

Zamówienia publiczne: fakultatywne przesłanki wykluczenia

25 października 2016 | Administracja

Fakultatywne przesłanki wykluczenia w zakresie prawa pracy i o zabezpieczeniu społecznym zostały wprowadzone do prawa zamówień publicznych bez pogłębionej weryfikacji stosownych przepisów. Znikoma jest więc możliwość ich praktycznego zastosowania.

KATARZYNA KUŹMA, partner w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka

AGATA MIERZWA, senior associate w praktyce Prawa Pracy w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka

Kontynuując rozważania na temat fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wprowadzonych na podstawie ustawy z 22 czerwca 2016 r. nowelizującej Prawo zamówień publicznych (PZP), chcielibyśmy w dzisiejszym artykule zastanowić się nad faktycznym znaczeniem i możliwością zastosowania przesłanek opisanych w art. 24 ust. 5 pkt 5, 6 i 7 PZP w zakresie, w jakim dotyczą one naruszeń przepisów prawa pracy i o zabezpieczeniu społecznym.

Zgodnie z cytowanymi wyżej przepisami, w przypadku zastosowania przez zamawiającego w danym postępowaniu omawianych przesłanek fakultatywnych, z postępowania zostaną wykluczeni:

- wykonawcy będący osobą fizyczną, których prawomocnie skazano za wykroczenie przeciwko prawom pracownika, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3000 złotych;
- wykonawcy, którego urzędującego członka zarządu (organu zarządzającego), rady nadzorczej (organu nadzorczego), wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo - akcyjnej lub też prokurenta prawomocnie skazano za powyższe wykroczenia;
- oraz wykonawcy, wobec których wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych.

Równe traktowanie i zasada proporcjonalności

Jak się wydaje, wprowadzenie do polskiego PZP fakultatywnych przesłanek wykluczenia dot. naruszeń przepisów prawa pracy i o zabezpieczeniu społecznym miało być jednym z elementów pozwalających na realizację pozaekonomicznych celów zamówień publicznych, w tym przypadku celów społecznych. Powstaje jednak zasadnicze pytanie, czy przesłanki wykluczenia zostały sformułowane w sposób, który faktycznie przyczyni się do realizacji wspomnianego celu oraz czy ich zastosowanie w konkretnych postępowaniach, szczególnie z udziałem wykonawców zagranicznych, nie będzie naruszało dwóch z podstawowych zasad, tj. zasady równego traktowania i zasady proporcjonalności. (O wątpliwościach związanych przykładowo ze sztywnym

ustanowieniem progu grzywny, od której nałożenia uzależnione jest wykluczenie z postępowania, na poziomie 3000 złotych, pisaliśmy już w artykule wprowadzającym do niniejszego cyklu opublikowanym w dniu 18 października br.).

Należy bowiem przypomnieć, iż zgodnie z motywem 37 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE, „jest rzeczą szczególnie istotną, by państwa członkowskie i instytucje zamawiające podjęły stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie (...) prawa socjalnego i prawa pracy (...). Stosowne środki powinny mieć zastosowanie zgodnie z podstawowymi zasadami prawa Unii, w szczególności z myślą o zapewnieniu równego traktowania.” To ostatnie może okazać się w konkretnych przypadkach wątpliwe, zastosowanie bądź nie danej przesłanki wykluczenia powinno być zatem przez zamawiających przemyślane również z tego punktu widzenia, szczególnie w sytuacji, w której realizują oni projekt (inwestycję) współfinansowaną ze środków unijnych.

Innym zagadnieniem jest praktyczny wymiar stosowania omawianych przesłanek.

Zacznijmy od ostatniej cytowanej uprzednio przesłanki dotyczącej nałożenia na wykonawcę ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym. W sprawach z zakresu prawa pracy ostateczne decyzje administracyjne stwierdzające naruszenie obowiązków i wymierzające za to naruszenie kary pieniężne są absolutnym wyjątkiem. Z taką decyzją będziemy mieli do czynienia głównie w dwóch przypadkach.

