubiegania się o zamówienie publiczne. Efekt ten powinien zostać osiągnięty przy poszanowaniu zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

## **Wnioski końcowe**

Wnioski potwierdzające zasadność tezy badawczej postawionej na początku rozważań objętych zakresem dysertacji, zakładającej, że instytucja self-cleaning obowiązująca w polskiej regulacji prawnej – umożliwiającą wykonawcom podlegającym wykluczeniu z postępowania o zamówienie publiczne, ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego – może naruszać zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, co w konsekwencji może prowadzić do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy nierzetelnemu, niegwarantującemu jego należytego wykonania, zostały ujęte dwutorowo. Pierwsza część podsumowania zawiera konkluzje wynikające z przeprowadzonej analizy obowiązujących przepisów, poglądów przedstawicieli doktryny oraz stanowiska wyrażonego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Sądów Okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

W części drugiej sformułowano propozycje zmian legislacyjnych, które w celu zapewnienia zgodności procedury self-cleaning obowiązującej w polskim systemie prawnym z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji powinny zostać uwzględnione przez ustawodawcę. Przedstawione propozycje zmian w ramach dotychczasowych rozwiązań oraz propozycje wprowadzenia nowych mogą przyczynić się, oprócz uporządkowania i usprawnienia procedury self-cleaning, do rzeczywistego jej wpływu na rzetelność wykonawcy.

### **Instytucja self-cleaning na tle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji**

Podsumowując przeprowadzone w dysertacji rozważania i wyprowadzone wnioski – których celem było rozwiązanie problemu badawczego: czy instytucja self-cleaning obowiązująca w polskim prawie zamówień publicznych jest zgodna z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – uprawnionym jest stwierdzenie, że instytucja self-cleaning ustanowiona w Dyrektywie 2014/24/UE w swych założeniach jest zgodna z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jednakże jej regulacja w polskim systemie prawnym może prowadzić do naruszenia powyższych zasad. Tym samym udowodniona została teza badawcza pracy, w myśl której instytucja self-cleaning obowiązująca w polskiej regulacji prawnej, umożliwiającą wykonawcom podlegającym wykluczeniu z postępowania o zamówienie publiczne,

ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego, może naruszać zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, co w konsekwencji może prowadzić do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy nierzetelnemu, niegwarantującemu należytego wykonania umowy.

Przedstawione wnioski, w odniesieniu do sformułowanych problemów badawczych, upoważniają do stwierdzenia, że założenia konstrukcyjne pracy są prawidłowe, a potwierdzenie poszczególnych hipotez wskazuje, że teza pracy została udowodniona.

Konieczność przeprowadzenia stosownych badań dotyczących procedury self-cleaning uregulowanej w polskim systemie prawnym była wynikiem rzeczywistych trudności – związanych z prawidłowym przeprowadzeniem procedury self-cleaning, w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – występujących zarówno po stronie wykonawców, jak i zamawiających. Niedokładna regulacja self-cleaning prowadzi do rozbieżności interpretacyjnych zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie. Jest wynikiem wdrożenia do krajowego porządku prawnego rozwiązań i sposobu przeprowadzenia self-cleaning zgodnie z literalną treścią dyrektywy, bez uszczegółowienia warunków jej wykonania.

Przeprowadzone badania doprowadziły do uzyskania oryginalnych wyników, pozwalających na zidentyfikowanie konkretnych elementów procedury self-cleaning, których obowiązywanie oraz regulacja może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Obszarem badawczym objęto zasady udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji w odniesieniu do celu i funkcji, jakie pełnią w systemie udzielania zamówień publicznych, z uwzględnieniem charakteru norm prawnych kształtujących prawo zamówień publicznych. Ponadto cele, dla których została ustanowiona instytucja self-cleaning i przepisy regulujące tę procedurę określone w Dyrektywie 2014/24/UE oraz ustawodawstwie polskim. Także przepisy regulujące przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z Dyrektywy 2014/24/UE oraz ustawy Pzp. Dla porównania z regulacją obowiązującą w polskim porządku prawnym obszarem badawczym zostały objęte normy instytucji self-cleaning w wybranych krajach Unii Europejskiej i w Stanach Zjednoczonych.

Realizując główny cel pracy, odwołano się do dorobku doktryny oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Sądów Okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Przeprowadzona analiza zebranego materiału badawczego pozwoliła na

rozwiązanie problemu badawczego, stanowiąc jednocześnie potwierdzenie zasadności tezy badawczej. Wykazano, że pomimo iż instytucja self-cleaning ustanowiona Dyrektywą 2014/24/UE w swych założeniach jest zgodna z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, to jej regulacja wprowadzona do wewnętrznego porządku prawnego obowiązującego w Polsce może naruszać założenia wynikające z powyższych zasad. Naruszenia te mogą być wynikiem nieprecyzyjnych przepisów, a co za tym idzie rozbieżności interpretacyjnych w zakresie wszczęcia i zakończenia self-cleaning, złożenia oraz oceny dowodów, a także konstrukcji przesłanek self-cleaning.

Złożoność przedstawionego problemu badawczego wymagała wieloaspektowej analizy, opartej na kilku szczegółowych pytaniach badawczych oraz hipotezach postawionych w pracy, które zostały zweryfikowane w poszczególnych rozdziałach dysertacji.

W rozdziale pierwszym przedstawiono zagadnienia – wprowadzenie w problematykę zamówień publicznych, których omówienie było konieczne dla analizy procedury self-cleaning w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Poprzez zdefiniowanie, czym są zamówienia publiczne, dokonanie analizy celów i funkcji, jakie pełnią oraz zasad, jakim podlegają, a także reżimu prawnego, w ramach którego działa system zamówień publicznych, nakreślono tło niezbędne dla rozważań objętych tematyką pracy.

Przeprowadzone na podstawie analizy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Sądów Okręgowych, Krajowej Izby Odwoławczej oraz literatury badania w zakresie postawionych poszczególnych problemów badawczych, tj.: Na czym polega zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji?; Czy instytucja self-cleaning jest zgodna z tymi zasadami?; Jak wygląda kwalifikacja prawa zamówień publicznych w kontekście przynależności do prawa publicznego lub prywatnego? – wykazały, że instytucja self-cleaning w swym założeniu jest zgodna z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zakłada ona odmienne traktowanie wykonawców, którzy podlegając wykluczeniu z postępowania, podjęli działania, by wykazać swoją rzetelność i wiarygodność – czym gwarantują, że nieprawidłowe zachowania nie powtórzą się w przyszłości – od tych, którzy w tym celu nie wykonali żadnych kroków. W odniesieniu do zasady uczciwej konkurencji instytucja self-cleaning przyczynia się do jej wzrostu na rynku zamówień publicznych, ponieważ dzięki jej mechanizmom ofereń, których udział w realizacji zamówienia nie wiąże się

z ryzykiem niewłaściwego wykonania zamówienia, nie zostaną wykluczeni z postępowania.

Powyższe ustalenia pozwoliły na pozytywną weryfikację pierwszej z postawionych hipotez, w myśl której, jeżeli instytucja self-cleaning jest elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które musi być przygotowane i przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, to w swych założeniach musi realizować zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji.

Przedstawiony został także przegląd poglądów doktryny i orzecznictwa dotyczący charakteru norm prawnych kształtujących rynek zamówień publicznych w podziale na prawo prywatne i publiczne. Wykazano, że większość przedstawicieli doktryny opowiada się za przynależnością prawa zamówień publicznych do prawa publicznego przy akceptacji, że normy prawne regulujące realizację umowy należą do prawa prywatnego.

W rozdziale drugim przedstawiona została geneza ustanowienia instytucji self-cleaning, począwszy od lat 80. XX wieku i początkowych lat XXI wieku do momentu wprowadzenia odpowiednich regulacji w Dyrektywie 2014/24/UE. Przeprowadzona analiza doprowadziła do rozwiązania problemu badawczego, wyrażonego w postaci pytania: jakie były przesłanki wprowadzenia instytucji self-cleaning do prawa zamówień publicznych? Mianowicie, stworzenie możliwości przeprowadzenia self-cleaning wykonawcy było wynikiem działań antykorupcyjnych, podejmowanych głównie przez Wielką Brytanię i Niemcy w związku z licznymi przestępstwami popełnianymi przez przedsiębiorców, m.in. oszustwa podatkowe i przekupstwa funkcjonariuszy publicznych, popełniane w celu przyznania im kontraktów publicznych. Obok tradycyjnych metod walki z korupcją mechanizmy self-cleaning miały stanowić innowacyjną i hybrydową metodę samoregulacyjną opartą na systemie zachęty, wykorzystywaną również jako element prewencyjny. Poprzez umożliwienie wykonawcom podlegającym wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podjęcia stosownych czynności i wdrożenie odpowiednich procedur zabezpieczających przed ponownym wystąpieniem działań niepożądanych, wykonawcom stworzono możliwość powrotu na rynek zamówień publicznych.

W rozdziale drugim analizowano problem badawczy: jaki jest zakres podmiotowy oraz okoliczności uzasadniające wykluczenie wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne? W tym celu przedstawiono podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania uregulowane w treści Dyrektywy 2014/24/UE, z uwagi na to, że granice

zastosowania self-cleaning, jako wyjątku od wykluczenia wykonawcy, zostały wyznaczone poprzez podstawy wykluczenia. Postawy te stanowią bowiem progi wyznaczające nieprzekraczalny zakres, w ramach którego państwa członkowskie mogą ograniczać dostęp do rynku zamówień publicznych, a jednocześnie wyznaczają ramy, w jakich może nastąpić self-cleaning oferenta. W okolicznościach braku podstaw wykluczenia przeprowadzenie self-cleaning wykonawcy byłoby zbędne. Obok self-cleaning przedstawiono inne okoliczności przewidziane w Dyrektywie 2014/24/UE umożliwiające odstępstwo od konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania – z uwagi na ważny interes publiczny oraz wyraźną nieproporcjonalność wykluczenia.

W rozdziale trzecim z uwagi na pozostawione przez ustawodawcę unijnego do kompetencji państw członkowskich, w granicach swobody zakreślonej normami Dyrektywy 2014/24/UE, możliwości ustanawiania fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawiono podstawy wykluczenia obowiązujące w polskim systemie prawnym. W odniesieniu do tematu dysertacji podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowią kluczowy aspekt funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Mają decydujący wpływ na konkurencyjność postępowań, wyznaczają poziom dostępności zamówień dla podmiotów ubiegających się o zamówienie oraz wpływają na transparentność systemu zamówień publicznych. Z tego też względu – oraz dla zrozumienia celu i funkcji instytucji self-cleaning, a także sposobu jej skutecznego przeprowadzenia w ramach obowiązujących przepisów – konieczna stała się analiza przesłanek i okoliczności wykluczenia wykonawcy obowiązujących w polskim prawie zamówień publicznych. Przeprowadzone w treści rozdziału trzeciego badania pozwalające odpowiedzieć na postawione pytanie: jaki jest zakres podmiotowy oraz okoliczności uzasadniające wykluczenie wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne zgodnie z regulacją prawną obowiązującą w Polsce?, stanowią dopełnienie odpowiedzi na pytanie badawcze rozdziału drugiego. Opisano podstawy wykluczenia wykonawcy oraz wskazano sposoby ich implementacji z dyrektywy klasycznej do polskiego porządku prawnego, ze szczególnym uwzględnieniem podziału na przesłanki obligatoryjne, których konieczność ustanowienia i weryfikacji obowiązuje zamawiającego, oraz fakultatywne, których ustanowienie w postępowaniu i ich weryfikacja uzależniona jest od decyzji konkretnego zamawiającego. Ich analiza pozwoliła uzyskać odpowiedź na pytania badawcze dotyczące podmiotowego zakresu, przyczyn i czasu wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustalono katalog osób, których



działania niepożądane skutkują koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania (osoby po stronie wykonawcy będące urzędującymi członkami organów zarządzających lub nadzorczych, wspólnicy w spółce jawnej lub partnerskiej, komplementariusz w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej oraz prokurenci), wskazano okoliczności uzasadniające wykluczenie oraz okres, na jaki wykonawca zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustalono również, w jakich okolicznościach wykluczenie wykonawcy rodzi skutki wyłącznie w danym, konkretnym postępowaniu, a w jakich wywołuje je w postaci wykluczenia odnoszącego się do wszystkich postępowań o udzielenie zamówień publicznych. W odniesieniu do obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania przedstawiony został podział przesłanek wykluczenia, uwzględniający rodzaj i skalę czynności niepożądanych, dokonanych przez oferenta. Według tak przyjętego kryterium przesłanki wykluczenia dzielą się na takie, których zaistnienie pozwala w szczególnie uzasadnionych okolicznościach na przywrócenie wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne, tak jak np. w przypadku instytucji self-cleaning, oraz na takie, których wystąpienie jest bezwzględnie niedozwolone w procesie ubiegania się o zamówienie publiczne i skutkuje koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przykładem może być orzeczony prawomocnym wyrokiem zakaz ubiegania się o zamówienie, zakłócenie konkurencji w tym wynikające z wcześniejszego zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania oraz wystąpienie konfliktu interesów.

W rozdziale czwartym zawarto rozważania dotyczące instytucji self-cleaning i procedury jej przeprowadzenia uregulowane w prawie zamówień publicznych obowiązującym w polskim systemie prawnym, na tle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Ustawodawca krajowy wdrożył do porządku prawnego przepisy dotyczące self-cleaning, nie korzystając z przysługującego mu prawa do swobodnego kształtowania ich treści (w granicach wyznaczonych przez Dyrektywę 2014/24/UE), co w rezultacie doprowadziło do tego, że przepisy te nie są precyzyjne. Na tym tle przedstawione zostały praktyczne problemy związane z możliwością prawidłowego przeprowadzenia self-cleaning, wynikające z niewystarczających i budzących wątpliwości interpretacyjne regulacji prawnych. W toku rozważań postawiono następujące pytania badawcze: jak przebiega proces przeprowadzenia self-cleaning obowiązujący w polskim porządku prawnym?; po spełnieniu jakich warunków należy pozwolić wykonawcy, wobec którego zaistniały przesłanki wykluczenia, na

powrót do rynku zamówień publicznych? Dokonana analiza pozwoliła na zidentyfikowanie realnych problemów związanych z przeprowadzeniem self-cleaning zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Dotyczy to m.in. określenia momentu wszczęcia i zakończenia self-cleaning, w szczególności czy czynności self-cleaning muszą zostać rozpoczęte i zakończone przed złożeniem oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też mogą zostać podjęte w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Następnie, na jakim etapie postępowania ma miejsce poinformowanie zamawiającego o podjętych działaniach w ramach self-cleaning, a także – na jakim etapie postępowania oraz z czyjej inicjatywy – złożenie dowodów self-cleaning, tak, aby nie naruszyć powyższych zasad. Zostały także zidentyfikowane okoliczności naruszające zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, odnoszące się do przesłanek self-cleaning, a także składanych dowodów oraz sposobu ich oceny.

