

## II

*(Komunikaty)*KOMUNIKATY INSTYTUCJI, ORGANÓW I JEDNOSTEK ORGANIZACYJNYCH  
UNII EUROPEJSKIEJ

## KOMISJA EUROPEJSKA

**Zawiadomienie w sprawie narzędzi służących zwalczaniu zmów przetargowych oraz w sprawie  
wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze znową**

(2021/C 91/01)

**Spis treści**

	<i>Strony</i>
1. WPROWADZENIE .....	3
1.1. Rozpatrywane zagadnienie .....	3
1.2. Trudności w rozwiązywaniu problemu .....	4
1.3. Dotychczasowe działania mające na celu rozwiązanie problemu znowy .....	5
2. NARZĘDZIA NA SZCZEBLU UE DO ZWALCZANIA ZNOWY .....	5
2.1. Zobowiązanie polityczne do podjęcia działań .....	5
2.2. Wytyczne dotyczące realizacji tego zobowiązania .....	6
2.3. Cel niniejszego zawiadomienia .....	7
3. WSPIERANIE PAŃSTW CZŁONKOWSKICH I INSTYTUCJI ZAMAWIAJĄCYCH .....	7
4. POPRAWA WSPÓŁPRACY MIĘDZY KRAJOWYM CENTRALNYM URZĘDEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I ORGA- NEM OCHRONY KONKURENCJI .....	8
5. WYTYCZNE DLA INSTYTUCJI ZAMAWIAJĄCYCH DOTYCZĄCE SPOSOBU STOSOWANIA PODSTAWY WYKLU- CZENIA ZWIĄZANEJ ZE ZNOWĄ ZGODNIE Z ART. 38 UST. 7 LIT. e) DYREKTYWY 2014/23/UE, ART. 57 UST. 4 LIT. d) DYREKTYWY 2014/24/UE ORAZ ART. 80 UST. 1 DYREKTYWY 2014/25/UE .....	10
5.1. Obowiązujące przepisy prawne i ich dotychczasowe wdrożenie .....	10
5.2. Zakres podstawy wykluczenia związanej ze znową: objęcie uzgodnionych praktyk oraz powiązanie z podstawą wykluczenia dotyczącą poważnego wykroczenia zawodowego .....	12
5.3. Kompetencje instytucji zamawiających w zakresie stosowania podstawy wykluczenia: szeroki margines oceny i ograniczenia swobody uznania .....	13
5.4. Pojęcie „wiarygodnych przesłanek”: fakty, które można uznać za przesłanki, znaczenie „przesłanek” przeciwsta- wione znaczeniu „dowodów” oraz sposób postępowania z podmiotami ubiegającymi się o złagodzenie kary ...	14
5.5. Przedsiębiorstwa powiązane biorące udział w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia: prawo wyko- nawców, którzy mogą być podejrzewani o znowę, do wykazania swojej niezależności w toku postępowania ...	17

---

5.6. Składanie wspólnych ofert i podwykonawstwo: ostrożna, choć zrównoważona ocena przeprowadzana przez instytucję zamawiającą .....	18
5.7. Podejmowane przez wykonawców działania służące „samoczyszczeniu” w świetle art. 57 ust. 6 dyrektywy: prawo wykonawców do potwierdzenia swojej rzetelności oraz potrzeba proporcjonalnej oceny przedstawianych przez nich argumentów przez instytucje zamawiające .....	19
5.8. Znaczenie przekazywania przez instytucje zamawiające informacji organom ochrony konkurencji lub innym zaangażowanym organom na szczeblu centralnym lub zwracania się przez nie do tych organów o wsparcie .....	20
5.9. Określanie warunków wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 57 ust. 7 dyrektywy .....	21
ZAŁĄCZNIK .....	23
Wskazówki i porady w zakresie skutecznego przeciwdziałania znowom przetargowym .....	23

## 1. WPROWADZENIE

### 1.1. Rozpatrywane zagadnienie

Zamówienia publiczne stanowią jedną z najbardziej namacalnych form wydatków publicznych, ponieważ ich celem jest zapewnienie robót budowlanych, towarów lub usług, z których bezpośrednio korzystają obywatele (takich jak ulice, porty lotnicze, materiały wykorzystywane w szpitalu czy autobusy komunikacji miejskiej). Zamówienia publiczne stanowią znaczną część PKB państw członkowskich UE <sup>(1)</sup>, odgrywając kluczową rolę we wzroście gospodarczym, postępie społecznym i osiągnięciu głównego celu państwa, jakim jest świadczenie wysokiej jakości usług na rzecz obywateli. Obywatele mają prawo domagać się tego, aby pieniądze publiczne były wydawane w najbardziej efektywny, przejrzysty, odpowiedzialny i sprawiedliwy sposób, aby mogli korzystać z wysokiej jakości usług publicznych, oraz ostatecznie, aby mogli zachować zaufanie do instytucji publicznych.

Termin „zmowa przetargowa” (występujący również często jako „zmowa ofertowa”) odnosi się do nielegalnych porozumień między wykonawcami, których celem jest zakłócenie konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Tego rodzaju porozumienia wykonawców stanowiące znowę mogą przybierać różne formy, takie jak ustalanie z wyprzedzeniem treści ofert (zwłaszcza ceny) w celu wpłynięcia na wynik postępowania, powstrzymanie się od składania ofert, podział rynku w oparciu o kryterium geograficzne, instytucję zamawiającą lub przedmiot zamówienia, czy też tworzenie systemów rotowania dla szeregu postępowań. Celem wszystkich tych praktyk jest umożliwienie wcześniej określonego oferentowi uzyskania zamówienia przy jednoczesnym stworzeniu wrażenia, że postępowanie jest rzeczywiście konkurencyjne.

Zmowa zasadniczo podważa korzyści płynące z uczciwego, przejrzystego, opartego na konkurencji i zorientowanego na inwestycje rynku zamówień publicznych, ograniczając dostęp przedsiębiorstw do tego rynku oraz możliwość wyboru dla nabywców publicznych. Na rynku zamówień publicznych, na którym występuje zmowa, działający zgodnie z prawem wykonawcy są zazwyczaj zniechęceni do udziału w odpowiednich postępowaniach o udzielenie zamówienia lub do inwestowania w projekty sektora publicznego. Ma to szczególnie szkodliwy wpływ na przedsiębiorstwa, które chcą lub muszą rozwijać swoją działalność, a zwłaszcza na małe i średnie przedsiębiorstwa. Jest to również szkodliwe dla przedsiębiorstw, które są zdolne i chętne do opracowywania innowacyjnych rozwiązań odpowiadających potrzebom sektora publicznego. Zmowa od dawna jest identyfikowana i traktowana jako główny czynnik ryzyka dla efektywności wydatków publicznych. Szacuje się, że może ona zwiększać koszty ponoszone przez nabywców publicznych w porównaniu z kosztami, jakie ponieśliby w normalnych warunkach rynkowych, nawet o 60 % <sup>(2)</sup>. Nawet pojedynczy przypadek znowy w postępowaniu o udzielenie wielomilionowego zamówienia będzie kosztował europejskiego podatnika miliony euro w postaci zawyżonych płatności, ze szkodą dla efektywnych i rozliczalnych wydatków publicznych.

Zmowa jest powtarzającym się zjawiskiem na rynkach zamówień publicznych (w tym w kluczowych sektorach gospodarki, takich jak budownictwo, IT lub opieka zdrowotna). Przypadki znowy są regularnie identyfikowane, badane i ścigane (w trybie administracyjnym, a także często w trybie karnym) we wszystkich częściach świata, w tym w państwach członkowskich UE <sup>(3)</sup>. W sytuacjach nadzwyczajnych, takich jak pandemia COVID-19, pilna potrzeba organów publicznych, aby w bardzo krótkim czasie dostawić duże ilości dostaw i usług dla swoich systemów opieki zdrowotnej, może zwiększyć ryzyko znowy między niektórymi wykonawcami, którzy mogą próbować wykorzystać tę sytuację i sztucznie ograniczyć konkurencję w celu maksymalizacji swoich zysków kosztem finansów publicznych. Szkodliwy wpływ znowy na finanse publiczne może okazać się jeszcze większy w następstwie takich sytuacji nadzwyczajnych, w czasie gdy ożywienie gospodarcze zależy w dużej mierze od jak najlepszego wykorzystania dostępnych środków publicznych oraz od dokonania znacznych inwestycji w kluczowych sektorach gospodarki. Nieuzasadnione wydawanie nadmiernych kwot na roboty budowlane, dostawy i usługi oznacza mniej funduszy publicznych na prowadzenie podstawowej działalności państwa, większe deficyty budżetowe i większą potrzebę uciekania się przez państwa do pożyczek, co zagraża ich stabilności finansowej i osłabia działania na rzecz ożywienia gospodarczego. Ponadto niechęć przedsiębiorstw do udziału w projektach sektora publicznego na rynkach dotkniętych znową podważa działania ukierunkowane na przyciągnięcie prywatnych inwestycji infrastrukturalnych (np. w przypadku koncesji wymagających udziału kapitału prywatnego).

W prawie Unii <sup>(4)</sup> kwestię znowy między wykonawcami uregulowano w art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), w którym wyraźnie zakazuje się porozumień lub praktyk uzgodnionych, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego i które mogą wpływać na handel

<sup>(1)</sup> Szacuje się, że stanowią one ponad 14 % całkowitego PKB państw członkowskich UE.

<sup>(2)</sup> Np.: <http://documents.banquemondiale.org/curated/fr/975181468151765134/Curbing-fraud-corruption-and-collusion-in-the-roads-sector>. Tocząca się w Stanach Zjednoczonych sprawa dotycząca domniemanej znowy, w którą zaangażowanych jest kilka dużych przedsiębiorstw farmaceutycznych, obejmuje zarzuty sztucznego ustalania cen wielu leków generycznych przez przedsiębiorstwa uczestniczące w znowy, które miały zawyżać je nawet o 1 000 % w stosunku do normalnej ceny rynkowej.

<sup>(3)</sup> W oparciu o informacje otrzymane przez państwa członkowskie (zob. sekcja 2.2 niniejszego zawiadomienia).

<sup>(4)</sup> Przeanalizowano w sekcji 5.1 niniejszego zawiadomienia.

między państwami członkowskimi. Ponadto, od czasu przyjęcia najnowszej generacji dyrektyw UE w sprawie zamówień publicznych w 2014 r., wiarygodne przesłanki zmywy stały się wyraźnie fakultatywną podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia <sup>(5)</sup>.

## 1.2. Trudności w rozwiązywaniu problemu

Wykrywanie przypadków zmywy przetargowej i zajmowanie się nimi stanowi szczególne wyzwanie dla organów krajowych. Nielegalne porozumienia stanowiące znowę wykonawców są z definicji tajne oraz, w większości przypadków, ustanawiane i realizowane w bardzo staranny i wyrafinowany sposób. Istnieją przesłanki wskazujące na to, że w wielu przypadkach (jeśli nie w większości) zmywy nie są wykrywane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, lecz są ostatecznie ujawniane i ścigane (jeśli w ogóle) przez właściwe organy, zazwyczaj długo po pełnym wykonaniu zamówienia. Długoterminowe systemy zmywy mogą nawet stać się częścią prowadzenia działalności w niektórych sektorach gospodarki, ponieważ wykonawcy są kuszeni lub są skłonni do uczestnictwa w znowie w celu „zagwarantowania” sobie dostępu do rynku i udziału w nim.

Rynki zamówień publicznych mają specyficzne cechy, które czynią je bardziej podatnymi na znowy w porównaniu z innymi rynkami. Instytucje zamawiające zazwyczaj stosują stosunkowo stabilne schematy zakupów, z często powtarzającymi się postępowaniami o udzielenie zamówienia, podobnymi ilościami i standardowymi specyfikacjami produktów lub usług bez większych zmian w porównaniu z poprzednimi postępowaniami. Taka przewidywalność popytu ułatwia nielegalny podział rynku między wykonawców, ponieważ gwarantuje każdemu z nich „godziwy” zysk. Ponadto w danym sektorze rynku może występować bardzo mała liczba wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne, często ze względu na odległe położenie instytucji zamawiającej lub niewielki rozmiar danego rynku. Niedostatek oferentów mogą dodatkowo pogłębiać wybory lub praktyki stosowane przez same instytucje zamawiające, takie jak rezygnacja z procedury otwartej lub wprowadzenie rygorystycznych lub zbyt szczegółowych wymogów dotyczących ofert, co może skutkować jeszcze większym ograniczeniem liczby ofert składanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia. Im mniejsza jest liczba aktywnych wykonawców na rynku zamówień publicznych, tym łatwiej o znowę. Ponadto instytucje zamawiające mogą również podlegać szeregowi wymogów dotyczących ujawniania informacji na temat postępowań o udzielenie zamówienia, które wykraczają poza wymogi określone w dyrektywach UE w sprawie zamówień publicznych (np. ujawnianie szczegółowych informacji na temat tego, kto złożył ofertę i z jaką ceną). Może to ułatwić osobom uczestniczącym w znowie wymianę informacji i monitorowanie przestrzegania nielegalnego porozumienia przez wszystkie jego strony.

Ze względu na realia, w jakich często znajdują się instytucje zamawiające podczas przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia, pogłębiają się trudności nieodłącznie związane z reagowaniem na podejrzanym przypadki zmywy. Instytucje zamawiające (zwłaszcza te mniejsze) często nie dysponują odpowiednio przeszkolonym i doświadczonym personelem, który byłby w stanie wykryć znowę w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Urzędnicy ds. zamówień <sup>(6)</sup> koncentrują się zazwyczaj na zapewnieniu, aby postępowanie spełniało podstawowe wymogi proceduralne i prawne oraz zakończyło się w terminie. Nawet jeżeli urzędnicy ds. zamówień wykryją podejrzaną ofertę, często nie są w pełni świadomi dostępnych środków reagowania lub mechanizmów umożliwiających uzyskanie specjalistycznej pomocy od centralnych urzędów zamówień publicznych lub organów ochrony konkurencji. Ponadto perspektywa opóźnień w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które często niosą ze sobą konsekwencje administracyjne, budżetowe lub nawet polityczne, może zniechęcać urzędników ds. zamówień do skutecznego zajmowania się domniemanymi przypadkami zmywy. Wątpliwości dotyczące zdolności lub nawet gotowości instytucji zamawiającej do zdecydowanego przeciwdziałania znowom mogą dodatkowo ułatwić wykonawcom zorganizowanie zmywy.

<sup>(5)</sup> Zob. art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65) oraz art. 38 ust. 7 lit. e) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 1). Przewidziana w dyrektywie 2014/24/UE podstawa wykluczenia może mieć również zastosowanie 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 (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 243), na mocy art. 80 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE.

<sup>(6)</sup> Do celów niniejszego zawiadomienia terminy „urzędnicy ds. zamówień” lub „pracownicy ds. zamówień” odnoszą się do pracowników instytucji zamawiających lub podmiotów zamawiających, którzy są zaangażowani, w większym lub mniejszym stopniu, w planowanie, rozpoczynanie i przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Definicja ta nie narusza kompetencji państw członkowskich, jeśli chodzi o organizację ich administracji krajowej, szczeble decyzyjne, zaangażowanie różnych departamentów w ogólne postępowania o udzielenie zamówienia itp. W tym sensie zdolność do wykrywania podejrzanym przypadków zmywy i reagowania nie oraz obowiązek zapewnienia rzetelności postępowania o udzielenie zamówienia mają zastosowanie do wszystkich osób zaangażowanych w postępowanie, począwszy od pracownika, który przyjmuje i otwiera oferty, aż po kierownika, który podpisuje decyzję o udzieleniu zamówienia.

Ponadto zмова przetargowa jest jeszcze trudniejsza do wyeliminowania, gdy występuje w połączeniu z korupcją, np. gdy wykonawcy uczestniczący w zмовie przekupują osobę mającą wpływ na postępowanie o udzielenie zamówienia, aby mieć pewność, że ich niezgodne z prawem zachowanie pozostanie niewykryte. Chociaż do celów niniejszego zawiadomienia zmovę i korupcję uznaje się za odrębne problemy w zamówieniach publicznych, mogą one występować łącznie i jeszcze bardziej podważać rzetelność postępowania o udzielenie zamówienia.

### 1.3. Dotychczasowe działania mające na celu rozwiązanie problemu zmovy

Do czasu przyjęcia dyrektyw w sprawie zamówień publicznych z 2014 r. działania o charakterze zmovy przetargowej były rozpatrywane na poziomie UE przede wszystkim z perspektywy prawa konkurencji. Były one traktowane jako typowy przypadek porozumienia między co najmniej dwoma niezależnymi podmiotami rynkowymi, które ogranicza konkurencję i jest zakazane na art. 101 TFUE.

Na przestrzeni lat zarówno Komisja, jak i krajowe organy ochrony konkurencji (uprawnione do stosowania art. 101 i 102 TFUE) rozpatrzyły szereg spraw dotyczących zmov przetargowych<sup>(7)</sup>. Krajowe organy ochrony konkurencji w większości państw członkowskich UE wydały szczegółowe wytyczne dotyczące zwalczania zmov. W ramach Międzynarodowej Sieci Konkurencji<sup>(8)</sup>, w której uczestniczy Komisja, opracowano również wytyczne dotyczące synergii między organami zamówień publicznych a organami ochrony konkurencji. Organы ochrony konkurencji dążą do zwiększania świadomości instytucji zamawiających na temat sposobów podejmowania działań zapobiegawczych na etapie planowania postępowań o udzielenie zamówienia oraz prowadzą szkolenia dla urzędników ds. zamówień w zakresie zwalczania zmov. W ostatnich latach metody analizy danych pochodzących z elektronicznych systemów zamówień stają się dodatkowym cennym narzędziem wykrywania zmov.

