

## Zamówienia publiczne: fakultatywne przesłanki wykluczenia

18 października 2016 | Administracja | Katarzyna Kuźma, Wojciech Hartung

Dzięki zmianom wprowadzonym nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie 28 lipca tego roku, zamawiający uzyskał daleko idące uprawnienie do kształtowania warunków udziału w danym postępowaniu.

*Jedna z istotnych zmian wprowadzonych na podstawie ustawy z 22 czerwca 2016 r. nowelizującej Prawo zamówień publicznych (PZP) dotyczy przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Dotychczasowe rozwiązanie przewidujące obowiązek wykluczenia w przypadkach wskazanych w ustawie zostało zastąpione przez podział na przesłanki obligatoryjne (art. 24 ust. 1 pkt 12-23 PZP) i fakultatywne (art. 24 ust. 5 pkt 1-8 PZP). Zamawiający ma obowiązek weryfikacji wystąpienia tych pierwszych. Zastosowanie przesłanek fakultatywnych (wszystkich lub wybranych) będzie natomiast uzależnione od wyboru i decyzji zamawiającego odzwierciedlonej w ogłoszeniu o zamówieniu.*

*Ustawodawca przewidział również - w odniesieniu do większości przesłanek wymienionych w obu wyżej wymienionych grupach - mechanizm tzw. samooczyszczenia (ang. self-cleaning). Po przeprowadzeniu określonych działań w ramach self - cleaning, wykonawca, pod pewnymi warunkami, może zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu pomimo wcześniejszego zmaterializowania się w jego przypadku danej przesłanki wykluczenia.*

*Korzystanie z fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga od zamawiającego indywidualnego podejścia. Przepisy wprowadzone nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie 28 lipca tego roku, w istotny sposób zmieniają podejście do tego zagadnienia. Zamiast - jak dotychczas - obowiązku wykluczenia wykonawcy w przypadkach opisanych wprost przez prawo, to zamawiający uzyskuje daleko idące uprawnienie do kształtowania warunków udziału w danym postępowaniu.*

*Korzystanie z opisanych prawem możliwości powinno być jednak zawsze proporcjonalne. Przyznając swobodę doboru środków zamawiającemu, nałożono na niego równocześnie obowiązek analizy tego, czy w danym postępowaniu zastosowane środki nie okażą się nadmiernie uciążliwe dla wykonawców i czy faktycznie są konieczne dla osiągnięcia założonego przez zamawiającego celu.*

*Niniejszy artykuł stanowi wprowadzenie do cyklu publikacji, w którym zamierzamy szczegółowo omówić wybrane fakultatywne podstawy wykluczenia przewidziane w Prawie zamówień publicznych. Przedstawimy zatem bliżej kolejno regulacje dotyczące prawa pracy, prawa ochrony środowiska oraz karne. Naszym celem jest rozszyfrowanie nierzadko enigmatycznych zapisów zawartych w ustawie, wskazanie konsekwencji określonych zachowań na konkretnych przykładach, jak również przedstawienie środków, które można i należy przedsięwziąć w przypadku, w którym zaistnieje ryzyko wystąpienia jednej z fakultatywnych podstaw wykluczenia.*

*Mamy nadzieję, że lepsze zrozumienie postanowień zawartych w znowelizowanych przepisach Prawa zamówień publicznych pozwoli zamawiającym na podejmowanie przemyślanych decyzji odnośnie do zastosowania fakultatywnych przesłanek wykluczenia w konkretnym postępowaniu, a wykonawcom na realistyczną ocenę ewentualnych ryzyk związanych ze zdarzeniami, jakie miały miejsce w jego organizacji, i na przyjęcie odpowiednich środków zaradczych.*

Zanim jednak przejdziemy do analizy poszczególnych przesłanek, w niniejszym, otwierającym artykule przedstawimy zasadnicze założenia, które powinny być brane pod uwagę zarówno przez zamawiających zamierzających wykorzystywać przesłanki fakultatywne jak i wykonawców, którzy powinni zawnoczasu przygotować się na taką sytuację.

Co do zasady, katalog wszystkich przesłanek wykluczenia znajduje swoje źródło w art. 57 dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych i to zawarte w nim wytyczne w znacznej mierze powinny stanowić punkt odniesienia przy interpretacji zapisów krajowych. Zgodnie z cytowanym przepisem, z postępowania musi zostać wykluczony wykonawca, który dopuścił się najcięższych przestępstw, w tym korupcji czy prania brudnych pieniędzy. Obowiązek ten dotyczy również sytuacji, w której przestępstwo zostało popełnione przez osoby fizyczne pełniące określone funkcje w organizacji wykonawcy. Przesłanka obligatoryjna dotyczy także przypadku, w którym wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płacenia podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, co zostało stwierdzone ostatecznym i wiążącym orzeczeniem sądowym lub decyzją administracyjną.