W toku rozważań w oparciu o przywołane stanowiska zaprezentowane w doktrynie oraz w orzecznictwie ustalono brak jednolitości w określeniu momentu wszczęcia procedury self-cleaning oraz złożenia dowodów self-cleaning. Tak odmiennie stanowiska pozostają w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji – prowadzą do oceny według takich samych zasad odmiennych stanów faktycznych oraz dopuszczają konkurowanie wykonawców według odmiennych zasad. Następnie przedstawiono przesłanki self-cleaning, ze szczególnym zwróceniem uwagi na praktyczne możliwości ich zastosowania, wykorzystując np. procedury kontroli i audytu (*compliance*), kodeks dobrych praktyk (*code of conduct*), lub organizację prewencji (*whistleblowing*). W toku badań zwrócono również uwagę, że niektóre ze wskazanych w ustawie rozwiązań w zakresie przesłanek self-cleaning mogą naruszać zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W szczególności dotyczy to zrównania w skutkach okoliczności naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub innym nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy z zobowiązaniem się do jej naprawienia, a także wymogu łącznego spełnienia przesłanek self-cleaning, pomimo tego iż obowiązek taki nie znajduje uzasadnienia w treści Dyrektywy 2014/24/UE. Zrównanie w skutkach okoliczności naprawienia przez wykonawcę wyrządzonej szkody z zobowiązaniem się do jej naprawienia (jako zdarzenia przyszłego i niepewnego) może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Następuje bowiem ocena według takiej samej miary oferentów, którzy znajdują się w odmiennych sytuacjach. Ponadto

samo złożenie przez podmiot zobowiązania do naprawienia szkody, nie musi świadczyć o jego rzetelności.

Wydaje się zatem, że w takich okolicznościach sytuacja konkurentów może nie opierać się na uczciwych założeniach, a obowiązujące przepisy stwarzają możliwości do podejmowania działań pozornych. Następnym elementem, który może przyczyniać się do naruszenia ww. zasad, to konieczność spełnienia wszystkich przesłanek self-cleaningu łącznie, niezależnie od tej stanowiącej podstawę wykluczenia. Wydaje się również, że wymóg ten dodatkowo narusza zasadę proporcjonalności, poprzez konieczność podejmowania działań zbędnych, nieprzydatnych dla osiągnięcia zakładanego celu, nadmiarowych w stosunku do popełnionego czynu. Kolejnym elementem, który może mieć wpływ na naruszenie ww. zasad, to ocena dowodów self-cleaning dokonywana wyłącznie przez zamawiającego, według jego własnej miary. Dodatkowo, w związku ze zmianą ustawy prawo zamówień publicznych, od 1 stycznia 2021 r. obowiązują nowe regulacje dotyczące self-cleaning, nakładające na wykonawcę większy rygor, co do udowodnienia samooczyszczenia. Po nowelizacji za niewystarczający może zostać uznany proces przeprowadzony zgodnie z uprzednio obowiązującymi przepisami, uznany wówczas za prawidłowy.

Przedstawione realne trudności w przeprowadzeniu self-cleaning potwierdzają, że regulacja tej instytucji obowiązująca w polskim prawie zamówień publicznych może naruszać zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jednocześnie pozytywnie została zweryfikowana druga z postawionych hipotez, zgodnie z którą, jeżeli instytucja self-cleaning jest elementem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w swych założeniach musi realizować zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, to zasady te muszą być stosowane na każdym etapie przeprowadzenia procedury self-cleaning, a narzędzia i mechanizmy wykorzystywane w ramach self-cleaning nie mogą naruszać tych zasad.

W rozdziale piątym opisano przykładowe regulacje instytucji self-cleaning obowiązujące w wybranych krajach Unii Europejskiej, które opierają się na tych samych założeniach co ustawodawstwo polskie, wynikających z dyrektyw unijnych oraz rozwiązania obowiązujące w Stanach Zjednoczonych. W ramach swobody ustawodawczej wynikającej z dyrektywy w niektórych krajach Unii Europejskiej wprowadzono własne rozwiązania dotyczące self-cleaning. Celem badań było uzyskanie odpowiedzi na pytania: czy istnieją inne, niż obowiązujący w polskim systemie prawnym, modele self-cleaning pozwalające na przeprowadzenie postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego bez naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji?; w jaki sposób przeprowadzany jest self-cleaning w państwach członkowskich Unii Europejskiej? Przeprowadzona analiza dała odpowiedź na te pytania badawcze. Ustalono, że większość państw członkowskich Unii Europejskiej przyjęła rozwiązania i sposoby przeprowadzenia self-cleaning zgodnie z literalną treścią dyrektywy bez jej uszczegółowienia, co skutkuje brakiem precyzyjnych regulacji prawnych. Występujące rozbieżności interpretacyjne odnoszą się, podobnie jak w Polsce, do takich kwestii, jak moment i inicjatywa w zakresie wszczęcia procedury self-cleaning oraz złożenia dowodów, a także sposób oceny dowodów self-cleaning. Jednoznacznie kwestia ta została uregulowana jedynie w Estonii, gdzie dowody przeprowadzenia procesu powinny zostać przedstawione przez wykonawcę z własnej inicjatywy wraz z ofertą. W Grecji zastosowanie procedury self-cleaning możliwe jest jedynie na etapie złożenia oferty, lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W niektórych krajach, jak np. w Niemczech czy na Węgrzech, ocena skuteczności przeprowadzenia self-cleaning należy do niezależnego organu sądowego lub quasi sądowego. W Chorwacji dowodem self-cleaning jest potwierdzona współpraca wykonawcy z państwowym biurem prokuratora oraz z Agencją ds. Konkurencji, dokumenty potwierdzające zapłatę na rzecz poszkodowanych podmiotów czy potwierdzenie zwolnienia osoby odpowiedzialnej za zaistniałe naruszenie. Na Łotwie od podmiotu żąda się dodatkowej gwarancji lub wprowadza się obostrzenia umowne, aby niewłaściwe wykonanie zamówienia było dla firmy nieopłacalne ekonomicznie. Na Malcie obowiązuje tzw. „czarna lista”, na którą wpisywani są wykonawcy podlegający wykluczeniu. Wpis na listę skutkuje wykluczeniem wykonawcy z kolejnych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Z kolei ustawodawca francuski zaleca wdrożenie dużym podmiotom gospodarczym wewnętrznych systemów kontroli w celach prewencyjnych.

Dla porównania z europejskimi zostały przedstawione rozwiązania obowiązujące w Stanach Zjednoczonych, zakładające ochronę interesu publicznego i zabezpieczenie jednostek publicznych przed możliwością niewłaściwego wydatkowania powierzonych im środków publicznych. Wdrożone mechanizmy wykluczenia wykonawcy z postępowania ograniczają możliwość narażenia państwa na ryzyka związane z realizacją zamówień publicznych w sposób niewłaściwy, w tym ryzyko utraty reputacji, nienależytego wykonania umowy oraz nienależytego wydatkowania środków publicznych. Wykonawca, który wyeliminował lub zmniejszył powyższe ryzyka, sam nie stwarza już zagrożenia niewłaściwej realizacji zamówienia publicznego. Jego

wykluczenie z postępowania nie będzie zasadne. Rozwiązania amerykańskie zachęcają podmioty do inwestowania w mechanizmy zabezpieczające i prewencyjne, w celu przyszłej współpracy z rządem. Przedstawiono również zasady wykluczenia i zawieszenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz możliwości podjęcia działań skutkujących odstąpieniem od wykluczenia i zawieszenia. Amerykański system wykluczenia wykonawcy z postępowania opiera się na takich mechanizmach, jak: centralizacja wykluczenia i zawieszenia oparta na wykwalifikowanej kadrze urzędników i dostępie do transparentnego wymiaru sprawiedliwości, weryfikacja wykonawcy na podstawie dowodów, wdrożenie systemów compliance oraz procedur gwarantujących ich przestrzeganie oraz na alternatywnym do wykluczenia mechanizmie zawierania umów administracyjnych.

W wyniku przeprowadzonej analizy rozwiązań amerykańskich ustalono, że ocena zagrożenia i ryzyka, jakie stwarza wykonawca podlegający wykluczeniu, tym samym decyzja o jego eliminacji z postępowania, wymaga specjalistycznej wiedzy i doświadczenia. W tym celu powołany został scentralizowany organ skupiający wyspecjalizowanych, wyższych urzędników, podejmujących decyzje odnośnie do wykluczenia oferenta z postępowania, oparte na analizie całokształtu okoliczności sprawy. Ważnym elementem oceny rzetelności wykonawcy jest wdrożenie wewnętrznego systemu kontroli (zbliżonego do europejskiego self-cleaning). System taki wprowadzany jest na początkowym etapie realizacji kontraktu, jako element prewencyjny, zapobiegający zdarzeniom niepożądanym. Doświadczenia amerykańskie na polu self-cleaning wykazały, że samo wprowadzenie systemów zgodności nie jest wystarczającym zabezpieczeniem przed wystąpieniem zachowań niepożądanych, niezgodnych z prawem. Konieczne jest zobowiązanie się przez kierownictwo danego podmiotu do przestrzegania i egzekwowania wprowadzonych zasad, w sposób współmierny do możliwego ryzyka. Powyższe potwierdza zatem zasadność trzeciej hipotezy pracy – z uwagi na zbyt krótki okres obowiązywania self-cleaning w ramach polskiego porządku prawnego nie mogła ona zostać zweryfikowana na podstawie doświadczeń krajowych – w myśl której wprowadzenie systemów compliance może stanowić zachętę do podejmowania przez wykonawcę zmian w postaci działań prewencyjnych i zabezpieczających go na przyszłość przed wystąpieniem działań niepożądanych, jednakże bez wprowadzenia odpowiedniego systemu gwarantującego przestrzeganie i egzekwowanie tych zmian nie będzie ono wystarczające do skutecznego przeprowadzenia self-cleaning.

Podsumowując powyższe rozważania, należy podkreślić, że dokonanie całościowej oceny modelu self-cleaning obowiązującego w polskim prawie zamówień publicznych pod kątem zgodności z zasadami równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, stanowiącej potwierdzenie zasadności postawionej tezy, było możliwe w wyniku przeprowadzonych przekrojowych badań zaprezentowanych w poszczególnych rozdziałach pracy.

W oparciu o badania sformułowano następujące wnioski:

1. Instytucja self-cleaning ustanowiona w art. 57 ust. 6 Dyrektywy 2014/24/UE realizuje zasadę równego traktowania wykonawców, ponieważ zakłada odmienne traktowanie podmiotów, które podlegając wykluczeniu z postępowania, podjęły działania w celu wykazania swojej rzetelności i wiarygodności, gwarantując, że nieprawidłowe zachowania nie powtórzą się w przyszłości, od tych, gdzie nie podjęto żadnych działań;
2. W odniesieniu do zasady uczciwej konkurencji instytucja self-cleaning przyczynia się do jej wzrostu na rynku zamówień publicznych, ponieważ dzięki mechanizmom self-cleaning oferenci, którzy wykażą, że ich udział w realizacji zamówienia nie wiąże się z ryzykiem niewłaściwego wykonania zamówienia, nie zostaną wykluczeni z postępowania;
3. Instytucja self-cleaning jako mechanizm obowiązujący w ramach prawa publicznego musi być przeprowadzona wyłącznie w granicach i w sposób określony przez prawo. Ponadto jako szczególny mechanizm oceny rzetelności wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego podlega wysokosformalizowanemu systemowi prawnemu opartemu na regułach gospodarki rynkowej przy zachowaniu uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i nie może być stosowana dowolnie;
4. Granice dopuszczalności self-cleaning określono poprzez podstawy wykluczenia wykonawcy, wyznaczające nieprzekraczalny obszar, w ramach którego państwa członkowskie, zgodnie z normami Dyrektywy 2014/24/UE, mogą ograniczać dostęp podmiotów do rynku zamówień publicznych. W okolicznościach braku podstaw wykluczenia przeprowadzenie self-cleaning wykonawcy byłoby zbędne;
5. Nie istnieje jeden, uniwersalny model przeprowadzenia self-cleaning zgodny z Dyrektywą 2014/24/UE;

6. Brak precyzyjnych przepisów regulujących przeprowadzenie self-cleaning prowadzi do rozbieżności interpretacyjnych, które sprzyjają naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w szczególności co do chwili wszczęcia i zakończenia tej procedury oraz złożonych dowodów;
7. Zrównanie w skutkach naprawienia wyrządzonej szkody z zobowiązaniem się do jej naprawienia, bez konieczności wprowadzenia jakichkolwiek wymogów co do treści zobowiązania, może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także stwarzać możliwość do składania zobowiązania do naprawienia szkody wyłącznie dla pozoru;
8. Obowiązek wprowadzenia wewnętrznych regulacji i standardów dotyczących odpowiedzialności i odszkodowań za ich nieprzestrzeganie, bez wdrożenia odpowiednich procedur kontrolnych w zakresie ich przestrzegania, jest niewystarczający dla skutecznego przeprowadzenia self-cleaning;
9. Obowiązek łącznego spełnienia wszystkich przesłanek self-cleaning wskazanych w ustawie z uwagi na okoliczności wykluczenia nie zawsze może zostać wypełniony przez wykonawcę. Wymóg ten może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez stawianie nieuzasadnionych ograniczeń w dostępie do zamówienia publicznego, dodatkowo może naruszać zasadę proporcjonalności. Wymóg taki nie znajduje uzasadnienia w treści Dyrektywy 2014/24/UE;
10. Brak jednoznacznych reguł określających sposób oceny dowodów self-cleaning przez osoby, wobec których nie stawia się wymogów dotyczących posiadania minimalnych kwalifikacji. Możliwość odmiennej oceny tych samych dowodów self-cleaning przez różnych zamawiających sprzyja naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
11. W przypadku zmiany przepisów dopuszczenie, aby ocena tych samych dowodów self-cleaning następowała według różnych stanów prawnych prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
12. Regulacja self-cleaning w polskim prawie zamówień publicznych w okolicznościach braku jednoznacznego określenia momentu jej wszczęcia, konieczności łącznego spełnienia wszystkich przesłanek self-cleaning niezależnie od okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia, oraz swoboda w ocenie dowodów self-cleaning mogą nie prowadzić do realizacji celu, dla którego instytucja ta została ustanowiona, tzn. do wykazania rzetelności wykonawcy.

