

# Administracja i samorząd

## PROCEDURY ZAMÓWIENIOWE W ADMINISTRACJI

# Kiedy możliwe jest wykluczenie z przetargu

Weryfikacja zdolności podmiotowej wykonawcy do realizacji zamówienia – powinna być dokonana kompleksowo, rzetelnie i z uwzględnieniem okoliczności faktycznych sprawy. Wynik tej weryfikacji musi prowadzić do jednoznacznego wniosku: czy wykonawca podlega wykluczeniu czy nie.

AGNIESZKA ZABOROWSKA

Przepisy o zamówieniach publicznych przewidują szereg przesłanek, które powodują, że wykonawca może zostać wykluczony z procedury przetargowej, a zatem zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia publicznego, a finalnie jego oferta będzie odrzucona. Jest to ważny element badania wiarygodności prywatnych firm, które chcą współpracować z sektorem publicznym.

### Wcześniejsze grzechy

Jedną z bardziej kontrowersyjnych przesłanek wykluczenia dotyczy niezakończonych lub zrealizowanych wadliwie wcześniejszych umów (art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych). Jest to przesłanka fakultatywna, czyli nie zawsze ma zastosowanie, decyduje o tym zamawiający, o czym informuje w dokumentach postępowania. Na podstawie tego przepisu wyklucza się wykonawcę, 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. Konsekwencją takiej okoliczności musi być: wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie,

powstania nieprawidłowości, która dotyczy znacznego zakresu umowy albo jest naruszeniem znacznego stopnia; przyczyna musi tkwić po stronie wykonawcy; musi nastąpić jeden ze skutków: wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonywanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Jednocześnie przepisy o zamówieniach publicznych przewidują odstępstwo od tej reguły, a mianowicie: zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne (art. 109 ust. 3 Prawa zamówień publicznych).

### Ciekawy przypadek braku zaufania

Warto odnieść w/w przepisy do bieżącej działalności branży. Interesujący wydaje się więc wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 719/23).

Itak w ramach prowadzonej procedury zakupowej zamawiający – wykluczył wykonawcę, który wcześniej realizował dla niego – inne zamówienia publiczne dotyczące nadzoru nad budową stadionu i parkingu. W nowym postępowaniu na sporządzenie dokumentacji projektowej – zama-

faktyczne, jak i prawne w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty.

W uzasadnieniu o wykluczeniu – zamawiający wskazał jedynie, że zleceniobiorca nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do jej wypowiedzenia.

Wypowiedzenie nastąpiło w trybie natychmiastowym, a jako podstawę podano art. 746 § 1 Kodeksu cywilnego, czyli utartą zaufania do zleceniobiorcy. W tym konkretnym przypadku utarta zaufania miała być rzekomo spowodowana nieprawidłowym nadzorem i rekomendacją odbioru płyty boiska (która ponoć była wykonywana wadliwie), a z drugiej strony sugestią wstrzymania odbioru parkingu, przy stadionie (który ponoć był wykonany poprawnie). Tych okoliczności – zamawiający nie przywołał jednak w informacji o odrzuceniu oferty.

KIO uznała, że wykluczając wykonawcę, a w konsekwencji odrzucając jego ofertę – zamawiający nie może się opierać wyłącznie na fakcie, że doszło do wypowiedzenia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający musi wykazać, że do wypowiedzenia doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że zamawiający ma obowiązek wykazać czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego ze wcześniejszej umowy nie wykonał.

Tymczasem, w okolicznościach badanej sprawy – zamawiający nie wskazał na naruszenie jakiegokolwiek obowiązku wynikającego z łączącej go z wykonawcą umowy na nadzór inwestorski, tj. nie podał żadnego postanowienia umowy, które zostałoby „złamane” przez wykonawcę. Dalej, KIO zauważyła, że w decyzji o odrzuceniu oferty zabrakło odniesienia się do nienależytego wykonania zamówienia publicznego w znacznym stopniu lub w zakresie istotnego zobowiązania umowy. Przyczyny odrzucenia oferty odnosiły się tylko do stanu utraty zaufania zamawiającego do wykonawcy.

