



Prezydent Miasta Rybnika

Szanowny Pan  
Krzysztof Szafraniec  
Radny Miasta Rybnika

44-200 Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego 2  
t +48 32 43 92 107, f +48 32 42 24 124  
rybnik@um.rybnik.pl

BR.0003.24.2023

Rybnik, dnia 6 marca 2023 r.

W odpowiedzi na wniesioną interpelację wyjaśniam, że po przeanalizowaniu złożonego wniosku uznaję za niezasadne stosowanie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego na roboty budowlane.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp należy dokonać odrzucenia oferty Wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest dopuszczalne tylko w przypadku wystąpienia łącznie wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie.

Powyższa przesłanka wykluczenia jest przesłanką fakultatywną, a więc znajdzie ona zastosowanie w danym postępowaniu wyłącznie wtedy, gdy Zamawiający przewidzi to w dokumentach zamówienia.

Zastosowanie tej przesłanki w postępowaniu prowadzi do wydłużenia etapu badania ofert, a odrzucenie (lub nieodrzućenie) oferty Wykonawcy wykluczonego na jej podstawie może prowadzić do wielu kontrowersji. Weryfikacja czy zachodzi podstawa wykluczenia dokonywana jest na podstawie oświadczenia Wykonawcy. Zamawiający nie ma podstaw prawnych do żądania innych dokumentów (dowodów)

od Wykonawcy, jednak w sytuacjach wątpliwych powinien przeprowadzić szczegółowe badanie wszystkich okoliczności. Konieczność udowodnienia podstaw wykluczenia leży po stronie Zamawiającego, który we własnym zakresie musi ustalić wszystkie fakty związane z możliwością zastosowania przesłanki. Nie istnieje żadna ogólna baza danych w tym zakresie, co do której mógłby się Zamawiający odwołać, w celu jednoznacznej weryfikacji możliwości wykluczenia Wykonawcy.

I tak zaczynając od samego brzmienia przepisu, wykluczając Wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający nie może opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło np. do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy. Zamawiający musi wykazać, że do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy doszło, ponieważ Wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. Oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, czego konkretnie Wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji nie wykonał i ustalić, że było to dla tej umowy istotne.

W praktyce, w przypadku odstąpienia lub wypowiedzenia Zamawiającego od umowy z powodu jej nienależytej realizacji, Wykonawca z dużym prawdopodobieństwem będzie kwestionował skuteczność czy zasadność takiej decyzji. Rodzi się zatem pytanie czy powstały na tym tle spór ma wpływ na zastosowanie tej przesłanki wykluczenia. Kwestionowanie przez Wykonawcę decyzji Zamawiającego może zakończyć się np. zawarciem ugody lub wydaniem wyroku sądowego niepotwierdzającego niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w znacznym stopniu lub zakresie. Jakie w takim razie stanowisko powinien przyjąć Zamawiający w przypadku wystąpienia sporu?

Kolejna wątpliwość jaka może się pojawić przy badaniu przywołanej przesłanki to „odszkodowanie”. Pojęcie to jest bardzo szerokie, a kluczowe z perspektywy Wykonawców jest, że „odszkodowaniem” jest również kara umowna co potwierdził w swojej opinii Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. O ile bowiem zerwana umowa jest zdarzeniem ostatecznym i przez to stosowanym stosunkowo rzadko, tak kary umowne towarzyszą realizacji właściwie wszystkich kontraktów publicznych. I tak pojawia się kolejna wątpliwość czy Zamawiający powinien brać pod uwagę wszystkie kary umowne naliczane Wykonawcy? Przepis wskazuje, że wykluczenie nastąpić

może jedynie z tytułu niewykonania „istotnych” zobowiązań (a więc nie każdych), a uchybienie Wykonawcy musiało nastąpić „w znacznym stopniu”. Problem polega jednak na tym, że przywołane pojęcia odnoszące się do stopnia zawinienia czy powagi uchybień mają ocenny charakter i na temat tego samego zdarzenia powstać może kilka różniących się między sobą opinii.

Oprócz wielu wątpliwości z ustaleniem powyższego pojawia się kolejny problem wynikający z tego, że omawiany przepis dotyczy odszkodowań, które doszły do skutku. Wykonawcy nie zawsze płacą wszystkie kary umowne, które się im nalicza, a Zamawiający nie zawsze dochodzą wszystkich należnych odszkodowań. Wiele kar umownych pozostaje niezapłaconych, a Zamawiający nie dochodzą ich sądowo.