## **Uwagi *de lege ferenda* dotyczące wprowadzenia zmian legislacyjnych zapewniających przeprowadzenie self-cleaning zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji**

Przechodząc do drugiej części rozważań podsumowania pracy, wskazać należy, że z przeprowadzonej analizy wynika potrzeba wprowadzenia do przepisów regulujących procedurę self-cleaning zmian legislacyjnych, zmierzających do wyeliminowania możliwości naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zaproponowane poniżej kierunkowe rozwiązania z jednej strony umożliwią eliminację możliwości naruszenia powyższych zasad, z drugiej natomiast, zagwarantują należyty standard przeprowadzenia self-cleaning.

Wskazać tu można następujące propozycje kierunkowych zmian legislacyjnych, zmierzających do zgodności procedury self-cleaning z zasadą równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji:

### **1. Jednoznaczne określenie terminu oraz sposobu wszczęcia self-cleaning.**

W pierwszej kolejności należy wskazać na konieczność doprecyzowania regulacji self-cleaning, zgodnie z kompetencją przyznaną przez ustawodawcę unijnego państwom członkowskim dotyczącą swobody w zakresie określania w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunków przeprowadzenia self-cleaning. Podkreślenia wymaga istotność jednoznacznego określenia terminu wszczęcia self-cleaning oraz sposobu, w jaki wykonawca powinien poinformować zamawiającego o jego wszczęciu. Za zasadne należałoby przyjąć, że o wszczęciu procedury podmiot powinien poinformować zamawiającego wraz ze złożeniem oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z wyłączeniem możliwości przekazania informacji i wszczęcia self-cleaning na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dopuszczenie innego rozwiązania może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Skutkować może oceną stanów faktycznych według takich samych zasad. Zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, powinni oni znajdować się w równorzędnej pozycji zarówno w chwili składania ofert, jak i dokonywania ich oceny przez zamawiającego. Dodatkowo, dopuszczenie możliwości wszczęcia self-cleaning w trakcie trwającego procesu badania i oceny ofert stałoby w sprzeczności z normą, iż brak okoliczności skutkujących wykluczeniem z postępowania musi istnieć od chwili złożenia oferty do



udzielenia zamówienia publicznego, wyrażoną w treści art. 110 ust. 1 oraz 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp. Wykonawca, wobec którego w trakcie postępowania zaistniały podstawy wykluczenia, powinien podlegać takim samym zasadom jak ten, wobec którego podstawy wykluczenia istniały od początku ubiegania się o zamówienie.

## 2. Dookreślenie terminu złożenia dowodów self-cleaning.

Ważnym etapem procedury self-cleaning jest złożenie dowodów. Obecna regulacja w tym zakresie jest niewystarczająca, dlatego wymaga jednoznacznego dookreślenia terminu ich złożenia oraz uściślenia, czy wykonawca winien złożyć je z własnej inicjatywy, czy na wezwanie zamawiającego. W tym miejscu stwierdzić należy, że proponowane rozwiązania z jednej strony zabezpieczą zamawiającego przed możliwością naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, z drugiej zaś, przyczynią się do usunięcia wątpliwości wykonawcy co do konieczności i sposobu podejmowanych przez niego działań. Jak zostało wykazane w treści dysertacji, aktualnie obowiązujące normy procedury self-cleaning mogą prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Brak odpowiedniej regulacji uznać należy za niedopatrzenie legislacyjne, stąd też modyfikacja w tym zakresie jest niezbędna. Warto wskazać, że doprecyzowanie self-cleaning będzie wyrazem dostosowania polskiego porządku prawnego do przepisów unijnych, które nakładają na państwa członkowskie obowiązek określenia warunków przeprowadzenia procedury self-cleaning.

## 3. Konieczność spełnienia przesłanek self-cleaning w odniesieniu do okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy.

Przechodząc do materialnoprawnych przesłanek self-cleaning, określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz w Dyrektywie 2014/24/UE, w kontekście obowiązku ich łącznego spełnienia, należałoby rozważyć konieczność wypełnienia tego obowiązku w odniesieniu do okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy. Zakcentować trzeba, że obowiązek łącznego spełnienia wszystkich przesłanek self-cleaning wprowadzony do polskiego porządku prawnego nie znajduje uzasadnienia w treści Dyrektywy 2014/24/UE. Ponadto w pewnych okolicznościach może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także zasady proporcjonalności. Prowadzi do konieczności oceny według takich samych reguł nieporównywalnych, odmiennych stanów faktycznych,

stawia przed wykonawcą nieuzasadnione ograniczenia w dostępie do ubiegania się o zamówienie publiczne – wyznaczając zakres przeprowadzonego self-cleaning oraz zakłada konieczność podejmowania działań nadmiarowych, zbędnych i nieprzydatnych dla osiągnięcia zakładanego celu.

4. Wprowadzenie narzędzi umożliwiających weryfikację zobowiązania wykonawcy do naprawienia szkody.

Słusznym w kontekście zasady równego traktowania wykonawców wydaje się również postulat odstąpienia od zrównania w skutkach przesłanki self-cleaning w postaci naprawienia szkody z zobowiązaniem się do jej naprawienia, lub wprowadzeniem do treści zobowiązania do naprawienia szkody wymogów umożliwiających realną weryfikację treści zobowiązania. Celem naprawienia szkody jest jej zrekompensowanie spowodowane przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym postępowaniem, natomiast w przypadku zobowiązania do jej naprawienia taka rekompensata nie będzie miała miejsca. Samo zobowiązanie się odnosi się do okoliczności przyszłej i niepewnej, dlatego wydaje się, że nie może również stanowić dowodu potwierdzającego rzetelność wykonawcy. Ponadto ustawodawca nie stworzył mechanizmów zabezpieczających przed możliwością złożenia zobowiązania do naprawienia szkody wyłącznie dla pozorów, w celu pozytywnej oceny spełnienia przesłanek self-cleaning. Prowadzić to może do oceny według takiej samej miary skrajnie odmiennych i nieporównywalnych stanów faktycznych, jednego – w którym wykonawca naprawił szkodę, czym zrekompensował wyrządzoną stratę, oraz drugiego – w którym wykonawca złożył wyłącznie dla pozorów zobowiązanie do jej naprawienia. Wydaje się, że rozwiązaniem umożliwiającym weryfikację złożonego zobowiązania do naprawienia szkody byłoby żądanie wskazania konkretnych warunków jego wykonania, np. określenie terminu (ważne jest, aby została ona naprawiona przed upływem terminu, w którym wykonawca podlega wykluczeniu zgodnie z art. 111 ustawy Pzp), czy sposobu naprawienia szkody. Potwierdzeniem realności zobowiązania może być również akceptacja przez poszkodowanego zaproponowanego sposobu naprawienia szkody. Wprowadzeniu powyższego rozwiązania nie sprzeciwiają się również postanowienia Dyrektywy 2014/24/UE.

5. Opracowanie procedur gwarantujących przestrzeganie i egzekwowanie wprowadzonych zmian w ramach podjętych środków technicznych organizacyjnych i kadrowych.

Rozważenia wymaga również możliwość wprowadzenia rozwiązań weryfikujących i kontrolnych co do podjętych przez wykonawcę środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych. Jak zostało wykazane w treści pracy, samo wdrożenie odpowiednich procedur kontroli – audytu, polityki dobrych praktyk, (*compliance, code of conduct, whistleblowing*) itp. – bez odpowiedniego systemu gwarantującego przestrzeganie i egzekwowanie wprowadzonych zmian nie będzie wystarczające do skutecznego przeprowadzenia self-cleaning, co ma wpływ na wybór wykonawcy rzetelnego.

6. Wprowadzenie procedur i standardów dotyczących oceny dowodów self-cleaning.

Pewne zastrzeżenia mogą budzić także przepisy regulujące sposób oceny dowodów self-cleaning. Wydaje się, że w kontekście przedstawionych w treści pracy wątpliwości związanych z realizacją zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji za uzasadnione należałoby uznać wprowadzenie jednoznacznych i precyzyjnych kryteriów dotyczących procedury anlizy dowodów. Kolejny postulat odnosi się do określenia standardów oceny dowodów i kwalifikacji osób, które jej dokonują. Działanie to powinno być prowadzone w sposób profesjonalny, przez wyspecjalizowane osoby po stronie zamawiającego. Rozważenia wymaga również postulat, chroniący interes publiczny, a dotyczący konieczności pisemnego odniesienia się przez zamawiającego do poprzedniej oceny dowodów self-cleaning dokonanych przez innego zamawiającego, który ocenił je negatywnie, w przypadku gdy obecny zamawiający dokonał ich pozytywnego rozpatrzenia. Postulat ten nie będzie miał zastosowania do negatywnej oceny dowodów, ponieważ w takim przypadku, wykonawcy przysługuje prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej na czynność zamawiającego, w postaci wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

7. Jednoznaczne określenie obowiązywania właściwych przepisów.

Warty rozważenia wydaje się również postulat, aby w przypadku nowelizacji ustawy Pzp wprowadzić jednoznaczne postanowienia, że do czynności dokonanych pod rządami danej ustawy należy stosować przepisy dotychczasowe. Okoliczność ta ma

istotne znaczenie w trakcie przeprowadzenia procedury self-cleaning. Poprzedni stan prawny nie nakładał na wykonawcę takich rygorów dowodowych, jak obecny. Zgodnie z dotychczasowym stanem prawnym oferent według własnego uznania wybierał środki naprawcze i prewencyjne. Obecna regulacja zakłada obowiązek łącznego spełnienia wszystkich przesłanek self-cleaning wskazanych w ustawie, co może skutkować tym, że self-cleaning przeprowadzony zgodnie z dotychczasowym stanem prawnym – uznany przez zamawiającego za potwierdzający rzetelność wykonawcy – w świetle obecnie obowiązujących przepisów zostanie potraktowany jako niewystarczający, pomimo iż oceniany stan faktyczny nie uległ zmianie;

#### 8. Wprowadzenie dodatkowych zabezpieczeń dla zamawiającego.

Kolejnym, wartym analizy zagadnieniem w przypadku udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który skutecznie przeprowadził self-cleaning, jest możliwość wprowadzenia do postanowień umowy rozwiązań w wyższym stopniu zabezpieczających interesy zamawiającego niż gwarancje wymagane od konkurenta, który nie podlegał wykluczeniu. Narzędziami zmniejszającymi ryzyko narażenia zamawiającego na niewłaściwą realizację zamówienia mogą być np. wyższe kary umowne lub zwiększone wymagania co do zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Na uwagę zasługuje problematyka dotycząca instytucji self-cleaning na tle zasady proporcjonalności, jest to temat dla dalszych analiz. Podobnie zagadnienie podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji lub wprowadzających w błąd przy przeprowadzeniu procedury self-cleaning. Nasuwa się wątpliwość, czy wykonawca przeprowadzając self-cleaning, tj. próbując wykazać swoją rzetelność i podejmując działania sprzeczne z prawem, powinien podlegać wykluczeniu wyłącznie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, czy też sankcjom bardziej dotkliwym.

Analiza przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Dyrektywy 2014/24/UE oraz regulacja przeprowadzenia self-cleaning w Stanach Zjednoczonych poddają pod rozwagę możliwość przeprowadzenia również dalszych badań instytucji self-cleaning pod kątem oceny, czy self-cleaning w rzeczywistości prowadzi do wykazania rzetelności wykonawcy, czy raczej do wykazania jego wiarygodności. Nasuwa się bowiem pytanie, czy „rzetelność”, np. w odniesieniu do uczciwości, którą wykonawca utracił, może podlegać przywróceniu i ponownemu wykazaniu. Doświadczenia rynku amerykańskiego

trafnie wskazują, że procedura self-cleaning ma prowadzić do stworzenia systemu zabezpieczeń – gwarantujących, że udzielenie zamówienia publicznego danemu wykonawcy nie będzie stwarzało ryzyka dla realizacji i wydatkowania środków publicznych. Nie musi więc prowadzić do wykazania rzetelności wykonawcy, lecz raczej wskazuje na brak zasadności wykluczenia z postępowania tego, który wyeliminował możliwość wystąpienia powyższych ryzyk. Podmiot wiarygodny, to taki, który gwarantuje, że poprzez posiadanie odpowiedniego systemu zabezpieczeń i kontroli, nie wystąpią u niego działania niepożądane, jak i taki, który poprzez wdrożenie zabezpieczeń zapewni, że działania takie nie powtórzą się w przyszłości. Pod rozwagę należy poddać zatem postulat, aby system zabezpieczeń i kontroli był wdrożony przez każdego wykonawcę realizującego zamówienie publiczne co najmniej na początkowym etapie realizacji (podobnie jak w systemie amerykańskim). Stanowić to będzie zabezpieczenie dla właściwej realizacji zamówienia. Obecna regulacja, w wyniku której zamówienie publiczne zostanie udzielone wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu i nie posiada stosownych systemów kontroli, nie stanowi takiego zabezpieczenia. Powyższej interpretacji nie sprzeciwia się również treść Dyrektywy 2014/24/UE, jak również treść preambuły do dyrektywy.

Przeprowadzone w ramach niniejszej dysertacji badania mogą stanowić punkt wyjścia oraz podstawę poznawczą dla proponowanych analiz.

Podsumowując, wprowadzenie zaproponowanych powyżej zmian wydaje się niezbędne dla zapewnienia podstaw prawnych, umożliwiających działania w ramach procedury self-cleaning z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także wyeliminowania stanu niepewności po stronie wykonawców, jak i zamawiających, co do prawidłowości podejmowanych przez nich czynności. Nie można również zapomnieć, że obowiązkiem ustawodawcy krajowego jest wprowadzenie do wewnętrznego porządku prawnego warunków przeprowadzenia procedury self-cleaning, dla której ustawodawca unijny określił cele, założenia i narzędzia. Pamiętać należy, że regulacje wewnętrzne muszą wypełniać powyższe zasady i prowadzić do realizacji celu, dla którego instytucja self-cleaning została ustanowiona.

## Bibliografia

1. Andała-Sępkowska J., Bereszko W., *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Warszawa 2018.
2. Antonów R., *Ewolucja zamówień publicznych w Polsce* [w:] *Zamówienia publiczne*, red. nauk., P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid, Warszawa 2021.
3. Arrowsmith S., *Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules* [w:] *Public Procurement Regulation: An Introduction*, ed. S. Arrowsmith, S. Treumer, J. Fejø et al., Nottingham 2011.
4. Arrowsmith S., Priess H.-J., Friton P., *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?*, „Public Procurement Law Review”, 2009, vol. 6.
5. Arrowsmith S., *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, vol. 1, ed. 3, London 2014.
6. Atienza A., Manero J.R., *A Theory of Legal Sentences*, New York 1998.
7. Auriol E., Søreide T., *An Economic Analysis of Debarment*, „International Review of Law and Economic”, April 2017, vol. 50, issue C.
8. Badura M., et al., *Ustawa o sporcie. Komentarz*, LEX 2011.
9. Baehr J., Czajkowski T., Dzierżanowski W., et al., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006.
10. Banasiński C., *Prawo administracyjne gospodarcze* [w:] *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2011.
11. Banaszewska A., *Skarga na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jako środek ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych*, Warszawa 2018.
12. Berlingo V., *Buying Social in the New Public Procurement Law*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 3, s. 12–20.
13. Bianchi W., *Equality in Exclusion: Empowering Individuals in the Suspension and Debarment System*, „Public Contract Law Journal”, Fall 2015, vol. 45, no. 1.
14. Bogdanowicz P., *Modyfikacja umowy w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2019.

