



**JDP**

# **WPŁYW NIENALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY NA SYTUACJĘ PODMIOTOWĄ POSZCZEGÓLNYCH KONSORCJANTÓW**

**Konferencja: 20 lat Polski w UE – wyzwania i  
szanse dla polskiego systemu zamówień  
publicznych**

26 września 2024 r., Warszawa

[jdp-law.pl](http://jdp-law.pl)

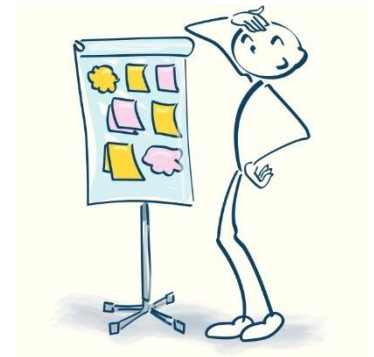


**Dr Łukasz Paweł Goniak**

Adwokat | Advocate  
Counsel

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego  
w Warszawie

- 1. Wprowadzenie**
- 2. Nienależyte wykonanie umowy**
  - ❑ regulacje prawne w polskim Pzp na tle przepisów unijnych;
- 3. Kwalifikacja podmiotowa konsorcjów a nienależyte wykonanie umowy**
  - ❑ praktyka w Polsce na tle orzecznictwa TSUE;
- 4. Podsumowanie:**
  - ❑ rozbieżności?;
  - ❑ wyzwania?



**NIENALEŻYTE WYKONANIE UMOWY –  
regulacje prawne w Polsce (na tle  
przepisów unijnych).**

**Opinia Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 2019-05-08, C-267/18**

Z motywu 101 dyrektywy 2014/24 wynika, że **wykroczenia zawodowe**, o których mowa w lit. c), **mają głównie charakter pozaumowny**, to znaczy są to niewłaściwe zachowania, które zasadniczo mają miejsce poza zakresem stosunków umownych. Sytuacja taka ma miejsce w przypadku zachowań, które dotyczą naruszenia zobowiązań środowiskowych lub społecznych, naruszenia reguł konkurencji lub praw własności intelektualnej lub przemysłowej, a także niewykonania zobowiązań podatkowych lub zobowiązań dotyczących zabezpieczenia społecznego. **Natomiast zachowanie określone w lit. g) stanowi typowe naruszenie umowy. (...)**

Z tego punktu widzenia związek między obiema literami można by określić jako *lex generalis* [lit. c)] i *lex specialis* [lit. g)], co **pozwoliłoby na zastosowanie celów i uzasadnienia przepisu ogólnego, aby ustalić zasady, jakich powinno się przestrzegać przy dokonywaniu wykładni przepisu zawartego w lit. g).**

## Wykluczenie z postępowania - NIENALEŻYTE WYKONANIE UMOWY

**Przesłanki FAKULTATYWNE - Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:**

Dyrektywa 2004	Dyrektywa 2014
<p><b>[45 ust. 2 lit. d)]</b>  <b>jest winny poważnego wykroczenia zawodowego</b>, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające;</p> <p>BRAK przesłanki dot. nienależytego wykonania umowy (późniejszy art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy 20140.</p>	<p><b>[57 ust. 4 lit. g)]</b>  <b>jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia</b> 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;</p>

## Wykluczenie z postępowania - NIENALEŻYTE WYKONANIE UMOWY

**Przesłanki FAKULTATYWNE - Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:**

dawne Pzp (stara ustawa)	Pzp (obecna ustawa)
<p><b>[24 ust. 5 pkt 4]</b>            który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania;</p>	<p><b>[109 ust. 1 pkt 7]</b>            który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał <b>istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy</b> w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co <b>doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;</b></p>

## Wykluczenie z postępowania - NIENALEŻYTE WYKONANIE UMOWY

**Przesłanki OBLIGATORYJNE - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:**

dawne Pzp (stara ustawa)	Pzp (obecna ustawa)
<p><b>[24 ust. 1 pkt 1]</b>            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 nienależyte wykonanie jest następstwem <b>okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności;</b></p>	<p><b>[109 ust. 1 pkt 7] - FAKULTATYWNA</b></p>
<p><b>[24 ust. 1 pkt 1a]</b>            wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu <b>okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność</b>, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy;</p>	



## Wykluczenie z postępowania - NIENALEŻYTE WYKONANIE UMOWY

### Przesłanki FAKULTATYWNE - *Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:*

Dyrektywa 2014	Pzp
<p><b>[57 ust. 4 lit. g)]</b>            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;</p>	<p><b>[109 ust. 1 pkt 7]</b>            który, z przyczyn leżących po jego stronie, w <b>znacznym stopniu</b> lub <b>zakresie</b> nie wykonał lub nienależycie wykonał <b>albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy</b> w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co <b>doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;</b></p>

