

Dr Maciej Lubiszewski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0001-8261-7917

e-mail: m.lubiszewski@uwm.edu.pl

Uchylenie się wykonawcy od zawarcia umowy jako podstawa wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

The contractor's refusal to conclude a contract
as a ground for exclusion from the public procurement procedure

Streszczenie

Wykonawca, odmawiając zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie wykonuje spoczywającego na nim obowiązku. Może to stanowić podstawę do wykluczenia go z kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, o ile okoliczności odmowy przemawiają za uznaniem, że naruszenie obowiązku przez wykonawcę miało charakter poważny. Przykładem takich sytuacji jest uchylenie się od zawarcia umowy w rozumieniu wywiedzionym z orzecznictwa Sądu Najwyższego zapadłego na gruncie art. 390 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego, a więc bezpodstawne i świadome działanie lub zaniechanie zmierzające do niezawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem. Taka interpretacja art. 109 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych pozwoli na systemową i proporcjonalną reakcję na nierzadkie przypadki uchylania się wykonawców od zawarcia umowy, przez co niweczony jest spodziewany skutek wyboru oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Słowa kluczowe: poważne wykroczenie zawodowe; wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; odmowa zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego; proporcjonalność wykluczenia; celowość wykluczenia

Abstract

The contractor violates its obligation by refusing to sign a public procurement contract. This may give rise to exclusion from subsequent public procurement procedures, provided that the circumstances of the refusal indicate that the contractor's breach of obligation was serious. An example of such a situation is the evasion of concluding a contract within the meaning derived from the Supreme Court's case law on article 390 § 1 and 2 of the Civil Code, i.e. an unfounded and conscious action or omission aimed at not concluding the final contract, or at least accepting such an effect. Such an interpretation of art. 109.1.5 of the Public Procurement Law will allow for a systemic and proportionate response to the cases when contractors evade a contract's conclusion, which negates the expected effect of selecting the offer in the public procurement procedure.

Keywords: serious professional misconduct; exclusion from public procurement proceedings; refusal to conclude a public procurement contract; proportionality of the exclusion; the purpose of exclusion

JEL: H57, H76

Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca, który odmówił zawarcia umowy, podlega wykluczeniu z kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli tak, to

czy każda odmowa, bez względu na jej okoliczności, może uzasadniać takie wykluczenie.

W praktyce zdarza się, że wykonawca, którego oferta została wybrana, zorientowawszy się, że zaoferowane warunki realizacji zamówienia (zwłaszcza cena) są dla niego niekorzystne, odmawia zawarcia umowy. Takie zachowania powinny spotkać się z odpowiednimi sankcjami, które z jednej

strony będą stanowiły formę rekompensaty za zawód, który spotkał zamawiającego, z drugiej zaś – będą oddziaływały systemowo, eliminując z rynku niewiarygodnych wykonawców.

W wymiarze indywidualnym funkcję represyjno-kompensacyjną pełni wadium (Prowadzisz, 2020, s. 88–89), przy czym jest ono stosunkowo rzadko uruchamiane w związku z odmową zawarcia umowy. W wymiarze systemowym funkcję sankcji może pełnić wykluczenie uchylającego się wykonawcy z kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Podstawę prawną takiego wykluczenia może stanowić art. 109 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych¹, zgodnie z którym wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykonawca, który „w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów”².

Przegląd orzecznictwa wskazuje, że pole praktycznego zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp ogranicza się do przypadku wskazanego *expressis verbis* w tym przepisie, tj. niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Trudno znaleźć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej³ lub sądu zamówień publicznych potwierdzający, że przepis ten obejmuje również uchylenie się wykonawcy od zawarcia umowy. Przeciwnie, w jednym z orzeczeń skład orzekający Izby stwierdził, iż „wątpliwa wydaje się możliwość wykazania, że odmowa podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi poważne wykroczenie zawodowe”⁴.

Wskazane wyżej czynniki osłabiają skutek prawny złożenia oferty, jakim jest stan związania wykonawcy (Lubiszewski, 2021b, s. 179), oraz tworzą trudne do odparcia wrażenie przyzwolenia prawodawcy i zamawiających na praktykę nierzetelnego przygotowywania (kalkulowania) ofert.

Wydaje się więc, że pozytywna odpowiedź na pierwsze z pytań zadanych na wstępie będzie miała znaczenie nie tylko poznawcze, pełniej ukazując rzeczywisty zakres zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, ale również praktyczne, wspierając systemowe rozwiązania sprzyjające eliminowaniu niewiarygodnych wykonawców z rynku zamówień publicznych. Ponadto ustalenie granic omawianej podstawy wykluczenia wykonawcy wymaga zidentyfikowania relevantnych wartości prawa zamówień publicznych. Wnioski mogą być przydatne do określania granic każdego warunku zamówienia (podmiotowego, przedmiotowego, proceduralnego), który pociąga za sobą skutek w postaci ograniczenia dostępu do zamówienia publicznego.

Uchylenie się od zawarcia umowy w świetle Prawa zamówień publicznych

W postępowaniach przetargowych prowadzonych na podstawie Pzp wybór oferty najkorzystniejszej nie jest równoznaczny z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wynika to z tego, że z chwilą wyboru oferty swój bieg

zaczyna tzw. *standstill period*, tj. okres, w którym obowiązuje zakaz zawarcia umowy z uwagi na przysługujące wykonawcom uprawnienie do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Nie oznacza to jednak, że wybór oferty nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, którego oferta została wybrana, powstaje stosunek przedkontraktowy, na podstawie którego każda ze stron jest zobowiązana do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (Lubiszewski, 2021a, s. 46).

Przepisem regulującym sytuację, w której wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest art. 263 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie. W literaturze przedmiotu prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym art. 263 Pzp wyklucza możliwość sądowego dochodzenia zawarcia umowy (tak np. Moras, 2021, s. 428–429)⁵. Wobec powyższego zamawiającemu pozostaje rozwiązanie stosunku przedkontraktowego z uchylającym się wykonawcą i zaspokojenie się z jego wadium, natomiast w razie braku zabezpieczenia wadium – rozważenie wystąpienia wobec tego wykonawcy z roszczeniem odszkodowawczym.

Niektórzy autorzy komentarzy do art. 263 Pzp przyjmują, że uchylenie się wykonawcy od zawarcia umowy, o którym mowa w tym przepisie, jest rozumiane jako bezpodstawną odmowa (wyrażna lub dorozumiana) zawarcia umowy, a więc świadome działanie lub zaniechanie zmierzające do niezawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem (Jaworska, 2023, s. 743 i n.). Ma tu więc chodzić wyłącznie o przypadki, w których wykonawca w sposób zawiniony nie wykonuje ciążącego na nim obowiązku zawarcia umowy przyrzeczonej. Sytuacja, w której do podpisania umowy nie doszło z powodu niezamierzonej nieobecności pełnomocnika wykonawcy, nie świadczy *per se* o braku zamiaru zawarcia umowy, ponieważ przyczyną tej nieobecności mogło być wyłącznie zachowanie reprezentanta, a nie brak woli wykonawcy. Konsekwentnie, za uchylenie się nie zostanie również uznana odmowa zawarcia umowy z uwagi na wadę postępowania poprzedzającego jej zawarcie godzącą w ważność przyszłego kontraktu, gdyż taka odmowa, nawet jeżeli jest wyrażna, nie jest bezpodstawną. Taką interpretację wywodzi się z orzecznictwa Sądu Najwyższego⁶ zapadłego na gruncie art. 390 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego⁷. Istotne dla dalszych rozważań są okoliczności faktyczne rozstrzyganych spraw. Nie wdając się w szczegóły, należy zauważyć, że dotyczyły one przypadków, w których jedna ze stron umowy przedwstępnej kwestionowała fakt uchylania się od zawarcia umowy przyrzeczonej (co stanowiłoby podstawę dla roszczeń drugiej strony⁸), twierdząc, że miała podstawy do odmowy jej zawarcia.

Przeniesienie zaprezentowanego wyżej rozumowania na grunt art. 263 Pzp z pewnością jest uzasadnione w przypadkach, w których rzekome uchylenie się od zawarcia umowy jest kwestionowane przez wykonawcę. Wówczas uznanie, że wykonawca w rzeczywistości miał wolę zawarcia umowy,

lecz do czynności udzielenia zamówienia nie doszło z przyczyn niezależnych od niego, wykluczy możliwość zastosowania art. 263 Pzp. Należy jednak sprzeciwić się ograniczeniu pola zastosowania tego przepisu wyłącznie do przypadków bezpodstawnego odmowy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W praktyce może zdarzyć się, że wykonawca nie kwestionuje faktu odmowy zawarcia umowy, powołując się przy tym na okoliczności, które tę odmowę uzasadniają (np. na wadliwość postępowania godzącą w ważność przyszłej umowy). W takich przypadkach nie dochodzi do uchylecia się od zawarcia umowy w rozumieniu wywiedzionym z przywołanego wcześniej orzecznictwa Sądu Najwyższego z uwagi na brak bezpodstawności odmowy kontraktowania. Należy zatem stwierdzić, iż do uchylecia się od zawarcia umowy w rozumieniu art. 263 Pzp dochodzi w przypadku każdej faktycznej odmowy zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza⁹. Ocena, czy odmowa ta jest bezpodstawska, czy też uzasadniona, nie ma znaczenia dla zastosowania dyspozycji tego przepisu. Nie zmienia to jednak faktu, iż odmowa zawarcia umowy będzie stanowiła niewykonanie przez wykonawcę jego zobowiązania (Moras, 2021, s. 430), natomiast okoliczności towarzyszące, w szczególności stopień zawinienia wykonawcy, mogą mieć znaczenie przy stosowaniu innych mechanizmów prawa zamówień publicznych, czyli przy zatrzymaniu wadium na podstawie art. 98 ust 5 pkt 2 lit. a) Pzp lub – co najistotniejsze z punktu widzenia niniejszego opracowania – wykluczeniu wykonawcy z kolejnych postępowań na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Ogólna charakterystyka podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp

Art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, którego treść została przywołana w uwagach wprowadzających, wdraża do polskiego porządku prawnego art. 57 ust 4 lit. c dyrektywy 2014/24/UE, który przewiduje możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy, „jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość”.

Treść motywu 101 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE ujawnia, że pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” (art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy), a w ślad za nim „poważnego naruszenia obowiązków zawodowych” (art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp), obejmuje różne przejawy aktywności, „wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy”¹⁰. Celem tej przesłanki wykluczenia jest umożliwienie zamawiającemu dokonanie oceny uczciwości i rzetelności wykonawcy¹¹. W grę wejdą zatem przypadki takich naruszeń obowiązków zawodowych, które osiągną próg powagi naruszenia, o czym decydują charakter naruszenia oraz stopień zawinienia wykonawcy.

Polski ustawodawca jako przykład poważnego wykroczenia zawodowego wskazał w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia na skutek

zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż przepis ten został sformułowany w odpowiedzi na wyrok w sprawie Forposta, w którym TSUE uznał, iż niezgodne z prawem unijnym jest wykluczanie z postępowania wykonawców, z którymi zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od takiej umowy, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosił odpowiedzialność. Trybunał stwierdził, że tak skonstruowana podstawa wykluczenia obejmuje przypadki, które nie osiągną progu powagi wykroczenia¹². Należy przy tym podkreślić, że art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy 2014/24/UE nie ogranicza się do przypadków zawinionego naruszenia zobowiązań umownych wykonawcy, lecz dotyczy wszelkich przejawów jego aktywności zawodowej, w tym m.in. zmów cenowych, naruszeń własności intelektualnej, przepisów prawa pracy, standardów zawodowych lub etycznych, ale także podrabiania dokumentów. W grę wejdą również naruszenia obowiązków publiczno-prawnych, takie jak: prowadzenie działalności gospodarczej bez wymaganego zezwolenia, naruszenie przepisów prawa ochrony środowiska, prawa podatkowego lub prawa ubezpieczeń społecznych (Caranta & Sanchez-Graells, 2021, s. 162). Taki zakres trzeba przypisać także art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. W konsekwencji, wskazanie w polskim przepisie przykładu poważnego naruszenia obowiązków zawodowych nie wyklucza możliwości uznania, że zakres tego przepisu rozciąga się również na inne okoliczności, o ile osiągają one próg poważnego wykroczenia zawodowego. Nie sposób sformułować zamkniętego katalogu takich uchybień. Powinny to być przypadki prowadzące do utraty zaufania wobec wykonawcy w oczach racjonalnego obserwatora. O ile trudno za takie uznać incydentalne, drobne nieprawidłowości, o tyle powtarzalność takich nieprawidłowości może już podważyć to zaufanie.

Obok charakteru naruszenia istotna jest również postawa wykonawcy rozumiana jako stopień jego zawinienia. Progiem, powyżej którego można mówić o poważnym wykroczeniu, będzie dopiero takie zachowanie wykonawcy, które wykazuje „zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony”¹³. Na gruncie polskiego prawa zostało to określone jako „zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo”¹⁴.

Wykluczenie z postępowania jako ograniczenie dostępu wykonawcy do zamówienia publicznego

Wykluczenie wykonawcy z postępowania skutkuje pozbawieniem go możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne, stanowi więc ingerencję w jedną z wartości chronionych przez prawo zamówień publicznych, jaką jest dostęp do zamówienia publicznego. Wartość ta jest realizowana przez różnorodne rozwiązania prawne uprawniające wykonawcę m.in. do: zapoznania się z warunkami zamówienia (poprzez ogłoszenie o zamówieniu i udostępnienie dokumentów zamówienia); wzięcia w nim aktywnego udziału (poprzez moż-

liwość złożenia oferty, podważania ofert konkurentów i podejmowanie kroków mających na celu zapobieżenie odrzuceniu swojej oferty) oraz – w przypadku wyboru jego oferty – zawarcia umowy z zamawiającym.