15. Bogdanowicz P., Roliński J. (red.), *Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE oraz EFTA*, raport opracowany przez Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych, Warszawa 2019; [https://stowarzyszeniepzp.pl/images/Konferencja\\_Wykluczenia/Raport\\_Przeslank\\_i\\_wykluczenia.pdf](https://stowarzyszeniepzp.pl/images/Konferencja_Wykluczenia/Raport_Przeslank_i_wykluczenia.pdf) (dostęp 19.10.2022).
16. Bogucka I., *Funkcje prawa. Analiza pojęcia*, Kraków 2000.
17. Bogucka I., *Wyjaśnienie a funkcje prawa* [w:] *Struktura i Funkcje Teorii Państwa i Prawa, Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Teoretyków Państwa i Prawa, Karpacz 17–18 III 1989*, red. H. Rot, Wrocław 1989.
18. Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2016.
19. Bonifassi S., *The New “Sapin II” French Anti-Corruption Law*, „International Enforcement Law Reporter” 2017, vol. 33, no. 1.
20. Borkowski A., *Interes publiczny jako determinant działań władzy publicznej i klauzula generalna w publicznym prawie gospodarczym* [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego*, red. L. Kieres, Wrocław 2010.
21. Borowicz A., *Efektywność zamówień publicznych – istota oraz oprzyrządowanie normatywne w nowym Pzp*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2020, nr 1.
22. Bovis Ch.H., *Public Procurement in the European Union: Lessons from the Past and Insights to the Future*, „Columbia Journal of European Law” 2005(53), vol. 12.
23. Bovis Ch.H., *The Effects of the Principles of Transparency and Accountability on Public Procurement and Public-Private Partnership Regulation*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2008, vol. 3, no. 1.
24. Brzozowski A. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do ar. 1–450*, red. K. Pietrzykowski, t. 1, Warszawa 2004.
25. Burgi M., *Przyszłość prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2010, nr 1.
26. Caranta R., Richetto S., *On Self-cleaning* [w:] *Qualification, Selection, and Exclusion in EU Procurement*, eds. M. Burgi, S. Treumer, M. Trybus, Copenhagen 2016.
27. Celejewska-Rajchert A., *Zawieranie umów przez administrację – zamówienia publiczne* [w:] *Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, wyd. 13 zm. i uzup., Warszawa 2017.

28. Chryc-Ląd A., Smerd A., Gawrońska-Baran A., *Prawo Zamówień Publicznych 2016. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2016.
29. Coase R.H., *Firma, rynek i prawo*, tłum. J. Stawiński, Warszawa 2013.
30. Coase R.H., *The Problem of Social Cost*, „Journal of Law and Economics” 1960, vol. 3.
31. Czachórski W. [w:] *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań. Część ogólna*, red. Z. Radwański, Wrocław–Warszawa–Kraków–Łódź 1981.
32. Czernyszewicz E., *System zarządzania jakością w organizacji funkcjonowanie, doskonalenie, dokumentowanie*, Lublin 2013.
33. Daniluk P. [w:] *Kodeks Karny. Komentarz*, red. R. Stefański, wyd. 6, Warszawa 2023.
34. Dąbrowska A., Goławski M., Horelik P., et al. (red.), *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielenia koncesji Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielanie zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych*, Warszawa 2017.
35. Delaney P.X., *Transnational Corruption: Regulation Across Borders*, „Virginia Journal of International Law” 2007, no. 47(2).
36. Dolecki J., *Kilka uwag o zasadzie efektywności*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2020, nr 4.
37. Drozdowicz M., *Samooczyszczenie, błąd i wykluczenie*, „Rzeczpospolita” (24.08.2022), <https://www.rp.pl/administracja/art36916261-self-cleaning-blad-i-wykluczenie-w-zamowieniach-publicznych> (dostęp 24.08.2022).
38. Duniewska Z., *Prawo administracyjne – wprowadzenie* [w:] *System Prawa Administracyjnego*, Z. Dunajeska, R. Hauser, M. Jąskowska, et al., t. 1, Warszawa 2015.
39. Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018.
40. Dzwonkowski H., Nowak T. [w:] *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, red. H. Dzwonkowski, wyd. 9, Warszawa 2020, Legalis, komentarz do art. 2 Ordynacji podatkowej, Nb. 6.
41. Filipowicz T., *Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych*, Warszawa 2015.



42. Friton P., Wolters C., *The German Register of Competition and Its International Context*, „European Procurement & Public Private Partnership Law Review” 2018, vol. 13, no. 2.
43. Fundowicz S., *Dychotomiczny podział prawa*, „Samorząd Terytorialny” 2000, nr 1–2.
44. Fundowicz S., *Miejsce prawa o zamówieniach publicznych w prawie administracyjnym* [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń–Warszawa 2009.
45. Gac M., *Programy zgodności z prawem konkurencji – efektywny mechanizm w tworzeniu europejskiej kultury compliance*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2012, nr 2 (1).
46. Gawrońska-Baran A. [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
47. Gawrońska-Baran A., Hry-Ląd A., Saja K., Śledziwska M., *Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011.
48. Geradin D., *Antitrust Compliance Programmes and Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils*, “Journal of Antitrust Enforcement” 2013, vol. 1, no. 2.
49. Głuchowski J., Pomorska A., Szolno-Koguc J., *Ekonomiczne i prawne problemy racjonalizacji wydatków publicznych*, tom I: *Racjonalizacja wydatków publicznych – uwarunkowania i instrumenty*, Lublin 2005.
50. Gnatowska E. [w:] Gnatowska E., Perčić Z., Jarzyński W., *Komentarz do ustawy prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2016.
51. Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 10, Warszawa 2021.
52. Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017.
53. Gonet W. [w:] *Zamówienia publiczne*, red. nauk. P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid, Warszawa 2021.
54. Gordon Z., *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2012, nr 3.
55. Granecki P., Granecka I., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
56. Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009.
57. Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014.

58. Gronkiewicz-Waltz H., Wierzbowski M. (red.), *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2009.
59. Grzeszczyk T., *Podręcznik zamówień publicznych. Polskie procedury – zarys systemu*, Warszawa 1995.
60. Hartung W., Bağlaj M., Michalczyk T. et al., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.
61. Hiemeng E., Søreide T., *Debarment in Public Procurement: Rationales and Realisation* [w:] *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, ed. G.M. Racca, Ch. Yukins, Bruxelles 2014.
62. Horubski K., *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017.
63. Horubski K., *Publiczno- i prywatnoprawne elementy zamówień publicznych*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7.
64. Hrycaj A., *Syndyk masy upadłości*, Poznań 2006.
65. Hryc-Ląd A., Smerd A., Gawrońska-Baran A., *Prawo zamówień publicznych 2016. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2016.
66. Iwaniec W., *Samooczyszczanie i odstąpienie od wykluczenia w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2022, nr 9.
67. Iwaniec W., *Wpływ kryterium ceny na efektywność zamówienia publicznego*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2020, nr 4.
68. Izdebski H., *Elementy teorii i filozofii prawa*, wyd. 1, Warszawa 2008.
69. Izdebski H., *Elementy teorii i filozofii prawa*, wyd. 2, Warszawa 2011.
70. Jakimowicz W., *Teoria osób prawnych prawa publicznego* [w:] *Prawo francuskie*, red. A. Machowska, K. Wojtyczek, Kraków 2004.
71. Jarnicka J. [w:] Jaworska M. (red.) Grześkowiak-Stojek D., Jarnicka J., Matusiak A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 2., Warszawa 2021.
72. Jaworska M. (red.), Grześkowiak-Stojek D., Jarnicka J., Matusiak A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2021.
73. Jaworska M. [w:] Jaworska M., Grześkowiak-Stojek D., Janicka J., Matusiak A., *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2018.
74. Jaworska M., Grześkowiak-Stojek D., Janicka J., Matusiak A., *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2018.
75. Jelinek J., *Ogólna nauka o państwie*, ks. 2 i 3, Warszawa 1924.

76. Kania M., *Słowo wstępne [w:] Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE oraz EFTA opracowany przez Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2019, nr 10.
77. Kania M., *Kilka uwag dotyczących zmian w nowej ustawie – Prawo zamówień publicznych ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji mikro-, małych i średnich przedsiębiorców*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 4.
78. Kania M., *Modyfikacja umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym w świetle modelowych rozwiązań regulacji prawnej dotyczącej współpracy publiczno-prywatnej [w:] Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015.
79. Kania M., Nowicki P., Piwowarczyk A. (red.), *Modernizacja zamówień publicznych, Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, Warszawa 2017.
80. Kania M., *Rola zamówień publicznych w kontekście geostrategii i wyzwań współczesności [w:] Dziś i jutro w zamówieniach publicznych XII Konferencja Naukowa 7–8 października 2019 r. Olsztyn*, red. M. Lemonnier, H. Nowak, Warszawa 2019.
81. Kania M., *Rola zamówień publicznych w tzw. „Cyfrowej transformacji”*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego/Business Law Journal” 2021, nr 9.
82. Kania M., *Rola zamówień publicznych w tzw. „Zielonej transformacji”*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, (29 wrzesień 2021), <https://doi.org/10.31648/sp.6628> (dostęp 31.01.2023).
83. Kania M., *Systemowe rozwiązania w zakresie przeciwdziałania i zwalczania korupcji w zamówieniach publicznych na tle rozwiązań prawa niemieckiego [w:] Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych w Polsce*, red. T. Kocowski, J. Gala, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497.
84. Kania M., *Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 1.
85. Kaser M., *Ius publicum – "ius privatum"*, „Studia et Documenta Historiae et Iuris”, vol. 17, Romae 1951.
86. Kidyba A. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 3, Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 2, LEX 2014.
87. Kidyba A., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, LEX 2017, art. 274 k.s.h.

88. Kieres L. [w:] *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, red. M. Guziński, Wrocław 2012.
89. Koba D., *Meandry równego traktowania*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2017, nr 8.
90. Kochan N., *The UK Bribery Act – Britain’s New Legal Landscape*, “Crim. Ju.”, Fall 2013.
91. Kocowski T., *Administratywizacja przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego* [w:] *Modernizacja zamówień publicznych. Geneza nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 22 czerwca 2016 roku*, red. M. Kania, P. Nowicki, A. Piwowarczyk, Warszawa 2017.
92. Kocowski T., *Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego* [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Wrocław–Warszawa 2013.
93. Kondraciuk J., *Praktyczne aspekty wdrożenia compliance w BSH-PL*, listopad 2011 (prezentacja).
94. Kornberger-Sokołowska E., *Budżety jednostek samorządu terytorialnego w aspekcie decentralizacji i regionalizacji finansów publicznych* [w:] *System prawa finansowego*, t. 2, *Prawo finansowe sektora finansów publicznych*, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010.
95. Korol T., Prusak B., *Upadłość przedsiębiorstw a wykorzystanie sztucznej inteligencji*, Warszawa 2005.
96. Korporowicz Ł., Nowak H., *Zamówienia publiczne. Wybrane informacje o wynikach kontroli Prezesa UZP*, Bydgoszcz 2009.
97. Kosikowski C., *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2005.
98. Kosikowski C., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2005.
99. Kość A., *Znaczenie idei prawa dla tworzenia dobrego prawa*, Lublin 2003.
100. Kowalczyk A., *Praktyczne aspekty stosowania instytucji self-cleaning w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 4.
101. Kowalczyk A., *Instytucja self-cleaningu – kilka uwag Interpretacje / Wyjaśnienia*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2021, nr 2.
102. Kowalczyk A., Sołtysińska A., *Instytucja self-cleaning w zamówieniach publicznych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021 nr 7.

103. Kubik P., Frymak E., *Procedury przetargowe w obrocie gospodarczym*, Gdańsk 1997.
104. Lang W., *Teoria prawa*, Toruń 1972.
105. Laskowski J.A., *Ekonomiczne aspekty zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2000, nr 6.
106. Lord N., *Regulating Corporate Bribery in International Business Anti – corruption in the UK and Germany*, London–New York 2016.
107. Loughlin M., *The Idea of Public Law*, Oxford 2003.
108. Lubieniecka M., Marczevska L., *Swoboda umów w zamówieniach* (cz. 1), „Przetargi Publiczne” 2019, nr 1.
109. Łapacz D., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – analiza porównawcza procedur w wybranych państwach członkowskich*, „Biznes Międzynarodowy w Gospodarce Globalnej” 2015, nr 34.
110. Lewandowski M., Ochyra I., Konkolewska D., *Audit wewnętrzny według norm ISO – planowanie, realizacja, dokumentowanie i ocena*, Warszawa 2011.
111. Łapecki F., *Wybór oferty najkorzystniejszej na tle zasady efektywności zamówień publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2020, nr 2.
112. Machnikowski P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2019.
113. Majtan R., *The self-cleaning Dilemma: Reconciling Competing Objectives of Procurement Process*, “George Washington International Law Review” 2013, vol. 45, no. 2.
114. Manuel K.M., *Debarment and Suspension of Government Contractors: An Overview of the Law Including Recently Enacted and Proposed Amendments*, Congressional Research Service, (Nov. 19, 2008), <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL34753.pdf> (dostęp 18.07.2022).
115. Marciniak M., *Instytucja self-cleaningu w kwalifikacji podmiotowej wykonawcy*, „Zamawiający” 2016, nr 7–8.
116. Martin J.M., *EC Public Procurement Rules, A Critical Analysis*, Oxford 1996.
117. Masztalerz J., Kola J., *Self-cleaning w kontekście poważnego wykroczenia zawodowego wykonawcy*, „Zamawiający” 2015, nr 1–2.
118. Matejczuk G., *Efektywność – nowa zasada*, „Przetargi Publiczne” 2020, nr 4.
119. Materna G., *Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym*, Warszawa 2016.

