

## **KARA UMOWNA W KONTEKŚCIE PRZESŁANKI WYKLUCZENIA WYKONAWCY Z POWODU NIEPRAWIDŁOWOŚCI W REALIZACJI WCZEŚNIEJSZYCH UMÓW A SPOSÓB WYPEŁNIENIA JEDZ**

### **I. Wprowadzenie**

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp<sup>1</sup>, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć 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 lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Przepis ten ustanawia fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Charakteryzuje się ona tym, że wykluczenie wykonawcy z postępowania będzie dopuszczalne w sytuacji, w której określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp podstawa wykluczenia została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 109 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto, wykluczenie może nastąpić, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego jego podstawą (art. 111 pkt 4 ustawy Pzp). Wskazać także należy, że zgodnie z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

### **II. Przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp<sup>2</sup>**

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp określa przesłanki, które muszą zaistnieć, aby wykluczenie na podstawie tego przepisu było możliwe, tj.:

- Po pierwsze: **wykonawca dopuścił się** niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji;
- Po drugie: niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwale nienależyte wykonywanie musi być **znaczące co do stopnia lub zakresu** naruszenia zobowiązań umownych;
- Po trzeciej: przywołane powyżej zachowanie wykonawcy musi dotyczyć **istotnego zobowiązania**;
- Po czwarte: niewykonanie, nienależyte wykonanie bądź też długotrwale nienależyte wykonywanie umowy nastąpiło z **przyczyn leżących po stronie wykonawcy**;
- Po piątą: **konsekwencją powyższego** było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Z uwagi na sankcyjny charakter omawianego przepisu, którego skutkiem jest pozbawienie wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie, **wszystkie określone w przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie i muszą być interpretowane ściśle.**

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwana dalej „ustawą Pzp”.

<sup>2</sup> Szerzej na temat wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w Komentarzu UZP do ustawy Pzp pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf) str. 402 – 405, data dostępu: 26.10.2022 r.

### **III. Przesłanki wykluczenia określone w dyrektywie**

Omawiany przepis stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy klasycznej<sup>3</sup>, w którym ustawodawca unijny wskazał, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

W motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny zawarł wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia. W preambule wskazano, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie”.

### **IV. Zagadnienie kar umownych w kontekście fakultatywnej podstawy wykluczenia**

Ustawodawca krajowy doprecyzował użyte w dyrektywie klasycznej pojęcie „innych porównywalnych sankcji” poprzez wskazanie na wykonanie zastępcze oraz uprawnienia z tytułu rękojmi za wady. W art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest mowa o odszkodowaniu, które nie powinno być zawężane wyłącznie do „odszkodowania *sensu stricto*”, rozumianego jako odszkodowanie uzyskane w oparciu o zasady ogólne odpowiedzialności odszkodowawczej przewidziane w art. 471 KC<sup>4</sup>. Uznać należy, że w pojęciu „odszkodowania”, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp mieszczą się również ustalone w umowie, w oparciu o art. 483 § 1 KC, kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Art. 483 § 1 KC wskazuje, że zapłata określonej sumy (kary umownej) jest jedną z form naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Podkreślić należy jednak, że **nie każda kara umowna będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W katalogu tym mieścić się będzie jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy**. Określane w umowach kary – w zależności od sposobu ukształtowania postanowień umownych – mogą bowiem pełnić różne funkcje, nie tylko funkcję

<sup>3</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65, ze zm.), zwana dalej „dyrektywą klasyczną”.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 ze zm.), zwana dalej „KC”.

kompensacyjną. Warto jednak mieć na uwadze, że to funkcja kompensacyjna (odszkodowawcza) jest uznawana za podstawową funkcję kary umownej, gdyż co do zasady kara ta stanowi surogat odszkodowania należnego z tytułu szkody spowodowanej naruszeniem zobowiązania niepieniężnego<sup>5</sup>. **Innymi słowy, sam fakt naliczenia kary umownej nie stanowi automatycznie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.**

## V. **Oświadczenie na formularzu JEDZ**

Narzędziem służącym do oceny zaistnienia podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie wskazanym przez zamawiającego, w postępowaniach o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne składane na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia<sup>6</sup>, zwanym dalej „JEDZ” (art. 125 ust. 1 i 2 ustawy Pzp).

W przypadku przewidzienia przez zamawiającego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w prowadzonym postępowaniu, w części III sekcja C („Podstawy wykluczenia. Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”) formularza JEDZ wykonawca winien odpowiedzieć na pytanie, czy znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową. W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od wykonawcy podania szczegółowych informacji na ten temat<sup>7</sup>.

**Należy zatem przyjąć, że kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który 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). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności.**

Jednocześnie, w przypadku odpowiedzi twierdzącej na przytoczone pytanie, wykonawca musi odpowiedzieć, czy przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia. Jeżeli tak, musi opisać przedsięwzięte środki, z uwzględnieniem regulacji art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający, stosownie do treści art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, oceni dowody wykazane przez wykonawcę w oświadczeniu złożonym na formularzu JEDZ. Wykonawca nie

<sup>5</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 r., sygn. akt: I ACa 368/05, Legalis nr 71952.

<sup>6</sup> Wzór formularza określa rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. (Dz. Urz. UE nr L 3 z 6.1.2016, str. 16).

<sup>7</sup> INSTRUKCJA WYPEŁNIANIA Jednolity Europejski Dokument Zamówienia JEDZ, [https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf\\_file/0022/54904/Jednolity-Europejski-Dokument-Zamowienia-instrukcja-2022.04.29.pdf](https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0022/54904/Jednolity-Europejski-Dokument-Zamowienia-instrukcja-2022.04.29.pdf) str. 45 - 47, data dostępu: 26.10.2022 r.

będzie podlegał wykluczeniu, gdy zamawiający uzna podjęte przez wykonawcę czynności za wystarczające do wykazania jego rzetelności. W przeciwnym wypadku, wykonawca zostanie wykluczony z postępowania.<sup>8</sup>

## VI. Wnioski:

1. Sam fakt naliczenia kary umownej nie stanowi automatycznie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.
2. W katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp mieści się jedynie kara umowna mająca charakter odszkodowawczy.
3. Kierując się wymogami przejrzystości postępowania, wykonawca w części III sekcja C formularza JEDZ, odpowiadając na pytanie – *czy znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową* – składa oświadczenie skorelowane z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który 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).
4. W oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ w części III sekcja C nie wskazuje się umów, przy realizacji których wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności.

---

<sup>8</sup> Szerzej na temat tzw. samooczyszczenia w Komentarzu UZP do ustawy Pzp pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0028/49078/Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf) str. 412 – 420, data dostępu: 26.10.2022 r