

Wykluczenie wykonawcy jako skutek rozwiązania umowy z przyczyn leżących po jego stronie

Exclusion of a contractor from participation in a public procurement procedure as a result of contract termination for reasons attributable to them



Justyna Bójko

radcą prawnym w Kancelarii JBW

j.bojko@kancelariajbw.com.pl



Małgorzata Puto

prawnik w Kancelarii JBW,
doktorantka na Wydziale Prawa
i Administracji Uniwersytetu
Gdańskiego

kancelaria@kancelariajbw.com.pl

Streszczenie: W artykule opisane zostały obligatoryjne i fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z przetargu, z uwzględnieniem orzecznictwa i poglądów doktryny. Uwagę zwrócono na fakultatywną przesłankę z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Zamawiający, aby móc z niej skorzystać, musi zawrzeć w umowie z wykonawcą odpowiednią klauzulę, przewidującą możliwość rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, co jest powszechną praktyką na polskim rynku zamówień publicznych. W przypadku jednak zawarcia takiej klauzuli zamawiający jest zobowiązany do jej zastosowania w razie spełnienia przesłanki. W artykule opisana została również instytucja samooczyszczania (self-cleaning), wywodząca się z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE. Procedura samooczyszczania może zapewnić ochronę wykonawcy przed wykluczeniem z przyszłych przetargów. Aby skorzystać z self-cleaningu wykonawca musi jednak przyznać, że przyczyna niewykonania lub nienależytego wykonania umowy leży po jego stronie

Słowa kluczowe: Wykluczenie; Umowa

Abstract: The article describes obligatory and optional grounds for excluding a contractor on the basis of Polish Public Procurement Law, taking into account the jurisprudence and views of the doctrine. The attention is paid to the optional ground based on art. 24 sec. 5 point 4 of the Polish Act of January 29, 2004, Public Procurement Law, according to which the contracting authority may exclude from the procurement procedure contractors who, for reasons attributable to them, failed to perform or to a significant extent improperly performed a prior public procurement contract or concession contract concluded with the contracting authority, which led to termination or awarding compensation. In order to be able to use the institution, the contracting party must include an appropriate clause in the contract, providing for the possibility of terminating the contract or awarding damages due to contractor's non-performance or improper performance of the contract, which is a common practice on the Polish public procurement market. However, in the event of such a clause, the contracting authority is obliged to apply it if the condition is met. The article also describes the self-cleaning institution, derived from art. 57 sec. 6 of Directive 2014/24/EU. The self-cleaning procedure can protect the contractor from being excluded from future tenders. However, In order to take advantage of self-cleaning, the contractor has to admit that non-performance or improper performance of the contract is their fault.

Keywords: Exclusion; Contract

Wstęp

Fakt odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn po stronie wykonawcy może mieć negatywny wpływ na wizerunek wykonawcy na rynku zamówień publicznych. Jednak nie tylko wizerunek może ucierpieć. Wykonawcy grozi bowiem wykluczenie z przyszłych przetargów. Ponadto zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 288, 1086), dalej jako: PZP, ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą. Odrzucenie w tej sytuacji następuje z mocy prawa, tym samym nie jest konieczne dokonywanie dodatkowych czynności przez zamawiającego, poza wykluczeniem wykonawcy (wyr. KIO z 22.2.2012 r., KIO 267/12, niepubl.). Jednak nawet w przypadku rozwiązania umowy z

przyczyn leżących po stronie wykonawcy może on uniknąć wykluczenia z przyszłych przetargów. W tym celu musi spełnić przesłanki tzw. samooczyszczania, o którym mowa w dalszej części artykułu.

Obligatoryjne i fakultatywne podstawy wykluczenia Wykonawcy

Podstawy wykluczenia Wykonawcy z przyszłych przetargów dzielą się na

obligatoryjne i fakultatywne.