120. Matuszak-Flejszman A., *System ek zarzadzania i audytu (EMAS) w organizacji*, Poznań 2019.
121. Matysiak W.P., Katner W.J., *Warunki prawne uczestnictwa państwa w gospodarce III Rzeczypospolitej* [w:] *Skarb Państwa a działalność gospodarcza*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014.
122. Maurer H., *Ogólne prawo administracyjne – Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wrocław 2003.
123. Mazowiecka L. (red.), *Ofiary handlu ludźmi*, LEX 2014.
124. Mazurek G. (red.), *Ustawa Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wrocław 2020.
125. Mączyńska-Ziemacka E., Kuciński K. (red.), *Zagrozenie upadłością*, Warszawa 2005.
126. Merkl A.J., *Idee und Gestalt des Rechtsstaates* [w:] *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Hrsg. A.J. Merkl, R. Mercic, A. Verdroß, R. Walter, Wien 1971.
127. Meunier R.F., Nelson T.B.A., *Is It Time for a Single Federal Suspension and Debarment Rule?*, "Public Contract Law Journal", Spring 2017, vol. 46, no. 3.
128. Mielec W., *Zagadnienia finansowo prawne zamówień publicznych w działalności jednostek samorządu terytorialnego*, Wrocław 2013.
129. Mincer M., *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983.
130. Missala W. (red.), Wolbach Ł., *Likwidacja spółki kapitałowej: prawo, podatki, rachunkowość*, Warszawa 2013.
131. Müllejans H., *Publicus und Privatus im Römischen Recht und im älteren Kanonischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Unterscheidung Ius publicum und Ius Privatum*, München 1961.
132. Murphy J., Kolasky W., *The Role of Anti-Cartel Compliance Programs in Preventing Cartel Behavior*, "Antitrust" 2012, vol. 26, no. 2.
133. Neamtu B., Dragos D.C., *Sustainable Public Procurement: The Use of Eco-Labels*, "European Procurement & Public Private Partnership Law Review" 2015, vol. 10, no. 2.
134. Niczyporuk J., *Przedmiot zamówień publicznych* [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.

135. Niczyporuk J., *Skuteczność postępowania odwoławczego w zamówieniach publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012.
136. Niedziela H. (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych*, Warszawa 2011.
137. Noch R., *Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz. Eine Darstellung nach europäischem und deutschem Recht*, Baden-Baden 1998.
138. Norek E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007.
139. Norek E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2008
140. Norek E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009.
141. Nowacki J., *Prawo publiczne – prawo prywatne*, Katowice 1992.
142. Nowacki J., Tobor Z., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1994.
143. Nowacki J., Tobor, Z., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2012.
144. Nowak H., Winiarz M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
145. Nowak-Far A., *Prawo i ekonomia rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.
146. Nowicki H., Nowicki P. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015.
147. Nowicki H., *Cele systemu zamówień publicznych* [w:] *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych w Polsce*, red. T. Kocowski, J. Gola, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497.
148. Nowicki H. (red.), Łazuga I., Wyżgowski J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do nowelizacji*, Warszawa 2010.
149. Nowicki H., Nowicki P., *Państwo a gospodarka. Kierunki zmian w publicznym prawie gospodarczym*, Toruń 2016.
150. Nowicki H., Nowicki P., *Prawo zamówień publicznych stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015.
151. Nowicki H., Nowicki P., Wierzbowski M., *Nowe dyrektywy zamówieniowe a polskie prawo zamówień publicznych. Uwagi de lege ferenda* [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015.
152. Nowicki H., Nowicki P., *Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2011.

153. Nowicki H., *Podstawy prawne systemu zamówień publicznych w Polsce* [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
154. Nowicki H., *Prawo zamówień publicznych – pojęcie i zakres regulacji* [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń–Warszawa 2009.
155. Nowicki H., *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych* [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
156. Nowicki H., *Zasady udzielania zamówień publicznych w ustawie Prawo zamówień publicznych* [w:] *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013.
157. Nowicki J.E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018.
158. Nowicki J.E., Kołdecki M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019.
159. Nowicki P., *Aksjologia Prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Toruń 2019.
160. Nyc-Zimny M., *Z problematyki tzw. samooczyszczenia się wykonawcy na tle zasady proporcjonalności oraz równego traktowania konkurentów*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, nr 1(52).
161. Opalek K., *Problemy metodologiczne nauki prawa*, Warszawa 1962.
162. Opalek K., Wróblewski J., *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969.
163. Pacana A., *System EMAS*, Rzeszów 2015.
164. Pachter J.S., *Independent Monitors: What They Do and How to Avoid the Need for Them*, “The Clause”, March 2014, vol. XXIV, no. 2, Board of Contract Appeals Bar Association (March 2014), [https://bcaba.org/wp-content/uploads/2014/06/BCABA\\_The-Clause\\_Mar-2014.pdf](https://bcaba.org/wp-content/uploads/2014/06/BCABA_The-Clause_Mar-2014.pdf) (data 20.10.2023).
165. Panasiuk A., *Cele zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2007, nr 2.
166. Panasiuk A., Kłoda Z., *Zamówienia publiczne przyjazne innowacjom*, Warszawa 2010.
167. Panasiuk A., *Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na ograniczenie swobody konkurencji*, Bydgoszcz–Warszawa 2005.
168. Panasiuk A., *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Bydgoszcz–Warszawa 2007.



169. Panasiuk A., Rybak A., *Zasada VfM w polskim systemie zamówień publicznych*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2017, nr 19(1).
170. Panasiuk A., *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013.
171. Pawelec J., *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji, dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz*, Warszawa 2017.
172. Pawelec J., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2015.
173. Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2019.
174. Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 14, Warszawa 2017.
175. Pieróg J., Presz-Król J., *Jednolity Europejski Dokument Zamówienia*, Wrocław 2017.
176. Piotrowska A., *Funkcje zamówień publicznych – organ administracji jako „inteligentny klient”*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2014, nr 2 (926).
177. Plebanek E., *Z problematyki przestępnego wyłudzenia zamówienia publicznego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 1.
178. Pokrzywniak J., Baehr J., Kwieciński T., *Wprowadzenie do systemu prawa zamówień publicznych*, Warszawa–Katowice 2006.
179. Potrzyszcz J., *Idea prawa w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Lublin 2007.
180. Powalowski A. (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej*, Warszawa 2009.
181. Prieß H.-J., Stein R., *Nicht nur sauber, sondern rein: Die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit durch Selbstreinigung*, „Neue Zeitschrift Baurecht Vergaberecht” 2008, Hf. 4.
182. Przeszło E., *Kontrola udzielania zamówień publicznych*, Poznań 2013.
183. Przeszło E., *Podmiot prawa publicznego – europejska harmonizacja czy krajowa destabilizacja systemu prawnego* [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015.
184. Przeszło E. [w:] Powalowski A. (red.), Bąkowski T., Blicharz R., Chołodecki M., *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 4, Warszawa 2017.

185. Pünder H., Prieß H.J., Arrowsmith S., *Self-cleaning in Public Procurement Law*, Köln 2009.
186. Pünder H., *Self-cleaning: A Comparative Analysis* [w:] *Self-cleaning in Public Procurement Law*, ed. H. Pünder, H.-J. Preiss, S. Arrowsmith, Köln 2009.
187. Radu M. [w:] *GWB Vergaberecht Kommentar*, Hrsg. M. Müller-Wrede, Köln 2016.
188. Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2015.
189. Radwański Z., Safjan M., *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego* [w:] *Systemy prawa prywatnego*, t. 1, red. M. Safjan, Warszawa 2012.
190. Regler R., *Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht*, Berlin 2010.
191. Robaczyński W., *Stosowanie instrumentów cywilnoprawnych w perspektywie rozwoju prawa zamówień publicznych* [w:] *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, red. M. Stręciwilk, A. Panasiuk, Warszawa 2017.
192. Rose-Ackerman S., *The Political Economy of Corruption* [w:] *Corruption and the Global Economy*, ed. K.A. Elliot, Washington DC 1997.
193. Rosmini A., *O istocie prawa*, tłum. K.J. Wroczyński, Lublin 2021.
194. Rot H., *Problem dychotomii prawa publicznego oraz prawa prywatnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 1976, t. 7, nr 307.
195. Sacilotto K., *One Is the Loneliest Number: A Case for Changing Suspension and Debarment Regulations to Better Address Potential Exclusion of Individuals*, “ABA Section of Public Contract Law Journal”, Summer 2018, vol. 47, no. 4; [https://www.americanbar.org/groups/public\\_contract\\_law/publications/public\\_contract\\_law\\_jrnl/v47-n4/suspension/](https://www.americanbar.org/groups/public_contract_law/publications/public_contract_law_jrnl/v47-n4/suspension/) (dostęp 13.07.2022).
196. Sadowy J., *Cele systemu zamówień publicznych i ich realizacja na przestrzeni 15 lat w świetle sprawozdań Prezesa Urzędu* [w:] *XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce. Ogólnopolska konferencja naukowa 22–23.06.2009 r. w Toruniu*, red. H. Nowicki, J. Sadowy, Toruń–Warszawa 2009.
197. Sadowy J., *Wybór wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania zamówienia w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dyrektyw unijnych* [w:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych. V Konferencja Naukowa, 17–18.09.2012 r. w Sopocie*, red. E. Adamowicz J. Sadowy, Gdańsk–Warszawa 2012.

198. Safjan M., *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, wyd. 1, Warszawa 2007.
199. Sánchez-Graells A., *More Competition-Oriented Public Procurement to Foster Social Welfare* [w:] *Towards New Horizons in Public Procurement*, ed. K.V. Thai, Boca Raton 2010.
200. Sawin S., Bereszko W., *Innowacyjne i przedkomercyjne zamówienia publiczne*, Warszawa 2012.
201. Schoeni D.E., *Personal Debarment for Non-Distributive Corporate Misconduct: On the Efficacy of Debarring the Individual from Government Contracts for Collective Wrongdoing*, "Public Contract Law Journal", Fall 2016, vol. 46, no. 1.
202. Schoenmaekers S., *Self-cleaning and Leniency: Comparable Objectives but Different Levels of Success?*, "European Procurement & Public Private Law Review" 2018, vol. 13, no. 3.
203. Schooner S.L., *Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law*, "Public Procurement Law Review" 2002, vol. 11.
204. Semeniuk P., *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2015.
205. Siciński A., *Konstytucyjna zasada równouprawnienia kościołów i związków wyznaniowych – w teorii i praktyce* [w:] *Zasada równości w prawie Konferencja naukowa Rzeszów, 16 października 2003 r.*, red. nauk. H. Zięba-Załużka, M. Kijowski, Rzeszów 2004.
206. Siedlecki W., *Podstawowe pojęcia prawne*, Kraków 1948.
207. Sieradzka M., *Zmowy przetargowe w świetle prawa zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015.
208. Sieradzka M., *Przestępstwo z umowy przetargowej*, Warszawa 2016.
209. Sieradzka M., *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Warszawa 2019.
210. Sieradzka M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2022.
211. Skubiszak-Kalinowska I., *Jednolity Europejski Dokument Zamówienia – nadmierna biurokracja czy ułatwienia dla wykonawców?*, „Temidium” 2016, nr 4.
212. Skubiszak-Kalinowska I., *Przestępstwa stanowiące przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia*, cz. 1 i 2, LEX nr 299504 i 299579.

213. Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych Komentarz*, Warszawa 2017.
214. Solecka K., *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym i umowa koncesji na roboty budowlane lub usługi jako szczególne formy umów o zamówienia publiczne a koncepcja umowy publicznoprawnej w Polsce – przyczynek do dyskusji* [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015.
215. Sołtysińska A. *Nowe tendencje w zakresie podstaw wykluczenia wykonawców – stosowanie zasady proporcjonalności* [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan oceny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015.
216. Sołtysińska A., *Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tle dyrektyw europejskich*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2016, nr 2.
217. Sołtysińska A., Talago-Sławoj H., *Charakter specyfikacji jako instrumentu gwarantującego przestrzeganie zasady przejrzystości*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2018, nr 1.
218. Sołtysińska A., Talago-Sławoj H., *Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016.
219. Sołtysińska A., *Wstęp* [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016.
220. Sołtysińska A., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004.
221. Sołtysińska A., *Zasada równości w prawie zamówień publicznych Wspólnot Europejskich w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, PUG 1998/10.
222. Stachowiak M. [w:] Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Jerzykowski J., Kittel M., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
223. Stachowiak M. [w:] Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2018.
224. Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2010.
225. Stelmachowski A., *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984.
226. Johnson J., *The Basics of Corruption Risk Management: A Framework for Decision Making and Integration into the Project Cycles*, “U4 Issue”, December 2015, no. 18.

227. Stręciwilk M., *Czas prowadzenia postępowania a efektywność procedury udzielenia zamówienia*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2020, nr 9.
228. Stręciwilk M., Olejarz M., *Zrównoważone Zamówienia publiczne. Aspekty społeczne i środowiskowe w procedurze udzielania zamówienia w świetle nowelizacji ustawy prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2017.
229. Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009.
230. Szczepaniak R., *Przyczyny odwołania się do podziału na prawo publiczne i prywatne przez polskie organy stosujące prawo*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 1 (27).
231. Szostak R., *O spójności nowego prawa zamówień publicznych z przepisami Kodeksu cywilnego i ustaw odrębnych* [w:] *Dziś i jutro w zamówieniach publicznych XII Konferencja Naukowa 7–8 października 2019 r. Olsztyn*, red. M. Lemonnier, H. Nowak, Warszawa 2019.
232. Szostak R., *Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4.
233. Szostak R., *Przetarg nieograniczony na zamówienia publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005.
234. Szostak R., *Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu*. „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 1.
235. Szostak R., *Zakres i struktura prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4.
236. Szostak R., *Założenia treści prawa zamówień publicznych*, [w:] *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. System zamówień publicznych w Polsce*, red. T. Kocowski, J. Gola, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497.
237. Szostak R., *Zasady prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 3.
238. Szustakiewicz P. [w:] Sieradzka M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018.
239. Szustakiewicz P., *Kontrola zamówień publicznych. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2011.
240. Szustakiewicz P., *Wybrane zagadnienia ustawy – prawo zamówień publicznych*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 6.