W wydanym – na korzyść wykonawcy – wyroku, KIO słusznie przypomniała o zasadach proporcjonalności wskazując, że w decyzji o odrzuceniu oferty – zamawiający nie wskazał charakteru i skali nieprawidłowości, które zarzucał wykonawcy. Zamawiający nie wyjaśnił też, jak nienależyte pełnienie nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi wpłynęło na realizację inwestycji. Zamawiający nie wykazał związku pomiędzy działaniami/zanie-

ZDANIEM AUTORKI

### Agnieszka Zaborowska

adwokat specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, założycielka Kancelarii Adwokackiej Zaborowska



MAT. PRAS.

Warto mieć na uwadze, że omawiana obok przesłanka wykluczenia wykonawcy będzie miała zastosowanie niezależnie od przedmiotu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a różniące się zakresem przyszłych prac. Mogą być to dwa zupełnie inne przedmioty zleceń. Tak też było w przypadku omawianej obok sprawy: przedmiotem umowy, która została wypowiedziana był nadzór inwestorski nad przebudową płyty boiska i budowa parkingu, natomiast przedmiotem badanego przez KIO przetargu był nadzór inwestorski. Zakres i charakter robót obejmowały więc odmienne obszary. W takich jednak sytuacjach, gdy zakres i charakter zamówień jest odmienny, KIO nakazuje, żeby zamawiający oceniał skutki i proporcjonalność odrzucenia oferty. W tej sprawie KIO 719/23 – zamawiający nie wziął tego pod uwagę, decydując o wykluczeniu wykonawcy – wobec czego nie zachował zasady proporcjonalności. Innymi słowy, stwierdzone przez zamawiającego nieprawidłowości przy realizacji poprzedniej umowy o zamówienie publiczne powinny zostać odniesione do specyfiki przedmiotu przyszłego zamówienia oraz wpływu na jego wykonanie.

chaniem inspektora nadzoru, a wadliwym wykonaniem robot przez inny podmiot.

### Postępowanie przed KIO

Dopiero przed KIO, w odpowiedzi na odwołanie, zamawiający podjął próbę uzupełnienia uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty i zaczął przytaczać różne fakty i zdarzenia. Działaniem spóźnionym jest jednak późniejsze rozszerzenie uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty. Ocenie KIO mogą bowiem podlegać wyłącznie okoliczności przedstawione w decyzji o odrzuceniu oferty. To na podstawie uzyskanych informacji od zamawiającego – wykonawca podejmuje decyzję czy zaskarżyć taką decyzję i wnieść odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, a co za tym idzie wie, jakie zarzuty podnieść i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Stąd też, faktycznie zawiadomienie o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny stały u podstaw decyzji zamawiającego.

Wracając do okoliczności, która zdaniem zamawiającego dyskwalifikowała wykonawcę, czyli utraty zaufania – KIO i zauważyła, że zamawiający poza ogólnym stwierdzeniem nie powołał się na żadną konkretną okoliczność i nie wykazał, że doszło do uciążliwych dla zamawiającego zaniedbań. Obowiązkiem zamawiającego jest bowiem wykazanie, że wcześniej realizowana umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została wykonana lub też było to robione wadliwie w stopniu znaczącym lub uporczywym. Tymczasem, w omawianej sprawie było wręcz przeciwnie – zamawiający osiągnął swój cel w postaci wykonania przedmiotu zamówienia umowy i jego odbioru – zamawiający nie doznał więc żadnej szkody.

Zaprzeczeniem braku zaufania do wykonawcy jest prowadzenie z nim dalszej współpracy w zakresie innych inwestycji o analogicznym przedmiocie jak dla postępowania o zamówienie publiczne, z którego zamawiający wykluczył odwołującego. KIO zwróciła więc uwagę na tę niekonsekwencję zamawiającego.

” W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty zamawiający powinien przedstawić uzasadnienie faktyczne, jak i prawne w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty

wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Takie wykluczenie wykonawcy jest dopuszczalne w przypadku zajścia wszystkich przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Tym samym:

■ musi dojść do niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków wynikających ze wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego;

ważący wykluczył tego znanego sobie wykonawcę w oparciu o omawianą regulację. Wykonawca odwołał się od tej decyzji do KIO i wygrał, właśnie zawarł z zamawiającym umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Rozpatrując tę sprawę KIO stwierdziła, że uzasadnienie faktyczne o odrzuceniu oferty miało charakter lakoniczny, ograniczało się do wskazania dwóch okoliczności faktycznych. Podczas gdy, w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty – zamawiający powinien przedstawić uzasadnienie

” Zamawiający ma obowiązek wykazać czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego ze wcześniejszej umowy nie wykonał

” Wyklucza się wykonawcę, 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