W listopadzie 2017 r. OLAF opublikował podręcznik zatytułowany „Fraud in Public Procurement – A collection of Red Flags and Best Practices” [Nadużycia finansowe w zamówieniach publicznych – wybrane sygnały ostrzegawcze i najlepsze praktyki]<sup>(9)</sup>, opracowany na podstawie wkładu ekspertów z państw członkowskich w ramach Komitetu Doradczego ds. Koordynacji w zakresie Nadużyć Finansowych (COCOLAF). Podręcznik zawiera rozdział poświęcony zmovom, zapewniając bardzo obszerną i szczegółową listę „sygnałów ostrzegawczych” i wskazówek dotyczących wykrywania zmov w fazie poprzedzającej przetarg i w fazie procedury przetargowej.

Inne organy, w szczególności OECD<sup>(10)</sup> i Bank Światowy<sup>(11)</sup>, również prowadzą istotne prace nad rozwiązaniem problemu zmov przetargowych.

## 2. NARZĘDZIA NA SZCZEBLU UE DO ZWALCZANIA ZMOVY

### 2.1. Zobowiązanie polityczne do podjęcia działań

Jak wspomniano wcześniej, europejskim i krajowym organom ochrony konkurencji przyznano uprawnienia w zakresie prowadzenia dochodzeń i egzekwowania przepisów, mające na celu karanie działań o charakterze zmovy i przeciwdziałanie zmovom wykonawców w przyszłości. W większości przypadków egzekwowanie przepisów prawa konkurencji i nakładanie kar z tego tytułu odbywa się jednak po wyrządzeniu szkody, tj. po udzieleniu zamówienia i, w większości przypadków, po jego pełnym wykonaniu. Chociaż identyfikacja działań o charakterze zmovy na tym późniejszym etapie służy karaniu zmov i przeciwdziałaniu podobnym praktykom w przyszłości, to nie ma żadnego istotnego wpływu na postępowania o udzielenie zamówienia, których faktycznie dotyczy zмова, i nie może zapobiec udzieleniu zamówienia wykonawcy, który działał w zmovie, ze szkodą dla interesu publicznego. Mimo że europejskie i krajowe organy ochrony konkurencji odgrywają kluczową rolę w zwalczaniu zmov, niezwykle ważne jest, aby przeciwdziałać zmovom również

<sup>(7)</sup> Jeżeli chodzi o sprawy zbadane przez Komisję, zob. np. sprawa dotycząca SPO (z udziałem przedsiębiorstw budowlanych w Niderlandach) z 1992 r. (sprawy IV/31.572 i 32.571), sprawa dotycząca rur preizolowanych z 1999 r. (sprawa IV/35.691/E-4), sprawa dotycząca wind i schodów ruchomych z 2007 r. (sprawa COMP/E-1/38.823), sprawa dotycząca kabli elektroenergetycznych z 2014 r. (sprawa AT.39610), jak również sprawy wymienione w sprawozdaniu Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji Komisji Europejskiej na temat egzekwowania reguł konkurencji w sektorze farmaceutycznym, przyjętym w dniu 28 stycznia 2019 r. (dostępnym pod adresem: [https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/report2019/report\\_pl.pdf](https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/report2019/report_pl.pdf)).

<sup>(8)</sup> W szczególności rozdział podręcznika dotyczącego egzekwowania przepisów antykartelowych, opracowanego przez Międzynarodową Sieć Konkurencji, poświęcony relacjom między organami ochrony konkurencji a organami zamówień publicznych.

<sup>(9)</sup> Kwestia zmovy została również poruszona w zleonym przez OLAF badaniu „Identifying and reducing corruption in public procurement in the EU” [Identyfikacja i ograniczanie korupcji w zamówieniach publicznych w UE], opublikowanym w czerwcu 2013 r. (dostępnym pod adresem: [https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying\\_reducing\\_corruption\\_in\\_public\\_procurement\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/identifying_reducing_corruption_in_public_procurement_en.pdf)).

<sup>(10)</sup> W dniu 17 lipca 2012 r. Rada OECD przyjęła zalecenie dotyczące zwalczania zmov przetargowych w zamówieniach publicznych (<https://www.oecd.org/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>). W zaleceniu wzywa się rządy, aby dążyły do przygotowywania postępowań o udzielenie zamówienia służących wspieraniu konkurencji i ograniczaniu ryzyka wystąpienia zmovy przetargowej. W 2009 r. Wydział ds. Konkurencji OECD opracował już bardzo szczegółowe wytyczne i listy kontrolne dotyczące zwalczania zmov przetargowych w zamówieniach publicznych. Zalecenie OECD posłużyło jako podstawa dla wytycznych wydanych przez kilka organów krajowych zajmujących się problemem zmovy.

<sup>(11)</sup> W 2013 r. Bank Światowy wydał swój podręcznik wiedzy na temat nadużyć finansowych i korupcji dla urzędników służby cywilnej zajmujących się zamówieniami publicznymi, który zawiera odrębny rozdział dotyczący zmov. W 2011 r. Bank wydał również specjalne wytyczne dotyczące zwalczania zmov w sektorze budowlanym, który – wraz z sektorem zaopatrzenia medycznego – uznano za sektor najbardziej narażony na zmovy.

na etapie, na którym ma to największe znaczenie, tj. przed udzieleniem zamówienia. Konieczne jest zatem rozwiązanie tego problemu również z punktu widzenia zamówień publicznych, co oznacza przyznanie urzędnikom ds. zamówień prowadzącym postępowania o udzielenie zamówienia uprawnień do skutecznego zapobiegania znikom, ich wykrywania i reagowania na nie w trakcie samego postępowania. Obejmuje to wykorzystanie środków przewidzianych w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych, w szczególności możliwości wykluczenia oferenta z postępowania, jeżeli istnieją wiarygodne przesłanki, że uczestniczył on w znowie mającej na celu skuteczne ograniczenie konkurencji <sup>(12)</sup>.

W swoim komunikacie z 2017 r. zatytułowanym „Skuteczne zamówienia publiczne dla Europy” (COM(2017) 572) <sup>(13)</sup> Komisja określiła sześć priorytetowych obszarów, w których wyraźne i konkretne działania mogą przekształcić zamówienia publiczne w potężny instrument w zestawie narzędzi polityki gospodarczej każdego z państw członkowskich, prowadząc do znaczących korzyści w wynikach zamówień. W ramach strategicznego priorytetu „poprawa przejrzystości i uczciwości oraz lepsze dane” Komisja ogłosiła, że:

„[...] opracuje zatem narzędzia i inicjatywy dotyczące tej kwestii oraz podnoszące świadomość w celu minimalizacji ryzyka wystąpienia zachowań o charakterze znowy na rynkach zamówień publicznych. Wśród nich znajdą się działania mające na celu poprawę znajomości rynku wśród instytucji zamawiających, wsparcie na rzecz instytucji zamawiających w zakresie starannego planowania i projektowania procedur udzielania zamówień oraz lepsza współpraca i wymiana informacji pomiędzy organami zamówień publicznych i organami ochrony konkurencji. Komisja przygotuje ponadto wytyczne dotyczące stosowania nowych dyrektyw unijnych dotyczących udzielania zamówień publicznych w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia w związku ze znową”.

Oprócz tych konkretnych działań w komunikacie z 2017 r. uwzględniono również strategiczny priorytet „poprawa dostępu do rynków zamówień publicznych”. W tym celu:

„[...] Komisja zachęca państwa niebędące członkami UE do przyłączenia się do Porozumienia WTO w sprawie zamówień rządowych i dąży do zawarcia ambitnych rozdziałów dotyczących zamówień publicznych w umowach o wolnym handlu”.

Otwarcie międzynarodowych rynków zamówień publicznych oraz dopuszczenie nowych wykonawców do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia, zwłaszcza w państwach o mniejszym rynku zamówień oraz w sektorach, w których podaż jest ograniczona, powszechnie uznaje się za kluczowy środek zwiększania konkurencji, unikania koncentracji na rynku lub oligopolu, a tym samym przeciwdziałania zachowaniom o charakterze znowy.

W dniu 10 marca 2020 r. Komisja potwierdziła w swoim komunikacie zatytułowanym „Długofalowy plan działania na rzecz lepszego wdrażania i egzekwowania przepisów dotyczących jednolitego rynku” (COM(2020) 94 final) <sup>(14)</sup> swoje szczególne zobowiązanie do zapewnienia wytycznych w sprawie zwalczania znow przetargowych.

## 2.2. Wytyczne dotyczące realizacji tego zobowiązania

Realizując swoje zobowiązanie polityczne do zajęcia się problemem znowy, Komisja pracuje nad stworzeniem narzędzi, które skupią się przede wszystkim na pracownikach przeprowadzających postępowania o udzielenie zamówienia w państwach członkowskich. Celem jest zapewnienie im odpowiednich narzędzi, szkoleń i wsparcia, które umożliwią skuteczne przeciwdziałanie znikom w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Zamiarem Komisji nie jest powielanie dotychczasowych prac, lecz raczej zajęcie się tymi aspektami ram regulacyjnych lub administracyjnych, w przypadku których istnieje wyraźne i rosnące zapotrzebowanie ze strony rynku na wytyczne i konkretne działania.

Komisja czerpie inspirację z doświadczeń i dobrych praktyk już obecnych w państwach członkowskich UE. W lutym 2019 r. Komisja przedstawiła zestaw 10 pytań, na które 21 państw członkowskich udzieliło bardzo istotnych odpowiedzi, zapewniając praktyczny wkład w rozwiązanie tego problemu. Komisja będzie dążyć do stałego zaangażowania krajowych ekspertów ds. zamówień publicznych i konkurencji w opracowywanie zapowiadanych narzędzi, aby zagwarantować, że wszelkie podejmowane działania zapewniają rzeczywistą wartość dodaną w walce ze znowami i koncentrują się na rzeczywistych potrzebach instytucji zamawiających.

<sup>(12)</sup> Przeanalizowano w sekcji 5.1 niniejszego zawiadomienia.

<sup>(13)</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=COM%3A2017%3A572%3AFIN>

<sup>(14)</sup> [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-enforcement-implementation-single-market-rules\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-enforcement-implementation-single-market-rules_en_0.pdf)

### 2.3. Cel niniejszego zawiadomienia

W niniejszym zawiadomieniu szczegółowo opisano narzędzia zapowiedziane w wyżej wspomnianym komunikacie z 2017 r., które Komisja przewiduje wdrożyć, aby skutecznie pomóc państwom członkowskim i ich instytucjom zamawiającym w rozwiązaniu problemu zmwów przetargowych. Narzędzia te mają na celu:

- **wspieranie państw członkowskich i instytucji zamawiających w budowaniu zdolności do rozwiązywania problemu**, w szczególności poprzez włączenie metod przeciwdziałania zmwom oraz ich wykrywania i eliminowania do prowadzonych przez Komisję inicjatyw w zakresie profesjonalizacji zamówień publicznych. Metody te obejmują poprawę znajomości rynku, dostosowanie procedur w celu zachęcenia wykonawców do maksymalnego udziału i ograniczenia ryzyka zmywy oraz podnoszenie świadomości (zob. sekcja 3),
- **wspieranie współpracy między krajowym centralnym urzędem zamówień publicznych<sup>(15)</sup> i organem ochrony konkurencji** w celu zapewnienia skutecznego i ciągłego wsparcia dla instytucji zamawiających (zob. sekcja 4).

Niniejsze zawiadomienie zawiera również zapowiadane związłe, przyjazne dla użytkownika i czytelne **wytyczne dla instytucji zamawiających dotyczące sposobu stosowania podstawy wykluczenia związanej ze zmwą**, przewidzianej w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych. Wytyczne te przedstawiono w sekcji 5 wraz z załącznikiem zawierającym zestaw środków mających na celu skuteczniejsze przeciwdziałanie zmwom, wykrywanie domniemanych przypadków zmywy oraz ich eliminowanie.

### 3. WSPIERANIE PAŃSTW CZŁONKOWSKICH I INSTYTUCJI ZAMAWIAJĄCYCH

Rozwiązanie problemu zmywy przed zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga połączonych działań państw członkowskich i instytucji zamawiających w celu zbudowania potencjału administracyjnego, który jest niezbędny do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Środki, których podjęcie państwa członkowskie i instytucje zamawiające mogłyby rozważyć w celu zbudowania takiego potencjału, obejmują:

- **udostępnienie zasobów** (zwłaszcza zasobów ludzkich), które są w stanie przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia, w tym zdolności do właściwego i terminowego zajmowania się przypadkami podejrzenia wystąpienia zmywy,
- **wykorzystanie dostępnych zachęt administracyjnych do nagradzania pracowników**, którzy przeprowadzają postępowania o udzielenie zamówienia oraz aktywnie wykrywają, analizują i zgłaszają ewentualne przypadki wystąpienia zmywy,
- **organizowanie szkoleń i imprez podnoszących świadomość dla pracowników ds. zamówień**. Szkolenia dla pracowników miałyby na celu przede wszystkim zwrócić uwagę na szkodliwy wpływ zmywy na postępowania o udzielenie zamówienia, promowanie w całej administracji kultury obsługi, zgodnie z którą należy aktywnie przeciwdziałać zmwom, oraz wyposażenie pracowników ds. zamówień w praktyczne umiejętności umożliwiające im rozwiązywanie problemu w praktyce. Szkolenia mogłyby obejmować sposoby zwiększenia znajomości rynku, planowania i przeprowadzania postępowania w sposób ograniczający ryzyko wystąpienia zmywy oraz zachęcania wykonawców do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia, a także wykorzystywania wszystkich dostępnych narzędzi i metod wykrywania zmywy w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazane jest również zapewnienie urzędnikom ds. zamówień szkoleń z zakresu podstawowych zasad prawa konkurencji dotyczących karteli.

Państwa członkowskie UE są świadome znaczenia kwestii profesjonalizacji swoich pracowników ds. zamówień w tym względzie. Większość z nich opublikowała wytyczne lub inne informacje na temat zapobiegania zmwom i ich wykrywania. Niektóre państwa członkowskie opracowały również praktyczne narzędzia do sprawdzania dostępnych informacji (lub są w trakcie ich opracowywania) w celu skutecznego wykrywania podejrzanych ofert. Większość państw członkowskich organizuje kampanie uświadamiające i sesje szkoleniowe na temat zwalczania zmwów dla instytucji zamawiających i urzędników ds. zamówień.

Aby zwrócić uwagę na tę kwestię i wesprzeć działania podejmowane przez państwa członkowskie, Komisja pracuje nad różnymi sposobami włączenia walki ze zmwami do swoich bieżących inicjatyw w zakresie profesjonalizacji zamówień publicznych (zgodnie ze swoim zaleceniem z 2017 r. w sprawie profesjonalizacji). Obejmuje to:

- włączenie umiejętności zawodowych w zakresie zapobiegania zmwom i ich wykrywania do Europejskich ram kompetencji dla specjalistów ds. zamówień publicznych (ProcurCompEU)<sup>(16)</sup>,

<sup>(15)</sup> Do celów niniejszego zawiadomienia „centralny urząd zamówień publicznych” oznacza urząd, departament lub instytucję, którym na poziomie krajowym powierzono zadanie sporządzania, wdrażania, monitorowania lub wspierania funkcjonowania ram prawnych zamówień publicznych na poziomie krajowym. Pozostaje to bez uszczerbku dla kompetencji państw członkowskich w zakresie organizacji ich administracji krajowej.

<sup>(16)</sup> [https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu-european-competency-framework-public-procurement-professionals\\_pl](https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu-european-competency-framework-public-procurement-professionals_pl)

- dzielenie się ze wszystkimi państwami członkowskimi dobrymi praktykami i narzędziami opracowanymi na poziomie krajowym za pośrednictwem grup ekspertów Komisji lub dostępnych cyfrowych środków komunikacji,
- promowanie zaangażowania krajowych organów ochrony konkurencji (w szczególności urzędników, którzy w praktyce zajmowali się przypadkami zμών) w wydarzenia służące podnoszeniu świadomości oraz w szkolenia dla urzędników ds. zamówień, biorąc pod uwagę łatwo dostępną wiedzę specjalistyczną krajowych organów ochrony konkurencji w tej dziedzinie (zob. również sekcja 4),
- promowanie ukierunkowanych działań na rzecz mniejszych instytucji zamawiających w państwach członkowskich. Mogłoby to obejmować sposoby umożliwienia krajowemu centralnemu urzędowi zamówień publicznych udzielania kompleksowego wsparcia mniejszym instytucjom zamawiającym w trakcie postępowań o udzielenie zamówienia lub opracowywania specjalnych modułów szkoleniowych dostosowanych do ich szczególnych potrzeb,
- wymianę dobrych praktyk w zakresie zachęcania urzędników ds. zamówień do aktywnego badania przypadków podejrzeń wystąpienia zmony,
- współpracę z innymi organizacjami międzynarodowymi (takimi jak OECD, WTO, Bank Światowy i EBOR) w celu wspierania międzynarodowej puli wiedzy i doświadczenia w zakresie zwalczania zμών, w tym wiedzy i doświadczenia w zakresie otwierania rynków światowych oraz projektowania i przeprowadzania postępowań w sposób sprzyjający konkurencji, przy maksymalnym udziale wykonawców.