1. Podstawy obligatoryjne

Podstawy obligatoryjne wykluczenia wykonawcy zostały zawarte w art. 24 ust. 1 PZP. Zgodnie z powyższym przepisem, do obligatoryjnych podstaw wykluczenia wykonawcy należą:

- a) Naruszenie przepisów karnych przez wykonawcę, urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta (art. 24 ust. 1 pkt 13-14 PZP),
- b) Nieuiszczenie składek i podatków przez wykonawcę (art. 24 ust. 1 pkt 15 PZP),
- c) Wprowadzenie w błąd zamawiającego (art. 24 ust. 1 pkt 16-17 PZP),
- d) Wpływ wykonawcy na czynności zamawiającego i przygotowanie postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 18 PZP),
- e) udział wykonawcy lub jego pracowników w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP),
- f) Porozumienie wykonawców (art. 24 ust. 1 pkt 20 PZP),
- g) Orzeczenie zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego (art. 24 ust. 1 pkt 20-21 PZP),
- h) Złożenie odrębnych ofert przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej (art. 24 ust. 1 pkt 23 PZP).

2. Wśród podstaw fakultatywnych wymienić należy:

- a) Upadłość i likwidacja wykonawcy (art. 24 ust. 5 pkt 1 PZP),
- b) Naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę (Artykuł 24 ust. 5 pkt 2 PZP),
- c) Powiązania wykonawcy z zamawiającym (art. 24 ust. 5 pkt 3 PZP),

- d) Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia (art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP),
- e) Popęlnienie wykroczenia przez wykonawcę (art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 PZP),
- f) Orzeczenie decyzją administracyjną kary pieniężnej wobec wykonawcy nie niższej niż 3000 zł za naruszenie obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym (art. 24 ust. 5 pkt 7 PZP),
- g) Brak płatności podatków, opłat i składek przez wykonawcę (art. 24 ust. 5 pkt 8 PZP).

W przypadku zaistnienia obligatoryjnych podstaw do wykluczenia danego wykonawcy z postępowania, określonych w art. 24 ust. 1 pkt 12–23 PZP, zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Warto wskazać, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 24 ust. 12 PZP).

W praktyce nierzadko dochodzi do wykluczenia wykonawców, choć nie zawsze wykluczenie przez zamawiającego jest zasadne. Przykładowo PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wykluczyła trzy konsorcja (Torpolu i Budimeksu; ZUE i Strabagu oraz OHL ZS i Elektrizace zeleznic Praha) z przetargu na modernizację odcinka pomiędzy Trzebiną a Krzeszowicami (od km 29,110 do km 46,700 linii nr 133) linii E30 pomiędzy Krakowem a Katowicami. Odwołania konsorcjum Torpolu i Budimeksu oraz ZUE i Strabagu zostały jednak uwzględnione. Natomiast postępowanie dotyczące odwołania OHL ZS zostało umorzone – z powodu uwzględnienia zarzutów przez PLK (zob. wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2017 r., KIO 620/17, KIO 627/17, <https://www.saos.org/pl/judgments/301935>).

Zdarza się też wykluczenie wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny w ofercie. Jest to również obligatoryjna podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.”

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku dnia 31 lipca 2020 r. (KIO 1499/20) orzekła:

„Zamawiający wykluczając wykonawcę P.E. sp. z o.o. z G. z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucając ofertę wykonawcy nie naruszył wskazanego art. 24 ust. 1 pkt 12 ZamPublU w związku z art. 24 ust. 4 ZamPublU a tym samym także wskazanego w odwołaniu art. 87 ust. 1 ZamPublU oraz art. 26 ust. 3 tej ustawy w związku z jej art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ZamPublU.”

Natomiast w wyroku z dnia 13 lipca 2020 r. (KIO 1077/20) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że PKP Polskie Linie Kolejowe powinna wykluczyć wykonawców z przetargu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP z uwagi na przedstawienie Zamawiającemu, w wyniku niedbalstwa, informacji wprowadzających w błąd, dotyczących braku podstawy do wykluczenia z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP.

Z kolei w wyroku z dnia 8 lipca 2020 r. (KIO 1053/20) Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadne wykluczenie wykonawcy z przetargu w związku z wprowadzeniem zamawiającego w błąd poprzez powołanie się w ofercie na doświadczenie, którego nie posiadał.

W przeciwieństwie do przedstawionych wyżej podstaw obligatoryjnych, podstawy fakultatywne mogą, ale nie

muszą prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP, „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.”

