

## Zamówienia publiczne: fakultatywne przesłanki wykluczenia

08 listopada 2016 | Administracja | Wojciech Hartung

Możliwość wykluczenia wykonawców z postępowania o zamówienie publiczne z uwagi na popełnienie deliktu przeciwko środowisku w dużym stopniu zależy od trybu ukarania, wysokości kary a w przypadku wykroczenia także pozycji osoby fizycznej w strukturze podmiotu.

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), w dzisiejszym artykule przedstawimy możliwość zastosowania przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 5, 6 i 7 PZP w zakresie, w jakim dotyczą one naruszeń przepisów prawa ochrony środowiska.

Zgodnie z ww. przepisami, z postępowania zostaną wykluczeni:

- wykonawcy będący osobą fizyczną, których prawomocnie skazano za wykroczenie przeciwko środowisku, 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 prawa ochrony środowiska, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych.

### Definiowanie pojęć

Przywołane powyżej przepisy posługują się pojęciem środowiska i prawa ochrony środowiska. Punktem wyjścia powinna być zatem analiza tych pojęć.

Definicja legalna pojęcia środowisko zawarta jest w art. 3 pkt 39 ustawy z 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (UPOŚ). Zgodnie z nią środowisko to ogół elementów przyrodniczych, w tym także przekształconych w wyniku działalności człowieka, a w szczególności powierzchnia ziemi, kopaliny, wody, powietrze, krajobraz, klimat oraz pozostałe elementy różnorodności biologicznej, a także wzajemne oddziaływania pomiędzy tymi elementami. Ochroną tak rozumianego środowiska jest, w świetle art. 3 pkt 13 UPOŚ, podjęcie lub zaniechanie działań, umożliwiające zachowanie lub przywracanie równowagi przyrodniczej; ochrona ta polega w szczególności na: (a) racjonalnym kształtowaniu środowiska i gospodarowaniu zasobami środowiska zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju, (b) przeciwdziałaniu zanieczyszczeniom, (c) przywracaniu elementów przyrodniczych do stanu właściwego.

Nie sposób nie zauważyć, że zarówno jedna, jak i druga definicja są - w kontekście analizowanych przepisów PZP - ogólne, a tym samym ich zakres semantyczny jest szeroki.

Kara pieniężna powyżej 3 tys. zł

Bardziej szczegółową analizę zaczniemy od przestanki wydania ostatecznej decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną nie niższą niż 3000 złotych. W odróżnieniu bowiem od przepisów prawa pracy, tego rodzaju decyzje administracyjne w prawie ochrony środowiska można odnaleźć w wielu przepisach i relatywnie często decyzje takie wydawane są również w praktyce ich stosowania. Zarówno ustawodawca, jak i organy stosujące prawo ochrony środowiska, chętnie posługują się bowiem tym instrumentem ze względu na relatywną łatwość jego zastosowania, w szczególności brak konieczności wykazywania winy po stronie ukaranego podmiotu, szybkość i prostotę postępowania administracyjnego czy wreszcie możliwość nałożenia rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji.

Aktów prawnych z zakresu prawa ochrony środowiska zawierających możliwość ukarania podmiotu karą pieniężną można zidentyfikować co najmniej kilkanaście. Wśród nich można wskazać:

- ustawę UPOŚ (art. 298 i nast.);
  - ustawę z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (art. 194 i nast.);
  - ustawę z 29 czerwca 2007 r. o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów (art. 32 i nast.);
  - ustawę z 11 września 2015 r. o zużytych sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (art. 91 i nast.);
  - ustawę z 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi (art. 56 i nast.);
  - ustawę z 24 kwietnia 2009 r. o bateriach i akumulatorach (art. 97 i nast.);
  - ustawę z 20 stycznia 2005 r. o recyklingu pojazdów wycofanych z eksploatacji (art. 53a);
  - ustawę z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (art. 9x i nast.);
  - ustawę z 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (art. 88 i 89);
  - ustawę z 15 maja 2015 r. o substancjach zubożających warstwę ozonową oraz o niektórych fluorowanych gazach cieplarnianych (art. 47 i nast.);
  - ustawę z 12 czerwca 2015 r. o systemie handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych (art. 102 i nast.);
  - ustawę z 16 marca 1995 r. o zapobieganiu zanieczyszczeniu morza przez statki (art. 36 i nast.);
- czy też
- ustawę z 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (art. 136a-136c - wejdą w życie 1 stycznia 2017 r.).

W zdecydowanej większości kary pieniężne, które mogą zostać nałożone na podstawie przywołanych powyżej aktów prawnych, przewyższają, często istotnie, próg 3000 zł wskazany w art. 24 ust. 5 pkt 7 PZP. Jeżeli dodatkowo zdamy sobie sprawę, że w przypadku niektórych aktów prawnych sankcjonowanych karą pieniężną jest kilkanaście, a nawet kilkadziesiąt różnych deliktów administracyjnych, potencjalna liczba decyzji nakładających taką karę pieniężną jest naprawdę znaczna.

W świetle brzmienia art. 24 ust. 5 pkt 7 PZP można sformułować kilka uwag.