Zgodnie ze wspomnianym wyżej komunikatem z 2017 r. szczególną uwagę poświęca się sektorom gospodarki uznawanym za wrażliwe, ponieważ są one albo podatne na zmony (np. ze względu na koncentrację podaży lub popytu, jak w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia o niewielkiej skali przeprowadzanych na szczeblu subcentralnym lub lokalnym), albo ważne ze względu na swoją wielkość gospodarczą lub rolę w społeczeństwie (np. sektor budownictwa, opieki zdrowotnej i IT).

#### 4. POPRAWA WSPÓŁPRACY MIĘDZY KRAJOWYM CENTRALNYM URZĘDEM ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH I ORGANEM OCHRONY KONKURENCJI

Skuteczne przeciwdziałanie zmomom przetargowym wymaga kompleksowego podejścia ze strony instytucji zamawiających, wykorzystującego wiedzę i doświadczenie zarówno w zakresie zamówień, jak i w dziedzinie konkurencji. Ustanowienie kompleksowych, stabilnych i skutecznych ram wspierających instytucje zamawiające w realizacji tego zadania wymaga pełnej współpracy między krajowym centralnym urzędem zamówień publicznych a organem ochrony konkurencji.

W niektórych państwach członkowskich organy te określiły (lub właśnie określają) warunki bliższej współpracy w zakresie zwalczania zμών w ramach porozumienia *ad hoc*. Takie porozumienia promują w praktyce wymianę informacji, doświadczeń i dobrych praktyk w zakresie zwalczania zachowań antykonkurencyjnych w zamówieniach publicznych. W niektórych państwach członkowskich, np. w Szwecji i Niemczech, organ ochrony konkurencji odgrywa również rolę nadzorczą w zakresie egzekwowania przepisów dotyczących zamówień publicznych.

Niezależnie od formy, jaką może przybrać taka współpraca, Komisja zdecydowanie popiera inicjatywę centralnego urzędu zamówień publicznych i organu ochrony konkurencji w państwach członkowskich, mającą na celu połączenie sił w walce ze zmomami przetargowymi. Umożliwiłoby to państwom członkowskim i ich organom centralnym opracowanie i skuteczniejsze wdrożenie działań wspierających instytucje zamawiające, takich jak:

- wprowadzenie bezpiecznej usługi (w formie punktu kontaktowego lub infolinii) zapewniającej wsparcie dla instytucji zamawiających,
- promowanie wykorzystania narzędzi dostępnych na poziomie unijnym lub krajowym, które umożliwiają osobom fizycznym lub przedsiębiorstwom ujawnianie i zgłaszanie przypadków zmony i które do tego zachęcają, w szczególności mechanizmów informowania o nieprawidłowościach lub programów łagodzenia kar <sup>(17)</sup>,
- opracowanie praktycznych ustaleń krok po kroku dotyczących zwracania się przez instytucje zamawiające o pomoc ekspercką do centralnego urzędu zamówień publicznych i organu ochrony konkurencji,
- ułatwienie instytucjom dostępu do informacji, które są im potrzebne do wykonywania ich zadań przy rozpatrywaniu przypadków podejrzenia wystąpienia zmony. Państwa członkowskie mogłyby rozważyć, zgodnie ze swoimi ramami prawnymi i z należytym poszanowaniem unijnych <sup>(18)</sup> i krajowych wymogów w zakresie ochrony danych, następujące rozwiązania:
- zapewnienie swoim organom ochrony konkurencji dostępu do elektronicznych baz danych dotyczących zamówień publicznych (takich jak dostępne krajowe rejestry zamówień) oraz ofert w sprawach będących przedmiotem postępowania,

<sup>(17)</sup> Zob. przykład takiego narzędzia wprowadzonego przez Komisję Europejską: <https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html>

<sup>(18)</sup> W szczególności ogólnego rozporządzenia o ochronie danych (rozporządzenie (UE) 2016/679).



- umożliwienie wymiany dostępnych informacji między urzędami zamówień publicznych a organami ochrony konkurencji, tak aby organy te mogły ocenić, czy istnieją schematy zмовы między wykonawcami,
- nałożenie na instytucje zamawiające obowiązku informowania swojego centralnego urzędu zamówień publicznych i organu ochrony konkurencji o przypadkach wykluczenia wykonawcy z powodu podejrzenia wystąpienia zмовы (zob. również sekcja 5.8). Umożliwiłoby to organom centralnym śledzenie i monitorowanie wykorzystania na szczeblu krajowym podstawy wykluczenia przewidzianej w dyrektywach oraz podejmowanie niezbędnych działań następczych w takich przypadkach (np. podczas badania spraw na podstawie reguł konkurencji lub rozważania wykluczenia wykonawcy z postępowania na pewien czas),
- stworzenie krajowej bazy danych przypadków, w których wykonawcy zostali wykluczeni ze względu na zмовę, z należytym poszanowaniem prawa krajowego oraz unijnych<sup>(19)</sup> i krajowych wymogów w zakresie ochrony danych. Taka baza danych zapewniłaby instytucjom zamawiającym łatwo dostępne informacje na temat wykonawców, którzy w przeszłości uczestniczyli w zмовach, ułatwiając tym instytucjom wykonanie zadania polegającego na ocenie ich uczciwości i wiarygodności. Pomogłaby ona również centralnym organom krajowym monitorować z jednej strony sposób, w jaki różne instytucje zamawiające rozpatrują podobne przypadki, a z drugiej strony skuteczne wykonanie decyzji o wykluczeniu wykonawców z postępowań o udzielenie zamówienia,
- wprowadzenie do krajowych ram zamówień publicznych opcjonalnych narzędzi dla instytucji zamawiających, które skutecznie przeciwdziałałyby zмовom wykonawców. Mogłyby one obejmować:
- wymóg złożenia przez każdego oferenta odrębnego oświadczenia o niezależnym przygotowaniu oferty wraz z ofertą<sup>(20)</sup> oraz
- wyraźne klauzule w umowie przewidujące prawo instytucji zamawiającej do rozwiązania umowy lub żądania odszkodowania, jeżeli okaże się, że wykonawca działał w zмовie,
- współpraca w zakresie analizy danych dotyczących zamówień publicznych w celu łatwiejszego wykrywania śladów zмовы w postępowaniach o udzielenie zamówienia. W tym celu zachęca się państwa członkowskie do wprowadzenia na szczeblu krajowym prostych i łatwych do zastosowania metod gromadzenia i analizowania dużych ilości danych dostępnych w elektronicznych bazach danych dotyczących zamówień publicznych (ewentualnie z wykorzystaniem algorytmów, algorytmów sztucznej inteligencji lub uczenia maszynowego),
- współorganizowanie sesji szkoleniowych dotyczących dziedzin zamówień publicznych i konkurencji dla pracowników ds. zamówień i konkurencji, tak aby obie społeczności zawodowe zapoznały się z ramami roboczymi i praktykami drugiej strony,
- wprowadzenie systemu wspólnego okresowego przeglądu wybranych postępowań o udzielenie zamówienia w celu wykrycia przypadków zмовы oraz monitorowania zamówień we wrażliwych sektorach,
- prowadzenie kampanii uświadamiających skierowanych do środowiska biznesowego działającego w sektorze zamówień publicznych, zwracających uwagę na obowiązujące wymogi prawne dotyczące udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia, potencjalne konsekwencje zмовы, a także korzyści płynące z uczciwej konkurencji na rynku zamówień publicznych zarówno dla publicznych nabywców, jak i przedsiębiorstw.

Komisja rozważy sposoby wspierania działań państw członkowskich na rzecz wprowadzenia na szczeblu krajowym niezbędnych synergii między centralnym urzędem zamówień publicznych a organem ochrony konkurencji (w szczególności skutecznych i praktycznych mechanizmów stałej współpracy, wymiany informacji i pomocy), np.:

- wykorzystanie dyskusji na forum grup ekspertów Komisji do przedstawienia dobrych praktyk w zakresie krajowych mechanizmów wsparcia dla urzędników ds. zamówień oraz krajowych trybów współpracy między centralnym urzędem zamówień publicznych a organem ochrony konkurencji. Najlepiej, aby obejmowało to prezentacje pokazowe państw członkowskich, które wprowadziły takie rozwiązania; Wytyczne opracowane przez Międzynarodową Sieć Konkurencji (zob. sekcja 1.3) mogą stanowić źródło inspiracji w tym zakresie,

<sup>(19)</sup> Zob. przypis 18.

<sup>(20)</sup> Wykonawcy są już zobowiązani do zadeklarowania, czy zawarli jakiegokolwiek porozumienie kartelowe, przy składaniu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (ESPD). Komisja może w przyszłości rozważyć uzupełnienie tego przepisu rozwiązaniem polegającym na żądaniu oświadczenia potwierdzającego, że oferent opracował swoją ofertę w sposób niezależny. OECD opracował przykład tego rodzaju oświadczenia: <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/certificate-independent-bid-determination.pdf>

- zorganizowanie pierwszego wspólnego spotkania lub warsztatów skupiających społeczności zawodowe praktyków zamówień publicznych oraz ekspertów ds. konkurencji. Komisja mogłaby ponadto rozważyć możliwość utworzenia, jeśli uzna to za przydatne, forum na szczeblu UE w celu zachęcania do współpracy transgranicznej oraz wymiany informacji, doświadczeń i wiedzy w tej dziedzinie. Takie forum mogłoby być wykorzystywane do omawiania i wymiany doświadczeń w takich kwestiach, jak wspólne praktyki na szczeblu UE w zakresie gromadzenia danych i analizowania wskaźników zmowy w całej UE, funkcjonowanie mechanizmu „samoczyszczenia” przewidzianego w prawie UE (zob. sekcja 5.7) lub sposób funkcjonowania dyrektywy 2014/104/UE <sup>(21)</sup> w odniesieniu do szkód spowodowanych przez działania o charakterze zmowy.

Ponadto Komisja rozważy możliwe sposoby promowania współpracy i wymiany informacji na szczeblu UE między krajowym centralnym urzędem zamówień publicznych a organem ochrony konkurencji, zgodnie z unijnymi <sup>(22)</sup> i krajowymi przepisami o ochronie danych, w celu umożliwienia wymiany informacji w całej UE na temat wykonawców, których wykluczono z postępowań o udzielenie zamówienia ze względu na znowę. Inspiracją mogłyby być istniejące instrumenty, takie jak system wymiany informacji na rynku wewnętrznym <sup>(23)</sup>, centralny system informacyjny Europejskiej Sieci Konkurencji (system Europejskiej Sieci Konkurencji) lub mechanizm wymiany informacji opracowany w ramach dobrowolnego mechanizmu *ex ante* Komisji dla dużych projektów infrastrukturalnych <sup>(24)</sup>.

#### 5. WYTYCZNE DLA INSTYTUCJI ZAMAWIAJĄCYCH DOTYCZĄCE SPOSOBU STOSOWANIA PODSTAWY WYKLUCZENIA ZWIĄZANEJ ZE ZMOWĄ ZGODNIE Z ART. 38 UST. 7 LIT. e) DYREKTYWY 2014/23/UE, ART. 57 UST. 4 LIT. d) DYREKTYWY 2014/24/UE ORAZ ART. 80 UST. 1 DYREKTYWY 2014/25/UE

W tej sekcji zawiadomienia przedstawiono niewiążące prawnie opinie Komisji na temat sposobu stosowania podstawy wykluczenia związanej ze znową przewidzianej w art. 38 ust. 7 lit. e) dyrektywy 2014/23/UE, art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE. Przeanalizowano w niej konkretne kwestie, z którymi stykają się państwa członkowskie podczas wdrażania dyrektyw oraz urzędnicy ds. zamówień podczas oceniania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Opinie te pozostają bez uszczerbku dla kompetencji państw członkowskich w zakresie transpozycji i stosowania dyrektyw i nie tworzą żadnych nowych zasad ani obowiązków. Jedynie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwany dalej „Trybunałem”) jest właściwy do wydawania prawnie wiążącej wykładni przepisów prawa Unii, o których mowa w niniejszym zawiadomieniu.

W celu zapewnienia kompletności i użyteczności takich wytycznych niniejsze zawiadomienie zawiera również w załączniku proste i wzięte porady, które są skierowane przede wszystkim do urzędników ds. zamówień przygotowujących i przeprowadzających postępowania o udzielenie zamówienia dla instytucji zamawiających. Określono w nim szereg środków i tzw. „sygnałów ostrzegawczych”, które zdaniem Komisji są najłatwiejsze do wykorzystania przez urzędników ds. zamówień w trakcie całego postępowania o udzielenie zamówienia w celu przeciwdziałania znowom oraz ich wykrywania i eliminowania. Porady te odzwierciedlają cenną pracę wykonaną w ciągu ostatnich lat przez organizacje i służby takie jak OECD, OLAF lub krajowe organy ochrony konkurencji, które zapewniły urzędnikom ds. zamówień kompleksowe i łatwo dostępne wytyczne oraz dobre praktyki w zakresie zwalczania znow.

#### 5.1. Obowiązujące przepisy prawne i ich dotychczasowe wdrożenie

Zmowa między wykonawcami jest zabroniona przez prawo Unii na mocy art. 101 TFUE <sup>(25)</sup>, który stanowi, że:

„1. Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są: wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego [...]”.

Jeżeli znowa nie wpływa (potencjalnie) na handel między państwami członkowskimi, nadal może być przedmiotem dochodzenia na mocy krajowych reguł konkurencji.

<sup>(21)</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego.

<sup>(22)</sup> Zob. przypis 18.

<sup>(23)</sup> Zob. motyw 128 dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>(24)</sup> <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/pp-large-projects/>

<sup>(25)</sup> W dniu 8 kwietnia 2020 r. Komisja przyjęła komunikat – „Tymczasowe ramy na potrzeby oceny kwestii antymonopolowych dotyczących współpracy między przedsiębiorstwami w odpowiedzi na pilne sytuacje wynikające z obecnej pandemii COVID-19”, (C(2020) 3200 final). Dotyczy on rozpatrywania, z punktu widzenia prawa konkurencji, możliwych form współpracy między wykonawcami, aby zapewnić dostawy i odpowiednią dystrybucję podstawowych deficytowych produktów i usług w czasie pandemii COVID-19.

Przed wejściem w życie dyrektyw w sprawie zamówień publicznych z 2014 r. oferenci, którzy działali w zмовie, mogli zostać wykluczeni z postępowań o udzielenie zamówień na podstawie art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, pod warunkiem że zostali skazani prawomocnym wyrokiem za przestępstwo związane z ich działalnością zawodową (art. 45 ust. 2 lit. c)) lub byli winni poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające (art. 45 ust. 2 lit. d))<sup>(26)</sup>. Stosując tę ostatnią fakultatywną podstawę wykluczenia, instytucje zamawiające mogły uwzględnić naruszenie reguł konkurencji, takie jak zмова, jako przypadek uzasadniający takie wykluczenie, o ile spełnione były warunki określone w tym artykule<sup>(27)</sup>.

Na mocy dyrektyw w sprawie zamówień publicznych z 2014 r. zmieniono zasady wykluczenia poprzez wprowadzenie nowych obowiązkowych i fakultatywnych podstaw wykluczenia, możliwości powoływania się przez wykonawców na działania służące „samooczyszczeniu” oraz maksymalnego okresu wykluczenia. Po raz pierwszy wyraźnie wskazano w nich zмовę jako fakultatywną podstawę wykluczenia wykonawców z postępowań o udzielenie zamówienia. Dokładniej, art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE (zwanej dalej „dyrektywą”) stanowi, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę lub może zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia:

„d) jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji”.

Ta fakultatywna podstawa wykluczenia znajduje również odzwierciedlenie w art. 38 ust. 7 lit. e) dyrektywy 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji i może mieć zastosowanie do zamówień objętych dyrektywą 2014/25/UE w sprawie sektorów użyteczności publicznej na mocy jej art. 80 ust. 1<sup>(28)</sup>.

Art. 57 ust. 6 dyrektywy wprowadza prawo wykonawcy do korzystania ze środków określanych ogólnie jako działania służące „samooczyszczeniu” (dokładniejsza analiza w sekcji 5.7), oraz stanowi, że:

„Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji.

Wykonawca, który został prawomocnym wyrokiem wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w postępowaniu o udzielenie koncesji, nie jest uprawniony do skorzystania z możliwości przewidzianej w niniejszym ustępie w okresie wykluczenia wynikającym z tego wyroku w państwach członkowskich, w których taki wyrok jest obowiązujący”.

Ponadto art. 57 ust. 7 dyrektywy stanowi, że:

„Państwa członkowskie określają [...] warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza 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>(26)</sup> Te podstawy wykluczenia miały również zastosowanie na mocy dyrektywy 2004/17/WE, zgodnie z jej art. 54 ust. 4.

<sup>(27)</sup> Zob. postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2019 r. w sprawie C-425/18, CNS, pkt 18 i 33.