## Wykluczenie z postępowania - NIENALEŻYTE WYKONANIE UMOWY

### Przesłanki podstawy wykluczenia w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp:

- 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 długotrwałe 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 długotrwałe 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.**

**Kwalifikacja podmiotowa konsorcjów  
a nienależyte wykonanie umowy.  
Praktyka**

## **KWALIFIKACJA PODMIOTOWA KONSORCJÓW - NIENALEŻYTE WYKONANIE UMOWY**

**Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 2023-01-26, C-682/21**

***Nie można zatem przyjąć,** żeby w przypadku rozwiązania umowy w sprawie tego zamówienia z powodu znaczących lub uporczywych niedociągnięć w trakcie jego realizacji **taki wykonawca automatycznie został zakwalifikowany jako nierzetelny i tymczasowo wykluczony bez uprzedniej oceny jego zachowania, w sposób konkretny i zindywidualizowany,** w świetle wszystkich istotnych okoliczności. Prawdą jest, że państwo członkowskie może ustanowić w przypadku ustalenia warunków stosowania przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 fakultatywnej podstawy wykluczenia domniemanie, zgodnie z którym przyjmuje się, że **wykonawca prawnie odpowiedzialny za prawidłowe wykonanie zamówienia publicznego** przyczynił się przy wykonywaniu tego zamówienia do powstania lub utrzymywania się znaczących lub uporczywych niedociągnięć, które doprowadziły do rozwiązania umowy w sprawie wspomnianego zamówienia. Jednakże w sytuacji gdy zamówienie to zostało udzielone konsorcjum złożonemu z wykonawców, których indywidualny udział w owych niedociągnięciach i w ewentualnych wysiłkach służących usunięciu tych uchybień niekoniecznie jest jednakowy, **takie domniemanie powinno być wzruszalne, w przeciwnym przypadku będzie bowiem stanowiło naruszenie istotnych cech owej fakultatywnej podstawy wykluczenia i przypomnianej w art. 18 ust. 1 tej dyrektywy zasady proporcjonalności.***

## **KWALIFIKACJA PODMIOTOWA KONSORCJÓW - NIENALEŻYTE WYKONANIE UMOWY**

### **Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 2021-04-15, C-927/19**

*W konsekwencji na pytanie jedenaste należy odpowiedzieć, że art. 63 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24 w związku z art. 57 ust. 4 i 6 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że **stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym w przypadku gdy wykonawca będący członkiem grupy wykonawców był winny wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji**, które były wymagane do weryfikacji tego, czy nie zachodzą podstawy wykluczenia grupy lub czy grupa ta spełnia kryteria kwalifikacji, o którym to wprowadzeniu w błąd jego partnerzy nie wiedzieli, **środek w postaci wykluczenia z wszelkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego może zostać nałożony na wszystkich członków owej grupy.***

## **KWALIFIKACJA PODMIOTOWA KONSORCJÓW - NIENALEŻYTE WYKONANIE UMOWY**

**Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2022-06-17, XXIII Zs 71/22**

*Należy zauważyć, że fakt, iż wykonawca jest częścią konsorcjum realizującego przedmiot zamówienia publicznego, zobowiązanego do zapłacenia kary umownej ze względu na niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia, **nie oznacza jeszcze, że niewykonanie lub długotrwałe nienależyte wykonanie zobowiązania wynikało z przyczyn leżących po stronie tego konkretnego członka konsorcjum.**(...)*

*Tymczasem z uwagi na negatywne skutki dla wykonawcy, jakie niesie ze sobą wykluczenie, zamawiający jest zobligowany do **dogłębnego przeanalizowania sprawy i wykazania**, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego wynikającego z wcześniejszej umowy **nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy** (por. Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, s. 406, Warszawa 2021 r., Urząd Zamówień Publicznych). (...)*

*Wykluczenie z postępowania jest, w ocenie sądu okręgowego, **quasi sankcją karną**, zatem wszystkie przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy powinny być szczegółowo zbadane.*

