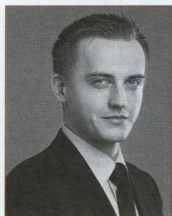


Nienależyte wykonanie umowy o zamówienie publiczne

Wykonawca, który nie wykonał lub nienależycie wykonał umowę o zamówienie publiczne, może z tego powodu zostać wykluczony z przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Dla wykonawcy, który realizuje głównie kontrakty publiczne, taka sankcja może być bardzo dotkliwa, a w skrajnych przypadkach może nawet prowadzić do wyeliminowania przedsiębiorcy z rynku. Z tego względu, zarówno z punktu widzenia wykonawcy, jak i zamawiającego, konieczna jest bardzo ostrożna analiza oraz ocena okoliczności i skutków związanych z rozwiązaniem wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne.

■■■ | DZP
więcej niż prawo



**TOMASZ
MICHALCZYK**

radca prawny, senior
associate w Praktyce
Infrastruktury i
Energetyki kancelarii
Domański Zakrzewski
Palinka

Choć od dokonanej w 2016 roku dużej nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych minęły już trzy lata i zarówno zamawiający, jak i wykonawcy mieli czas, żeby oswoić się z nowymi przepisami, to stosowanie przesłanek wykluczenia dalej budzi kontrowersje oraz istotne wątpliwości interpretacyjne. Jedną z takich „problematycznych” przesłanek do przewidziana w przepisie art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykonał albo nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Decyduje zamawiający

Przesłanka wykluczenia z powodu niewykonania wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne to jedna z tzw. fakultatywnych przesłanek wykluczenia. W przeciwieństwie do przesłanek obligatoryjnych przewidzianych w art. 24 ust. 1 Pzp, które muszą zostać zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w przypadku przesłanek fakultatywnych, to sam zamawiający decyduje o tym, czy w prowadzonym przez niego postępowaniu niewykonanie przez wykonawcę wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne będzie stanowić podstawę wykluczenia. Co jednak istotne, aby dana przesłanka fakultatywna mogła znaleźć zastosowanie, musi ona zostać przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

WAŻNE

Podział na przesłanki fakultatywne i obligatoryjne miał ułatwić zamawiającym prowadzenie postępowań poprzez ograniczenie podstaw wykluczenia, które zamawiający muszą stosować z urzędu.

Stosowanie przesłanek fakultatywnych powinno zatem być podyktowane potrzebami zamawiającego oraz specyfiką prowadzonego postępowania. W konsekwencji przesłanka wykluczenia z powodu niewykonania wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne stosowana jest zazwyczaj w postępowaniach dotyczących realizacji skomplikowanych zamówień o znacznej wartości, w których weryfikacja rzetelności wykonawcy ma kluczowe znaczenie.

Warunki wykluczenia

Z odczytywanego literalnie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp wynikają na pozór proste do zweryfikowania warunki, które muszą zostać spełnione łącznie:

- dany wykonawca nie wykonał wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub wykonał ją nienależycie,
- powyższe nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- niewykonanie lub nienależyte wykonanie dotyczyło istotnego stopnia umowy,

- co w ostateczności doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Pierwszy problem interpretacyjny pojawia się w momencie wypełnienia formularza JEDZ, w którym wykonawca musi odpowiedzieć twierdząco lub przecząco na pytanie, czy znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z taką wcześniejszą umową.

Oświadczenie zawarte w JEDZ, pod kątem którego zamawiający będzie badał, czy zachodzi podstawa do wykluczenia, zostało sformułowane inaczej niż art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Pytanie sformułowane w JEDZ nie odnosi się przykładowo do kwestii „przyczyn”, z powodu których umowa została rozwiązana czy też posługuje się terminem „innych porównywalnych sankcji”. Powyższe wynika z faktu, iż JEDZ jest formularzem ustanowionym na szczeblu europejskim, a tym samym w założeniu ma mieć charakter uniwersalny w odniesieniu do porządków prawnych wszystkich krajów UE. Inaczej rzecz ujmując, pojęcia i pytania użyte w JEDZ nie zawsze będą odpowiadać literalnej treści przepisów Pzp, ponieważ formularz został przygotowany w oparciu o przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r., z którą co do zasady muszą być zgodne regulacje poszczególnych krajów UE.

Powyższe doskonale obrazuje zestawienie pytania zawartego w JEDZ z przepisem art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy, który stanowi o możliwości wykluczenia z postępowania wykonawcy, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Wypełniając JEDZ, z punktu widzenia wykonawcy, oraz oceniając zawarte w nim informacje, z punktu widzenia zamawiającego, należy mieć zatem na względzie przede wszystkim warunki określone w art. 24 ust. 5 pkt. 4 Pzp, bo pod ich kątem zostanie dokonana ocena złożonego w JEDZ oświadczenia.