<sup>(28)</sup> Odniesienia w sekcji 5 niniejszego zawiadomienia wyłącznie do dyrektywy 2014/24/UE lub jej przepisów należy rozumieć jako obejmujące również odpowiednie przepisy dyrektyw 2014/23/UE i 2014/25/UE.

Państwa członkowskie zgłosiły kilka przypadków, w których instytucje zamawiające konsultują się z krajowym organem ochrony konkurencji w sprawie sposobu postępowania z podejrzanymi ofertami. W niektórych państwach członkowskich instytucje zamawiające rzeczywiście podjęły decyzję o wykluczeniu wykonawców w związku z podejrzeniem zmywy. Informacje na temat takich wykluczeń nie są jednak rozstrzygające, ponieważ w większości państw członkowskich instytucje zamawiające nie mają obowiązku zgłaszania tych decyzji krajowemu centralnemu urzędowi zamówień publicznych ani organowi ochrony konkurencji.

W szeregu państw członkowskich sprawy dotyczące stosowania podstawy wykluczenia trafiły również do sądów krajowych.

Dyrektywy nie odnoszą się konkretnie do skutków ewentualnego skutecznego zaskarżenia decyzji instytucji zamawiającej o wykluczeniu wykonawcy albo odmiennej decyzji w tej sprawie wydanej przez krajowy organ ochrony konkurencji po podjęciu decyzji o udzieleniu zamówienia. Określenie takiego skutku pozostawia się państwom członkowskim.

## **5.2. Zakres podstawy wykluczenia związanej ze zmovą: objęcie uzgodnionych praktyk oraz powiązanie z podstawą wykluczenia dotyczącą poważnego wykroczenia zawodowego**

Możliwość wykluczenia wykonawcy z powodu domniemanej zmywy nie jest rozumiana w dyrektywie jako kara za jego zachowanie przed lub w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Służy ona raczej zapewnieniu zgodności z zasadami równego traktowania i konkurencji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, jak również zagwarantowaniu uczciwości, wiarygodności i kompetencji przyszłego wykonawcy do wykonania zamówienia <sup>(29)</sup>.

Jeżeli chodzi o rodzaj zachowania objętego podstawą wykluczenia, różnice między literą art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy a literą art. 101 TFUE spowodowały wątpliwości co do tego, jakie niezgodne z prawem praktyki powinny być uwzględniane przez instytucję zamawiającą do celów stosowania tej podstawy wykluczenia.

Art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy odnosi się bowiem wyłącznie do „zawartych z innymi wykonawcami porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji”, podczas gdy art. 101 TFUE obejmuje „wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego [...]”. Interpretując dyrektywę w sposób zgodny z Traktatem, państwa członkowskie powinny mieć możliwość, przy transpozycji dyrektywy do prawa krajowego, uznania, że nie tylko porozumienia, ale również praktyki uzgodnione w zakresie zamówień publicznych mające na celu zakłócenie konkurencji mogą prowadzić do zastosowania tej podstawy wykluczenia. Ewentualnie państwa członkowskie mogłyby uznać te inne formy naruszeń reguł konkurencji za przypadek poważnego wykroczenia zawodowego, uzasadniającego ewentualne wykluczenie wykonawcy na mocy art. 57 ust. 4 lit. c) dyrektywy <sup>(30)</sup>.

Mogą pojawić się również pewne pytania dotyczące różnicy między podstawą wykluczenia związaną ze zmovą, określoną w art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy, a podstawą wykluczenia wynikającą z poważnego wykroczenia zawodowego, określoną w art. 57 ust. 4 lit. c). Jak wspomniano powyżej, do czasu wejścia w życie dyrektyw z 2014 r. ten ostatni przepis stanowił podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku naruszenia reguł konkurencji <sup>(31)</sup>. Obie podstawy wykluczenia mogą nadal służyć temu samemu celowi (możliwość tę potwierdza motyw 101 dyrektywy, w którym naruszenie reguł konkurencji wyraźnie sklasyfikowano jako przypadek poważnego wykroczenia zawodowego) oraz obie są fakultatywne dla instytucji zamawiających i mają dokładnie ten sam skutek, a mianowicie wykluczenie oferenta z postępowania. Dodanie podstawy związanej ze zmovą w art. 57 ust. 4 lit. d) opracowano jako bardziej szczególne narzędzie rozszerzające dostępne możliwości instytucji zamawiających w zakresie reagowania na sytuacje, w których dochodzi do zmywy. Kluczowa różnica między tymi dwoma przepisami wydaje się dotyczyć stopnia pewności, jaki jest wymagany od instytucji zamawiającej, aby wykluczyć oferenta z postępowania. W celu skorzystania z art. 57 ust. 4 lit. c) instytucja zamawiająca musi „wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego”. Natomiast zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. d) instytucja zamawiająca „może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji”. Do instytucji zamawiającej należy ocena, w poszczególnych przypadkach, którą z tych dwóch podstaw można uznać za mającą zastosowanie, przy czym należy pamiętać, że żaden przepis dyrektywy nie wyklucza możliwości wykluczenia oferenta z postępowania przez instytucję zamawiającą w oparciu o więcej niż jedną podstawę wykluczenia.

<sup>(29)</sup> Zob. motyw 101 dyrektywy.

<sup>(30)</sup> Jak potwierdzono w motywie 101 dyrektywy.

<sup>(31)</sup> Zob. postanowienie Trybunału Sprawiedliwości w sprawie CNS, pkt 18 i 33.

### 5.3. Kompetencje instytucji zamawiających w zakresie stosowania podstawy wykluczenia: szeroki margines oceny i ograniczenia swobody uznania

Art. 57 ust. 4 dyrektywy daje instytucjom zamawiającym szeroki margines swobody w zakresie decydowania o tym, czy wykluczyć oferenta z postępowania, jeżeli istnieją wiarygodne przesłanki o wystąpieniu zmywu.

W art. 57 ust. 4 lit. d) nie sprecyzowano ani nie zasugerowano, co dokładnie można zakwalifikować jako przesłankę, ani w jaki sposób przesłanka taka może zostać uznana za dostatecznie wiarygodną, aby wykluczyć oferenta. Wydaje się, że intencją prawodawcy Unii było umożliwienie instytucjom zamawiającym oceny, w poszczególnych przypadkach, czy spełnione są warunki wykluczenia oferenta na tej podstawie, bez nakładania rygorystycznych wymogów<sup>(32)</sup>. Fakultatywny charakter tej podstawy wykluczenia oznacza, że instytucje zamawiające mogą zezwolić na dalszy udział oferenta w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nawet jeżeli dysponują wiarygodnymi przesłankami wskazującymi na zmyw (chyba że na mocy prawa krajowego instytucje zamawiające są zobowiązane do wykluczenia oferenta – zob. poniżej).

Trybunał konsekwentnie potwierdza, że zgodnie z art. 57 ust. 4 dyrektywy to do instytucji zamawiającej (a nie do innej krajowej instancji lub organu) należy niezależna ocena, czy wykonawca musi zostać wykluczony z konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia<sup>(33)</sup>. Jak celnie ujął to Trybunał „uprawnienie do wykluczenia oferenta z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, jakim dysponuje każda instytucja zamawiająca, ma w szczególności na celu umożliwienie jej oceny uczciwości i rzetelności każdego z oferentów”, zwłaszcza w celu zapewnienia „wiarygodności zwycięskiego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiająca”<sup>(34)</sup>.

Instytucje zamawiające mają szeroki margines swobody przy wykluczaniu oferenta z powodu podejrzenia o zmyw. Istnieją jednak pewne ograniczenia, które określono w dyrektywie.

**Po pierwsze**, przy transpozycji dyrektywy do prawa krajowego państwa członkowskie mogą zobowiązać swoje instytucje zamawiające do stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia przewidzianych w art. 57 ust. 4 dyrektywy oraz, w przypadku art. 57 ust. 4 lit. d), do wykluczenia oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli dysponują wiarygodnymi przesłankami wskazującymi na istnienie zmywu<sup>(35)</sup>.

Ponadto, zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy, państwa członkowskie mają prawo do określenia warunków wykonania tego artykułu, zgodnie z prawem Unii, w szczególności w celu zapewnienia spójnego podejścia instytucji zamawiających do tej kwestii na szczeblu krajowym. W motywie 102 dyrektywy uznano możliwość określenia przez państwa członkowskie takich warunków w szczególnym przypadku oceny działań służących „samooczyszczeniu” zaproponowanych przez oferenta. Żaden taki warunek nie powinien jednak zmieniać, modyfikować, rozszerzać ani ograniczać zakresu lub uzasadnienia podstaw wykluczenia określonych w ust. 4 tego artykułu, ograniczać swobody decyzyjnej instytucji zamawiających ani naruszać lub udaremniać ich decyzji. Celem takich warunków jest określenie, na szczeblu krajowym, zasad, na jakich instytucje zamawiające będą wykonywać swoje uprawnienia przewidziane w dyrektywie<sup>(36)</sup>.

**Po drugie**, zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy oferent może udowodnić swoją wiarygodność, przedstawiając instytucji zamawiającej dowody, o których mowa w tym ustępie, na to, że wprowadził wystarczające środki w celu zaradzenia negatywnym skutkom swojego wykroczenia (lub działania służące „samooczyszczeniu”). Motyw 102 dyrektywy stanowi, że:

„W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być już wykluczany jedynie ze wspomnianych względów”.

Instytucja zamawiająca ma obowiązek zbadać takie dowody, uwzględniając wagę lub szczególne okoliczności czynu zabronionego, oraz przedstawić uzasadnienie swojej decyzji, jeżeli uzna, że dowody nie są wystarczające, aby umożliwić oferentowi dalszy udział w postępowaniu.

<sup>(32)</sup> Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 października 2018 r. w sprawie C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, pkt 23, wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18, Meca srl, pkt 28 i 31 oraz wyrok z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18, Delta Antrepriza, pkt 25–29.

<sup>(33)</sup> Zob. wyrok w sprawie Vossloh Laeis, pkt 23, wyrok w sprawie Meca, pkt 28, 31, a w szczególności pkt 34, wyrok w sprawie Delta Antrepriza, pkt 25 i 27, postanowienie w sprawie CNS, pkt 34 i 35, a także postanowienie Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 listopada 2019 r. w sprawie C-552/18, Indaco, pkt 24.

<sup>(34)</sup> Zob. wyrok w sprawie Delta Antrepriza, pkt 26.

<sup>(35)</sup> Z odpowiedzi, które Komisja otrzymała na pytania w swoim kwestionariuszu z lutego 2019 r., wynika, że transponując dyrektywę z 2014 r. większość państw członkowskich zdecydowała się utrzymać fakultatywny charakter podstawy wykluczenia dla swoich instytucji zamawiających.

<sup>(36)</sup> Zob. wyrok w sprawie Meca, pkt 33 i wyrok w sprawie Delta Antrepriza, pkt 25 i 27. Trybunał wymaga, aby takie warunki „uwzględniały istotne cechy charakterystyczne”, jak również „cele lub zasady” podstaw wykluczenia. Zob. również postanowienie w sprawie Indaco, pkt 23 i 25, a także wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie C-395/18, Tim, pkt 36.

**Po trzecie**, zasada proporcjonalności, która obejmuje wszystkie etapy postępowania o udzielenie zamówienia, ma zastosowanie również do etapu oceny potencjalnego przypadku zмовы. Znajduje to potwierdzenie w motywie 101 dyrektywy, który stanowi, że:

„Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności”.

Instytucja zamawiająca musi również kierować się zasadą proporcjonalności przy ocenie działań służących „samooczyszczeniu” zaproponowanych przez danego oferenta. Art. 57 ust. 6 dyrektywy stanowi, że:

„Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia”.

Zasada proporcjonalności, do celów stosowania tej podstawy wykluczenia, zasadniczo wymaga od instytucji zamawiającej przeprowadzenia konkretnej i indywidualnej oceny danego wykonawcy<sup>(37)</sup>, niezależnej od wcześniejszych decyzji podjętych przez inne organy (zob. sekcja 5.4) oraz respektującej prawo wykonawcy do przedstawienia działań służących „samooczyszczeniu” (zob. sekcja 5.7).

**Po czwarte**, uznaniowość instytucji zamawiającej w kwestii wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia jest również ograniczona przez konieczność dobrego udokumentowania i odpowiedniego uzasadnienia decyzji. W przypadku zaproponowania działań służących „samooczyszczeniu” art. 57 ust. 6 dyrektywy stanowi, że:

„Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji”.

Właściwie umotywowana decyzja znacznie zmniejszyłaby ryzyko skutecznego zaskarżenia jej przez zainteresowanego wykonawcę.

Ogólnie rzecz biorąc, instytucje zamawiające muszą zdawać sobie sprawę na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia, że wykluczenie wykonawcy z postępowania skutkuje faktycznym ograniczeniem konkurencji i możliwości wyboru dla nabywcy publicznego. Jest to środek, który należy stosować z ostrożnością (zwłaszcza w sektorach, w których liczba aktywnych wykonawców jest ograniczona) i tylko wtedy, gdy uczciwości i wiarygodności przyszłego wykonawcy nie można zapewnić za pomocą innych, mniej drastycznych środków.

#### **5.4. Pojęcie „wiarygodnych przesłanek”: fakty, które można uznać za przesłanki, znaczenie „przesłanek” przeciwstawione znaczeniu „dowodów” oraz sposób postępowania z podmiotami ubiegającymi się o złagodzenie kary**

Jak wspomniano w sekcji 5.3, w dyrektywach nie określono szczegółowo, co można zakwalifikować jako „wiarygodne przesłanki”, które umożliwiłyby instytucji zamawiającej wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o podstawę wykluczenia związaną ze zmovą.

Można zatem ogólnie uznać, że podczas badania możliwości wykluczenia oferenta z toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia ze względu na podejrzenie zмовы, instytucja zamawiająca ma prawo, zgodnie z dyrektywą, do oceny wszystkich znanych jej faktów, które mogłyby podważyć wiarygodność tego oferenta jako potencjalnego przyszłego wykonawcy. Instytucja zamawiająca może wziąć pod uwagę jako potencjalnie wiarygodną przesłankę wiedzę, że na przykład oferent zawarł już umowę o podwykonawstwo z innym oferentem w ramach tego samego postępowania lub wstępnie zamówił materiały niezbędne do wykonania konkretnego zamówienia na długo przed zakończeniem oceny ofert. Inne aspekty, które instytucje zamawiające powinny ocenić (za pomocą dostępnych metod analitycznych lub w oparciu o listy tzw. „sygnałów ostrzegawczych”) obejmują:

- ogólne zachowanie rynkowe oferentów uczestniczących w postępowaniu (np. oferentów, którzy nigdy nie składają ofert w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia, lub oferentów, którzy składają oferty tylko w niektórych regionach, lub oferentów, którzy wydają się na zmianę brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia),
- tekst ofert (np. te same literówki lub zwroty w różnych ofertach lub uwagi pozostawione przez pomyłkę w tekście oferty, wskazujące na zmovę oferentów),
- ceny oferowane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia (np. przez oferentów, którzy oferują wyższą cenę niż w poprzednich podobnych postępowaniach o udzielenie zamówienia lub oferują nadmiernie wysokie lub niskie ceny),
- szczegółowe dane administracyjne (np. oferty złożone przez tego samego przedstawiciela przedsiębiorstwa)<sup>(38)</sup>.

<sup>(37)</sup> Zob. postanowienie w sprawie CNS, pkt 34.

<sup>(38)</sup> W załączniku do niniejszych wytycznych omówiono powszechnie stosowane sygnały ostrzegawcze.

Instytucje zamawiające muszą ocenić w ostrożny i proporcjonalny sposób, czy wykryte przesłanki świadczące o możliwości istnienia zmowy w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia są dostatecznie wiarygodne, aby wykluczyć oferenta z tego postępowania, koncentrując się na faktach i unikając domniemań. Trudno byłoby na przykład uzasadnić wykluczenie dwóch oferentów z postępowania o udzielenie zamówienia wyłącznie z uwagi na fakt, że złożyli swoje oferty drogą elektroniczną w odstępie kilku minut.

Poniżej odniesiono się bardziej konkretnie do tego, jakie przesłanki można uznać za wiarygodne przesłanki w rozumieniu dyrektywy.

**Po pierwsze**, w świetle analizy przeprowadzonej w sekcji 5.3 można uznać, że dyrektywy zezwalają państwom członkowskim na przyjmowanie przepisów krajowych lub wytycznych określających, co instytucja zamawiająca mogłaby uznać za „wiarygodne przesłanki” na potrzeby powołania się na podstawę wykluczenia. Jak już jednak wspomniano, takie przepisy krajowe powinny być zgodne zarówno z literą, jak i z duchem dyrektywy, w której wymaga się jedynie wystąpienia „przesłanek” świadczących o udziale w niezgodnych z prawem porozumieniach skutkujących zakłóceniem konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie przedstawienia dowodów formalnych, takich jak wyrok sądu potwierdzający udział w takim porozumieniu. Jeżeli prawodawca europejski uzależniłby możliwość powołania się na podstawę wykluczenia od przedstawienia dowodów, znalazłoby to odzwierciedlenie w tekście aktu prawnego, tak jak w przypadku art. 26 ust. 4 lit. b) i art. 35 ust. 5 dyrektywy. Również Trybunał potwierdził, że dowód potwierdzający wystąpienie naruszenia unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych – np. zachowanie antykonkurencyjne – można dostarczyć „[...] nie tylko w postaci dowodów bezpośrednich, ale także poszlak, pod warunkiem że są one obiektywne i spójne, a powiązani oferenci mają możliwość przedstawić dowód przeciwny” <sup>(39)</sup>.