Pierwszym z nich będzie sytuacja, w której pracodawca nie opłaci składek na ubezpieczenie społeczne lub je opłaci, ale w zaniżonej wysokości. Zgodnie z ustawą o systemie ubezpieczeń społecznych, Zakład Ubezpieczeń Społecznych będzie mógł wówczas nałożyć na płatnika (czyli podmiot będący pracodawcą) dodatkową opłatę do wysokości 100 proc. nieopłaconych składek. Przykładem nieopłacenia składek na ubezpieczenie społeczne będzie sytuacja, w której firma zawierała umowy o dzieło (nieobjęte obowiązkiem składkowym), podczas gdy Zakład Ubezpieczeń Społecznych ustali w trakcie kontroli, iż w rzeczywistości ubezpieczeni wykonują czynności w sposób odpowiadający umowom zlecenia lub umowom o pracę (objęte obowiązkiem składkowym). Dodatkowa opłata jest nakładana w formie decyzji administracyjnej. Ustawa nie postuluje się co prawda sformułowaniem kary pieniężnej, ale dodatkowa opłata ma niezaprzeczalnie charakter kary.

Jednoczesne ukaranie pracodawcy będącego osobą fizyczną za przestępstwo lub wykroczenie polegające na nieopłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne skutkuje tym, iż opłaty dodatkowej za ten sam czyn nie wymierza się. Płatnik ma prawo odwołać się od decyzji wydanej przez ZUS do sądu okręgowego, jednak wyrok wydany przez sąd nie zmienia charakteru podstawy obciążenia pracodawcy opłatą dodatkową. Wyrok utrzymuje bowiem w mocy (lub w razie skutecznego podniesienia zarzutów - zmienia) decyzję ZUS, która w ten sposób zyskuje przymiot decyzji ostatecznej.

Obligatoryjne wykluczenie

Wysokość nieopłaconych składek z pewnością w wielu przypadkach będzie wyższa niż 3 000 złotych, co oznacza, że i nałożona przez ZUS kara może przekroczyć ten pułap. Potencjalnie mogłoby to prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 5 pkt 7 PZP.

Wydaje się jednak, że w opisanej wyżej sytuacji zastosowanie powinna znaleźć obligatoryjna

przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 15 PZP. Zgodnie z nią wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, przy czym wykonawca może dokonać płatności zaległych składek i tym samym obronić się przed wykluczeniem.

Podniesienie braku płatności zaległych składek do rangi przesłanki obligatoryjnej wyklucza naszym zdaniem jednocześnie zastosowanie, za to samo przewinienie, przesłanki fakultatywnej.

Prawo o transporcie drogowym

Z ostateczną decyzją administracyjną nakładającą na pracodawcę karę pieniężną wykonawca może mieć również do czynienia w przypadku naruszenia przepisów ustawy z 6 sierpnia 2011 r. prawo o transporcie drogowym. Zgodnie z art. 93 ust. 1 ustawy za naruszenia obowiązków lub warunków przewozu drogowego grozi kara pieniężna nakładana właśnie w drodze decyzji administracyjnej. Co do zasady kara pieniężna wynosi od 50 zł do 10 000 zł za każde naruszenie. Jednym z organów uprawnionych do wydania decyzji administracyjnej nakładającej karę pieniężną jest inspektor pracy. Zgodnie z załącznikiem nr 3 do ustawy, inspektor jest władny nałożyć taką decyzję - ujmując rzecz ogólnie - za naruszenie ustawy z 16 kwietnia 2004 r. o czasie pracy kierowców lub brak odpowiednich badań u kierowcy. Kara wynosi jednak od 100 do 1 000 złotych za naruszenie, przy czym oczywiście możliwe jest stwierdzenie wielu naruszeń w trakcie jednej kontroli.

Karę w wysokości 8000 złotych przewiduje się natomiast za stosowanie systemu wynagrodzeń uzależniającego wynagrodzenie kierowcy od ilości przewiezionych rzeczy. Inspektor pracy może także nakładać kary pieniężne - od 50 do 5 000 złotych za każde naruszenie - za naruszenie przepisów o stosowaniu urządzeń rejestrujących lub cyfrowych urządzeń rejestrujących samoczynnie prędkość jazdy, czas jazdy i postoju. W tym ostatnim przypadku można jednak zadać pytanie, czy ciągle mamy do czynienia z naruszeniami przepisów prawa pracy. W naszej ocenie nie ma podstaw, aby stosować taką rozszerzającą wykładnię pojęcia przepisów prawa pracy.

Fakultatywna przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 7 odnosi się więc, co do zasady i w zakresie przepisów prawa pracy i o zabezpieczeniu społecznym, do zbioru pustego. Wyjątkiem są decyzje wydawane na podstawie ustawy prawo o transporcie drogowym. Potencjalnie zatem przesłanka ta może znaleźć zastosowanie wyłącznie do wykonawców, których zakres działalności obejmuje transport drogowy i zatrudnianie kierowców.

W trybie postępowania mandatowego

Pozostałe naruszenia przepisów wymienione w kodeksie pracy (art. 281 - 283 k.p.), które są najczęstszą podstawą do finansowego karania pracodawców, są skonstruowane jako wykroczenia przeciwko prawom pracownika. Oznacza to, że inspektor pracy, działając jako oskarżyciel publiczny, stwierdzając popełnienie czynu kwalifikowanego jako naruszenie przeciwko prawom pracownika, jest uprawniony do ukarania winnego grzywną. Postępowanie odbywa się w trybie postępowania mandatowego określonego w kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia. Mimo że k.p. przewiduje granice grzywny w przedziale od 1 000 do 30 000 złotych, zasadniczo inspektor pracy może nałożyć grzywnę do 2 000 złotych za każde naruszenie. Dopiero jeśli ustali, że w ciągu ostatnich 2 lat od ostatniego ukarania pracodawca, który był już ukarany co najmniej dwukrotnie za naruszenia przeciwko prawom pracownika, ponownie popełnia wykroczenie, inspektor może nałożyć grzywnę w wysokości do 5 000 złotych. Jeśli zdaniem inspektora skala

naruszenia jest większa, co uzasadniałoby nałożenie wyższej grzywny, inspektor musi skierować wniosek o ukaranie pracodawcy do sądu karnego. Dopiero sąd jest władny nałożyć grzywnę w wysokości ponad 5 000 złotych (do górnej granicy 30 000 złotych). Takie sprawy są jednak w praktyce niezmiernie rzadkie.

Sprawa ukarania grzywną znajdzie swój finał w sądzie również wtedy, gdy osoba, w stosunku do której inspektor wystawi mandat, odmówi jego przyjęcia, co jest jej prawem. W takiej sytuacji inspektor ma bowiem obowiązek skierowania wniosku o ukaranie do sądu. Z kolei takie postępowania nie należą już do rzadkości, chociaż można się spodziewać nakłaniania pracowników do przyjmowania mandatów przez pracodawców biorących udział w rynku zamówień publicznych.

Zróżnicowany zakres naruszeń

Na marginesie warto zaznaczyć, iż zakres naruszeń przeciwko prawom pracownika, o których mowa powyżej, jest bardzo zróżnicowany. W ich katalogu mieszczą się bowiem naruszenia bardzo poważne z punktu widzenia indywidualnych interesów pracownika (np. brak wypłaty wynagrodzenia w ustalonym terminie lub brak stworzenia warunków zapewniających bezpieczeństwo wykonywania pracy), ale także naruszenia, które wydają się mniej znaczące (np. pozostawianie dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz akt osobowych pracowników w warunkach grożących uszkodzeniem lub zniszczeniem). W ekstremalnej sytuacji może się zatem okazać, że grzywna w wysokości powyżej 3000 złotych została nałożona za naruszenie, które w rzeczywistości nie powinno ważyć na ogólnej, pozytywnej ocenie wykonawcy i jego zdolności do realizacji zamówienia.