W zakresie innych naruszeń decyzję odnośnie do podniesienia ich do rangi przesłanki wykluczenia pozostawiono państwom członkowskim lub też samemu zamawiającemu. Jak w przypadku każdej dyrektywy, zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej, pozostawiono przy tym ustawodawcy krajowemu pewien margines samodzielności przy szczegółowym kształtowaniu przepisów. Jest to zrozumiałe, ponieważ jedynie ustawodawca krajowy, uwzględniając wszelkie lokalne okoliczności, jest właściwy do precyzyjnego opisanie przypadków powodujących lub mogących powodować tak surową sankcję jaką jest wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. I tak, w Prawie zamówień publicznych, w katalogu przesłanek obligatoryjnych znalazło się kilka, które w dyrektywie 2014/24/UE uznano za fakultatywne.

### Zasada proporcjonalności

Co istotne, ustawodawca krajowy powinien być kierować się zasadą proporcjonalności. Przykładowo, fakultatywne przesłanki wykluczenia powinny być ukształtowane w taki sposób, żeby uwzględniać potencjalny udział w postępowaniach o zamówienia publiczne w Polsce także wykonawców zagranicznych lub też takich, w strukturach których zasiadają osoby fizyczne i prawne nie pochodzące z Polski. Jak bowiem wskazano w preambule do dyrektywy 2014/24/UE, 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.

Odnoszenie się bezpośrednio do okoliczności krajowych może - w określonych okolicznościach - taką zasadę proporcjonalności naruszać. Przykładem takiej regulacji w znowelizowanej ustawie Prawo zamówień publicznych może być przesłanka wykluczenia odnosząca się do sytuacji, w której na wykonawcę nałożono grzywnę lub karę pieniężną w wysokości nie niższej niż 3000 złotych za naruszenia przepisów prawa ochrony środowiska lub prawa pracy. Niezależnie od tego,

czy katalog wykroczeń skutkujących grzywną w tej wysokości sam w sobie spełnia standard proporcjonalności (o tym w kolejnych artykułach naszego cyklu), to trzeba mieć na względzie, że grzywna w tej wysokości może być nakładana za zupełnie inne i nieporównywalne naruszenia w Niemczech, Francji lub krajach skandynawskich, a inne w Rumunii czy w Bułgarii. Wynika to choćby z siły nabywczej pieniądza, która nawet w ramach krajów UE jest mocno zróżnicowana. Istnieje zatem obawa, że w zależności od kraju, grzywna odpowiadająca kwocie 3000 złotych może być nakładana za zupełnie inne zachowania. W przestanie tej nie powinno natomiast - jak się zdaje - chodzić o kwotę grzywny, ale raczej o rodzaj podlegającego karze zachowania wykonawcy.

### Ochrona środowiska i prawo pracy

Ponadto, jak wynika z przepisów dyrektywy, wykluczeniu może podlegać wykonawca, który w trakcie realizacji zamówienia publicznego nie przestrzegał obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska i prawa pracy ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach prawa międzynarodowego. O ile można uznać, że termin „wykonawca” powinien być rozumiany szeroko i obejmuje również osoby wchodzące w skład jego organów, to wątpliwe jest, by dotyczył ewentualnych naruszeń niezwiązanych z zamówieniem publicznym. Tymczasem, polska regulacja mówi generalnie o wykroczeniu przeciwko prawom pracownika lub wykroczeniu przeciwko środowisku, które nie muszą łączyć się z wykonywaniem zamówienia publicznego.

Dodatkową okolicznością wskazującą na możliwy brak przestrzegania zasady proporcjonalności w kształtowaniu omawianych przepisów jest trzyletni okres wykluczenia związany z zaistnieniem danej przestanki. Mamy zatem do czynienia z bardzo dotkliwą sankcją, skutkującą długoletnim wykluczeniem z udziału w zamówieniach publicznych, za potencjalnie błahе naruszenia przepisów z zakresu prawa pracy czy prawa ochrony środowiska.

Z jednej strony zatem zamawiający (ale również konsekwentnie organy ich kontrolujące) chcąc realizować ogólny cel prospołeczny lub proekologiczny mogą rozważyć wprowadzenie takich przestank do dokumentacji prowadzonych przez siebie postępowań. Z drugiej jednak strony powinni przeanalizować skutki ewentualnego naruszenia prawa UE w tym zakresie i dokonywać prounijnej wykładni przepisów krajowych.