W praktyce oznacza to, że instytucje zamawiające nie są zobowiązane do dysponowania dowodami świadczącymi o wystąpieniu zmowy w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia, ponieważ ustanowienie tego rodzaju wymogu byłoby sprzeczne z literą dyrektywy. W rezultacie ustawodawstwo krajowe, w którym uzależniono możliwość odrzucenia oferty przez instytucję zamawiającą na podstawie art. 57 ust. 4 lit. d) od przedstawienia decyzji organu ochrony konkurencji lub orzeczenia sądu potwierdzających, że dany wykonawca brał udział w zмовie w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia, wzbudza wątpliwości co do jego zgodności z dyrektywą, biorąc pod uwagę fakt, że tego rodzaju decyzja lub orzeczenie stanowi w gruncie rzeczy dowód potwierdzający wystąpienie zmowy <sup>(40)</sup>. Skutkowałoby to bowiem bezpodstawnym ograniczeniem przysługujących instytucjom zamawiającym zgodnie z dyrektywą uprawnień do wykluczenia oferenta z postępowania na podstawie wiarygodnych przesłanek, a nie dowodów, świadczących o wystąpieniu zmowy. Za przesłankę świadczącą o wystąpieniu zmowy można uznać na przykład przekazane instytucji zamawiającej informacje o wszczęciu postępowania wyjaśniającego przez organ ochrony konkurencji lub o przedstawieniu zarzutów karnych zarządowi wykonawcy z tytułu podejrzenia dopuszczenia się zmowy w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia albo w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia.

**Po drugie**, przy ocenianiu uczciwości lub rzetelności oferenta w świetle art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy instytucja zamawiająca jest uprawniona do wzięcia pod uwagę wszelkich okoliczności faktycznych świadczących o dopuszczeniu się zachowań antykonkurencyjnych przez tego oferenta, niezależnie od tego, czy miało to miejsce w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, czy też w ramach innego, aktualnego lub wcześniejszego, postępowania. W art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy nie sprecyzowano, czy okoliczności faktyczne stanowiące podstawy wiarygodnych przesłanek świadczących o wystąpieniu zmowy muszą dotyczyć toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, czy też mogą odnosić się do innych (aktualnych lub wcześniejszych) postępowań, postępowań toczących się w innym sektorze gospodarki lub postępowań prowadzonych w sektorze prywatnym. Przeciwnie, w art. 57 ust. 5 akapit drugi dyrektywy wprost potwierdzono, że instytucja zamawiająca może wziąć pod uwagę „czyny popełnione lub czynności zaniechane zarówno przed postępowaniem, jak i w jego trakcie”. W związku z powyższym przy ocenianiu rzetelności oferenta w ramach toczącego się postępowania instytucja zamawiająca może wziąć pod uwagę wcześniejszą decyzję innej instytucji zamawiającej o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia lub decyzję organu ochrony konkurencji bądź wyrok sądu krajowego, na mocy których wykonawca lub członek jego zarządu lub jego pracownik zostali uznani za winnych zmowy w kontekście wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia <sup>(41)</sup>. Fakt, że wykonawca brał wcześniej udział w zмовie, nie daje jednak sam w sobie podstawy do jego wykluczenia z toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ zgodnie z orzecznictwem Trybunału <sup>(42)</sup> decyzje wydane przez inne organy we wcześniejszych sprawach pozostają bez wpływu na decyzje instytucji zamawiającej prowadzącej postępowanie o udzielenie zamówienia. To samo dotyczy sytuacji, w której oferent był podejrzewany o dopuszczenie się zmowy w poprzedniej

<sup>(39)</sup> Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 maja 2018 r., Ecoservice projektai, C-531/16, pkt 37.

<sup>(40)</sup> W wydanym niedawno wyroku z dnia 11 czerwca 2020 r. w sprawie C-472/19 Vert Marine Trybunał Sprawiedliwości zwrócił również uwagę na konieczność zapewnienia zgodności przyjmowanych przez państwa członkowskie warunków wykonania z terminami obowiązującymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia, aby nie pozbawić przepisów dyrektywy ich istoty (zob. pkt 36 i 38 wyroku).

<sup>(41)</sup> Choć instytucje zamawiające nie są związane decyzjami wydawanymi przez organy państw trzecich, mogą brać również pod uwagę fakt, że wykonawca brał udział w zмовie w innym państwie.

<sup>(42)</sup> Zob. wyrok w sprawie Delta Antrepriza, pkt 27, oraz postanowienie w sprawie CNS, pkt 34.

sprawie, ale ostatecznie oczyszczono go z zarzutów albo mimo to pozostał uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia. Instytucja zamawiająca nie jest związana treścią żadnej tego rodzaju wcześniejszej decyzji przy przeprowadzaniu własnego postępowania o udzielenie zamówienia <sup>(43)</sup> i zachowuje prawo do rozważenia możliwości wykluczenia oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli jego przeszłe zachowanie wzbudza jej wiarygodne i uzasadnione wątpliwości co do uczciwości i rzetelności oferenta w kontekście toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia.

Jak wspomniano w sekcji 5.3, instytucja zamawiająca musi uzasadnić, na jakiej podstawie wydała ostateczną decyzję o wykluczeniu danego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności wskazać, dlaczego uznała określone okoliczności faktyczne za wiarygodne przesłanki świadczące o wystąpieniu zmowy uzasadniające zakwestionowanie rzetelności oferenta w kontekście toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia. Aby zapewnić instytucji zamawiającej możliwość dokonania przemyślanej oceny, wykonawca musi poinformować instytucję zamawiającą, na jej żądanie, o wszelkich wcześniejszych decyzjach organu ochrony konkurencji lub wyrokach sądu potwierdzających udział wykonawcy w znowie. Instytucja zamawiająca może zwrócić się z wnioskiem o przekazanie takich informacji za pomocą kwestionariusza zawartego w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia lub za pomocą podobnych formularzy opracowanych na szczeblu krajowym, które wykonawca jest zazwyczaj zobowiązany przedłożyć razem z ofertą <sup>(44)</sup>. Jeżeli wykonawca nie udzieli instytucji zamawiającej informacji niezbędnych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, to zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. h) dyrektywy instytucja zamawiająca ma prawo wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia.

**Po trzecie**, w niektórych przypadkach wykonawcy przyznają się do udziału w znowie w przeszłości i współpracują z organem ochrony konkurencji w celu uzyskania złagodzenia kary albo zwolnienia z grzywny lub w toku postępowania układowego. W tym kontekście należy rozstrzygnąć, czy przepisy prawa krajowego mogą automatycznie pozbawiać instytucji zamawiających możliwości uznania tego rodzaju wcześniejszego udziału w znowie za wiarygodną przesłankę świadczącą o wystąpieniu zmowy na potrzeby skorzystania z podstawy wykluczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia przeprowadzanych po podaniu decyzji organu ochrony konkurencji do wiadomości publicznej.

Przed rozstrzygnięciem tej kwestii warto zwrócić uwagę na fakt, że w większości jurysdykcji:

- w decyzji o złagodzeniu kary lub zawarciu ugody przyjmuje się założenie, że dany wykonawca przyzna się do przystąpienia do niezgodnego z prawem porozumienia kartelowego,
- w niektórych przypadkach wykonawca, w odniesieniu do którego prowadzono postępowanie w przedmiocie zmowy i który ostatecznie zdecydował się na zawarcie ugody, mógł początkowo odmówić współpracy z organem ochrony konkurencji i utrudniać lub opóźniać przebieg tego postępowania. Jest to sprzeczne z działaniami, których podjęcia należałoby oczekiwać od wykonawcy zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy w celu przywrócenia jego rzetelności jako przyszłego wykonawcy,
- zawarcie ugody w tych sprawach nie wiąże się z koniecznością podjęcia przez wykonawcę zobowiązania do unikania podobnych praktyk w przyszłości ani do podjęcia konkretnych działań. Wykonawca nie zobowiązuje się ani nie gwarantuje, że przyjmie konkretne środki (działania służące „samooczyszczeniu”), aby przywrócić swoją rzetelność i uczciwość w rozumieniu dyrektywy. W prawie konkurencji zasadniczo nie przewiduje się możliwości wykluczenia wykonawcy z przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jako jednej z sankcji z tytułu dopuszczenia się przez niego zachowania antykonkurencyjnego.

W związku z powyższym należałoby wyróżnić dwa przypadki: z jednej strony postępowanie o udzielenie zamówienia, które było przedmiotem postępowania prowadzonego przez krajowy organ ochrony konkurencji i w odniesieniu do którego organ ten wydał decyzję o złagodzeniu kary lub zawarciu ugody, a z drugiej strony inne postępowania o udzielenie zamówienia, które przeprowadzono po podaniu powyższej decyzji do wiadomości publicznej.

- W pierwszym przypadku państwa członkowskie powinny zasadniczo dysponować swobodą uznania w zakresie całkowitego lub częściowego zwolnienia podmiotów występujących z wnioskiem o złagodzenie kary, zwolnienie z grzywny lub zawarcie ugody z wszelkich sankcji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia lub z postępowaniami będącymi przedmiotem wniosku, jeżeli istnienie zmowy między danymi wykonawcami zostało potwierdzone i obłożone sankcjami na mocy decyzji krajowego organu ochrony konkurencji <sup>(45)</sup>. Takie rozwiązanie mogłoby zagwarantować skuteczność mechanizmów łagodzenia kar lub zawierania ugód ustanawianych

<sup>(43)</sup> O ile nie wydano decyzji o wykluczeniu wykonawcy z wszelkich postępowań o udzielenie zamówienia na określony czas (zob. sekcja 5.9).

<sup>(44)</sup> Zob. wyrok w sprawie Delta Antrepriza, pkt 36.

<sup>(45)</sup> W art. 23 ust. 1 dyrektywy 2019/1 mającej na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego nałożono na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, aby obecni i byli dyrektorzy, obecna i była kadra zarządzająca oraz obecni i byli pracownicy wnioskodawców ubiegających się w organach konkurencji o zwolnienie z kar byli w pełni chronieni przed sankcjami nakładanymi w postępowaniu administracyjnym i w postępowaniu sądowym innym niż karne, w związku z udziałem tych osób w tajnym kartelu, którego dotyczy wnioski o zwolnienie z kar, za naruszenie przepisów krajowych, których cele są zasadniczo identyczne z celami art. 101 TFUE. W motywie 64 tej dyrektywy potwierdzono, że przepis ten ma również zastosowanie do przepisów krajowych o znowie przetargowej. W obwieszczeniu Komisji w sprawie łagodzenia kar z 2006 r. możliwość złagodzenia kary została również ograniczona do przyznania zwolnienia z „wszelkich grzywnien, które w przeciwnym przypadku zostałyby nałożone, przedsiębiorstwu ujawniającemu swój udział w domniemanym kartelu”.



przez państwa członkowskie, ponieważ zapewnienie wykonawcy, który przyzna się do udziału w zмовie, możliwości uniknięcia poważnych konsekwencji grożących mu z tego tytułu zgodnie z ustawodawstwem krajowym, mogłoby stanowić bardzo silną zachętę skłaniającą wykonawców do zgłaszania się i ujawniania przypadków zмовy.

Zastosowanie opisanego powyżej rozwiązania powinno być również możliwe w przypadku, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia, na które wpływ wywiera porozumienie kartelowe objęte sankcjami nałożonymi przez krajowy organ ochrony konkurencji, jest nadal w toku w chwili podania przez organ ochrony konkurencji treści wydanej decyzji do wiadomości publicznej. Niezależnie od uprawnień przysługujących instytucjom zamawiającym zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy wykonawca, który przyznał się do udziału w zмовie, współpracował z organem ochrony konkurencji, uiszczył nałożone na niego grzywny i podjął odpowiednie działania w celu przywrócenia swojej rzetelności, mógłby teoretycznie zostać uznany za spełniającego warunki „samooczyszczenia” zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy. W rezultacie wykluczenie przez instytucję zamawiającą tego wykonawcy z toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia, w przypadku którego podejmowane przez wykonawcę działania służące jego „samooczyszczeniu” zostały już częściowo odzwierciedlone w odpowiedniej decyzji wydanej przez krajowy organ ochrony konkurencji, mogłoby zostać uznane za nieproporcjonalne.

- W drugim przypadku żadnego z przepisów dyrektywy nie można jednak uznać za uprawniający państwa członkowskie do wprowadzenia obowiązkowego, ogólnego i bezwarunkowego domniemania rzetelności takich wykonawców lub za zobowiązujący instytucje zamawiające do automatycznego zatwierdzania uczestnictwa tych wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych lub zakończonych po podaniu decyzji krajowego organu ochrony konkurencji do wiadomości publicznej. Takie domniemanie byłoby zasadniczo sprzeczne z określonymi uprawnieniami instytucji zamawiających dotyczącymi swobody decyzyjnej (przewidzianymi w dyrektywie i konsekwentnie potwierdzanymi przez Trybunał, zgodnie z analizą przedstawioną powyżej) w zakresie dążenia do uzyskania potwierdzenia lub gwarancji rzetelności oferenta, w tym również poprzez potencjalne zażądanie od niego przedstawienia dowodów potwierdzających podjęcie działań służących „samooczyszczeniu”, o których mowa w art. 57 ust. 6, oraz w zakresie oceny, czy środki przedstawione przez wykonawcę są wystarczające do tego, aby zachował on status uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia<sup>(46)</sup>. Trybunał podkreślił również<sup>(47)</sup>, że tego rodzaju gwarancja udziału w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia może zostać wręcz uznana za bezpośrednio sprzeczną z przepisem art. 57 ust. 6 dotyczącym „samooczyszczenia” (lub wręcz za skutkującą nieskutecznością tego przepisu), ponieważ wykonawca posiadający gwarancję dostępu do przyszłych postępowania o udzielenie zamówienia nie byłby w żaden sposób zainteresowany podejmowaniem działań na rzecz przywrócenia swojej rzetelności.

Prawo instytucji zamawiającej do oceny ryzyka dopuszczenia się zмовy w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia przez oferenta, który w przeszłości wystąpił z wnioskiem o złagodzenie kary lub zawarcie ugody w związku z poprzednim przypadkiem zмовy, jest odpowiednio zrównoważone obowiązkiem proporcjonalnego oceny dowodów, jakie wykonawca może przedstawić zgodnie z art. 57 ust. 6 na potwierdzenie podjętych przez siebie działań służących przywróceniu rzetelności. Jeżeli instytucja zamawiająca podejmie decyzję o wykluczeniu oferenta pomimo uzyskania informacji o podejmowanych przez niego działaniach służących „samooczyszczeniu”, musi uzasadnić, dlaczego uznała te działania za niewystarczające do zachowania przez oferenta statusu uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia.

#### **5.5. Przedsiębiorstwa powiązane biorące udział w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia: prawo wykonawców, którzy mogą być podejrzewani o zмовę, do wykazania swojej niezależności w toku postępowania**

Instytucje zamawiające często poruszają kwestię związaną z trybem postępowania w przypadku złożenia w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia odrębnych ofert przez wykonawców, którzy są ze sobą w pewien sposób powiązani (np. są członkami tej samej grupy przedsiębiorstw lub jeden z nich jest jednostką zależną drugiego lub mają wspólnych członków rady dyrektorów bądź wspólnych przedstawicieli prawnych lub są przedsiębiorstwami posiadającymi udziały w tej samej spółce trzeciej). W niektórych przypadkach instytucja zamawiająca może podejrzewać, że powiązani oferenci złożyli oferty w skoordynowany sposób (tj. że nie są oni samodzielni ani niezależni), co stwarza ryzyko naruszenia zasad przejrzystości i równego traktowania oferentów<sup>(48)</sup>.

<sup>(46)</sup> Zob. wyrok w sprawie Vossloh Laeis, pkt 32.

<sup>(47)</sup> Zob. postanowienie w sprawie Indaco, pkt 27.

<sup>(48)</sup> Zob. wyrok w sprawie Ecoservice projektai, pkt 29. Do takiej sytuacji może dojść w szczególności wówczas, gdy potwierdzono istnienie przesłanek świadczących o tym, że jedno z przedsiębiorstw dysponuje uprzywilejowanym dostępem do metody sporządzania oferty drugiego przedsiębiorstwa lub że przedsiębiorstwa współpracowały ze sobą przy opracowywaniu ofert lub przy ustalaniu swojej strategii cenowej.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału <sup>(49)</sup> instytucja zamawiająca musi unikać przyjmowania ogólnych założeń, które mogłyby skutkować automatycznym odrzuceniem takich ofert <sup>(50)</sup>. Zamiast tego instytucja zamawiająca powinna zapewniać odpowiednim wykonawcom możliwość wykazania – w oparciu o dowody, które uznają oni za stosowne – że ich oferty są autentycznie niezależne, że nie zagrażają przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia ani że nie zakłócają konkurencji w ramach tego postępowania <sup>(51)</sup>. Takie dowody mogą obejmować np. okoliczności faktyczne potwierdzające, że odpowiednie oferty sporządzono niezależnie od siebie, że w procesie ich sporządzania brały udział różne osoby itp.