241. Szustakiewicz P., *Zamówienia publiczne w świetle kontroli NIK*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2008, nr 10.
242. Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014.
243. Szydło M., *Udzielenie zamówienia publicznego jako pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 2.
244. Szyszczak E., *Building a Socioeconomic Constitution: A Fantastic Object?*, “Fordham International Law Journal” 2012, vol. 35(5).
245. Szyszkowski A., *Zamówienia publiczne w praktyce*, Warszawa 2005.
246. Taubenschlag R., *Instytucje i historia rzymskiego prawa prywatnego*, Kraków 1934.
247. Tirole J., *Economics for the Common Good*, Princeton 2017.
248. Trela A., *Świadczenie przez gminę usług o charakterze użyteczności publicznej a ochrona konkurencji* [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
249. Trepte P., *Przewodnik po procedurach zamówień publicznych w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Warszawa 2006.
250. Trubalski A., *Prawne aspekty implementacji prawa UE do systemu prawnego RP*, Warszawa 2016.
251. UOKiK, *Zmowy przetargowe*, Warszawa 2013.
252. Walaszek-Pyziół A., *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994.
253. West J.D., Hatch T.J., Brennan C.K., Lawrence J.C. VanDyke, *Suspension and Debarment*, “Briefing Papers”, August 2006, no. 06–9, <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/documents/publications/WestHatch-SuspensionDebarmentBriefingPaper.pdf> (dostęp 18.07.2022).
254. Wieloński M., *Europejskie prawo zamówień publicznych jako narzędzie polityki społeczno-gospodarczej Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.
255. Wieloński M., *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012.
256. Wiktorowski A. [w:] Gawrońska-Baran A., Wiktorowska E., Wiktorowski A., Wójcik P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
257. Willard J.G., *Balancing Goals: FAPIIS’s Effect on Administrative Agreements*, “Public Contract Law Journal”, Fall 2013, vol. 43, no. 1.

258. Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008.
259. Witosz A., *Rozwiązanie i likwidacja spółek handlowych*, Warszawa 2014.
260. Witosz A., *Spółka w upadłości układowej*, Warszawa 2008.
261. Włodyka S., *Problem struktury prawa*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 4.
262. Wójcik A., *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, Kraków 2000.
263. Wójtowicz K., *Zasady stosowania prawa wspólnotowego w państwach członkowskich Unii Europejskiej*, Warszawa 2003.
264. Wróblewski, J., *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 4 roz., Łódź 1984.
265. Wróblewski J., *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959.
266. Wróblewski S., *Zarys wykładu prawa rzymskiego*, Kraków 1916.
267. Yukins Ch., *Cross-Debarment: A Stakeholder Analysis*, “Georg Washington International Law Review” 2013, vol. 45.
268. Yukins Ch., *Rethinking the World Bank’s Sanctions System*, “The Government Contractor”, vol. 55, no. 42, (November 13, 2013).
269. Yukins Ch., Kania M., *Suspension and Debarment in the U.S. Government: Comparative Lessons for the EU’s Next Steps in Procurement*, „GW Law School Public Law and Legal Theory Paper”, no. 2019–39.
270. Yukins Ch., Silva C., Avelar M., *A Comparative View of Debarment and Suspension of Contractors in Brazil and in the USA*, (2017), “Admin. & Constit L. Rev.” 2016, vol. 61; [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3080396](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3080396) (dostęp 18.07.2022).
271. Schooner S.L., Collins S., Bednar R.J., Shaw S.A., et al., *Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy*, „Public Procurement Law Review” 2004, vol. 13; <https://ssrn.com/abstract=509004> (dostęp 29.06.2022).
272. Zachariasz I., *Prawo w ujęciu strukturalnym. Studium o dychotomicznym podziale prawa na prawo publiczne i prawo prywatne*, Warszawa 2016.
273. Zalewski H., *Prawo zamówień publicznych w polskim systemie zamówień publicznych*, Gdańsk–Bydgoszcz 2005.
274. Ziemiński Z., *Próba uporządkowania słownictwa prawniczego*, „Studia Logica” 1964, t. XV.
275. Ziemiński Z., *Szkice z metodologii szczegółowych nauk prawnych*, Warszawa–Poznań 1983.

276. Ziółkowski S., *Systemy zarządzania jakością w małych i średnich firmach: vademecum menedżera jakości*, Warszawa 2007.
277. Zoll F., *Wykonanie i skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania* [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018.
278. Zoll F., *Rzymskie prawo prywatne (Pandekta)*, t. 2A, *Część ogólna*, wyd. 4, Warszawa–Kraków 1920.
279. Żeber I., *Pojęcie i systematyka prawa* [w:] *Prawo rzymskie. Teksty źródłowe do ćwiczeń*, red. I. Żeber, Wrocław 1998.



## Wykaz aktów prawnych

### I. Prawo Unii Europejskiej

1. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana) (Dz. Urz. UE C 321E z 29 grudnia 2006 r.)
2. Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz. Urz. UE C 326 z 26 października 2012 r.)
3. Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) (Dz.U. UE C 326 z 26.10.2012)
4. Karta prawa Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012)
5. Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989)
6. Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. UE L 76 z 23.03.1993)
7. Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, (Dz.U. L 134 z 30 kwietnia 2004)
8. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.04.2004)
9. Dyrektywa 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu (Dz.Urz. UE L Nr 309, ze zm.)
10. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające

- w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa (dyrektywa obronna), zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009)
11. Dyrektywa 2009/81/WE – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniające dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE
  12. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępującej decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW (Dz. Urz. UE L nr 101 z 15.0.2011)
  13. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014)
  14. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014)
  15. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014)
  16. Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016)
  17. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekozarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS) uchylające rozporządzenie (WE) nr 761/2001 oraz decyzje Komisji 2001/681/WE i 2006/193/WE (Dz. U. UE L341/1 z 22.12.2009)
  18. Konwencja w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. L 195 z 25.06.1997)

## **II. Prawo Rzeczypospolitej Polskiej**

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78, poz. 483 ze zm.)
2. Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.)
3. Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1510)
4. Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (t.j. Dz.U. z 2002 r. nr 72, poz.664 ze zm.)
5. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.)
6. Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016 poz. 1020)
7. Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020)
8. Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.)
9. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z dnia 13 maja 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233)
10. Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r o Krajowym Rejestrze Sądowy (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 112)
11. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 Ordynacja podatkowa (t.j. z dnia 1 grudnia 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 2651)
12. Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 859, 1301)
13. Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 505)
14. Ustawa z dnia 22 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 358)
15. Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1228)
16. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. z 22 stycznia 2021 r. Dz. U. z 2021 r. poz. 275)
17. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 305)

18. Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1599)
19. Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (t.j. z dnia 16 września 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 2309)
20. Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 842 ze zm.)
21. Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 971 ze zm.)
22. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. poz. 491 ze zm.)
23. Ustawa z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1745)
24. Uchwała Nr 157 Rady Ministrów z dnia 25 września 2012 r. w sprawie przyjęcia strategii rozwoju kraju 2020 (M.P. z 2017 r. poz. 2600)

### **III. Inne**

1. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, IV kadencja, druk sejmowy nr 2218.
2. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, VIII kadencja, druk sejmowy nr 366.
3. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejmowy nr 3624.
4. Sereda W., Zawada K., *Glosa do wyroku SN z dnia 17 czerwca 1981 r.*, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1984, z. 12, poz. 247.
5. Szostak R., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 10 kwietnia 2003 r.* (III CKN 1320/00), PS 2005.

## Wytyczne, Sprawozdania, Raporty, Komunikaty

1. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów z dnia 16 lipca 2008 r. – Zamówienia publiczne na rzecz poprawy stanu środowiska, COM (2008) 400.
2. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Akt o Jednolitym Rynku. Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania „Wspólnie na rzecz nowego wzrostu gospodarczego”*, Bruksela 13.04.2011, KOM (2011) 206 wersja ostateczna.
3. Komunikat Komisji Europejskiej, *Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu*, Bruksela 3.03.2010, KOM.
4. Opinia Komitetu Regionów dotycząca dyrektyw zamówieniowych opublikowana w Dz.Urz. UE C z 2001 r. nr 148).
5. Komisja Europejska, *Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększania skuteczności rynku zamówień*, Bruksela 27.01.2011, KOM (2011) 15 wersja ostateczna.
6. Decyzja ramowa Rady 2002/475/WSiSW z 13.06.2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu (Dz.Urz. UE L Nr 164 z 22.06.2002, s. 3 ze zm.).
7. Decyzja ramowa Rady 2003/568/WSiSW z 22.07.2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym (Dz.U. UE L 192 z 31.07.2003).
8. Decyzja ramowa Rady 2008/841/WSiSW z dnia 24.10.2008 r. w sprawie zwalczania przestępczości zorganizowanej (Dz. Urz. UE L 300 z 11.11.2008).
9. Konwencja o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 26.07.1995 t. (Dz. Urz. UE C z 1995 r. 316).

## Wykaz orzecznictwa

### I. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

1. Wyrok Trybunału z dnia 19.10.1977 r. w sprawach połączonych C-117/76 i C-16/77 Ruckdeschel i in., pkt. 7 (ECLI:UE:C:1977:160)
2. Wyrok Trybunału z 16.10.1980 r. w sprawie 147/79 R. Hochstrass przeciwko Trybunałowi Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, Rec.1980
3. Wyrok Trybunału z dnia 22.06.1993 r. w sprawie C-243/89 *Komisja Europejska przeciwko Danii (Storebaelt)*, pkt 33 (ECLI:EU:C:1993:257)
4. Wyrok Trybunału z dnia 16.09.1999 r. C-414/97 (*Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii*), (ECLI:EU:C:1999:417)
5. Wyrok Trybunału z dnia 18.10.2001 r. w sprawie C-19/00 *SIAC Construction Ltd. v. Country Council of the County of Mayo*, Rec. 2001, s. I-07725, pkt 34, (ECLI:EU:C:2001:553)
6. Wyrok Trybunału z dnia 12.12.2002 r. w sprawie C-470//99 *Universale-Bau AG i Bietergemeinschaft: Hinteregge-Sohne Bauges. mbH Salzburg, OSTU-STETTIN Hoch-und Tiefbau GmbH v. Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH*, Rec. 2002, s. I-11617, pkt 91, (ECLI:EU:C:2002:746)
7. Wyrok Trybunału z dnia 19.06.2003 r. w sprawie C-315/01 *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) v. Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, Rec. 2003, s. I-06351, pkt 73, (ECLI:EU:C:2003:360).
8. Wyrok Trybunału z dnia 16.10.2003 r. w sprawie C-241/01 *Traunfellner GmbH v. Österreichische Autobahnen – und Schnellstraben–Finanzierungs–AG (Asfinag)*, Rec. 2003, s. I-11941
9. Wyrok Trybunału z dnia 04.12.2003 r. w sprawie C-448/01 *EVN AG i Wienstrom GmgH v. Austria*, rec. 2003, s. I-14257, pkt 47, (ECLI:EU:C:2003:651)
10. Wyrok Trybunału z dnia 29.04.2004 r. w sprawie C-496/99, *Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA*, (ECLI:EU:C:2004:236)
11. Wyrok Trybunału z dnia 03.03.2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA v. État belge*, Zb. Orz. 2005, s. I-1559 (ECLI:EU:C:2005:127)
12. Wyrok Trybunału z dnia 23.10.2007 r. w sprawie C-440/05, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Radzie Unii Europejskiej*, pkt 66 (ECLI:EU:C:2007:625)

13. Wyrok Trybunału z dnia 27.10.2005 r. C-234/03 *Contse SA, Vivisol Srl and Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), formerly Instituto Nacional de la Salud (Insalud)*] (ECLI:EU:C:2005:644)
14. Wyrok Trybunału z dnia 9.02.2006 r. w sprawach połączonych C-226-228/04, *La Cascina Soc.coop. arl i inni v. Ministero della Difesa i inni oraz Consorzio G. f. M. v. Ministero della Difesa i inni*, pkt 22, Zb. Orz. 2006, s. I-1347
15. Wyrok Trybunału z dnia 19.05.2007 r. C- 538/07 w sprawie *Assitur*, 2009 I-04219, pkt 31, (ECLI:EU:C:2009:317)
16. Wyrok Trybunału z dnia 18.12.2007 r. w sprawie C-220/06 *Asociación Profesional*, kpt 40 (ECLI:EU:C:2007:815)
17. Wyrok Trybunału z dnia 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki AE v.Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias*, Zb. Orz. 2008, s. I-9999 (ECLI:EU:C:2008:731)
18. Wyrok Trybunału z dnia 19.05.2009 r. w sprawie C-538/07 *Assitur Srl v.Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, Zd. Orz. 2009, s. I-0419 (ECLI:EU:C:2009:317)
19. Wyrok Trybunału z dnia 15.10.2009 r. w sprawie C-138/08 *Hochtief*, pkt 47 (ECLI:EU:C:2009:627)
20. Wyrok Trybunału z dnia 15.10.2009 r. w sprawie C-196/08 *Acoset*, pkt 63 (ECLI:EU:C:2009:628)
21. Wyrok Trybunału z dnia 23.12.2009 r. w sprawie C-305/08 *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v. Regione Marche*, Zb. Orz. 2009, s. I-12129, (ECLI:EU:C:2009:807)
22. Wyrok Trybunału z dnia 23.12.2009 r. C-376/08 *Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano*) (ECLI:EU:C:2009:808)
23. Wyrok Trybunału z dnia 14.09.2010 r. w sprawie C-550/07 *Akzo Nobel Chemicals*, pkt 54 (ECLI:EU:C:2010:512)
24. Wyrok Trybunału z dnia 29.03.2012 r. w sprawie C-599/10 *SAG ELV Slovensko i in.*, pkt 29 (ECLI:EU:C:2012:191)
25. Wyrok Trybunału z dnia 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, (ECLI:EU:C:2012:284)
26. Wyrok Trybunału z dnia 13.12.2012 r. w sprawie C-456/11 *Forposta SA i ABC Direct Kontakt sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A.* (ECLI:EU:C:2012:801) Wyrok Trybunału z dnia 10.10.2013 w sprawie C-336/12 *Ministeriet for Forsking*,

- Innovation og Videregande Uddannelser* przeciwko *Manova A/S*, (ECLI:EU:C:2013:647)
27. Wyrok Trybunału z dnia 10.10.2013 w sprawie C-336/12 *Ministeriet for Forsking, Innovation og Videregande Uddannelser* przeciwko *Manova A/S*, (ECLI:EU:C:2013:647)
28. Wyrok Trybunału z dnia 10.07.2014 r. w sprawie C-213/13 *Impresa Pizzarotti* pkt 63 (ECLI:EU:C:2014:2067)
29. Wyrok Trybunału z 26.09.2014 r. w sprawach połączonych T-91/12 i T-280/12 *Flying Hlding N V, Flying Group Lux SA i Flying Service NV v. Komisja Europejska*, (ECLI:EU:T:2014:832)
30. Wyrok Trybunału z dnia 6.11.2014 r. (sprawa C-42/13) *Cartiera dell'Adda SpA* przeciwko *CEM Ambiente SpA* (ECLI:EU:C:2014:2345)
31. Wyrok Trybunału z dnia 11.12.2014 r. C-440/13 w sprawie *Croce Amica One Italia* Trybunał (ECLI:EU:C:2014:2435)
32. Wyrok Trybunału z dnia 18.12.2014 r. w sprawie C-568/13 *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Carregi-Firenze*, pkt 34 (ECLI:EU:C:2014:2466)
33. Wyrok Trybunału z dnia 12.03.2015 r. w sprawie C-538/13 *eVigilo Ltd* przeciwko *Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, (ECLI:EU:C:2015:166)
34. Wyrok Trybunału z dnia 12.12.2016 r. C-171/15, *Connexion Taxi Services BV* (ECLI:EU:C:2016:948)
35. Wyrok Trybunału z dnia 13.02.2017 r. w sprawie C-171/15, *Connexion Taxi Services BV v. Staat der Nederlanden i in.*, (EU:C:2016:948)
36. Wyrok Trybunału z dnia 04.05.2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt sp. z o.o.* przeciwko Województwu Łódzkiemu, (ECLI:EU:C:2017:338)
37. wyrok Trybunału z dnia 11.05.2017 r. w sprawie C-131/16 *Archus Gama*, pkt 29 (ECLI:EU:C:2017:358)
38. Wyrok Trybunału z dnia 20.12.2017 r. C-178/16, *Impresa di Construzioni Ing.* (ECLI:EU:C:2017:1000)
39. Wyrok Trybunału z dnia 20.12.2017 r., *Prequ' Italia*, C-276/16, (EU:C:2017:1010)
40. Wyrok Trybunału z dnia 8.02.2018 r. w sprawie C-144/17 *Lloyd's of London*, pkt 18 (ECLI:EU:C:2018:78)
41. Wyrok Trybunału z dnia 15.05.2018 r. C-531/16, *VSA Vilnius UAB* (ECLI:EU:C:2018:324)