Ocenne przyczyny wykluczenia

Kolejny problem dotyczy oceny, czy umowa została rozwiązana przed czasem w związku



z nienależytym wykonaniem umowy z przyczyn leżących na stronie wykonawcy. Przyczyny wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy przez zamawiającego (bo zasadniczo takich okoliczności dotyczy omawiany przepis), w szczególności w przypadku zamówień na roboty budowlane, rzadko można przypisać wyłącznie jednej stronie umowy. Co więcej, przyczyny odstąpienia są wypadkową wielu bardzo ocenianych elementów, takich jak przebieg i sposób wykonywania umowy, organizacja pracy czy przyczyny zewnętrzne i okoliczności obiektywnie niezależne od stron umowy, które mogą mieć istotne znaczenie dla oceny przeszkód związanych z należyтым wykonaniem umowy przez wykonawcę, co doprowadziło do jej rozwiązania.

W trakcie oceny, czy przyczyny odstąpienia leżały po stronie wykonawcy, najczęściej popełnianym przez zamawiających błędem jest bezkrytyczna wiara w to, że jeżeli inny zamawiający odstąpił od umowy, to z całą pewnością musiał mieć ku temu powód, a wyłączną winę za odstąpienie ponosi wykonawca.

Jak wynika m.in. z wyroku KIO z 21 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 422/18), po pierwsze, zamawiający nie może opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą, ale konieczne jest wykazanie, że do rozwiązania umowy doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, ponieważ rzeczywiste przyczyny rozwiązania umowy mogą zależeć od zamawiającego lub być zupełnie niezależne od stron. Po drugie, oświadczenie woli zamawiającego o odstąpieniu od umowy jest jedynie poglądem strony odstępującej i nie stanowi dowodu na nienależytość wykonania, a wypo-

wiedzenie umowy przez zamawiającego, który twierdzi, iż nastąpiło ono z przyczyn zależnych od wykonawcy nie może równać się udowodnionemu faktycznie nienależytemu wykonaniu.

WAŻNE

Od roku 2011 obowiązywał w prawie polskim przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, który przewidywał możliwość wykluczenia z postępowania wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpił od takiej umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Przepis ten został uchylony w 2014 roku m.in. w związku z wyrokiem TSUE z 13 grudnia 2012 r. (sygn. akt C 465/11), który zapadł w sprawie Forposta S.A., ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej S.A.

Procedura self-cleaning

Ocena, czy rozwiązanie wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne może stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy z danego postępowania, o ile taki wykonawca nie korzysta z procedury self-cleaning (art. 24 ust. 8 Pzp), może wydawać się relatywnie prosta, gdy wykonawca nie zaprzecza, że ponosi odpowiedzialność za rozwiązanie umowy.

Co jednak, gdy wykonawca prowadzi spór sądowy z zamawiającym, kwestionując przypisaną mu przez zamawiającego odpowiedzialność za nienależyte wykonanie umowy oraz kwestionując zasadność lub skuteczność odstąpienia? Postępowanie przed sądem powszechnym może toczyć się latami i wymagać przeprowadzenia wielu dowodów (np. przesłuchania świadków czy opinii biegłych). Nawet po zakończeniu ta-

kiego postępowania dowodowego orzeczenie o odpowiedzialności wykonawcy za nienależyte wykonanie umowy może nie być jednoznaczne lub skutecznie kwestionowane w ramach postępowania apelacyjnego.

W takiej sytuacji badanie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy zachodzi wobec wykonawcy przesłanka wykluczenia, będzie sprowadzać się do oceny przez zamawiającego stopnia winy czy odpowiedzialności wykonawcy, przy bardzo ograniczonych środkach dowodowych. Prowadzony pomiędzy stronami spór sądowy pozwala zatem co najmniej poddać pod wątpliwość uprawnienie zamawiającego do przeprowadzania powyższej oceny w ramach postępowania o zamówienie publiczne.

Podsumowanie

Opisane powyżej kwestie to nie wszystkie, ale wyłącznie wybrane problemy, które pojawiają się na tle stosowania art. 24 ust. 5 pkt. 4 Pzp. Praktyka stosowania tej przesłanki wykluczenia pokazuje, że nierzadko powoduje ona, zarówno po stronie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak również zamawiających, którzy muszą dokonać oceny tej przesłanki, na podstawie danych zawartych w JEDZ lub informacji własnych bądź pozyskanych od podmiotów trzecich, kompleksowej i rzetelnej oceny bardzo skomplikowanych stanów faktycznych i prawnych.

Mając na uwadze, że omawiany przepis ma charakter sankcyjny i może znaleźć zastosowanie przez trzy lata od momentu wystąpienia zdarzenia, które stanowi podstawę wykluczenia z postępowania, to nierozważne stosowanie tej przesłanki ze strony zamawiających lub jej zbagatelizowanie, ze strony wykonawcy, może prowadzić nawet do długotrwałego wyeliminowania wykonawcy z rynku zamówień publicznych. Z tego względu konieczne jest zachowanie daleko posuniętej ostrożności, nie tylko podczas podejmowania decyzji o zastosowaniu tej przesłanki, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, ale przede wszystkim podczas dokonywania oceny konkretnych przypadków, w których miało miejsce rozwiązanie umowy przed czasem.

Podstawa prawna

► art. 24 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986; ost. zm. Dz.U. z 2019 r. poz. 730)