Instytucja zamawiająca jest uprawniona do ocenienia, czy tego rodzaju wyjaśnienia można uznać za wystarczający dowód na potwierdzenie, że fakt, iż wykonawcy są ze sobą powiązani, nie wpłynął na ich zachowanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia ani na treść ich odpowiednich ofert w rozumieniu art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy, oraz do podjęcia decyzji w kwestii tego, czy zainteresowanych wykonawców należy dopuścić do udziału w postępowaniu.

### 5.6. Składanie wspólnych ofert i podwykonawstwo: ostrożna, choć zrównoważona ocena przeprowadzana przez instytucję zamawiającą

W niektórych przypadkach składanie wspólnej oferty wzbudza podejrzenia instytucji zamawiającej, w szczególności jeżeli wykonawcy należący do tej samej grupy przedsiębiorstw mogliby w łatwy sposób złożyć samodzielną ofertę (lub wręcz jeżeli spodziewano by się, że tak postąpią). Szereg państw członkowskich podjęło konkretne działania w tej kwestii, udzielając wykonawcom porad w zakresie sposobu składania wspólnej oferty bez narażania się na ryzyko oskarżenia o potencjalne zachowanie antykonkurencyjne <sup>(52)</sup>.

Przepisy dyrektywy zapewniają instytucji zamawiającej dostateczny zakres swobody uznania, aby mogła ona ocenić, czy dany przypadek złożenia wspólnej oferty stwarza zagrożenie dla możliwości prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności czy w danym przypadku występują przesłanki świadczące o istnieniu zмовy, które mogłyby stanowić podstawę wykluczenia zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy. Przy rozstrzyganiu takich kwestii instytucja zamawiająca musi jednak zachować równowagę między unikaniem zagrożeń dla konkurencji związanych ze składaniem wspólnych ofert <sup>(53)</sup> a poszanowaniem prawa wykonawców do wspólnego złożenia oferty (przysługującego im zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 10, art. 19 ust. 2 i art. 63 ust. 1 dyrektywy). W tym kontekście należy mieć na uwadze, że przedsiębiorstwa często postrzegają partnerstwa strategiczne lub współpracę jako kluczowe elementy swojej strategii rozwoju. Wykonawcy są uprawnieni do podejmowania zgodnych z prawem decyzji biznesowych w kwestii działalności, którą zamierzają prowadzić, a instytucje zamawiające nie powinny jako takie ograniczać możliwości korzystania z tego prawa, ale koncentrować się zamiast tego na ocenie ryzyka zмовy w poszczególnych przypadkach.

W przypadku podwykonawstwa należy stosować podobne podejście: instytucja zamawiająca powinna starannie ocenić przypadki, w których sugerowany podwykonawca mógłby z łatwością samodzielnie wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i wykonać przedmiot zamówienia we własnym zakresie. Instytucja zamawiająca może również uznać sytuacje, w których dwóch oferentów występuje względem siebie w charakterze podwykonawców, za potencjalną przesłankę świadczącą o wystąpieniu zмовy, którą należy zbadać zgodnie z art. 57 dyrektywy, zważywszy na fakt, że w ramach takich umów podwykonawstwa strony mogą zazwyczaj zapoznać się ze składanymi przez siebie ofertami finansowymi, co podaje w wątpliwość niezależność stron w kwestii opracowywania swoich własnych ofert. Choć takie umowy podwykonawstwa jak te, które opisano powyżej, mogą być uznawane za sygnały ostrzegawcze wskazujące na możliwość wystąpienia zмовy, instytucje zamawiające powinny unikać przyjmowania ogólnego domniemania, że podzlecenie przez zwycięskiego oferenta zadań innemu oferentowi uczestniczącemu w tym samym postępowaniu świadczy o istnieniu zмовy między wykonawcami, bez zapewnienia tym wykonawcom możliwości przedstawienia dowodów przeciwnych <sup>(54)</sup>.

<sup>(49)</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07, *Michaniki*, pkt 42, 43 i 62, wyrok z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07, *Assitur*, pkt 30 i 32, wyrok z dnia 8 lutego 2018 r. w sprawie C-144/17, *Lloyd's of London*, pkt 35, 36 i 38 oraz wyrok w sprawie *Ecoservice projektai*, pkt 38.

<sup>(50)</sup> W szczególności w świetle potwierdzenia przez Trybunał, że struktury korporacyjne, w których skład wchodzi powiązani wykonawcy, mogą obejmować uzgodnienia gwarantujące niezależność wykonawców i poufność informacji w trakcie przygotowywania ofert, które mają zostać złożone w ramach tego samego postępowania (zob. wyrok w sprawie *Lloyd's of London*, pkt 37, i wyrok w sprawie *Assitur*, pkt 31).

<sup>(51)</sup> Zob. wyrok w sprawie *Lloyd's of London*, pkt 36, i wyrok w sprawie *Assitur*, pkt 30.

<sup>(52)</sup> Zgodnie z „Wytycznymi w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych” przyjętymi przez Komisję w styczniu 2011 r. (dokument dostępny pod adresem [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)).

<sup>(53)</sup> Zasadniczo otwarty rynek i duża liczba ofert otrzymanych w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia mogą być postrzegane jako czynniki zmniejszające ryzyko ograniczenia konkurencji, jakie może wiązać się ze wspólnymi ofertami.

<sup>(54)</sup> Zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie C-425/14, *Impresa Edilux*, pkt 39.

### 5.7. Podejmowane przez wykonawców działania służące „samooczyszczeniu” w świetle art. 57 ust. 6 dyrektywy: prawo wykonawców do potwierdzenia swojej rzetelności oraz potrzeba proporcjonalnej oceny przedstawianych przez nich argumentów przez instytucje zamawiające

Jak wspomniano w sekcji 5.3, przepisy art. 57 ust. 6 dyrektywy zapewniają wykonawcom, którzy znaleźli się w sytuacji uzasadniającej ich wykluczenie z postępowania, możliwość dowiedzenia swojej rzetelności pomimo wystąpienia podstaw wykluczenia <sup>(55)</sup>.

W art. 57 ust. 6 zawarto szczegółowe informacje na temat działań służących „samooczyszczeniu”, których podjęcie wykonawcy mogą zgłosić w tym celu instytucji zamawiającej. W motywie 102 dyrektywy przedstawiono przykłady tych działań, w szczególności działania personalne i reorganizacyjne, 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 tym samym motywie wspomniano o przysługującym państwom członkowskim zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy uprawnieniu do „określenia szczegółowych warunków proceduralnych i merytorycznych mających zastosowanie w takich przypadkach”, które obejmuje możliwość przyjęcia na szczeblu krajowym szczegółowych kryteriów lub wytycznych określających sposób, w jaki instytucje zamawiające będą stosowały przepisy dotyczące „samooczyszczenia” w praktyce. Jak wynika jednak z analizy przeprowadzonej w sekcji 5.3, takie przepisy krajowe przyjmowane na podstawie art. 57 ust. 7 dyrektywy powinny być zgodne z zakresem odpowiednich przepisów dyrektywy oraz tokiem rozumowania leżącym u podstaw tych przepisów i nie powinny kwestionować prawa wykonawcy do przedstawienia argumentów służących „samooczyszczeniu” ani podawać w wątpliwość swobody decyzyjnej instytucji zamawiającej w zakresie ich oceny <sup>(56)</sup>. Państwa członkowskie mogą również powierzyć odpowiedzialność za ocenianie działań służących „samooczyszczeniu” organom innym niż instytucja zamawiająca na szczeblu centralnym albo na poziomie zdecentralizowanym. W tym kontekście państwa członkowskie muszą jednak zapewnić spełnienie warunków i celów systemu „samooczyszczenia”, w szczególności jeżeli chodzi o odpowiednie i szybkie podejmowanie przedstawionych przez wykonawcę działań służących „samooczyszczeniu” <sup>(57)</sup>.

Konkretne informacje lub dowody, jakie wykonawca może przekazać instytucji zamawiającej do oceny, różnią się w zależności od specyfiki danej sprawy. W świetle zasady proporcjonalności można uznać, że wykonawca jest zobowiązany wykazać podjęcie tych działań przedstawionych w art. 57 ust. 6 akapit drugi dyrektywy, które są istotne w danym przypadku. Na przykład na wykonawcę można nałożyć wymóg wykazania, że uiszczył lub zobowiązał się uiszczyć odszkodowanie z tytułu swojego niezgodnego z prawem zachowania, wyłącznie w przypadku, gdy wystąpiono przeciwko niemu z roszczeniem w tym zakresie. Ponadto w niektórych przypadkach podjęcie działań wyłącznie w odniesieniu do personelu może okazać się wystarczające do tego, by przekonać instytucję zamawiającą co do rzetelności wykonawcy, bez konieczności podejmowania innych działań o charakterze technicznym lub organizacyjnym.

Zgodnie z dyrektywą instytucje zamawiające są zobowiązane do oceniania argumentów przedstawionych przez zainteresowanego wykonawcę przed podjęciem decyzji, czy należy wykluczyć go z postępowania, nawet jeżeli sądzą, że dysponują dowodami świadczącymi o tym, że dany wykonawcy brał udział w zmowie. Jak potwierdził Trybunał <sup>(58)</sup>, w dyrektywie nie sprecyzowano, czy oferent jest zobowiązany przekazać wyjaśnienia lub informacje na temat działań służących „samooczyszczeniu” z własnej inicjatywy, czy też na wniosek instytucji zamawiającej. Z uwagi na brak precyzyjnych regulacji w tej kwestii, a także biorąc pod uwagę przywołane powyżej przepisy art. 57 ust. 7 dyrektywy, odpowiedzialność za rozstrzygnięcie, czy instytucje zamawiające powinny zwracać się do wykonawców o przekazanie takich informacji przed wydaniem decyzji, czy też wykonawcy powinni przekazywać tego rodzaju informacje z własnej inicjatywy, spoczywa na państwach członkowskich. Jeżeli zgodnie z przepisami prawa krajowego oferent jest zobowiązany przedstawić działania służące „samooczyszczeniu” z własnej inicjatywy najpóźniej przy składaniu oferty, instytucja zamawiająca musi poinformować oferentów o istnieniu tego wymogu w przejrzysty i precyzyjny sposób w chwili wszczęcia postępowania <sup>(59)</sup>. Niezależnie od powyższego, biorąc pod uwagę orzecznictwo Trybunału <sup>(60)</sup>, zaleca się, aby instytucje zamawiające zawarły w dokumentacji przetargowej przejrzyste informacje na temat spoczywającego na wykonawcach obowiązku zamieszczenia w ofertach nie tylko informacji na temat ich powiązań lub zawartych przez nich porozumień z innymi oferentami, ale również informacji o wszelkich działaniach służących „samooczyszczeniu” podjętych w związku z wcześniejszym przypadkiem naruszenia reguł konkurencji. Wymóg zgłoszenia wszelkich tego rodzaju porozumień, a także wymóg przekazania informacji na temat potencjalnych działań służących „samooczyszczeniu”, został już zawarty w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia lub podobnych formularzach krajowych, które wykonawca jest zasadniczo zobowiązany przedłożyć razem z ofertą.

<sup>(55)</sup> W wyroku w sprawie *Vert Marine* (pkt 17), a także w wyroku z dnia 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19, *RTS*, pkt 26 i 48, Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, że przy dokonywaniu transpozycji dyrektyw państwa członkowskie muszą zagwarantować wykonawcom możliwość korzystania z tego prawa.

<sup>(56)</sup> Zob. wyrok w sprawie *Vert Marine*, pkt 24.

<sup>(57)</sup> Zob. wyrok w sprawie *Vert Marine*, pkt 28, 33, 35 i 36.

<sup>(58)</sup> Zob. wyrok w sprawie *RTS*, pkt 33.

<sup>(59)</sup> Zob. wyrok w sprawie *RTS*, pkt 36 i 42.

<sup>(60)</sup> Zob. wyrok w sprawie *Ecoservice projektai*, pkt 23 i 25.

W art. 57 ust. 6 dyrektywy nie tylko zapewniono wykonawcy prawo do przedstawienia dowodów, które mogłyby umożliwić mu dalszy udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale również upoważniono instytucję zamawiającą do niewykluczenia wykonawcy, który w dostateczny sposób rozwieje obawy związane ze swoim wcześniejszym zachowaniem w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Wykonawca nie może skorzystać z przysługującego mu prawa do przedstawienia działań służących „samooczyszczeniu” wyłącznie w przypadku, gdy jest objęty wykluczeniem z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia obowiązującym przez okres wyznaczony w prawomocnym wyroku wydanym w państwie członkowskim, w którym taki wyrok wywołuje skutki (zob. sekcja 5.9) <sup>(61)</sup>. W rezultacie przepis ten nie uniemożliwia instytucji zamawiającej utrzymania w postępowaniu wykonawcy, który zgłosił się w toku postępowania i przyznał się do zawarcia niezgodnych z prawem porozumień z innymi oferentami, który aktywnie współpracował z instytucją zamawiającą przy wyjaśnianiu zaistniałej sytuacji i który podjął wszystkie działania niezbędne do zapobieżenia dalszemu naruszaniu przepisów.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia instytucja zamawiająca ocenia wszelkie działania służące „samooczyszczeniu” przedstawione przez wykonawcę, w przypadku którego stwierdzono, że dopuszczał się zmywy z innymi wykonawcami w przeszłości, biorąc pod uwagę wszelkie dowody przedstawione przez tego wykonawcę <sup>(62)</sup>. Jak wspomniano w sekcji 5.3, instytucja zamawiająca musi ocenić dowody przedstawione przez wykonawcę w proporcjonalny sposób, tj. uwzględniając powagę szczególnych okoliczności danej sprawy <sup>(63)</sup>, a także konkretne działania podjęte przez wykonawcę w celu przywrócenia jego rzetelności <sup>(64)</sup>.

Dotyczy to również wykonawców, którzy brali udział we wcześniejszych przypadkach zmywy i którzy zostali objęci programem złagodzenia kary lub zwolnienia z grzywny lub zawarli ugodę w sprawie (zob. sekcja 5.4). Biorąc pod uwagę znaczenie programów łagodzenia kar dla zwalczania karteli oraz potrzebę zapewnienia osobom występującym o złagodzenie kary pewności prawa i przejrzystości w kwestii warunków złagodzenia kary, państwa członkowskie powinny zachęcać instytucje zamawiające do zapewniania proporcjonalnego traktowania takich wykonawców przy ocenianiu skuteczności działań służących „samooczyszczeniu” podejmowanych przez nich w celu zagwarantowania ich rzetelności i uczciwości. Trybunał potwierdził już, że „co do zasady przekazanie instytucji zamawiającej decyzji stwierdzającej popełnienie przez wykonawcę naruszenia reguł konkurencji, lecz z zastosowaniem zasady łagodzenia kar ze względu na to, że wykonawca ten współpracował z organem ds. ochrony konkurencji, powinno wystarczyć do udowodnienia instytucji zamawiającej, że wykonawca w pełni wyjaśnił fakty i okoliczności dzięki współpracy z organem ds. konkurencji [...]”, zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy <sup>(65)</sup>.

Jeżeli instytucja zamawiająca stwierdzi, że działania przedstawione przez wykonawcę nie są wystarczające do potwierdzenia jego uczciwości, musi przedstawić uzasadnienie swojej decyzji.

Ścisła współpraca między instytucją zamawiającą a innymi organami – takimi jak organ ochrony konkurencji, organy odpowiedzialne za prowadzenie krajowych rejestrów przedsiębiorstw itp. – ułatwia ocenianie działań służących „samooczyszczeniu”. Wspomniane organy mogą udzielać – w stosownych przypadkach – wartościowych porad dotyczących wpływu tych działań oraz informacji (z należytym poszanowaniem unijnych <sup>(66)</sup> i krajowych przepisów o ochronie danych) potrzebnych instytucji zamawiającej m.in. do oceny, czy wykonawca należyście i aktywnie współpracował z organem ochrony konkurencji we wcześniejszej sprawie, czy zastąpiono osoby biorące udział w zmywie w przeszłości lub czy w odpowiedni sposób uiszczono nałożone grzywny lub zasądzone odszkodowania. Aby zapewnić przeprowadzanie postępowań o udzielenie zamówienia w rozsądnym terminie, organy powinny dążyć do niezwłocznego nawiązania takiej współpracy, korzystając w pełni z dostępnych zasobów.

#### **5.8. Znaczenie przekazywania przez instytucje zamawiające informacji organom ochrony konkurencji lub innym zaangażowanym organom na szczeblu centralnym lub zwracania się przez nie do tych organów o wsparcie**

Zgodnie z przepisami dyrektyw instytucja zamawiająca nie jest zobowiązana do zwrócenia się do centralnego urzędu zamówień publicznych lub organu ochrony konkurencji na szczeblu krajowym o udzielenie jej porady przed podjęciem decyzji w kwestii wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Zasadniczo instytucjom zamawiającym zaleca się jednak niezwłoczne skorzystanie ze wszystkich dostępnych środków wsparcia po zidentyfikowaniu podejrzanej oferty. Porady ekspertów z tych organów mogłyby ułatwić przeprowadzenie ogólnej oceny sprawy i wesprzeć instytucję zamawiającą w należytnym uzasadnianiu dokonanych wyborów, zmniejszając tym samym ryzyko skutecznego zaskarżenia wydanej przez nią ostatecznej decyzji na drodze prawnej. Zwłaszcza w przypadku mniejszych instytucji zamawiających, dysponujących ograniczonymi zasobami, wsparcie ze strony centralnego urzędu zamówień publicznych

<sup>(61)</sup> Zgodnie z wyjaśnieniami przedstawionymi niedawno przez Trybunał, dopóki wykluczenie na określony czas nie zostanie potwierdzone prawomocnym wyrokiem, wykonawca ma prawo przedstawić działania służące „samooczyszczeniu” w celu wykazania swojej rzetelności (zob. wyrok w sprawie *Vert Marine*, pkt 18).