Dostęp do zamówienia publicznego nie ma charakteru absolutnego. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż prawo zamówień publicznych chroni wiele wartości, wśród których nadrzędne znaczenie należy przypisać efektywności ekonomicznej oraz efektywności w zakresie realizacji strategicznych celów zamówień publicznych, tj. wspierania innowacyjności, rozwiązań ekologicznych i społecznych. Pozostałe wartości takie jak: konkurencyjność czy właśnie dostęp do zamówienia publicznego mają charakter instrumentalny i drugorzędny względem efektywności. Oznacza to, że ich zakres jest delimitowany przez wartości nadrzędne, a niekiedy również przez inne wartości równorzędne, którym w danym przypadku należy przyznać pierwszeństwo. Ingerencja w dostęp do zamówienia publicznego będzie zatem dopuszczalna z uwagi na konieczność ochrony wyżej cennej wartości. Taka ocena musi być dokonywana z uwzględnieniem okoliczności konkretnego przypadku, zwłaszcza celu ingerencji (test celowości) i jej proporcjonalności względem tego celu (test proporcjonalności).

Test celowości polega na określeniu, jakiemu celowi służy dana ingerencja w dostęp do zamówienia publicznego oraz czy cel ten jest prawnie aprobowany i na tyle doniosły, że może tę ingerencję uzasadniać. Zidentyfikowanie celu ingerencji pozwala więc na ustalenie, czy cel ten jest legitymizowany, w szczególności służy ochronie innej wartości prawa zamówień publicznych. Z kolei test proporcjonalności to ustalenie, czy podjęty środek jest optymalny, tj. czy w rzeczywistości pozwala na realizację przypisywanego mu celu oraz czy nie jest nadmierny, tzn. czy cel ten nie może być osiągnięty za pomocą innego, łagodniejszego środka (Grabarczyk, 2021, s. 35).

Wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp ma na celu wyeliminowanie z procesu ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawcy, którego uczciwość i rzetelność została oceniona negatywnie, co godzi w jego wiarygodność, a w konsekwencji w podstawę zaufania, które zamawiający powinien pokładać w wykonawcy. Wartością chronioną jest tu konkurencyjność postępowania, a w ślad za nią jego efektywność. Konkurencyjność postępowania należy tu rozumieć jako rywalizację podmiotów znajdujących się w porównywalnej sytuacji z racji dawanej przez nich rękojmi wykonania zamówienia w sposób należyty. Z kolei efektywność postępowania – dla potrzeb prowadzonych tu rozważań – trzeba postrzegać przez pryzmat jego celu. W tym sensie z efektywnym postępowaniem będziemy mieli do czynienia, gdy będzie ono prowadziło do wyboru wykonawcy, który następnie należycie wykona umowę zawartą z zamawiającym. Wykonawca niewiarygodny (nierzetelny lub nieuczciwy) takiej rękojmi nie daje, a jego udział w postępowaniu godzi w konkurencyjność postępowania w przedstawionym wyżej rozumieniu. Udzielenie zamówienia takiemu wykonawcy wiązałoby się z ryzykiem niewykonania zamówienia lub wykonania go w sposób nienależyty, co z kolei skutkowałoby zniweczeniem albo przynajmniej obniżeniem efektywności postępo-

wania. Cel przyświecający podstawie wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp służy więc realizacji doniosłych wartości prawa zamówień publicznych (konkurencyjności i efektywności), jest zatem celem legitymizowanym.

Jeżeli chodzi o test proporcjonalności, to z całą pewnością należy stwierdzić, że wyeliminowanie (wykluczenie) niewiarygodnego wykonawcy z postępowania jest środkiem, który może służyć do osiągnięcia wyżej zdefiniowanego celu. Prowadzi bowiem do ograniczenia kręgu wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne do podmiotów, których rzetelność i uczciwość nie budzą wątpliwości. Zasadniczy ciężar testu proporcjonalności spoczywa więc na ocenie, czy w badanym przypadku wykluczenie nie będzie środkiem nadmiernym. Nie ma tu miejsca na automatyzm, lecz trzeba dokonać uważnej analizy, czy charakter wykroczenia zawodowego, jakiego dopuścił się wykonawca, oraz stopień jego zawnienia przemawiają za uznaniem, że osiągnięty został próg powagi tego naruszenia. Wpisuje się to w konsekwentnie wyrażany przez TSUE pogląd, zgodnie z którym „zasada proporcjonalności wymaga od instytucji zamawiającej dokonania konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego podmiotu na podstawie wszystkich istotnych okoliczności”¹⁵.

Szczególnym przejawem testu proporcjonalności jest badanie, czy wobec wykonawcy nie zachodzą przesłanki określone w art. 110 Pzp. Mechanizm przewidziany w tym przepisie w żargonie praktyków jest nazywany samooczyszczeniem, co jest kalką z angielskojęzycznego terminu *self-cleaning*¹⁶. Polega on na tym, że wykonawca, który znajduje się w sytuacji wyczerpującej przesłanki wykluczenia określone w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10 Pzp, może wykazać, że współpracował z właściwymi organami lub zamawiającym w celu zidentyfikowania nieprawidłowości i podjął stosowne działania mające na celu naprawienie wyrządzonej szkody oraz zapobieżenie powtórzeniu się nieprawidłowości w przyszłości¹⁷. Skuteczne samooczyszczenie wykonawcy, który dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego, przywraca wykonawcy wiarygodność, więc wyeliminowanie go z postępowania należy uznać na środek nieproporcjonalny do celu, jaki przyświeca analizowanej podstawie wykluczenia.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu wcześniejszego uchylenia się przez niego od zawarcia umowy

Zamawiający, który prowadzi postępowanie, zmierzając do udzielenia zamówienia publicznego któremuś z wykonawców, opiera swoje działania na zaufaniu do nich, licząc, że wybór najkorzystniejszej oferty, o ile nie zostanie skutecznie podważony, doprowadzi do zawarcia umowy z wykonawcą na warunkach, które odpowiadają m.in. treści złożonej przez niego oferty. Odmowa zawarcia umowy przez takiego wykonawcę stanowi naruszenie jego obowiązku prawnego, może zniweczyć cel postępowania i zwykle skutkuje zawodem zamawiającego. Te okoliczności negatywnie wpływają

na wiarygodność wykonawcy, zwłaszcza ocenianą w kontekście kolejnych postępowań, w tym także prowadzonych przez innych zamawiających.

Wylimowanie takiego wykonawcy z postępowania służy ograniczeniu kręgu wykonawców do podmiotów rzetelnych i uczciwych – a więc konkurencyjności postępowania – oraz ograniczaniu ryzyka zniweczenia celu postępowania, jakim jest zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, a zatem efektywności postępowania. Są to wartości chronione przez prawo zamówień publicznych, będące co najmniej równocenne z dostępem wykonawcy do zamówienia publicznego. Cel przyświecający wykluczeniu wykonawcy jest więc celem legitymizowanym.

Jeżeli chodzi o proporcjonalność wykluczenia, to należy zauważyć, że środek polegający na wykluczeniu wykonawcy z przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z całą pewnością może doprowadzić do osiągnięcia zidentyfikowanego celu. Pozostaje zatem do ustalenia, czy nie jest on nadmierny. Ta ocena nie może być dokonana w oderwaniu od okoliczności konkretnego przypadku, w tym miejscu należy zatem ograniczyć się jedynie do uwag wskazujących tok rozumowania, które powinno towarzyszyć takiej ocenie.

Po pierwsze, konieczne jest ustalenie, czy wykroczenie zawodowe, którego dopuścił się wykonawca, osiąga próg powagi. Istotne tu będą okoliczności, w których doszło do uchylenia się wykonawcy od zawarcia umowy. Wydaje się, że próg powagi naruszenia zawodowego zostanie osiągnięty w przypadkach uchylenia się od zawarcia umowy w rozumieniu wywiedzionym z przywołanego wcześniej orzecznictwa Sądu Najwyższego, a więc gdy wykonawca bezpodstawnie i świadomie odmawia (w sposób wyraźny albo dorozumiany) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie można natomiast zgodzić się na wykluczenie z postępowania wykonawcy, który wcześniej uchylił się od zawarcia umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten nie ponosi odpowiedzialności, np. okoliczności zewnętrznych, których nie dało się przewidzieć, powodujących, że wykonanie umowy stało się niemożliwe lub nieopłacalne (zerwanie łańcucha dostaw czy też wzrost cen materiałów w wyniku pandemii bądź konfliktu zbrojnego). Oznacza to, iż zamawiający, który dowiedział się, że wykonawca uczestniczący w prowadzonym przez niego postępowaniu wcześniej odmówił zawarcia umowy, powinien ustalić okoliczności tej odmowy. Co ważne, dla oceny powagi naruszenia obowiązków zawodowych nie ma znaczenia rodzaj i wartość umowy, której zawarcia wykonawca odmówił. Wprawdzie zgodnie z orzecznictwem TSUE drobne uchybienia czy nieprawidłowości nie są równoważne z poważnym wykroczeniem zawodowym, jednak dotyczy to wywiązania się z obowiązku należytego wykonania umowy, co z uwagi na poziom złożoności realizacji kontraktu może być stopniowane¹⁸, podczas gdy obowiązek zawarcia umowy finalnej nie ma takiego charakteru i podlega ocenie binarnej: obowiązek ten może być wykonany (zawarcie umowy) albo niewykonany (odmowa zawarcia umowy).