### Mechanizm samooczyszczenia

Warto również przypomnieć, że zgodnie z 24 ust. 12 Prawa zamówień publicznych i ogólną zmianą podejścia do badania przestank podmiotowych udziału w wykonawcy w postępowaniu, wykluczenie będące konsekwencją zaistnienia jednej z przestank może nastąpić w każdym momencie trwającego postępowania (a zatem do chwili udzielenia zamówienia). Dotyczy to zarówno przestank obligatoryjnych jak i fakultatywnych (oczywiście, gdy zostały przewidziane przez zamawiającego).

Zmiana podejścia prawodawcy unijnego, a w ślad za nim również krajowego, do przestank wykluczenia obejmuje także mechanizm tzw. samooczyszczenia (ang. self-cleaning). W dotychczasowych przepisach był on możliwy do wykorzystania w przypadku przestanki dotyczącej poważnego naruszenia obowiązków zawodowych (co na marginesie wymusił Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrokiem w sprawie C-465/11). Obecnie można go wykorzystać w prawie wszystkich przypadkach zaistnienia przestanki wykluczenia.

Oznacza to, że samo podleganie przestance wykluczenia nie musi wiązać się z automatycznym

zastosowaniem sankcji w postaci pozbawienia możliwości ubiegania się o zamówienie. Zgodnie z przepisami, każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji objętych podstawą wykluczenia, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. Pewną wytyczną dla oceny tych środków zawiera preambuła do dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którą środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań.

#### Zgodność działalności przedsiębiorstwa

Jest to zatem istotny mechanizm, który zapewne będzie wykorzystywany w praktyce przez wykonawców. Kluczową dla jego skuteczności może się okazać wiarygodność. Chodzi tu zatem nie o środki podejmowane ad hoc, w obawie przed wykluczeniem z konkretnego postępowania, ale o rozwiązanie systemowe wdrożone u danego wykonawcy. Inaczej może być bowiem oceniona sytuacja, w której wykonawca nie podejmuje żadnych środków naprawczych aż do publikacji ogłoszenia o interesującym wykonawcę zamówieniu, a inaczej taka, gdzie system mający zapobiegać naruszeniom jest u niego wdrożony niezależnie od konkretnego postępowania o zamówienie publiczne i okoliczności danej sprawy.

Z mechanizmem tym pozostaje zatem w bezpośrednim związku tzw. system compliance, rozumiany jako zgodność działalności przedsiębiorstwa z przepisami prawnymi, standardami etycznymi oraz innymi normami (także dobrowolnie przyjętymi regulacjami wewnętrznymi tzw. soft law) znajdującymi zastosowanie do prowadzonej działalności. Dokonując analizy zakresu pojęć self-cleaning i compliance można stwierdzić, że jedno jest konsekwencją drugiego - nie można mówić o rzetelnie przeprowadzonym procesie self-cleaning bez wdrożenia u wykonawcy skutecznego systemu compliance.

Co oczywiste, nie istnieje jeden wzorcowy model systemu compliance, który zapewniałby skuteczność przeprowadzonego procesu self-cleaning. Kształt takiego systemu, jak również - w konsekwencji - podjętych działań self cleaning zależny będzie każdorazowo od wielu czynników charakterystycznych dla danego wykonawcy takich jak intensywność zidentyfikowanego naruszenia, jego czas, skutek finansowy, wielkość przedsiębiorstwa, przedmiot prowadzonej działalności, struktura grupy kapitałowej, obszar geograficzny prowadzonej działalności i wiele innych.

Nie ulega jednak wątpliwości, że dla ich skuteczności konieczne jest podjęcie stosownych działań z góry tak, aby z jednej strony w odpowiednim momencie zostały zidentyfikowane ewentualne obszary wymagające podjęcia odpowiednich działań naprawczych, a z drugiej, aby działania te mogły zostać uznane za wystarczające.

Wszystkie powyżej zasygnalizowane zagadnienia zamierzamy Państwu przybliżyć w kolejnych artykułach, które - mamy nadzieję - pozwolą lepiej zrozumieć i przygotować się uczestnikom rynku zamówień publicznych (tak zamawiającym jak wykonawcom) do czekających wyzwań związanych z praktycznym stosowaniem znowelizowanych przepisów Prawa zamówień publicznych.

*Katarzyna Kuźma, partner w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka*

*Wojciech Hartung, counsel w praktyce Infrastruktury i Energetyki kancelarii Domański Palinka*

podstawa prawna: *Ustawa z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (DzU z 2016 r., poz. 1020)*

Rzeczpospolita

© © Wszystkie prawa zastrzeżone