<sup>(62)</sup> Zob. wyrok w sprawie *Vossloh Laeis*, pkt 23.

<sup>(63)</sup> Zob. m.in. wyrok w sprawie *Tim*, pkt 50.

<sup>(64)</sup> Takie jak konkretne działania mające na celu zastąpienie osób biorących udział w zmywie lub, jeżeli nie udało się tego zrobić do chwili rozpoczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, działania służące zagwarantowaniu, że osoby te nie będą już mogły doprowadzić do dalszego dopuszczania się przez wykonawcę niezgodnych z prawem zachowań antykonkurencyjnych. Zob. wyrok w sprawie *Delta Antrepriza*, pkt 37.

<sup>(65)</sup> Wyrok w sprawie *Vossloh Laeis*, pkt 31.

<sup>(66)</sup> Zob. przypis 18.

lub organu ochrony konkurencji może mieć kluczowe znaczenie dla możliwości poradzenia sobie z przypadkami zмовy, w szczególności gdy takie wsparcie przyjmuje formę porad dotyczących przesłanek zidentyfikowanych przez instytucję zamawiającą lub wsparcia w ocenianiu przedstawionych przez oferenta działań służących „samooczyszczeniu”. Jeżeli chodzi o tę ostatnią kwestię, w motywie 102 dyrektywy wyraźnie potwierdzono uprawnienie państw członkowskich do powierzenia innemu organowi odpowiedzialności za przeprowadzenie oceny działań służących „samooczyszczeniu”, jakie oferent podejrzewany o udział w zмовie przedstawił w celu wykazania swojej rzetelności. Jak wspomniano w sekcjach 5.3 i 5.4, zaangażowanie centralnego urzędu zamówień publicznych lub organu ochrony konkurencji na szczeblu krajowym w ocenę potencjalnego przypadku zмовy nie powinno uniemożliwiać instytucji zamawiającej podjęcia ostatecznej decyzji w kwestii wykluczenia oferenta z postępowania o udzielenie zamówienia.

Sprawna i skuteczna współpraca między instytucją zamawiającą prowadzącą postępowanie o udzielenie zamówienia a centralnym urzędem zamówień publicznych lub organem ochrony konkurencji na szczeblu krajowym w zakresie podejmowania działań w związku z podejrzeniem zмовy wiąże się z koniecznością uznania przez obydwie strony znaczenia, jakie ma rozwiązanie tego problemu, a także wykorzystania przez nie wszystkich dostępnych środków i terminowego wymieniać się informacjami. Jeszcze przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia instytucje zamawiające powinny dysponować punktami kontaktowymi w centralnym urzędzie zamówień publicznych lub w organie ochrony konkurencji na szczeblu krajowym, aby móc niezwłocznie zgłaszać tym organom podejrzenia pojawiające się w toku postępowania. Centralne urzędy zamówień publicznych lub organy ochrony konkurencji powinny dokładać starań, aby możliwie jak najwcześniej odpowiadać na składane przez instytucję zamawiającą wnioski o pomoc i poradę. Obydwie strony powinny być gotowe do wymieniać się – w stosownych przypadkach – wszelkimi informacjami, które mogą okazać się istotne w kontekście wykrywania i oceniania przypadków zмовy<sup>(67)</sup>. Nawet jeżeli instytucje zamawiające nie zdecydują się zasięgnąć opinii swojego centralnego urzędu zamówień publicznych lub organu ochrony konkurencji, zdecydowanie zaleca się, aby powiadomiły te organy o wszelkich przypadkach wystąpienia podejrzeń dotyczących zмовy, w odniesieniu do których podjęły działania, oraz o wszelkich ostatecznych decyzjach podjętych w celu wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto wszelkie kontakty między instytucją zamawiającą a innymi organami, w okresie od powzięcia podejrzenia dotyczącego przypadku zмовy do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień (o ile jest to dopuszczalne zgodnie z prawem krajowym), powinny odbywać się na zasadzie ścisłej poufności, a ich treść nie powinna zostać ujawniona podejrzanemu oferentowi ani innym uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia. Niespełnienie tego wymogu prawdopodobnie pozwoli pozostającym w zмовie oferentom nielegalnie pozbyć się wszelkich dowodów, które świadczyłyby o zawarciu porozumienia, niezwłocznie po uzyskaniu przez nich informacji o podjęciu wobec nich stosownych czynności, co uniemożliwi organom ścigania zgromadzenie wartościowych dowodów w toku potencjalnego przyszłego dochodzenia.

### 5.9. Określanie warunków wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 57 ust. 7 dyrektywy

Jak już wspomniano<sup>(68)</sup>, zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy państwa członkowskie mogą określić warunki wykonania tego artykułu. Wspomniane warunki mogą obejmować wyznaczenie maksymalnego okresu, w którym wykonawca nie będzie mógł uczestniczyć w żadnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przyjęcie kryteriów lub przedstawienie przykładów, które można uznać za okoliczności uzasadniające tego rodzaju wykluczenie, oraz wyznaczenie organu krajowego właściwego w kwestii nakładania tego środka (co znajduje potwierdzenie w motywie 102 dyrektywy). Art. 57 ust. 7 stanowi, że w przypadku, gdy okres wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia nie został określony w prawomocnym wyroku, okres ten nie może przekraczać trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w art. 57 ust. 4. W niedawnym orzecznictwie<sup>(69)</sup> Trybunał doprecyzował, że „data odnośnego zdarzenia” służąca do ustalenia momentu rozpoczęcia biegu okresu wykluczenia odpowiada dacie, w której właściwy organ wydał decyzję dotyczącą niezgodnego z prawem zachowania wykonawcy, bez uwzględniania daty, w której doszło do wystąpienia okoliczności faktycznych dających podstawy do wydania wyroku skazującego.

Przepisy dyrektywy nie uniemożliwiają państwom członkowskim przyznania instytucji zamawiającej prawa do nałożenia okresowego wykluczenia na podstawie art. 57 ust. 7 dyrektywy w odniesieniu do przyszłych postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonych przez tę instytucję lub nałożenia okresowego wykluczenia o bardziej ogólnym charakterze przez inne organy (np. krajowy organ ochrony konkurencji, centralny urząd zamówień publicznych lub organ specjalny ustanowiony w tym celu).

Zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy maksymalny okres wykluczenia wynoszący trzy lata można nałożyć wyłącznie w przypadku, gdy okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku. Przepisy krajowe mogą jednak zapewniać organom sądowym możliwość wyznaczenia jeszcze dłuższego okresu wykluczenia w przypadku wydania prawomocnego wyroku w sprawie dotyczącej zмовy, w zależności od powagi przewinienia.

<sup>(67)</sup> Zgodnie z warunkami określonymi w prawie Unii i prawie krajowym (w szczególności zgodnie z art. 31 dyrektywy 2019/1).

<sup>(68)</sup> Zob. sekcje 5.1 i 5.3.

<sup>(69)</sup> Wyrok w sprawie Vossloh Laeis, pkt 37, 38 i 41.

Jeżeli wykonawca, który został wykluczony z postępowań o udzielenie zamówienia na określony okres zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy, złoży ofertę w okresie obowiązywania tego wykluczenia, instytucja zamawiająca musi automatycznie odrzucić tę ofertę, przy czym w takiej sytuacji nie jest zobowiązana do przeprowadzenia jakiegokolwiek dodatkowej oceny. Po upływie okresu wykluczenia wykonawcy instytucja zamawiająca może nadal podjąć decyzję o wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, ale wyłącznie w przypadku, gdy warunki uprawniające do zastosowania przepisów art. 57 ust. 4 lit. d) zostały spełnione.

Ponadto decyzje o wykluczeniu z postępowania z uwagi na udział w znowie dotyczą wyłącznie wykonawcy, którego uznano za winnego udziału w znowie, a nie inne podmioty gospodarcze powiązane w jakiś sposób z tym wykonawcą (takie jak spółki dominujące, inne spółki należące do tej samej grupy lub jednostki zależne spółek wykluczonych z postępowania), które nie brały udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Pozostaje to oczywiście bez uszczerbku dla prawa instytucji zamawiającej do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia dowolnego wykonawcy znajdującemu się w jednej z sytuacji uzasadniających jego wykluczenie zgodnie z przepisami dyrektyw.

---

## ZAŁĄCZNIK

**Wskazówki i porady w zakresie skutecznego przeciwdziałania znikom przetargowym****1. Wprowadzenie**

Przy podejmowaniu jakichkolwiek działań na rzecz zapewnienia rzeczywistej konkurencji i najlepszego stosunku wartości do ceny przy zakupach publicznych wychodzi się z założenia, że wszyscy członkowie społeczności skupionej wokół problematyki zamówień publicznych, a w szczególności urzędnicy ds. zamówień, są świadomi bardzo prostego faktu: niezależnie od tego, jak sprawnie zorganizowano i przeprowadzono postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nie przyniesie ono nabywcy publicznemu najlepszego możliwego rezultatu, jeżeli oferenci biorący udział w tym postępowaniu działają w znowie w celu ustalenia z wyprzedzeniem, który spośród nich zostanie zwycięskim oferentem. Zmowa między oferentami oznacza, że obywatel nie uzyska najlepszego możliwego produktu lub najlepszej możliwej usługi po najlepszej możliwej cenie, ze szkodą dla interesu publicznego.

Urzędnik ds. zamówień, tj. osoba odpowiadająca za postępowanie o udzielenie zamówienia, odgrywa kluczową rolę w procesie ograniczania ryzyka wystąpienia znowy przetargowej oraz eliminowania znowy po jej wykryciu. Jest on osobą najlepiej umocowaną do ograniczania ryzyka na etapie przygotowywania postępowania, wykrywania znowy przy ocenianiu ofert oraz korzystania z instrumentów przewidzianych w prawie Unii i prawie krajowym w celu aktywnego przeciwdziałania znikom oraz zagwarantowania konkurencyjności i uczciwości postępowania o udzielenie zamówienia. Ciężar wykonania takiego dodatkowego zadania i podjęcia takiego dodatkowego wysiłku, aby upewnić się, że środki publiczne są należycie wydatkowane, spoczywa na urzędniku ds. zamówień, który niejednokrotnie wykonuje swoją pracę w trudnych warunkach i w ramach rygorystycznie wyznaczonych terminów.

Aby wesprzeć urzędników ds. zamówień w wykonywaniu tego zadania, Komisja opracowała zwięzły zbiór porad dotyczących:

- opracowywania postępowań o udzielenie zamówienia w sposób przeciwdziałający znikom między oferentami (sekcja 2 załącznika),
- wykrywania potencjalnej znowy podczas oceny ofert (sekcja 3 załącznika) oraz
- reagowania w przypadku podejrzenia znowy (sekcja 4 załącznika).

Aby zapoznać się z bardziej wyczerpującymi poradami, zob. szczegółowe wytyczne opublikowane przez OECD <sup>(1)</sup> i OLAF <sup>(2)</sup>, a także wytyczne krajowych organów ochrony konkurencji państw członkowskich UE.

**2. Porady dotyczące sposobu przygotowywania postępowań o udzielenie zamówienia w sposób przeciwdziałający znikom między oferentami**

- Opracowując ogólną strategię udzielania zamówień oraz przygotowując postępowania o udzielenie zamówienia, **należy dążyć do zapewnienia możliwie jak największego uczestnictwa oferentów** – zarówno krajowych, jak i zagranicznych.

Ułatwienie wykonawcom udziału zwiększa konkurencję oraz ogranicza do minimum ryzyko znowy. Ponadto udział wykonawców z zagranicy ogranicza ryzyko znowy w skoncentrowanych sektorach, w których działa niewielka liczba krajowych wykonawców.

- Po ustaleniu przedmiotu zamówienia, a przed zaplanowaniem i rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia **należy przeprowadzić wnikliwe badanie rynku**, w ramach którego dostarczone zostaną usługi lub produkty będące przedmiotem zamówienia.
  - Należy zdobyć możliwie jak najwięcej informacji na temat tego, co jest dostępne na rynku, na temat możliwych do zaoferowania specyfikacji, wykonawców działających w danym sektorze, cen obowiązujących w podobnych przypadkach (w przypadku podobnych zamówień zarówno w sektorze publicznym, jak i prywatnym), przewidywanych kosztów wykonawcy itp.
  - Jeżeli organizator nie ma wyraźnego obrazu spodziewanych rzeczywistych kosztów rynkowych usługi, towaru lub robót budowlanych, na które zamierza rozpiścić przetarg, nie będzie w stanie ocenić, na ile oferty są odpowiednie czy racjonalne, ani czy ma miejsce manipulacja w oferowanej cenie.
  - Należy skorzystać z internetu w celu dokładnego zbadania rynku, z krajowej elektronicznej bazy danych dotyczących zamówień publicznych w celu wyszukania przykładów takich samych lub podobnych zakupów dokonanych w przeszłości oraz oficjalnych rejestrów zawodowych certyfikowanych wykonawców.
  - Należy omówić sprawę z pracownikami swojej instytucji lub innych instytucji zamawiających, które niedawno nabywały taki sam produkt lub usługę, i skorzystać z ich doświadczenia.
  - Należy pamiętać, że nie istnieje żadna zasada zakazująca urzędnikowi ds. zamówień przeprowadzenia wnikliwego badania rynku, jakiego dokonałaby każda osoba dokonująca zakupu na użytek prywatny.

<sup>(1)</sup> <https://www.oecd.org/daf/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>

<sup>(2)</sup> [https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc/2014/files/sfc-files/Fraud%20in%20Public%20Procurement\\_final%2020.12.2017%20ARES%282017%296254403.pdf](https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc/2014/files/sfc-files/Fraud%20in%20Public%20Procurement_final%2020.12.2017%20ARES%282017%296254403.pdf)

- Planując zakupy, należy **uniknąć, o ile to możliwe, przewidywalności** lub stale powtarzających się elementów w często organizowanych postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Wiedza lub pewność, że w najbliższych latach organizator co sześć miesięcy będzie rozpoczynał postępowanie o udzielenie zamówienia na taką samą ilość określonych robót budowlanych, produktów, usług lub dostaw przy takim samym szacowanym budżecie oraz przy takich samych warunkach umownych, znacznie ułatwią zachowania o charakterze z umowy, ponieważ wykonawcy będą wiedzieli, że starczy zamówień dla wszystkich. Mimo że warto z wyprzedzeniem informować rynek o swoich średnio- i długoterminowych potrzebach, należy dążyć do organizowania zakupów w sposób wystarczająco zróżnicowany pod względem terminów, ilości i budżetu. Utrudnia to podmiotom biorącym udział w zumowie „sprawiedliwy” podział rynku.

- **Należy zaplanować i rozpocząć postępowania o udzielenie zamówienia z odpowiednim wyprzedzeniem**, aby mieć wystarczająco dużo czasu na właściwą ocenę ofert i wyeliminowanie domniemanych przypadków z umowy, bez przekraczania terminu zakończenia postępowania.
- Jeżeli jest to możliwe oraz odpowiednie dla danego zakupu, **należy zastanowić się nad skorzystaniem z zakupów centralnych**, co może zapewnić dodatkowe gwarancje pod względem dostępności zasobów i wiedzy specjalistycznej niezbędnych do wykrycia z umowy.

Zakupy centralne przybierają zazwyczaj postać umów ramowych. Mimo że technika ta niesie za sobą znaczne korzyści zarówno dla instytucji zamawiającej, jak i dla wykonawców (może ona być szczególnie przydatna w zaspokajaniu potrzeb publicznych oraz gwarantowaniu szybkich dostaw), w niektórych przypadkach może powodować szkodliwe skutki, które mogą sprzyjać zumowom. Umowa ramowa, co do zasady, ogranicza konkurencję w sektorze, ponieważ przed upływem czterech lat żaden inny wykonawca poza wykonawcami umowy ramowej nie będzie mógł ubiegać się o konkretne zamówienia (czy też „zlecenia”) udzielane na jej podstawie. Brak nowych uczestników rynku w tym okresie może powodować wzrost ryzyka z umowy wśród wykonawców umowy ramowej, zwłaszcza w przypadku umów ramowych, w których tryb konkurencyjny zostaje ponownie uruchomiony na etapie poszczególnych zamówień.

