

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy.

I. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a szkoda ta nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania, chyba że niewykonanie lub należyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, zamawiający wyklucza więc z postępowania wykonawcę w przypadku łącznego spełnienia następujących przesłanek:

1. w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania wyrządził on szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie;

2. szkoda nie została przez niego dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania;

3. a contrario niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia jest następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Ad. 1 W celu dokonania interpretacji sformułowania niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia warto uwzględnić odpowiednie przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące wykonywania zobowiązań.

Termin "niewykonanie zamówienia" pokrywa się z pojęciem "niewykonanie zobowiązania" w rozumieniu art. 471 Kodeksu cywilnego. Z "niewykonanie zamówienia" mamy do czynienia w sytuacji, gdy świadczenie określone w umowie nie zostało w ogóle spełnione.

Natomiast przy interpretacji terminu "nienależyte wykonanie zamówienia" należy sięgnąć do pojęcia "nienależytego wykonania zobowiązania" w rozumieniu art. 471 Kodeksu cywilnego. Określenie "nienależyte wykonanie zobowiązania" jest tak ogólne, a zarazem pojemne, że nie sposób wyczerpująco wskazać wszystkich sytuacji, w których takie wykonanie ma miejsce. Może bowiem być ich tyle, ile zachodzi rodzajów indywidualnych świadczeń. Ogólnie ujmując, z nienależytym wykonaniem zobowiązania będziemy mieli do czynienia w przypadku gdy pomimo jego wykonania interes wierzyciela nie został zaspokojony w sposób wynikający z treści zobowiązania. W takim znaczeniu o nienależytym wykonaniu zamówienia można mówić w aspekcie:

a) niezachowania terminu, czyli zwłoki w spełnieniu świadczenia (np. opóźnienie dostawy, niedochowanie terminu oddania robót),

b) niewłaściwego miejsca spełnienia świadczenia,

c) wadliwości świadczenia pod względem jakości w szerokim rozumieniu tego słowa, (np. świadczenie rzeczy uszkodzonej, brak opakowania i innych walorów promocyjnych lub ich niewłaściwość, nieprawidłowe składowanie, niezawiadomienie o przestaniu lub nadejściu przesyłki itd.)

Ustawa - Prawo zamówień publicznych dla powstania obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia wymaga, aby skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia wyrządzona została szkoda. Wystąpienie szkody jest więc elementem decydującym o spełnieniu pierwszej z wymienionych powyżej przesłanek, uzasadniających wykluczenie wykonawcy

na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy. Jednocześnie, wyrządzenie szkody ma nastąpić w skutek niewykonania lub nienależytego wykonaniem zamówienia - pomiędzy faktem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia a powstaniem szkody musi więc zachodzić związek przyczynowo - skutkowy.

Wyrządzenie szkody w skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia ma znaczenie dla zastosowania cytowanego przepisu wyłącznie jeśli nastąpiło w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania. Dla podjęcia przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy istotnym jest więc właściwe ustalenie momentu wszczęcia postępowania. Co do zasady, przyjmuje się, iż wszczęcie procedury następuje w dniu uzewnętrznienia woli zamawiającego. W trybie przetargowym dniem wszczęcia postępowania będzie więc z reguły data publikacji ogłoszenia o zamówieniu publicznym. Natomiast, za datę wszczęcia postępowania w pozostałych trybach, w których wykonawcy bezpośrednio zapraszani są do składania ofert (negocjacji), momentem wszczęcia postępowania będzie dzień skierowania przez zamawiającego zaproszenia do składania ofert (negocjacji).

Z kolei niewykonanie zamówienia lub wykonanie go nienależycie będzie następowało albo w momencie, w którym wykonawca spełnił świadczenie wadliwe (np. co do miejsca lub jakości), albo w chwili, w której miał on spełnić świadczenie - jeżeli tego nie uczynił.

Ad. 2 Decydującym dla powstania obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy jest fakt, iż szkoda wyrządzona niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia nie została dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania. Jeżeli więc wykonawca dobrowolnie naprawił szkodę, którą wyrządził w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia, nie będzie zachodziła druga z wymienionych powyżej przesłanek uzasadniających wykluczenie go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Ad. 3 Jednocześnie, w art. 24 ust 1 pkt 1 prawa zamówień publicznych przewidziana została sytuacja wyłączająca obowiązek wykluczenia wykonawcy w przypadku wystąpienia ustawowo uregulowanych przesłanek uzasadniających podjęcie takiej decyzji przez zamawiającego. Stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, zamawiający nie wyklucza wykonawcy jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia jest następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. A contrario, wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji jeżeli wykonawca ponosi odpowiedzialność za okoliczności skutkujące niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia.

Doktryna prawa cywilnego wśród okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność wymienia przede wszystkim zachowanie dłużnika noszące znamiona winy. Zgodnie z art. 472 Kodeksu cywilnego jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności. Przyjmuje się, że termin "niezachowania należytej staranności" oznacza właśnie winę dłużnika, i to zarówno umyślną jak i nieumyślną.

Jednocześnie, należy podkreślić, iż w wyjątkowych sytuacjach, stosownie do postanowień ustawy lub czynności prawnej, dłużnik może ponosić odpowiedzialność w szerszym bądź węższym zakresie niż za zachowania noszące znamiona winy. Możliwość odmiennego uregulowania w umowie odpowiedzialności dłużnika wynika z wyrażonej w art. 3531 Kodeksu cywilnego zasady swobody umów. Ocena okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność będzie więc miała

charakter indywidualny, w zależności od postanowień umownych.

II. Istnienie przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy może być dowodzone za pomocą każdego środka, mającego wartość dowodową. Może być to dokument, opinia biegłego, a nawet zeznanie świadka. Wśród dokumentów, które mogą potwierdzać fakt niewykonania zamówienia lub wykonania go z nienależytą starannością, można w szczególności wymienić: protokół odbioru robót z zastrzeżeniami co do ich jakości, wezwanie do usunięcia istotnych wad dzieła, wezwanie do zapłaty kary umownej, uznanie roszczeń z tytułu rękojmi itp. Niezachowanie należytej staranności przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień może być stwierdzone także wyrokiem, nie jest to jednak warunek konieczny. W obecnym stanie prawnym dla podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy nie jest wystarczającym dowód potwierdzający, że wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienia. Koniecznym jest jeszcze wykazanie, że wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia powstała szkoda, która nie została dobrowolnie naprawiona.

Mając na uwadze, iż decyzja zamawiającego o wykluczeniu może zostać oprotestowana, podejmując ją powinien on oprzeć się na wiarygodnych dowodach, które potwierdzałyby niezbicie, że dany wykonawca:

1. w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania wyrządził szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie (za co ponosi odpowiedzialność);
2. szkoda nie została przez niego dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania;