

Procedura samooczyszczenia

Dodano: 18.02.2022

Naliczone kary i wykazane naruszenia nie muszą eliminować wykonawcy z kolejnego przetargu, może on skorzystać z procedury samooczyszczenia.



Podczas dwóch spotkań w Dyrekcji Generalnej Lasów Państwowych, w których brałem udział - na zaproszenie Polskiego Związku Pracodawców Leśnych, przedstawiłem taką tezę. Otóż uważam, że niedoszacowanie kosztów usług leśnych widoczne jest od strony wykonywania umów.

Mam na myśli sytuacje, w których nadleśnictwa są coraz częściej zmuszone do sięgania po sankcje w postaci kar umownych, by dyscyplinować zuli. Surowość egzekwowania zapisów wynika moim zdaniem z problemów z wykonawstwem wywołanych zbyt małymi przychodami. Im mniej pieniędzy do dyspozycji zula, tym trudniej o szybką naprawę zepsutej maszyny, zatrudnienie rzetelnych podwykonawców, szybkie zorganizowanie dodatkowych zasobów przy większym natężeniu zleceń. W rezultacie pojawiają się opóźnienia i niedoróbki wywołujące dodatkowe sankcje finansowe (w tym potrącane z zabezpieczeń, co dobrze widać pod koniec okresu ich obowiązywania), a w skrajnych przypadkach nawet przedterminowe rozwiązywanie umów.

Zobowiązanie poprawy

Wzrost, wedle moich subiektywnych obserwacji, przypadków naliczania kar przekłada się także na

tok przetargów. Zgodnie bowiem z przepisami, w postępowaniu nie może brać udział wykonawca, który ze swojej winy, w znacznym stopniu nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wobec zamawiającego, co doprowadziło do wypowiedzenia umowy, odszkodowania lub wykonania zastępczego. Ten zapis można przełożyć na prostszy język stwierdzając, że o przetarg publiczny nie powinni ubiegać się nierzetelni wykonawcy.

Warto zwrócić uwagę, że nie każde niedociągnięcie i nie każda naliczona kara oznacza eliminację z rynku zamówień publicznych. Wspomniana reguła zawiera w sobie kilka ograniczeń, mowa bowiem o naruszeniu „w istotnym stopniu” oraz „istotnego zobowiązania”. Są to co prawda dość ogólnikowe określenia, ale w konkretnych sytuacjach bylibyśmy w stanie ocenić, czy kwalifikują ofertę pod odrzucenie. Trzeba byłoby przeanalizować wysokość kar, liczbę niewykonanych zleceń, powtarzalność i długotrwałość naruszeń, ciężar gatunkowy wadliwych prac, całkowitą wysokość wynagrodzenia wypłaconego na podstawie umowy. Dzięki takim informacjom, właściwym dla każdej odrębnej sprawy, zamawiający oceni wiarygodność oferenta na tle potknięć w przeszłości.

I w tym właśnie miejscu przechodzimy do **procedury samooczyszczania**, zagadnienia dość skomplikowanego w prawie zamówień publicznych. Ryzyko eliminacji nierzetelnego wykonawcy nie jest bowiem bezwzględne. Może on wziąć na siebie ciężar przekonania zamawiającego, że niezależnie od niedobrych doświadczeń, gwarantuje prawidłowe usługi. Przepis każe przedsiębiorcy udowodnić, że naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody, wyjaśnił fakty związane z nieprawidłowym postępowaniem oraz podjął środki zaradcze, aby zapobiec dalszym naruszeniom. Znaczący prawa przetargowego, a także orzecznictwa, nie są niestety zgodni, w którym momencie, w jakiej formie i z czyjej inicjatywy ma nastąpić takie samooczyszczenie.

To, co wiemy na pewno, to że pierwsze informacje, i to w miarę wszechstronne, powinny pojawić się już w formularzu JEDZ. Każdemu, kto składał ofertę przypomina się zapewne rubryka dokumentu, w której należy odpowiedzieć na pytanie, czy doszło w przeszłości do rozwiązania umowy i naliczenia kar. Omawiana sekcja niestety nie wskazuje, że dotyczy tylko doniosłych, poważnych przypadków naruszeń, niektórzy zatem mylnie wywodzą z niej konieczność ujawniania choćby najmniejszych, symbolicznych płatności.