W art. 471 k.c. występuje pojęcie "niewykonanie zobowiązania", co odnosi się dokładnie do pojęcia "niewykonanie zamówienia" w ustawie o zamówieniach publicznych. Niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy realizacja świadczenia nie nastąpiła i istnieją okoliczności wyłączające późniejsze jego spełnienie, a więc gdy dłużnik w ogóle nie świadczył lub świadczył inny przedmiot niż wynikający z treści zobowiązania (zob. np. T. Pajor, Odpowiedzialność, s. 92; F. Zoll, w: SPP, t. 6, 2014, s. 1134). Natomiast nienależyte wykonanie zobowiązania ma miejsce wtedy, gdy zachowanie dłużnika zmierzało do spełnienia świadczenia, jednak osiągnięty przez niego wynik nie spełnia wymogów świadczenia, do którego dłużnik był zobowiązany (zob. np. wyr. SA w Łodzi z 16.4.2014 r., I ACa 1231/13, Legalis; wyr. SA w Warszawie z 19.2.2016 r., I ACa 715/15, Legalis; wyr. SA w Białymstoku z 20.9.2017 r., I ACa 254/17, Legalis).

Przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP jest samodzielną podstawą wykluczenia z postępowania. W przepisie tym określono kilka przesłanek, które muszą zaistnieć łącznie, aby ziściła się podstawa wykluczenia. Zasadniczą okolicznością jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne lub umowy koncesji. Niewykonanie

może odnosić się do całej umowy lub tylko jej części. Nienależyte wykonanie natomiast oznacza wykonanie w sposób odbiegający od treści umowy. Według J. Pieroga i J. Presz-Króla oznacza to, np. wykonanie umowy na poziomie jakościowym odbiegającym od oczekiwanego, wykonanie po określonym w niej terminie, nieprzystąpienie do usunięcia wad czy nienaprawienie szkód poczynionych w trakcie realizacji umowy (zob. J. Pieróg, J. Presz-Król, Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, s. 173).

W przypadku wykazania przez zamawiającego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zamawiający może rozwiązać umowę z wykonawcą, co będzie stanowiło podstawę do wykluczenia w przyszłych przetargach. Wykonawca może alternatywnie wykluczyć wykonawcę z przetargu w przypadku zasądzenia zadośćuczynienia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę.

Aby rozwiązać umowę na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP Zamawiający musi wykazać czego wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku nie spełnił oraz że miało to charakter istotny – czyli wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle, albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące (zob. wyrok KIO z 26 marca 2018 r., KIO 454/18). To na zamawiającym zatem spoczywa ciężar udowodnienia, że wykonawca nie wykonał umowy. Ponadto: „podmiot zamawiający winien wskazać, które elementy nienależytego wykonania umowy uważa za tyle istotne, że stanowiły one podstawę do zniesienia istniejącego pomiędzy danym wykonawcą a podmiotem zamawiającym stosunku zobowiązaniowego, mającego swoje źródło we wcześniejszej umowie. Brak tych

elementów stanowi o wadliwości dokonanej przez Zamawiającego czynności, gdyż jak zostanie wskazane w dalszej części uzasadnienia, pozbawia wykonawcy możliwości skutecznej obrony swych praw. Nie można bowiem zakładać, że każde naruszenie obowiązków kontraktowych będzie stanowiło przesłankę do odstąpienia od umowy i w konsekwencji do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tym samym te istotne, z punktu widzenia podmiotu zamawiającego, elementy powinny zostać wskazane w uzasadnieniu podjętej czynności. Przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. stanowi szczególny przypadek nierzetelnego działania wykonawców, objęty sankcją wykluczenia, wpisujący się w bardziej pojemną przesłankę ujętą w treści art. 24 ust. 5 pkt 2 p.z.p., gdzie mowa jest nie tylko o zawinionym, ale również poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych.” (wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2522/17).

Warto podkreślić, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18 wskazał, iż art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE, którego implementację stanowi art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP, powierza zamawiającemu a nie sądowi konieczność dokonania oceny w zakresie zasadności wykluczenia. Oznacza to, iż zamawiający niezależnie od toczącej się sprawy sądowej jest zobowiązany dokonać oceny zasadności wykluczenia wykonawcy.