Powyższe może prowadzić do zaburzenia podstawowej zasady równego traktowania Wykonawców gdyż zdarza się, że przy analogicznych przewinieniach jednemu Zamawiającemu uda się skutecznie dojść zapłaty kary umownej, a inny nie będzie nawet wytaczał powództwa o jej zapłatę.

I tak Wykonawca, który dobrowolnie zapłacił karę będzie w gorszej sytuacji niż Wykonawca, który naliczonej kary nie zapłacił i toczy się spór sądowy o jej zapłatę.

Trzeba mieć na uwadze ogromne trudności, jakie może napotkać Zamawiający ustalając powyższą okoliczność wraz z podjęciem decyzji czy wpływa ona na wykluczenie z postępowania. Wykonawcy składając oświadczenie w zakresie wystąpienia przesłanek z art. 109 ust 1 pkt 7 również mogą mieć odmienne opinie w powyższych zakresach i ich oświadczenia nawet w jednakowych sytuacjach mogą zawierać odmienne treści.

Jakby mało było problemów z prawidłowym ustaleniem stanu faktycznego wskazującego na istnienie podstaw do wykluczenia Wykonawcy to prawodawca pozostawił kolejną furtkę ku temu, by jednak nie zawsze dokonywać wykluczenia z postępowania Wykonawcy, co do którego Zamawiający udowodni, że spełniła się podstawa wykluczenia. W art. 109 ust. 3 Pzp przewidziano uprawnienie Zamawiającego do tego, by jednak nie wykluczał Wykonawcy za powyższe naruszenie, o ile takie wykluczenie „byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne”. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, której granice są trudne do uchwycenia i standaryzacji. Ustalenie samej nieproporcjonalności jest trudne, a ocenę komplikuje to, by ta nieproporcjonalność miała także charakter oczywisty. Ciężar prawidłowego osądu ustawa przerzuca na Zamawiającego, który wielokrotnie

będzie miał poważny problem decydując o wykluczeniu lub niewykluczeniu Wykonawcy.

Zakładając optymistycznie, że Zamawiający powyższe okoliczności zweryfikuje w sposób jednoznaczny to pojawia się kolejny element, który należy sprawdzić przed podjęciem ostatecznej decyzji. I tak obok instytucji z art. 109 ust. 3 PZP prawodawca przewidział jeszcze jedną sytuację, gdy pomimo spełnienia się przesłanki do wykluczenia z postępowania wykonawca może nie zostać wykluczony. Chodzi o procedurę samooczyszczenia (self-cleaningu) wynikającą z art. 110 ust. 2 Pzp. Art. 110 ust. 2 wymaga od Wykonawcy łącznego (kumulatywnego) spełnienia następujących warunków:

- naprawienia lub zobowiązania się do naprawienia szkody wyrządzonej naruszeniem (przestępstwem, wykroczeniem lub nieprawidłowym postępowaniem);
- wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności związanych z naruszeniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami;
- podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich do zapobiegania dalszym naruszeniom.

Zamawiający będzie mógł pozytywnie ocenić podjęte działania przez Wykonawcę w ramach self-cleaningu dopiero wtedy, gdy Wykonawca wykaże spełnienie się wszystkich trzech warunków. Ich wykazanie również nie daje jednoznacznej pewności, że Wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania gdyż kolejny artykuł ustawy (art. 110 ust. 3) pozostawia Zamawiającemu swobodę przy ocenie, czy podjęte przez Wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu.

Przy stosowaniu przesłanki z art. 109 ust 1 pkt 7 ważne jest, że to rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

W obecnie prowadzonych postępowaniach przez Urząd Miasta Rybnika powyższa przesłanka nie jest stosowana. Jej zastosowanie generuje wiele problemów i w



znaczny sposób może wydłużyć procedurę wyboru Wykonawcy, a także być powodem wnoszenia odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym zakresie. Ponadto dotychczas nie było przypadku aby o zamówienie ubiegał się Wykonawca co do których Zamawiający miałby wiedzę, że w sposób wadliwy, który zgodnie z przytoczona przesłanką eliminowałaby go z postępowania, wykonywał na rzecz urzędu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Automatyczne stosowanie fakultatywnej przesłanki we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane uważam za niezasadne, natomiast w indywidualnych przypadkach członkowie komisji przetargowej mogą zarekomendować jej zastosowanie.

PREZYDENT MIASTA

*Piotr Kuczeru*

Informacja na temat Administratora danych osobowych znajduje się w Kancelarii Urzędu oraz na stronie BIP Urzędu Miasta Rybnika <https://bip.um.rybnik.eu/rodo>. Kontakt do Inspektora ochrony danych Urzędu Miasta Rybnika: [iod@um.rybnik.pl](mailto:iod@um.rybnik.pl).