Sankcja w postaci grzywny za naruszenie szeroko rozumianych przepisów prawa pracy jest przewidziana również w innych ustawach, np. w ustawie o pracownikach tymczasowych czy w ustawie z 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. O ile ustawa o pracownikach tymczasowych odnosi się po prostu do grzywny, określonej w kodeksie wykroczeń (grzywna jest wymierzana w przedziale od 20 do 5 000 złotych), o tyle przepisy ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy przewidują wyższe niż kodeks wykroczeń progi dla wymierzanych na jej podstawie grzywien. Zgodnie z art. 120 ustawy osoba powierzająca nielegalnie (np. bez wymaganego zezwolenia albo wbrew jego warunkom) wykonywanie pracy cudzoziemcowi będzie ukarana grzywną nie niższą niż 3 000 złotych (przy zachowanej górnej granicy 5 000 złotych, wynikającej z kodeksu wykroczeń). Z kolei górna granica grzywny jest podniesiona do 10 000 złotych za doprowadzenie cudzoziemca do nielegalnego wykonywania pracy lub innej osoby do powierzenia takiej pracy poprzez wprowadzenia ich w błąd, wyzyskanie błędu, wykorzystania zależności służbowej lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania.

Kara nakładana na osobę fizyczną

Co istotne w kontekście omawianych przestępstw wykluczenia, grzywna nigdy nie jest nakładana na osobę prawną - pracodawcę, a wyłącznie na konkretną osobę fizyczną winną popełnienia danego naruszenia. Często jest to właśnie członek zarządu odpowiedzialny za dany obszar (sprawy kadrowe, płace), którego dotyczy przestępstwo wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 6 PZP. Może być to jednak również każda inna osoba, która w tym obszarze podejmuje decyzje, np. główna księgowa czy dyrektor ds. zasobów ludzkich.

Warto przy tym zauważyć, że o ile inspektor pracy ma swobodę wyboru osoby, którą chce ukarać mandatem za naruszenie, o tyle sporządzenie odpowiedniej dokumentacji, jasno określającej

zakresy odpowiedzialności w strukturze firmy, może skutecznie uchronić członków zarządu przed odpowiedzialnością za naruszenia przeciwko prawom pracownika. Zwyczajowo na taką dokumentację będą składały się np. schematy organizacyjne, jasno opisane zakresy obowiązków, czy pełnomocnictwa do podejmowania czynności w imieniu pracodawcy udzielane na podstawie art. 31 k.p.. W kontekście omawianej przestanki wykluczenia, opracowanie takiej dokumentacji może okazać się kluczowe, jeśli członkowie zarządu w danym przedsiębiorstwie ubiegającym się o zamówienia publiczne faktycznie nie zajmują się sprawami pracowniczymi.

Brak narzędzi do weryfikacji

W kontekście przepisów art. 24 ust. 5 pkt 6 i 7 PZP warto też zwrócić uwagę, że katalog naruszeń z pkt 7 jest szerszy o naruszenia przepisów zabezpieczenia społecznego w stosunku do normy z pkt 6. Mimo że ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie zabezpieczeń społecznych przewiduje katalog wykroczeń za naruszenie jej przepisów, ukaranie członka zarządu grzywną za popełnienie jednego z nich nie będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Analizując fakultatywne przestanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 5, 6 i 7 trudno oprzeć się wrażeniu, iż zostały one wprowadzone do PZP bez pogłębionej weryfikacji przepisów prawa pracy i o zabezpieczeniu społecznym i niejako w oderwaniu od nich.

Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest znikoma możliwość ich praktycznego zastosowania. Jak wskazałyśmy powyżej, przestanki te odnoszą się bowiem do zbiorów w zasadzie pustych, albo rodzą ryzyko wykluczenia wykonawcy z zupełnie błahych powodów, nie wspominając o omawianym wcześniej ryzyku związanym z naruszeniem zasad równego traktowania i proporcjonalności. Na domiar złego, trudno sobie wyobrazić w jaki sposób zamawiający miałby weryfikować, czy dana przestanka wykluczenia się ziściła. Obowiązujące przepisy prawa nie dają bowiem ku temu skutecznych narzędzi. Sposób wprowadzenia do PZP omawianych fakultatywnych przestanek wykluczenia należy zatem ocenić jako chybiony, a zamawiającym odradzać ich stosowanie.

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