W art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy 2014/24/UE jest mowa o wykazywaniu przez wykonawcę znaczącego lub uporczywego niespełnienia istotnego wymogu. W tej sytuacji użyte w art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP sformułowanie "w istotnym stopniu" należy rozumieć szeroko. Odnosić się ono może zarówno do zakresu umowy i niewykonania go w istotnym (znaczącym) stopniu, jak i do wykonania umowy ze znaczą-

cym naruszeniem jej postanowień. Natomiast drobne naruszenie nawet istotnych postanowień umowy nie powinno być podstawą do rozpatrzenia kwestii wykluczenia. Podkreślić należy, że wina Wykonawcy przy stosowaniu omawianej przesłanki wykluczenia nie ma żadnego znaczenia. Wystarczające jest, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy nastąpi z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. To znacznie rozszerza odpowiedzialność Wykonawcy i tym samym podstawy wykluczenia z postępowania. Powstaje jednak pytanie czy umowa powinna w swej treści przewidywać odpowiedzialność bez wykazywania winy, czy też rolą Zamawiającego podejmującego decyzję o wykluczeniu jest ustalenie powodów, dla których nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy. W tym ostatnim przypadku podstawą do wykluczenia będą wszelkie sytuacje powodujące określony skutek, a nie tylko przypadki określone w umowie. Jak się wydaje, to szerokie ujęcie przesłanki odpowiedzialności jest prawidłowe, gdyż odnoszenie się tylko do okoliczności przewidzianych we wcześniejszej umowie powinno być zadaniem strony tamtej umowy, nie zaś zamawiającego decydującego o wykluczeniu.

Wykazanie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy daje podstawę do wykluczenia tylko wtedy, gdy umowa zostanie rozwiązana lub zasądzone zostanie odszkodowanie. Słusznie przy tym zauważono w doktrynie, że "pojęcie rozwiązania umowy na gruncie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP należy traktować jako kategorię zbiorczą, w której mieszczą się jednostronne i dwustronne oświadczenia woli zmierzające do przedterminowego wygaśnięcia stosunku prawnego" [M. Śledziwska (red.), Proces udzielania zamówień publicz-

nych, s. 460]. Obok więc rozwiązania umowy za zgodną wolą stron należy pod tym pojęciem rozumieć także odstąpienie od umowy i wypowiedzenie umowy.

Niezależną od rozwiązania umowy okolicznością skutkującą wykluczeniem jest zasądzenie zamawiającemu odszkodowania od wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W tym wypadku wydaje się jednak, że pojęcie to należy rozumieć dosyć wąsko. Sam przepis wskazuje bowiem, że konieczność wypłacenia odszkodowania powinna zostać stwierdzona przez sąd. Nie wydaje się zatem możliwe uwzględnienie odszkodowania dobrowolnie zapłaconego przez wykonawcę jako przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP. Natomiast pojęcie odszkodowania obejmuje też kary umowne, ale te także muszą być zasądzone, nie zaś naliczone przez zamawiającego i dobrowolnie zapłacone przez wykonawcę. Wprowadzie kara umowna niekoniecznie musi wiązać się ze szkodą, ale przepis nie mówi o szkodzie, tylko o odszkodowaniu. Poza tym treść art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej odwołuje się do odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji, co pozwala zaliczyć do nich także kary umowne (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. 15, Warszawa 2019).

Fakultatywność przesłanki art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP

Zaznaczyć należy, że fakultatywność wykluczenia wykonawcy polega na możliwości (nie obowiązku) zawarcia takiej klauzuli w umowie lub SIWZ. W przypadku zastrzeżenia takiej klauzuli, zamawiający jest już zobowiązany do jej zastosowania w sytuacji spełnienia opisywanych przesłanek. Tak też stwierdził KIO w wyroku z dnia 22 maja 2018 r., KIO 899/18: „Możliwość

wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 P.z.p. uzależniona jest od wskazania tej podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 Prawa zamówień publicznych). Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 P.z.p. jest zatem podstawą fakultatywną wykluczenia, lecz charakter tej fakultatywności wynika z tego, iż zamawiający może, lecz nie musi wskazywać tej przesłanki w s.i.w.z. Niemniej jednak, w sytuacji, gdy zamawiający zdecyduje się na jej wskazanie, w sytuacji jej zaistnienia jest już obowiązany do jej zastosowania i wykluczenia każdego wykonawcy, wobec którego przesłanka ta się ziści." Z praktyki na polskim rynku zamówień publicznych wynika, że umieszczanie takiej klauzuli w umowie na zamówienie publiczne jest standardem.