Po drugie, należy umożliwić wykonawcy skorzystanie z mechanizmu samoocyszczenia, który również wpisuje się

w test proporcjonalności, mitygując ryzyko nadmiernego rygoryzmu podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Takie działania zamawiających są aprobowane przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w jednym z wyroków uznała, iż „zamawiający słusznie uznał, że przesłanka, określona w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, powinna zostać dogłębnie wyjaśniona i wylimowana, aby wykonawca [...] mógł ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Poprzez wystosowanie stosownego wezwania zamawiający umożliwił wykonawcy [...] przeprowadzenie procedury samoocyszczenia, w ramach której wykonawca był uprawniony do wykazania swojej rzetelności, pomimo niezrealizowanej w ramach konsorcjum umowy.”¹⁹

Na zakończenie warto odnieść się do wadium, które przecież podlega zatrzymaniu z powodu uchylenia się wykonawcy od zawarcia umowy. Z jednej strony może to być okoliczność przemawiająca na rzecz powagi wykroczenia zawodowego, z drugiej zaś może sprawiać, że wykluczenie z postępowania będzie dodatkową, a przez to nadmierną sankcją nałożoną na wykonawcę.

Skuteczne zatrzymanie wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a) Pzp, czyli takie, które nie zostało uchylone przez KIO lub sąd, jest z pewnością dowodem, że wykonawca odmówił zawarcia umowy. Odmowa ta powinna być jednak świadoma i bezpodstawną, co wynika z sankcyjnego charakteru zatrzymania wadium i wynikającej z tego konieczności zawężającej interpretacji przesłanek art. 98 ust. 6 Pzp (Sieradzka, 2015, s. 79). Przejawem takiej interpretacji jest stanowisko Sądu Apelacyjnego w Katowicach, który stwierdził, że za odmowę zawarcia umowy należy uznać „bezpodstawne uchylenie się od zawarcia umowy przez wykonawcę, przy czym wola w tym przedmiocie może zostać wyrażona wprost, lub poprzez fakty konkludentne, z których wynika, że wykonawca nie zamierza zawrzeć z zamawiającym umowy na warunkach określonych w ofercie. [...] Jednocześnie zaznaczyć trzeba, że odmowa zawarcia umowy nie uzasadnia zatrzymania wadium, o ile takie działanie wykonawcy znajduje umocowanie w obowiązujących przepisach prawa”²⁰. Pogląd utożsamiający odmowę zawarcia umowy z art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a) Pzp z bezpodstawnym uchyleniem się od zawarcia umowy jest również obecny w orzeczeniach Izby²¹. W konsekwencji należy uznać, że zatrzymanie wadium na wskazanej wyżej podstawie prawnej jest silnym argumentem przemawiającym za tym, że odmowa zawarcia umowy stanowiła poważne naruszenie obowiązków zawodowych, co z kolei uzasadnia wykluczenie tego wykonawcy z kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Takiego wniosku nie można jednak odnieść do przesłanki zatrzymania wadium, o której mowa w art. 98 ust. 6 pkt 3 Pzp, a więc do sytuacji, w której zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana. W zakresie tego przepisu mieszczą się „wszelkie przyczyny leżące po stronie wykonawcy uniemożliwiające zawarcie umowy, zarówno przez niego zawnione, jak i niezawnione”²², a zatem również takie, których nie można uznać za osiągające próg powagi wykroczenia zawodowego. W takich przypadkach konieczna będzie skrupulatna analiza konkretnych okoliczności zatrzymania wadium.

Jeżeli chodzi o drugi wątek, tj. możliwość uznania, że zatrzymanie wadium jest wystarczającą sankcją za odmowę zawarcia umowy, przez co wykluczenie z postępowania jawi się jako sankcja nadmierna, a więc nieproporcjonalna, to należy stwierdzić, iż cele wadium i wykluczenia nie są tożsame. Zatrzymanie wadium pełni tu funkcję kompensacyjną (kara za zawód), która działa wyłącznie w relacji uchylającej się wykonawca-zawiedzony zamawiający. Z kolei wykluczenie z postępowania, o czym już była mowa, służy eliminacji wykonawców niewiarygodnych, a zatem można przypisać mu funkcję prewencyjną oraz – zważywszy na fakt, iż podstawa wykluczenia obowiązuje we wszystkich postępowaniach prowadzonych na podstawie Pzp – systemową. O ile więc utrata wadium kompensuje danemu zamawiającemu szkodę spowodowaną uchYLENIEM się od zawarcia umowy przez nieuczciwego wykonawcę, o tyle nie przywraca temu wykonawcy wiarygodności niezbędnej do aktywności na rynku zamówień publicznych.