- Należy opracowywać i przeprowadzać każde postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób, który **zachęci wykonawców do maksymalnego udziału**.
  - Należy określić jasne, racjonalne, spójne, wyczerpujące i łatwe do zrozumienia specyfikacje techniczne oraz kryteria kwalifikacji, które są proporcjonalne do robót budowlanych, usług lub towarów będących przedmiotem zamówienia oraz które spełniają europejskie i krajowe wymogi.
  - Należy unikać warunków, które są zbędne, nadmiernie skomplikowane, nieistotne lub mają charakter dyskryminujący (tj. takich, które stawiają niektórych wykonawców w pozycji bardziej lub mniej uprzywilejowanej), ograniczają konkurencję oraz – w ostatecznym rozrachunku – podają w wątpliwość obiektywność postępowania o udzielenie zamówienia oraz rzetelność instytucji zamawiającej jako potencjalnego przyszłego klienta.
  - Należy korzystać z kryteriów udzielania zamówień opartych na jakości: stosowanie wyłącznie kryterium ceny jako kryterium udzielenia zamówienia ułatwia porozumienia kartelowe, ponieważ wynik oceny staje się bardziej przewidywalny i łatwiej jest nim manipulować. Ocena ofert na podstawie kryterium jakości sprawia, że podmiotom biorącym udział w zumowie trudniej jest manipulować ich ofertami, ponieważ w takiej sytuacji nie są oni w stanie w prosty sposób przewidzieć, jak oceni ich komisja oceniająca.
  - O ile jest to możliwe, należy poszukiwać innowacyjnych rozwiązań odpowiadających własnym potrzebom. Podmioty biorące udział w zumowie, polegające zazwyczaj na stabilnych i przewidywalnych zakupach publicznych, często nie mogą zagwarantować świadczenia innowacyjnych usług lub dostaw, czego nie można powiedzieć o nowych uczestnikach rynku, którzy wchodzi na dany rynek, aby wypełnić tę lukę. Drastycznie ogranicza to pewność uczestników z umowy, że jednemu z nich zostanie udzielone zamówienie.
  - Należy dać wykonawcom wystarczająco dużo czasu na przygotowanie i złożenie oferty: niezależnie od minimalnego terminu przewidzianego w unijnych dyrektywach lub prawie krajowym możliwe jest wyznaczenie dłuższego terminu składania ofert, uwzględniającego złożoność usługi lub towaru będących przedmiotem zamówienia.
  - Należy unikać pobierania od wykonawców opłat za dostęp do informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia.
  - Należy w pełni wykorzystywać elektroniczne zamówienia publiczne, które znacznie ułatwiają oferentom dostęp do informacji oraz złożenie oferty.



- Informacje oraz ogłoszenie o zamówieniu należy publikować w tak wielu miejscach, jak jest to możliwe, a także należy unikać ich publikowania w okresach świątecznych, ponieważ ogranicza to czas wykonawców na przygotowanie oferty.
- Należy dążyć do zakończenia postępowania w możliwie jak najkrótszym terminie, ograniczając w maksymalnym możliwym stopniu okres między terminem składania ofert a decyzją o udzieleniu zamówienia. Zachęca to wykonawców do udziału, a jednocześnie ogranicza czas oferentów na porozumienia mające charakter zmowy (np. negocjacje w sprawie wycofania się oferenta z postępowania w zamian za otrzymanie części zamówienia jako podwykonawca).
- Należy stosować metody służące **zwiększaniu świadomości wykonawców co do potencjalnych konsekwencji oraz zniechęcaniu ich do udziału w zmowie**.
  - Uwzględnienie w dokumentacji przetargowej przepisów i klauzul, takich jak:
    - wymóg, aby oferenci składali oświadczenie, że przygotowali swoją ofertę niezależnie od innych oferentów,
    - nałożenie kar na przyszłego wykonawcę, w przypadku gdy zostanie wykryte, że brał on udział w zmowie w kontekście postępowania o udzielenie zamówienia, lub jednoznaczna możliwość rozwiązania umowy przez instytucję zamawiającą lub dochodzenia przez nią odszkodowania z tego powodu,
    - informacje na temat potencjalnych kar przewidywanych na mocy przepisów krajowych w przypadkach zmowy (takich jak wykluczenie z na pewien czas z przetargów publicznych lub nałożenie kar na mocy prawa konkurencji).
  - Należy wymagać od oferentów, na warunkach przewidzianych w przepisach krajowych, ujawniania podczas postępowania, w najkrótszym możliwym terminie, czy zamierzają oni zlecić część zamówienia podwykonawcom.
  - Należy uważnie zastanowić się, jakie informacje ujawnić podczas postępowania o udzielenie zamówienia. Nie jest konieczne wychodzenie poza to, co jest wymagane przez prawo europejskie i krajowe. O ile to możliwe, należy unikać ujawniania informacji (takich jak informacje na temat tego, kto złożył ofertę, za jaką cenę, szczegółów postępowania itp.), które mogą ułatwić kontakt między wykonawcami lub umożliwić podmiotom biorącym udział w zmowie łatwe sprawdzenie, czy podczas udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wszyscy uczestnicy zmowy przestrzegają warunków tego nielegalnego porozumienia.

### 3. Porady dotyczące wykrywania potencjalnej zmowy podczas oceny ofert

- **Należy przeznaczyć niezbędny czas na szczegółowe przeanalizowanie ofert złożonych w postępowaniu.** Zmowę często wykrywa się dzięki szczegółom, które zazwyczaj pozostają niezauważone, ale mogą stanowić prawdopodobne przesłanki, że niektóre oferty zostały przygotowane przez tę samą osobę lub skoordynowane między oferentami. Należy zwracać uwagę na:
  - identyczne błędy lub literówki w różnych ofertach,
  - różne oferty spisane podobnym pismem lub o podobnym kroju liter,
  - oferty na papierze z nagłówkiem innego oferenta lub z danymi kontaktowymi innego oferenta,
  - różne oferty z takimi samymi błędami w obliczeniach lub stosujące tę samą metodę oszacowania kosztu niektórych pozycji,
  - oferty składane przez tę samą osobę lub z osobami o tych samych danych kontaktowych.
- **Należy zwrócić większą uwagę na oferty, które odbiegają znacznie od minimalnych standardów wymaganych w dokumentacji przetargowej,** są w dużej mierze nieukończone lub pochodzą od wykonawcy, który z oczywistych względów nie jest zdolny do wykonania umowy.

Takie oferty stanowią przesłankę możliwej zmowy, która obejmuje złożenie tzw. ofert podkładowych (tj. ofert, które nie mają szans wygrać postępowania ani też nie są składane z takim zamiarem), aby zmanipulować ocenę i osiągnąć pożądany skutek.
- **Należy uważnie analizować ceny proponowane przez oferentów,** zwłaszcza ceny, które nie mają sensu, ponieważ są albo nadmiernie niskie, albo nadmiernie wysokie w stosunku do szacowanego kosztu zamówienia, bez żadnego oczywistego wyjaśnienia. Należy zwracać uwagę na:
  - przesłanki świadczące o tym, że przedsiębiorstwa mogą skoordynować swoje ceny, np. stosować takie same podwyżki cen, których nie można wyjaśnić wzrostem kosztów na rynku ani wstrzymanymi zniżkami, zwłaszcza na rynku, na którym w przeszłości udzielano zniżek,
  - dużą różnicę między ceną zwycięskiej oferty a innymi ofertami,

- dużą różnicę w cenie oferty danego dostawcy na dane zamówienie względem oferty tego samego dostawcy na inne podobne zamówienie,
  - znaczne obniżki w stosunku do cen w przeszłości w następstwie złożenia oferty przez wykonawcę, który jest nowy lub rzadko składa oferty, co oznacza, że nowy wykonawca mógł zakłócić istniejący kartel,
  - lokalnych dostawców oferujących wyższe ceny za dostawę lokalną niż za dostawę do miejsc oddalonych,
  - przedsiębiorstwa lokalne i zamiejscowe oferujące podobne koszty dostawy,
  - oferowanie tej samej ceny przez większość oferentów,
  - proponowanie przez niektórych oferentów cen, które znacznie różnią się od cen w podobnych postępowaniach.
- **Jeśli to możliwe, należy sprawdzić** (korzystając z elektronicznych baz danych dotyczących zamówień publicznych, takich jak krajowe rejestry zamówień, lub innych dostępnych narzędzi informatycznych), **czy otrzymane oferty pasują do schematów składania ofert**, które stwierdzono we wcześniejszych podobnych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Obecność takich schematów może stanowić przesłankę świadczącą o istnieniu porozumienia kartelowego. Aby rozpoznać takie schematy, należy dokonać weryfikacji pod kątem:
- tego, jak często wykonawcy otrzymują zamówienia lub nie otrzymują zamówień,
  - wykonawców, którzy konsekwentnie oferują wysokie ceny w niektórych postępowaniach i niskie ceny w innych postępowaniach w odniesieniu do tego samego rodzaju dostaw, robót budowlanych lub usług,
  - tego, czy ten sam wykonawca zawsze oferuje najniższą cenę,
  - wykonawców, którzy składają oferty, które wygrywają tylko w niektórych obszarach geograficznych,
  - wykonawców, którzy regularnie składają oferty, nieoczekiwanie nie biorą udziału w danym postępowaniu,
  - wykonawców, którzy nieoczekiwanie wycofują swoje oferty w trakcie postępowania,
  - wykonawców, którzy zawsze składają oferty, ale nigdy nie wygrywają,
  - wykonawców, którzy otrzymują zamówienia na zmianę.
- **Należy wykorzystać możliwości wynikające z prawa unijnego i krajowego, aby na dowolnym etapie postępowania otrzymać informacje o tym, czy oferent zamierza zlecić wykonanie części zamówienia podwykonawcom, a jeśli tak, to jakiemu przedsiębiorstwu.**

Jeżeli wybrany oferent zleca prace podwykonawcom, którym nie udzielono zamówienia, lub wybrany oferent nie zgadza się na podpisanie umowy, a później okazuje się być podwykonawcą oferenta, któremu ostatecznie udzielono zamówienia, może to stanowić wiarygodne przesłanki świadczące o istnieniu zmowy.

- **Należy zwrócić uwagę na oferty złożone przez konsorcjum wykonawców**, którzy byliby w stanie złożyć ofertę samodzielnie lub w przypadku których można było tego oczekiwać.

Wspólna oferta może być uzasadnioną decyzją biznesową, w zależności od konkretnych warunków rynkowych postępowania o udzielenie zamówienia, lub też koniecznością, jeżeli wykonawcy są w stanie spełnić kryteria kwalifikacji lub mają większe szanse na otrzymanie zamówienia wyłącznie wówczas, gdy składają ofertę jako konsorcjum. Jeżeli żadna z powyższych sytuacji nie ma miejsca, należy dokładnie ocenić, czy złożenie wspólnej oferty można uznać za przesłankę świadczącą o istnieniu zmowy.

- **Należy również zwrócić uwagę na oferty złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez wykonawców, którzy są w jakiś sposób powiązani** (np. oferty złożone przez spółkę dominującą i jej spółkę zależną lub przez dwie spółki należące do tej samej grupy).

Chociaż niekoniecznie musi to oznaczać, że takie przedsiębiorstwa powiązane dzieliły się informacjami dotyczącymi przygotowywania swoich ofert lub że działały w zмовie, oferty składane przez powiązane przedsiębiorstwa mogą być oparte na porozumieniu kartelowym i może istnieć konieczność uzyskania gwarancji, że wszystkie oferty przygotowano w sposób w pełni niezależny.

- **Należy zwrócić szczególną uwagę na oferty złożone przez wykonawców, którzy zostali w przeszłości wykluczeni przez daną instytucję zamawiającą lub inną instytucję zamawiającą z powodu zmowy lub których krajowy organ ochrony konkurencji uznał w przeszłości za winnych działań o charakterze zmowy.**

Chociaż takie ustalenie nie powoduje automatycznego wykluczenia oferenta z trwającego postępowania o udzielenie zamówienia, można je uznać, w określonych okolicznościach, za wiarygodną przesłankę świadczącą o istnieniu zmowy. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby uwzględnić również stwierdzone za granicą przypadki zmowy dotyczące tego samego wykonawcy. Oczywiście jeżeli wykonawcę wykluczono ze wszystkich krajowych postępowań o udzielenie zamówienia na pewien okres, a złożył on w tym okresie ofertę, należy wykluczyć go z postępowania o udzielenie zamówienia bez przeprowadzania oceny złożonej oferty.

#### 4. Porady na temat reagowania na przypadki podejrzenia zmowy

- W przypadku stwierdzenia, że istnieją wiarygodne przesłanki świadczące o tym, że grupa wykonawców wzięła udział w zмовie w celu ograniczenia konkurencji lub wcześniejszego ustalenia zwyczajcy postępowania o udzielenie zamówienia, **prawo Unii dopuszcza możliwość wykluczenia takich oferentów z postępowania o udzielenie zamówienia**.
  - Przed podjęciem takiej decyzji należy dokładnie ocenić przesłanki i udokumentować ustalenia (w tym wszystkie powiązane kontakty).
  - Należy wziąć pod uwagę takie aspekty, jak charakter i waga faktów, które doprowadziły do podejrzenia zmowy, możliwe wyjaśnienia przedstawione przez oferenta (zob. poniżej) oraz stan rynku w danym sektorze.
  - Należy rozważać wykluczenie tylko tych oferentów, którzy stanowią rzeczywiste zagrożenie dla konkurencji, na przykład tylko tych, którzy zainicjowali zmovę lub jej przewodzili.
  - Należy pamiętać, że każdy sygnał ostrzegawczy wskazujący na zmovę może mieć racjonalne wytłumaczenie, które należy uwzględnić przed wykluczeniem oferenta z postępowania.
- Należy wykorzystać możliwości przewidziane w prawie unijnym i krajowym, aby **umożliwić oferentom złożenie wyjaśnień w sprawie ich oferty**, w szczególności w odniesieniu do aspektów, które wzbudziły podejrzenia o zmovę.

Oferenci podejrzani o zmovę w kontekście postępowania o udzielenie zamówienia mają prawo, zgodnie z unijnymi przepisami, przedstawić argumenty przemawiające za ich dalszym udziałem w postępowaniu. Obejmuje to dowody na to, że podjęli działania w celu przywrócenia swojej rzetelności (jeśli zostali wykluczeni z wcześniejszego postępowania lub jeżeli krajowy organ ochrony konkurencji uznał ich za winnych udziału w zmovie) lub że ich udział w postępowaniu nie stwarza ryzyka dla konieczności zapewnienia rzeczywistej konkurencyjności. Jeżeli argumenty przedstawione przez oferenta lub działania służące „samooczyszczeniu” podjęte na podstawie dyrektyw UE lub prawa krajowego są wystarczające do wykazania jego rzetelności, oferent musi pozostać uczestnikiem postępowania. Służy to zwiększeniu konkurencji, w szczególności w przypadku rynków skoncentrowanych, na których działa niewielu wykonawców.

- Podczas gromadzenia i oceniania takich argumentów nie należy bezpośrednio oskarżać oferentów o zmovę ani nawet sugerować, że takie oskarżenie może paść, ponieważ może to skłonić zmagających się oferentów do niezgodnego z prawem zniszczenia dowodów, które mogą się przydać w procedurze.
- Należy przestrzegać zasady równego traktowania oferentów (tzn. zapewnić wszystkim zainteresowanym oferentom takie same możliwości odniesienia się do wszelkich zastrzeżeń dotyczących ich oferty), ale nie można omawiać tych zastrzeżeń gremialnie z oferentami.
- Podczas oceniania ewentualnych otrzymanych wyjaśnień należy zwracać uwagę na wszelkie twierdzenia, które mogą potwierdzić podejrzenia, np. formułowane przez oferentów uzasadniających swoje ceny poprzez odniesienie do „sugerowanych cen branżowych”, „standardowych cen rynkowych” lub „cenników branżowych”, oznajmiających, że nie prowadzą sprzedaży na określonym obszarze lub na rzecz określonych klientów, bez żadnego racjonalnego wytłumaczenia, lub wyjaśniających, dlaczego oferują określoną cenę, za pomocą tych samych argumentów lub nawet tej samej terminologii, co inni oferenci.
- Argumenty przedstawione przez oferentów należy zbadać w sposób proporcjonalny i otwarty.
- **Należy skontaktować się z krajowym organem ochrony konkurencji lub centralnym urzędem zamówień publicznych** (lub innym właściwym organem, w zależności od ustaleń obowiązujących na szczeblu krajowym), w szczególności w przypadku napotkania wątpliwości, aby uzyskać od nich porady i specjalistyczną pomoc w rozwiązaniu problemu.
  - Jeżeli istnieje dostęp do takich zasobów lub przewidziano taką możliwość, można również rozważyć zasięgnięcie porady w dziale prawnym lub dziale audytu.

- Należy zachować tę komunikację w tajemnicy i nie informować o niej ani podejrzanego oferenta, ani innych oferentów, aby uniknąć sytuacji, w której ewentualni oferenci biorący udział w znowie będą mieli czas na niezgodne z prawem zniszczenie dowodów, zanim organ ochrony konkurencji podejmie decyzję o interwencji.
  - W przypadku podjęcia na tej podstawie decyzji o wykluczeniu oferenta **należy poinformować o tym krajowy organ ochrony konkurencji lub centralny urząd zamówień publicznych**, podając jak najwięcej informacji szczegółowych. Dzięki temu organy te będą mogły podjąć dalsze działania w tej sprawie oraz, ogólniej rzecz ujmując, monitorować stosowanie tej podstawy wykluczenia na szczeblu krajowym przez instytucje zamawiające.
-