## KWALIFIKACJA PODMIOTOWA KONSORCJÓW - NIENALEŻYTE WYKONANIE UMOWY

### Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-09-14, KIO 1736/18

Następnie, zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający, **podkreślali solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o jego udzielenie**. Izba wskazuje jednak, że z uwagi na wyjątkowy charakter regulacji kształtującej odpowiedzialność solidarną wykonawców, przesłanek solidarności oraz jej konsekwencji dla wykonawców biorących udział w realizacji zamówienia nie należy interpretować rozszerzająco. **Jedną z przyczyn odstąpienia konsorcjum od umowy z Gminą Twardogóra był zgłoszony wniosek o upadłość konsorcjanta**. Nie sposób więc uznać, że złożenie takiego wniosku o upadłość stanowi przyczynę leżącą po stronie drugiego konsorcjanta. Nadto, Strony **nie przeprowadziły indywidualnej oceny**, który z członków konsorcjum ewentualnie nie wykonał albo nienależycie wykonał umowę. **W ocenie Izby przyjmowanie, że wszyscy członkowie konsorcjum są tak samo winni niewykonania zamówienia jest nieakceptowalne**. Konsekwencje odpowiedzialności konsorcjum przy realizacji danego zamówienia, a właściwie nieprawidłowego jego wykonywania, **nie powinny automatycznie rozciągać się na inne późniejsze zamówienia**, gdzie członkowie tego konsorcjum zamierzają ubiegać się o ich realizację. Tym bardziej, że w niniejszym stanie faktycznym **nie występuje tożsamość podmiotowa**, bowiem mamy do czynienia z innym podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia (wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu jest Przystępującym, a wykonawcą realizującym umowę z Gminą Twardogóra było konsorcjum).

## **KWALIFIKACJA PODMIOTOWA KONSORCJÓW - NIENALEŻYTE WYKONANIE UMOWY**

**Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-08-09, KIO 1311/18**

*Na potrzebę indywidualnej oceny działania każdego z członków konsorcjum wskazał także Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu C-387/14, zwanym Esaprojekt, w którym stwierdził, że dla oceny nabytego doświadczenia przy realizacji robót w ramach konsorcjum należy brać pod uwagę indywidualne doświadczenie wykonawcy wynikające tylko z zakresu realizowanych przez niego zadań, a nie całości konsorcjum. Tym samym niezbędna jest zindywidualizowana ocena działań wykonawcy, który miałby podlegać wykluczeniu w innym postępowaniu, w sytuacji kiedy poprzednie zamówienie było realizowane w ramach konsorcjum, a nie przez tego wykonawcę samodzielnie. Izba zdaje sobie sprawy, że oczekiwanie to może okazać się w niektórych przypadkach trudne do ustalenia, ale nie może być akceptowalny pogląd - jak w tym postępowaniu - że brak jest potrzeby podjęcia jakichkolwiek działań celem ustalenia przyczynienia się danego konsorcjanta do niewykonania zamówienia.*



## **KWALIFIKACJA PODMIOTOWA KONSORCJÓW - NIENALEŻYTE WYKONANIE UMOWY – czy tak było zawsze?**

**Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 2007-08-24,  
X Ga 219/07**

*Zamawiający wykazał więc zarówno fakt istnienia szkody, jak i fakt, iż szkoda owa została wyrządzona jako **następstwo niewykonania zobowiązania przez konsorcjum, którego członkiem był lider skarżącego w niniejszej sprawie konsorcjum, zaś niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które dłużnik (konsorcjum) ponosi odpowiedzialność /upadłość jednego z członków konsorcjum, wypowiedzenie przez syndyka masy upadłości umowy z dnia .../.** **Zaś wobec solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum za wykonanie umowy,** zasadnym było wykluczenie przez Zamawiającego w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego Konsorcjum, którego liderem jest ... .*

## **KWALIFIKACJA PODMIOTOWA KONSORCJÓW - NIENALEŻYTE WYKONANIE UMOWY**

**Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 2012-12-13, C-465/11**

*W tym względzie należy zauważyć, że zważywszy na cechy właściwe poszczególnym krajowym systemom prawnym w zakresie odpowiedzialności, **pojęcie 'okoliczności, za które [wykonawca] ponosi odpowiedzialność' jest bardzo szerokie i może obejmować sytuacje dalece wykraczające poza postawę danego wykonawcy wykazującą zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony.** Tymczasem art. 54 ust. 4 akapit pierwszy dyrektywy 2004/17 odsyła do uprawnienia do zastosowania kryteriów wykluczenia wymienionych w art. 45 dyrektywy 2004/18 'na zasadach tam określonych', tak że **pojęcia 'poważnego wykroczenia' w rozumieniu opisanym w pkt 25 niniejszego wyroku nie można zastępować pojęciem 'okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność' dany wykonawca.***

## **PODSUMOWANIE:**

- Rozbieżności (?)
- Wyzwania (?)



**Dr Łukasz Paweł Goniak**

Adwokat | Counsel

Zespół Zamówień Publicznych

[lukasz.goniak@jdp-law.pl](mailto:lukasz.goniak@jdp-law.pl)



Dziękujemy za Państwa czas.

[jdp-law.pl](http://jdp-law.pl)