Można natomiast dostrzec skutki zapłaty wadium w sferze mechanizmu *self-cleaning*. Skoro bowiem wadium miało charakter kompensacyjny, można przyjąć, że w związku z jego zatrzymaniem doszło do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu przez wykonawcę, który uchylił się od zawarcia umowy. To z kolei można uznać za część działań w ramach samooczyszczenia, w których – przypomnijmy – chodzi m.in. o „naprawienie lub zobowiązanie się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne”²³. Należy jednak podkreślić, że zatrzymanie wadium nie jest wystarczające dla wykazania skuteczności samooczyszczenia, ponieważ wymagane będzie jeszcze dowiedzenie przez wykonawcę, że podjął również działania zapobiegające takim naruszeniom obowiązków zawodowych w przyszłości.

Podsumowanie i wnioski *de lege ferenda*

Uchylenie się od zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, może stanowić przyczynę wykluczenia z kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia

publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Sankcja ta znajdzie zastosowanie we wszystkich postępowaniach prowadzonych na podstawie Prawa zamówień publicznych przez okres trzech lat od dnia uchylecia się. Warunkiem wykluczenia z postępowania jest ustalenie, że odmowa zawarcia umowy stanowiła poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Ocena, czy zachowanie wykonawcy osiągnęło próg powagi, wymaga uwzględnienia wszelkich okoliczności badanej sprawy, a zwłaszcza tego, czy odmowa ta była świadoma i bezpodstawną. Wzorcem tej oceny może być orzecznictwo Sądu Najwyższego zapadłe na gruncie art. 390 k.c. Ponadto wykonawca powinien mieć możliwość przedstawienia dowodów podjęcia skutecznych środków naprawczych, które przywróciły mu wiarygodność.

Proponowana interpretacja art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp pozwoli na systemową, publicznoprawną reakcję na niedopuszczalne praktyki niweczenia skutków postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez bezpodstawną odmowę zawarcia umowy przez wykonawców, których oferty zostały wybrane przez zamawiających. Oczyszczy to rynek zamówień publicznych z wykonawców niewiarygodnych oraz wzmocni efektywność postępowań przetargowych. Ponadto uzupełni reakcję indywidualną zawiedzonych zamawiających, którzy są uprawnieni do zatrzymania wadium, o ile przewidzieli w warunkach zamówienia obowiązek jego wniesienia.

Przedstawione rozważania pozwalają również na sformułowanie postulatu *de lege ferenda* dotyczącego ujęcia omawianej podstawy wykluczenia z postępowania. Mimo że – jak wykazano – art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp obejmuje swym zakresem przypadki uchylenia się od zawarcia umowy, zasada pewności prawa – wymagająca, aby przepisy były „jasne, precyzyjne i przewidywalne co do ich skutków”²⁴ – implikuje potrzebę doprecyzowania tej przesłanki. Obok niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia wynikającego z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa w przepisie tym ustawodawca powinien przewidzieć kolejną egzemplifikację poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, tj. uchylenie się wykonawcy od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Proponowana zmiana stanowiłaby wyraźne potwierdzenie dezaprobaty prawodawcy dla przypadków uchylania się wykonawców od zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie.

Przypisy/Notes

¹ Ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2023 r., poz. 1605, 1720. Dalej jako Pzp.

² Warto dodać, że zgodnie z art. 111 pkt 4 Pzp podstawa wykluczenia obowiązuje we wszystkich postępowaniach prowadzonych na podstawie Pzp przez okres trzech lat od dnia odmowy zawarcia umowy.

³ Dalej: KIO lub Izba.

⁴ Wyrok Izby z 18.06.2018 r., sygn. akt KIO 1126/18. Wyrok ten zapadł wprawdzie na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy, jednak treść przepisu stanowiącego podstawę prawną wykluczenia nie uległa istotnej zmianie.

⁵ Dla porządku trzeba odnotować, że w literaturze przedmiotu wyrażany jest również pogląd przeciwny – por. Dzierżanowski i in., 2021, s. 694.

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 26.09.2001 r., sygn. akt IV CKN 461/00. Tożsame stanowisko wyrażone zostało w wyroku Sądu Najwyższego z 16.12.2005 r., sygn. akt III CK 344/05.

⁷ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 2024 r., poz. 1061.

⁸ Roszczenia odszkodowawczego bądź o zawarcie umowy.