42. Wyrok Trybunału z dnia 24.10.2018 r. w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis GmbH przeciwko Stadtwerke München GmbH, pkt 26 (ECLI:EU:C:2018:855)
43. Wyrok Trybunału z dnia 28.03.2019 r. w sprawie C-101/18 Idi Srl przeciwko Arcadis – Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo, (ECLI:EU:C:2019:267), pkt 40-42
44. Wyrok Trybunału z dnia 19.06.2019 r. w sprawie C 41/18 Meca Srl przeciwko Comune di Napoli, (ECLI:EU:C:2019:507), pkt 29 i 30
45. Wyrok TSUE z 11.07.2019 r., C-697/17, *Telecom Italia SpA* (ECLI:EU:C:2019:599)
46. Wyrok Trybunału z dnia 3.10.2019 r., w sprawie C-267/18, Delta Antrepriza de Constructii si Montaj 93 SA v. Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, (ECLI:EU:C:2019:826)
47. Wyrok Trybunału z dnia z 11.06.2020 r., C-472/19 Vert Marine SAS przeciwko Premier ministre i Ministre de l'Économie et des Finances, (EU:C:2020:468)
48. Wyrok Trybunału z dnia 14.01.2021 r. C- 387/19 RTS infra BVBA i Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel BVBA przeciwko Vlaams Gewest, pkt 26, (ECLI:EU:C:2021:13) Legalis nr 2522942
49. Wyrok Trybunału z dnia 24.10.2018 r., C- 124/17 Vossloh Laeis GmbH przeciwko Stadtwerke München GmbH, (ECLI:EU:C:2018:855)

## II. Opinie Rzeczników Generalnych

1. Opinia Rzecznika Generalnego Ch. Stix-Hackl z dnia 1 lipca 2004 r. w sprawie C-247/02 Sintesi, pkt 37 (ECLI:EU:C:2004:399)
2. Opinia Rzecznika Generalnego M. Pajaresa Maduro z dnia 8 września 2005 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 La Cascins, pkt 26, (ECLI:EU:C:2005:524)
3. Opinia Rzecznika Generalnego Y. Bota z dnia 27 października 2009 r. w sprawie C- 91/08 Wall AG, pkt 38-39 (ECLI:EU:2009:659)
4. Opinia Rzecznika Generalnego Y. Bota z dnia 5 września 2013 r. w sprawie C-388/12 Comune di Ancona, pkt 82, (ECLI:EU:C2013:535)
5. Opinia Rzecznika Generalnego P. Mengozzi z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie C-396/14 MT Højgaard, pkt 59, (ECLI:EU:C:2015:774)
6. Opinia rzecznika Generalnego M.C. Sánchez-Bordony z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie C- 171/15 Connexion Taxi Services, pkt 44, (ECLI:EU:C:2016:506)
7. Opinia rzecznika Generalnego M.C. Sánchez-Bordony z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie C-178/16 Impresa di Construzioni Ing. E. Mantovani, (ECLI:EU:C:2017:487)
8. Opinia rzecznika generalnego Michala Bobeka z dnia 24 listopada 2016 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu, ECLI:EU:C:2016:899
9. Opinia Rzecznika Generalnego M.C. Sanches-Bordony z dnia 16 maja 2018 r. w sprawie C-124/17 Vossloh Laeis GmbH przeciwko Standwerke MunChen GmbH, (ECLI:EU:C:2018:316)
10. Opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony z dnia 8 maja 2019 r. w sprawie C-267/18 Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA przeciwko Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, (ECLI:EU:C:2019:393)
11. Opinia Rzecznika Generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony z dnia 17 września 2020 r. w Sprawie C-387/19 RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel przeciwko Vlaams Gewest, (EU:C:2020:728)

### **III. Sąd Najwyższy**

1. Wyrok SN z dnia 13.12.1999 r., III CKN 478/98, OSNC 2000, Nr 6, poz. 118
2. Wyrok SN z dnia 13.01.2004 r., V CK 97/03, OSNC 2005, Nr 2, poz. 34, Legalis nr 63261
3. Wyrok SN z dnia 5.04.2002 r., II CKN 1095/99, OSNC 2003/3 poz. 42, Legalis nr 55978
4. Wyrok SN z dnia 10.03.2004 r., IV CK 151/03, LEX nr 151642
5. Wyrok SN z dnia 13.09.2001 r., IV CKN 381/00 Legalis nr 51142
6. Wyrok SN z dnia 23.10.2003 r., V CK 311/02, Legalis nr 222869
7. Uchwała SN z dnia 11.02.1993 r. III AZP 32/92, OSNCP 1993, Nr 7-8, poz. 118, Legalis nr 37657

### **IV. Naczelny Sąd Administracyjny**

1. Wyrok NSA z dnia 8.01.2019 r., I GSK 3157/18, Legalis nr 1872070
2. Wyrok NSA z dnia 13.02.2014 r., II GSK 1980/12, Legalis
3. Wyrok NSA z dnia 13.02.2014 r. I SA/O1 615/15, niepubl.
4. Wyrok NSA z dnia 17.01.2017 r., II GSK 2472/15 LEX nr 2202333
5. Wyrok NSA z dnia 22.02.2017 r. II GSK 1732/15 LEX nr 2247619
6. Wyrok WSA w Warszawie z 25.08.2017 r. VIII SA/Wa 13/17 LEX nr 2364540
8. Wyrok WSA w Olsztynie z 26 listopada 2015 r. ISA/O1 615/15, niepubl.
9. Wyrok WSA w Gliwicach z 14.03.2017 r., IV SA/G1 430/16

### **V. Sądownictwo powszechne**

1. Wyrok SO w Krakowie z dnia 8.03.2017 r. II Ga 1019/16 niepublik.
2. Wyrok SO w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08.
3. wyrok SO w Warszawie z 1 kwietnia 2004 r. V Ca 1661/03 niepubl
4. Wyrok SO w Poznaniu z 11.08.2006 r., IX Ga 137/06, niepubl
5. Wyrok SO w Warszawie z 18.01.2019 r., XXIII Ga 1811/18, Legalis nr 2129914
6. Wyrok SO w Warszawie z 18.01.2019 r., XXIII Ga 1811/18, LEX nr 2669138
7. Wyrok z 23.08.2019 r., XXIII Ga 469/19, Legalis nr 2246515

8. Wyrok SO w Łodzi z 29.06.2018 r., XIII Ga 546/18, Legalis nr 2669623
9. Wyrok SO w Warszawie z 20.07.2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18, niepubl., LEX nr 2809509

## **VI. Krajowa Izba Odwoławcza**

1. Wyrok z dnia 08.04.2008 r., KIO/UZP 262/08 LEX nr 395925
2. Wyrok z dnia 27.05.2010 r. KIO 906/10, LEX nr 1235765
3. Wyrok z dnia 19.10.2010 r. KIO 2369/20, LEX nr 3103131
4. Wyrok z dnia 08.07.2011 r. KIO 1320/11, Legalis nr 358413
5. Wyrok z dnia 14.12.2012 r. KIO 2636/12, LEX nr 1254815
6. Wyrok z dnia 19.12.2012 r. KIO 2740/12, LEX nr 1254853
7. Wyrok z dnia 22.02.2013 r., KIO 292/13 Legalis nr 738242
8. Wyrok z dnia 02.04.2013 r. KIO 646/13 Legalis nr 744165
9. Wyrok z dnia 18.04.2013 r. KIO 764/13, LEX nr 1315325.
10. Wyrok z dnia 17.05.2013 r. KIO 1079/13, LEX nr 1335293
11. Wyrok z dnia 13.06.2013 r. KIO 1276/13 Legalis nr 736588
12. Wyrok z dnia 6.02.2014 r., KIO 120/14 Legalis nr 804187
13. Wyrok z dnia 12.06.2014 r. KIO 1094/14, Legalis nr 1033865
14. Wyrok z dnia 23.06.2014 r. KIO 1104/14, Legalis nr 1062106
15. Wyrok z dnia 30.10.2014 r. KIO 2164/14, LEX nr 1604678
16. Wyrok z dnia 24.11.2014 r. KIO 2358/14, LEX nr 1583500
17. Wyrok z dnia 18.12.2014 r. KIO 2559/14 LEX nr 1645365
18. Wyrok z dnia 18.03.2015 r. KIO 398/15, LEX nr 1676151
19. Wyrok z dnia 21.04.2015 r., KIO 686/15 LEX nr 1757404
20. Wyrok z dnia 1.06.2015 r. KIO 758/15 Legalis nr 1327064
21. Wyrok z dnia 01.09.2015 r. KIO 1790/15, LEX nr 1917425
22. Wyrok z dnia 23.09.2015 r. KIO 1988/15, LEX nr 1933318
23. Wyrok z dnia 24.09.2015 r. KIO 1997/15, LEX nr 1933326
24. Wyrok z dnia 6.11.2015 r. KIO 2331/15, LEX nr 1968422
25. Wyrok z dnia 3.12.2015 r. KIO 2564, LEX nr 1978077
26. Wyrok z dnia 14.03.2016 r. KIO 292/16 LEX nr 2051487
27. Wyrok z dnia z 22.03.2016 r., KIO 308/16 LEX nr 2019402
28. Wyrok z dnia 12.05.2016 r., 669/16 LEX nr 2062075

29. Wyrok z dnia 17.05.2016 r. KIO 628/16, KIO 632/16 Legalis nr 1481722
30. Wyrok z dnia 15.07.2016 r. KIO 1178/16, LEX nr 2147658
31. Wyrok z dnia 28.07.2016 r. KIO 1277/16, LEX nr 2149329
32. Wyrok z dnia 03.08.2016 r. KIO 1315/16, LEX nr 2149357
33. Wyrok z dnia 06.10.2016 r. KIO 1768/16, LEX nr 2153930
34. Wyrok z dnia 30.11.2016 r. KIO 2170/16, LEX nr 2166875
35. Wyrok z dnia 14.12.2016 r. KIO 2255/16, LEX nr 2174082
36. Wyrok z dnia 20.12.2016 r. KIO 2335/16, LEX nr 2188475
37. Wyrok z dnia 11.01.2017 r. KIO 2431/16, KIO 2436/16 Legalis nr 2671917
38. Wyrok z dnia 20.01.2017 r. KIO 8/17, LEX nr 2196106
39. Wyrok z dnia 14.03.2017 r. KIO 348/17, LEX nr 2258069
40. Wyrok z dnia 29.03.2017 r. KIO 470/17, LEX nr 2268356
41. Wyrok z dnia 11.04.2017 r. KIO 606/17, Legalis nr 1604472
42. Wyrok z dnia 16.05.2017 r. KIO 833/17, LEX nr 23192
43. Wyrok z dnia 07.06.2017 r. KIO 1043/17, LEX nr 2323681
44. Wyrok z dnia 21.06.2017 r. KIO 1087/17 Legalis nr 1637576
45. Wyrok z dnia 4.07.2017 r. KIO 1166/17, LEX nr 2336027
46. Wyrok z dnia 06.07.2017 r. KIO 1183/17, Legalis nr 1657274
47. Wyrok z dnia 11.08.2017 r. KIO 1522/17, Legalis nr 1675981
48. Wyrok z dnia 22.09.2017 r. KIO 1851/17, Legalis nr 1696533
49. Wyrok z dnia 23.10.2017 r. KIO 2106/17, Legalis nr 1705435
50. Wyrok z dnia 30.10.2017 r. KIO 2151/17, Legalis 1705494
51. Wyrok z dnia 15.11.2017 r. KIO 2279/17, LEX nr 2399761
52. Wyrok z dnia 23.11.2017 r. KIO 2321/17, LEX nr 2414903
53. Wyrok z dnia 30.11.2017 r. KIO 2232/17, LEX nr 2437553
54. Wyrok z dnia 08.12.2017 r. KIO 2408/17, LEX nr 2419557
55. Wyrok z dnia 08.12.2017 r. KIO 2443/17, LEX nr 2419559
56. Wyrok z dnia 08.12.2017 r. KIO 2445/17, Legalis nr 1712977
57. Wyrok z dnia 11.01.2018 r. KIO 2729/17, Legalis nr 1746761
58. Wyrok z dnia 28.02.2018 r. KIO 274/18 Legalis nr 1792851
59. Wyrok z dnia 27.03.2018 r. KIO 444/18 Legalis nr 1808376
60. Wyrok z dnia 09.04.2018 r. KIO 531/18, Legalis nr 1811649
61. Wyrok z dnia 18.05.2018 r. KIO 857/18, LEX nr 2539126
62. Wyrok z dnia 14.06.2018 r. KIO 1102/18 Legalis nr 1837061

63. Wyrok z dnia 21.06.2018 r. KIO 1143/18, LEX nr 2559033
64. Wyrok z dnia 03.08.2018 r., KIO 1428/18, LEX nr 2567875
65. Wyrok z dnia 09.08.2018 r. KIO 1468/18, Legalis nr1468/18
66. Wyrok z dnia 12.08.2019 r. KIO 1179/19 Legalis nr 2688501
67. Wyrok z dnia 29.08.2018 r. KIO 1638/18, LEX nr 2578986
68. Wyrok KIO z 28.09.2018 r. KIO 1797/18 Legalis nr 1870250
69. Wyrok z dnia 19.11.2018 r. KIO 2269/18, KIO 2290/18 LEX nr 2620634
70. Wyrok z dnia 22.11.2018 r. KIO 2273/18, Legalis nr1895380
71. Wyrok z dnia 12.12.2018 r. KIO 2463/18, Legalis nr 1890966
72. Wyrok z dnia 17.01.2019 r. KIO 2683/18, LEX nr 2630049
73. Wyrok z dnia 23.01.2019 r. KIO 42/19 LEX nr 2631833.
74. Wyrok z dnia 11.03.2019 r. KIO 325/19, LEX nr 2677516
75. Wyrok z dnia 12.08.2019 r. KIO 1179/19, Legalis nr 2688501
76. Wyrok z dnia 13.08.2019 r. KIO 1664/19, LEX nr 2740896
77. Wyrok z dnia 16.08.2019 r. KIO 1500/19, LEX nr 2737739
78. Wyrok z dnia 27.08.2019 r., KIO 1576/19, LEX nr 2738640
79. Wyrok z dnia 27.08.2019 r. KIO 1576/19 Legalis nr 2254395
80. Wyrok z dnia 17.09.2019 r. KIO 1706/19, LEX nr 2741729
81. Wyrok z dnia 04.10.2019 r. KIO 1859/19, LEX nr 2745384
82. Wyrok z dnia 04.11.2019 r. KIO 2105/19 Legalis nr 2268941
83. Wyrok z dnia 02.12.2019 r. KIO 2320/19, Legalis nr 2280841
84. Wyrok z dnia 12.06.2020 r., KIO 697/20, LEX nr 3029214
85. Wyrok z dnia 26.06.2020 r. KIO 1052/20, LEX nr 3044315
86. Wyrok z dnia 09.07.2020 r. KIO 1286/20, LEX nr 3051323
87. Wyrok z dnia 02.08.2020 r. KIO 1281/20, LEX nr 3051340
88. Wyrok z dnia 12.08.2020 r. KIO 1430/20, LEX nr 3043862.
89. Wyrok z dnia 20.08.2020 r. KIO 1542/20, LEX nr 3057907
90. Wyrok z dnia 09.09.2020 r. KIO 1988/20, LEX nr 3075234
91. Wyrok z dnia 15.09.2020 r. KIO 1996/20, LEX nr 3083858
92. Wyrok z dnia 22.09.2020 r. KIO 2248/20, LEX nr 3092735
93. Wyrok z dnia 24.09.2020 r. KIO 2129/20, LEX nr 3082669
94. Wyrok z dnia 30.09.2020 r. KIO 1865/20, LEX nr 3068877
95. Wyrok z dnia 30.09.2020 r., KIO 2140/20; Legalis nr 2489728
96. Wyrok z dnia 12.11.2020 r. KIO 2755/20, LEX nr 3107479

97. Wyrok z dnia 20.11.2020 r., 2827/20, LEX nr 3108470.
98. Wyrok z dnia 02.12.2020 r. KIO 3028/20, LEX nr 3117643
99. Wyrok z dnia 04.02.2021 r. KIO 68/21, LEX nr 3153816
100. Wyrok z dnia 02.03.2021 r. KIO 257/21, LEX nr 3159845
101. Wyrok w sprawach połączonych z dnia 15.04.2021 r., KIO 627/21, KIO 630/21, KIO 657/21, KIO 658/21 Legalis nr 2583060
102. Wyrok z dnia 14.05.2021 r. KIO 983/21, LEX nr 3217383
103. Wyrok z dnia 06.08.2021 r. KIO 1576/21, Legalis nr 2639337
104. Wyrok z dnia 26.08.2021 r. KIO 2348/21 Legalis nr 2633713
105. Wyrok z dnia 06.09.2021 r. KIO 2387/21 Legalis nr 2840576
106. Wyrok z dnia 08.09.2021 r. KIO 1935/21 Legalis nr 2656449
107. Wyrok z dnia 22.10.2021 r. KIO 2916/21 Legalis nr 2701093
108. Wyrok z dnia 02.11.2021 r. KIO 2964/21 Legalis nr 2701143
109. Wyrok z dnia 19.11.2021 r. KIO 3078/21 Legalis nr 2687391
110. Wyrok z dnia 23.11.2021 r. KIO 3229/21 Legalis nr 2704969
111. Wyrok z dnia 08.12.2021 r. KIO 3439/21, LEX nr 335061
112. Wyrok z dnia 13.12.2021 r. KIO 3467/21 Legalis nr 2651615
113. Wyrok z dnia 20.12.2021 r. KIO 3298/21 Legalis nr 2705128
114. Wyrok z dnia 20.12.2021 r. KIO 3307/21 LEX nr 3353758
115. Wyrok z dnia 17.01.2022 r. KIO 3743/21 LEX nr 3327250
116. Wyrok z dnia 18.02.2022 r. KIO 284/22, LEX nr 3366533
117. Wyrok z dnia 13.05.2022 r. KIO 1104/22, LEX nr 3345612

## **VII. Wyroki Zespołów Arbitrów**

1. Wyrok ZA z dnia 6.09.2006 r., UZP/ZO/0-2435/06, Legalis nr 79323
2. Wyrok ZA z dnia 12.06.2006 r., UZP/ZO/0-1659/06, Legalis nr 77529
3. Wyrok ZA z dnia 24.04.2007 r., UZP/ZO/0-456/07, Legalis nr 89261
4. Wyrok ZA z dnia 24.01.2017 r., UZP/ZO/0-62/07, Legalis nr 81365
5. Wyrok ZA z dnia 4.01.2007 r., UZP/ZO/0-3030/06, Legalis nr 80371

## **VIII. Uchwały Krajowej Izby Odwoławczej**

1. Uchwała z 05.09.2014 r. KIO/KU/74/14, Legalis nr 1245542

2.Uchwała KIO z 3.06.2015 r., KIO/KD 30/15 Legalis nr 1352484

## IX. Inne

- 1.Wyrok Sądu Apelacyjnego w Düsseldorfie z 28.07.2005 r., VII – Verg 42/05
- 2.Wyrok Sądu Apelacyjnego w Düsseldorfie z 9.04.2003 r., VII-Verg 66/02
- 3.Wyrok Sądu Regionalnego w Berlinie z 22.03.2006 r., 23 O 118/04

## Dodatkowe źródła internetowe

1. *American Bar Association, Monitors Standards*, [https://www.americanbar.org/groups/criminal\\_justice/standards/MonitorsStandards](https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/MonitorsStandards) (dostęp 08.07.2022).
2. Bribery Act 2010, ch. 23, § 7  
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/7>, (dostęp 25.07.2022).
3. *Contractor Performance Assessment Reporting System (CPARS)*, <https://www.cpars.gov> (dostęp 08.07.2022).
4. *Contractor Performance Assessment Reporting System (CPARS)*, <https://www.cpars.gov> (dostęp 08.07.2022).
5. Dokument Komisji Europejskiej z listopada 2011 r., *Compliance Matters. What companies can be better to respect EU competition rules*, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/compliance\\_matters\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/compliance_matters_en.pdf) (dostęp 23.03.2020).  
Dokument ramowy z 10.02.2012 o programach zgodności z zasadami konkurencji  
[http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=427](http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=427) (dostęp 23.03.2020).
6. FAR 9.406-3; [https://www.acquisition.gov/far/part-2#FAR\\_2\\_101](https://www.acquisition.gov/far/part-2#FAR_2_101), (dostęp 18.07.2022).
7. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=OJ:C:2012:326:TOC> (dostęp 31.08.2022).
8. *III Sprawozdanie z realizacji Programu zwalczania korupcji – Strategia Antykorupcyjna* [www.antykorupcja.gov.pl/](http://www.antykorupcja.gov.pl/) (dostęp 01.08.2022).
9. Informacja Parlamentu Europejskiego z 11.01.2013 r., A7-0007/2013 wskazująca na proces kształtowania się przepisu art. 57 ust. 4)



- <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A720130007&language=PL> (dostęp 14 maja 2020).
10. *Karta prawa Podstawowych Unii Europejskiej*, Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., [https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PL/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C\\_.2012.326.01.0391.01.POL&toc=OJ%3AC%3A2012%3A326%3ATOC](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PL/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2012.326.01.0391.01.POL&toc=OJ%3AC%3A2012%3A326%3ATOC) (dostęp 23.08.2022).
  11. *Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP*, Warszawa 2012, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/kontrole-prowadzone-przez-uzp/informacje-o-wynikach-kontroli-prezesa-urzedu-postepowania-wszczete-od-28.07.2016-r>. (dostęp 20.07.2018).
  12. Kozak M., *Programy compliance jako narzędzie skutecznego wdrażania prawa konkurencji – metoda kija i marchewki?*, [https://www.1pkpk.wz.uw.edu.pl/working\\_papers/Kozak\\_Compliance.pdf](https://www.1pkpk.wz.uw.edu.pl/working_papers/Kozak_Compliance.pdf) (dostęp 23.03.2020).
  13. Lemke M., Smith S., Kolar T., Stachowiak M., *Implementing the EU Directives on the selection of economic operators in public procurement procedures* “SIGMA Papers”, October 2018, no. 56, s. 51–53; <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/f511e46fen.pdf?expires=1657879287&id=id&accname=guest&checksum=5E5FE5DB4C672F62D8937BDEA60F36C4> (dostęp 15.07.2022).
  14. Opinia prawna dotycząca ustawy Prawo zamówień publicznych 2004 wydana przez Urząd Zamówień Publicznych z 7.12.2015 r. nt. „Podmioty zbiorowe (spółka cywilna i jawna)”, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/warunki-udzialu-w-postepowaniu,-dokumenty-skladane-przez-wykonawcow-oraz-ich-wykluczenie-z-udzialu-w-postepowaniu/podmioty-zbiorowe-spolka-cywilna-i-jawna>, (dostęp 21.02.2022).
  15. *Poważny Pozaministerialny Departament Rządowy z rządem Zjednoczonego Królestwa*, [https://gaz.wiki/wiki/pl/Serious\\_Fraud\\_Office\\_\(United\\_Kingdom\)](https://gaz.wiki/wiki/pl/Serious_Fraud_Office_(United_Kingdom)) (dostęp 3.08.2021).
  16. *Principles of Federal Prosecution Of Business Organizations 9-28.800 Corporate Compliance Programs* <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations#9-28.800> (dostęp 21.07.2022).
  17. Słownik języka polskiego online <https://sjp.pwn.pl> (dostęp 04.02.2020).

18. *Sprawozdanie Parlamentu Europejskiego z dnia 11 stycznia 2013 A7-0007/2013* [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0007\\_PL.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2013-0007_PL.pdf) (dostęp 13.08.2021).
19. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2017 r.*, Warszawa 2018, [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0023/41558/Sprawozdanie-Urzedu-Zamowien-Publicznych-za-2017-r.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0023/41558/Sprawozdanie-Urzedu-Zamowien-Publicznych-za-2017-r.pdf) (dostęp 23.08.2022).
20. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018*, Warszawa 2019, [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0020/41555/Sprawozdanie-UZP-za-2018.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/41555/Sprawozdanie-UZP-za-2018.pdf) (dostęp 19.12.2023).
21. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r.*, Warszawa 2021, [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0009/51030/Sprawozdanie-Prezesa-Urzedu-Zamowien-Publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2020-r.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0009/51030/Sprawozdanie-Prezesa-Urzedu-Zamowien-Publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2020-r.pdf) (dostęp 23.07.2022).
22. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2021*, Warszawa 2022, <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2021-rok-przyjete-przez-rade-ministrowi> (dostęp:19.12.2023).
23. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r.*, Warszawa 2023; <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2022-rok-przyjete-przez-rade-ministrow> (dostęp 19.12.2023).
24. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 1996 r.*, Warszawa 1997, [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0021/21981/Sprawozdanie\\_1996\\_z\\_zal.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0021/21981/Sprawozdanie_1996_z_zal.pdf) (dostęp 31.01.2023).
25. Stelmach J., *Efektywne prawo*, Repozytorium Uniwersytetu Jagiellońskiego, [https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/79004/stelmach\\_efektywne\\_prawo\\_2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/79004/stelmach_efektywne_prawo_2010.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (dostęp 6.09.2021).
26. *The Interagency Suspension and Debarment Committee Report FY 2020*, at 2 (2020),

- [https://www.acquisition.gov/sites/default/files/page\\_file\\_uploads/ISDC\\_FY\\_2020\\_Section\\_873\\_Report\\_\(use\\_for\\_web\\_upload\).pdf](https://www.acquisition.gov/sites/default/files/page_file_uploads/ISDC_FY_2020_Section_873_Report_(use_for_web_upload).pdf) (dostęp 18.07.2022).
27. Transparency International EU, *Exporting Corruption: Progress Report 2013: Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combating Foreign Bribery*, (2013), <https://www.transparency.org/en/publications/exporting-corruption-progress-report-2013-assessing-enforcement-of-the-oecd> (dostęp 02.09.2022).
28. U.S. General Services Administration, Suspension and Debarment Division, *Suspension and Debarment: Frequently Asked Questions*, [www.gsa.gov/about-us/organization/office-of-governmentwide-policy/office-of-acquisition-policy/gsa-acq-policy-integrity-workforce/suspension-debarment-division/suspension-debarment/frequently-asked-questions-suspension-debarment](http://www.gsa.gov/about-us/organization/office-of-governmentwide-policy/office-of-acquisition-policy/gsa-acq-policy-integrity-workforce/suspension-debarment-division/suspension-debarment/frequently-asked-questions-suspension-debarment) (dostęp 22.03.2023).
29. U.S. Government Accountability Office, *Suspension and Debarment: Some Agency Programs Need Greater Attention, and Governmentwide Oversight Could Be Improved*, GAO-11-739, (Aug 31, 2011); <https://www.gao.gov/assets/gao-11-739.pdf> (dostęp 20.10.2022).
30. USA Spending.gov, <https://datalab.usaspending.gov>, (dostęp 18.07.2022).
31. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy Prawo zamówień publicznych, IV kadencja, druk sejmowy nr 2218, [https://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/0/4723123322644EA9C1256DEA002D9548/\\$file/2218-x.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/0/4723123322644EA9C1256DEA002D9548/$file/2218-x.pdf) (dostęp 23.08.2022).
32. Wniosek DYREKTYWA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY z dnia 20.12.2011 KOM (2011w sprawie zamówień publicznych/\*KOM/2011/0896 wersja ostateczna - 2011/0438 (COD)\*/ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0896> (dostęp 09.08.2021).
33. Yukins Ch., *U.S. Justice Department Issues New Corporate Compliance Guidance*, (May 1, 2019), <http://publicprocurementinternational.com/2019/05/01/u-s-justice-department-issues-new-corporate-compliance-guidance/> (dostęp 21.07.2022).
34. *Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększania skuteczności rynku zamówień*, Bruksela 27.01.2011, KOM (2011) 15 wersja ostateczna <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:PL:PDF> (dostęp 09.08.2021).