Z dwojga opcji, szczególnie przy nieco wyższych karach, lepiej już wybrać tę, która będzie polegała na wpisaniu informacji o ich naliczeniu. Pamiętajmy bowiem, że niezależną **podstawą do wykluczenia z przetargu jest próba ukrycia informacji**, które mogłyby narażać wykonawcę na wykluczenie. To właśnie z tego powodu zawsze w sytuacjach spornych jestem zwolennikiem transparentności. Widziałem już w tym roku decyzje o wykluczeniu, w których podstawowym argumentem była chęć zatajenia historii własnych umów.

Dlatego zalecam, aby we wspomnianym fragmencie formularza dość rzetelnie przedstawić stan rzeczy, czyli wiadomości o umowie, z której kara powstała, zamawiającym, który ją naliczył oraz wysokości (pod warunkiem, że nie jest symboliczna). Równie ważne jest jednak **wykazanie okoliczności naprawczych**. Powinna się tam znaleźć informacja w pierwszej kolejności o tym, że

kary zostały zapłacone. Jeżeli firma leśna nie zgadza się z ich naliczeniem, to powinna opisać dlaczego oraz zreferować dotychczasowe starania o anulowanie (wezwania, pisma, ostatecznie także sądowe, jeżeli spór o kary zabrnął aż tak daleko).

W przypadku zapłacenia kar należy dodać informacje o staraniach podjętych celem reorganizacji pracy mającej zapobiec ponownym kłopotom przy wykonywaniu zleceń. Przychodzi mi do głowy przykład dodatkowych szkoleń, wewnętrznych instruktaży, może nawet kar porządkowych dla winnych pracowników albo wręcz oświadczeń o zwolnieniu tych, którzy zawinili (jeżeli musieli pożegnać się z firmą). Innymi słowy, przedsiębiorca powinien pokazać, że podjął właściwe środki zaradcze.

Udokumentowanie samooczyszczenia

Pamiętajmy, że w swoich rozważaniach jesteśmy wciąż na etapie wypełniania JEDZ. To jeszcze nie jest sedno kłopotów z samooczyszczaniem. Największe wątpliwości bowiem budzi to, kiedy należy opis z formularza odpowiednio udokumentować. Standardowe specyfikacje leśne oczywiście nie wskazują, że wraz z ofertą muszą zostać złożone dowody na samooczyszczenie. Takiej reguły nie przewidują wprost także przepisy. W orzecznictwie pojawiają się głosy, że od udowadniania swoich racji jest każdorazowo przedsiębiorca, niemniej dotyczą one raczej generalnie skuteczności samooczyszczenia.

Innymi słowy, o usunięciu złej opinii musi zadbać sam zainteresowany. Nie zmienia to faktu, że na wstępnym etapie ofertowania podstawa do składania dokumentów, dowodów, zaświadczeń itp. wykazujących rzetelność zula jest wątpliwa. Po prostu z ustawy nie wynika, że takie dowody trzeba złożyć wraz z ofertą. Jeżeli, jak pokazuje doświadczenie, zamawiający potrafią samodzielnie skontaktować się z tymi nadleśnictwami, gdzie miało wcześniej dojść do naruszenia umów, tym bardziej powinni chcieć wskazać wykonawcy na konieczność udokumentowania stanowiska i opisu przedstawionego w JEDZ. Dlatego właśnie uważam, że nie można skutecznie czynić zarzutu z tego, że JEDZ pozostał gołosłowny. Skoro prawie każda pomyłka w dokumentacji daje możliwość poprawy i skorygowania dokumentów (słynna zasada „jednorazowej korekty”), to dlaczego zula miałby zostać pozbawiony takiego prawa w odniesieniu do samooczyszczenia?

Podsumowując, jestem zwolennikiem poglądu, że **firmy leśne obowiązują przejrzystością przy informowaniu o okolicznościach rozwiązania poprzednich umów lub naliczeniu kar**. Nie ma co się kryć, bo konkurencja wszakże nie śpi. Z drugiej strony, nadleśnictwa powinno dochować staranności i czytelności oczekiwań względem przedsiębiorcy, który poddaje się samooczyszczeniu, tak aby pochopnie nie pozbawiać go prawa do udziału w przetargu.



Łukasz Bąk, adwokat

Wspólnik w Kancelarii Jaskot, Bąk - Adwokaci

Komentarze (0)

Nie dodano jeszcze żadnego komentarza.