⁹ *De lege ferenda* należy rozważyć zastąpienie w art. 263 Pzp wyrażenia „uchyla się od zawarcia umowy” wyrażeniem „odmawia zawarcia umowy”.

¹⁰ Wyrok TSUE z 13.12.2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta), pkt 27.

¹¹ Wyrok TSUE z 19.06.2019 r. w sprawie C-41/18 (Meca), pkt 29.

¹² Jak zauważył Trybunał (pkt 30 wyroku), „jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem”.

¹³ Forposta, pkt 30.

¹⁴ Wprawdzie te stopnie zawinienia zostały w art. 109 ust 1 pkt 5 Pzp odniesione do niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, jednak zważywszy na przywołane orzecznictwo TSUE, należy je odnieść również do innych przejawów „poważnych naruszeń obowiązków zawodowych”.

¹⁵ Por. wyrok TSUE z 3.06.2021 r. w sprawie C-210/20 (Rad Service i in.), pkt 39–40 i przywołane tam orzecznictwo.

¹⁶ W Polsce często używa się również nazwy angielskojęzycznej.

¹⁷ Na marginesie warto dodać, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, kierując się m.in. wymaganiami proporcjonalności, stwierdził, iż wykonawcy powinni mieć możliwość powołania się na mechanizm samooczyszczenia na dowolnym etapie postępowania, tj. zarówno w momencie składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również w późniejszej fazie kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Nie ma też przeszkód, aby mechanizm ten był zainicjowany przez zamawiającego – por. wyrok TSUE z 14.01.2021 r. w sprawie C-387/19 (RTS), pkt 33. Tożsame stanowisko zajęła również Krajowa Izba Odwoławcza (por. m.in. wyrok z 26.08.2021 r., sygn. akt KIO 2348/21; wyrok z 7.03.2022 r., sygn. akt KIO 431/22).

¹⁸ Przykładowo, nienależyte wykonanie części umowy, której wartość stanowi niewielki ułamek wartości całego kontraktu lub też nie ma wpływu na osiągnięcie celu przewidzianego przez kontrahentów, nie może być uznane za godzące w wiarygodność wykonawcy.

¹⁹ Wyrok z 26.08.2021 r., sygn. akt KIO 2348/21.

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 25.08.2015 r., sygn. akt V ACa 96/15. Por. też Jaworska (red.), 2023, s. 302.

²¹ Por. np. wyrok KIO z 5.02.2024 r., KIO 112/24.

²² Tamże.

²³ Por. art. 110 ust. 2 pkt 1 Pzp.

²⁴ Passus stale obecny w orzecznictwie TSUE. Podane za: Miąsik, 2021, s. 205 i n.

Bibliografia/References

- Caranta, R., & Sanchez-Graells, A. (red.). (2021). *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*. Edward Elgar Publishing.
- Dzierżanowski, W., Jaźwiński, Ł., Jerzykowski, J., Kittel, M., & Stachowiak, M. (2021). *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wolters Kluwer.
- Grabarczyk, M. (2021). Podstawy wykluczenia nierzetelnego wykonawcy w nowym Prawie zamówień publicznych z perspektywy orzecznictwa. *Prawo Zamówień Publicznych*, (2), 32–46.
- Jaworska, M. (red.). (2023). *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. C.H.Beck.
- Lubiszewski, M. (2021a). Skutki upływu terminu związania ofertą w świetle przepisów nowego Prawa zamówień publicznych. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (4), 44–49. <https://doi.org/10.33226/0137-5490.2021.4.6>
- Lubiszewski, M. (2021b). Upływ terminu związania ofertą a zwrot wadium w świetle Prawa zamówień publicznych. *Studia Iuridica Toruniensia*, (29), 177–192.
- Miąsik, D. (2021). *System Prawa Unii Europejskiej. Tom 2. Zasady i prawa podstawowe*. C.H.Beck.
- Moras, M. (2021). Konsekwencje uchylania się od obowiązku zawarcia umowy o zamówienie publiczne – wybrane zagadnienia. *Studia Prawnoustrojowe*, (51), 423–438.
- Prowadzisz, K. (2020). Wadium przetargowe na tle nowych przepisów. *Prawo Zamówień Publicznych*, (2), 88–103.
- Sieradzka, M. (2015). *Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*. C.H.Beck.

Dr Maciej Lubiszewski

Adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Specjalizuje się w prawie zamówień publicznych.

Dr Maciej Lubiszewski

Assistant professor at the Faculty of Law and Administration of the University of Warmia and Mazury in Olsztyn specializing in public procurement law.

Księgarnia internetowa Polskiego Wydawnictwa Ekonomicznego
zaprasza na zakupy **z rabatem 15%**

www.pwe.com.pl