Podkreślić również należy, że zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 3 PZP, wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP może nastąpić tylko w okresie 3 lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Określenie terminu zdarzenia będącego podstawą wykluczenia jest przedmiotem odrębnych sporów w doktrynie.

Self-cleaning

Wywodząca się z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE procedura samooczyszczania (self-cleaning) może zapewnić ochronę wykonawcy przed wykluczeniem z przyszłych przetargów. Jeżeli bowiem zamawiający uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie art. 24 ust. 8 PZP („Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 lub ust. 5, może przed-

stawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.”), to wykonawca nie podlega wykluczeniu (art. 24 ust. 9 ustawy PZP). Aby skorzystać z self-cleaningu wykonawca musi jednak przyznać, że przyczyna niewykonania lub nienależytego wykonania umowy leży po jego stronie. Jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne. Taki pogląd został zaprezentowany w szczególności w wyroku z dnia 3 lutego 2017 r., KIO 139/17.

Przykładowo w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP, KIO wskazała: "(...) dobrowolne zapłacenie przez przystępującego kary umownej, to okoliczność, która pozwala na uznanie, iż przystępujący naprawił szkody/zadośćuczynił zamawiającemu za te zdarzenia, które stanowiły podstawę do odstąpienia od umowy. Jest to bowiem element wprost wynikający z procedury samooczyszczenia, określony w przepisie art. 24 ust. 8 PZP. Za niezasadne, Izba uznała twierdzenia odwołujące-

go, że zapłata kar umownych oznacza przyznanie się do zawinionych działań naruszających umowę i stanowi koronny argument przemawiający za brakiem rzetelności wykonawcy" (wyr. KIO z 9.5.2017 r., KIO 706/17, Legalis).

Przesłanka rozwiązania umowy lub zasądzenia zadośćuczynienia z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę stanowi pewną przeszkodę w wykluczeniu wykonawców. Rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania w praktyce występuje dużo rzadziej niż faktyczne niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia w istotnym stopniu. W przypadku, gdy wykonawca nie wykonał umowy w sposób należyty, co jednak nie doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, można natomiast rozważyć wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP, tj. z powodu poważnego naruszenia obowiązków zawodowych.

Ponadto zgodnie z wyrokiem KIO z 26 marca 2018 r., KIO 454/18, również samo rozwiązanie umowy z wykonawcą nie wystarczy do wykluczenia wykonawcy z przyszłych przetargów: „Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi ponadto wykazać, że do rozwiązania umowy (zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a zatem musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało miejsce w istotnym stopniu, co oznacza, że zamawiający zobligowany jest wykazać, iż wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w

stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące.”

Podsumowanie

Zawarcie w SIWZ lub umowie z wykonawcą klauzuli o odstąpieniu od umowy w sytuacji niewykonania lub niewłaściwego wykonania umowy przez wykonawcę jest powszechną praktyką na polskim rynku zamówień publicznych. W przypadku zawarcia takiej klauzuli zamawiający jest zobowiązany do jej zastosowania w razie spełnienia przesłanki. Wykonawcy przysługuje jednak prawo samooczyszczenia poprzez naprawienie szkody wyrządzonej zamawiającemu. W przypadku skutecznego udowodnienia swojej rzetelności wykonawca może uniknąć wykluczenia z przyszłych przetargów.

**Niniejszy artykuł nie uwzględnia zmian, które wprowadza ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019). ◀*

Materiały źródłowe

- [1] Pieróg J., Presz-Król J., Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, Przetargi Publiczne, Biblioteka, Wrocław 2018;
- [2] Pieróg J., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wyd. 15, Warszawa 2019;
- [3] Śledziwska M. (red.), Proces udzielania zamówień publicznych, C.H. Beck, 2019.