Możliwość zastosowania ww. przestanki dotyczy sytuacji, w której decyzja nakładająca karę pieniężną jest ostateczna. Ustawodawcy nie interesują zatem inne cechy decyzji jak jej wykonalność lub prawomocność. Decyzja winna być ostateczna w ramach procedury administracyjnej; złożenie od decyzji skargi do sądu administracyjnego (brak prawomocności decyzji), czy nawet wstrzymanie przez sąd jej wykonalności, nie wyłącza zastosowania ww. przestanki.

#### Wyjątki od zasady

Do zastosowania analizowanego przepisu nie powinno mieć znaczenia, czy ukarany podmiot uiścił karę, względnie czy kara została wyegzekwowana w trybie administracyjnym. Decyzja administracyjna ma dotyczyć naruszenia obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska. W zasadzie wszystkie przywołane powyżej przykłady aktów prawnych przewidują, że kara pieniężna wymierzana jest z tytułu naruszenia wskazanych w tych ustawach enumeratywnie wymienionych obowiązków.

Wyjątkiem są przepisy ustawy Prawo ochrony środowiska. W przypadku bowiem tej ustawy konstrukcja administracyjnych kar pieniężnych jest odmienna. Kara jest nakładana nie tyle z tytułu naruszenia obowiązków określonych w przepisach ustawy, co z tytułu naruszenia obowiązków określonych w posiadanych przez podmiot pozwoleń (decyzjach) środowiskowych (por. art. 298 UPOŚ).

W konsekwencji zatem można próbować argumentować, że z zakresu art. 24 ust. 5 pkt 7 PZP wyłączone są decyzje administracyjne wymierzające kary pieniężne wydawane na podstawie przepisów UPOŚ, gdyż kary te są wymierzone z tytułu naruszenia obowiązków określonych w pozwoleniach środowiskach, a nie z tytułu naruszenia obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, jak tego wymaga literalne brzmienie przepisu PZP. Z praktycznego punktu widzenia sprawa może mieć niebagatelne znaczenie, gdyż istotną część kar środowiskowych wymierzanych w drodze decyzji administracyjnych stanowią właśnie kary wymierzane w trybie przepisów UPOŚ z tytułu naruszenia warunków posiadanych pozwoleń środowiskowych.

Podsumowując tę część analizy należy wskazać, że przyjęty w art. 24 ust. 5 pkt 7 PZP instrument - w odniesieniu do naruszeń prawa ochrony środowiska - może w praktyce znaleźć szerokie zastosowanie. Wątpliwość interpretacyjną, którą można zasygnalizować już na obecnym etapie, to kwestia tego, czy przepis ustawy PZP ma zastosowania do wszystkich czy tylko do części decyzji nakładających karę pieniężną i czy z jej zakresu wyłączone są decyzje nakładające kary pieniężne nie tyle z tytułu naruszenia przepisów ustawy, co naruszenia postanowień pozwoleń środowiskowych.

#### Co wynika z przepisów

Przechodząc natomiast do dwóch kolejnych przestanek fakultatywnego wyłączenia wykonawcy z przyczyn dotyczących ochrony środowiska, to są one uregulowane w art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 PZP. Zgodnie z tymi przepisami zamawiający może wykluczyć m.in. wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3000 złotych. Możliwość taką przewidziano także w przypadku prawomocnego skazania urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej oraz

prokurenta. Z takiego sformułowania przepisów wynika kilka interesujących zagadnień praktycznych.

### 1) Po pierwsze, zakres

Ustawa z 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń nie zawiera wyodrębnionego rozdziału dotyczącego wykroczeń przeciwko środowisku. W niektórych przypadkach indywidualny przedmiot ochrony przepisu może jednak być jednym ze składników objętych definicją środowiska zawartą w ustawie z 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska.

Intencją ustawodawcy było zapewne raczej odniesienie się do wykroczeń rodzajowych, objętych poszczególnymi ustawami szczegółowymi. Jednak nawet w tym przypadku występują czyny, których skierowanie przeciwko środowisku nie jest jednoznaczne. Mowa przykładowo o bezumownym poborze wód z urządzeń wodociągowych, zagrożonym grzywną do 5000 zł. Dodatkowe wątpliwości mogą dotyczyć całych aktów z pogranicza gałęzi prawa ochrony środowiska, takich jak np. ustawa z 19 sierpnia 2011 r. o przewozie towarów niebezpiecznych. Sposób ustalenia, czy dany czyn rzeczywiście stanowił wykroczenie przeciwko środowisku, może być zatem w praktyce obszarem polemik.

Wiąże się z tym ciekawe zagadnienie tak zwanych przestępstw pozakodeksowych. Przykładowo ustawa z 18 lipca 2001 r. Prawo wodne przewiduje odpowiedzialność karną m.in. za niszczenie lub uszkodzenie brzegów śródlądowych wód powierzchniowych oraz gruntów pod nimi. Czyn taki podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

Przed nowelizacją skazanie na podstawie tego przepisu skutkowało wykluczeniem z przetargu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4 PZP. Obecnie ustawodawca wskazuje jedynie zamknięty katalog przestępstw kodeksowych, skutkujących obligatoryjnym wyłączeniem (art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a) oraz mówi o wykroczeniach, mogących być podstawą wykluczenia (art. 24 ust. 5 pkt 5-6). Przestępstwa pozakodeksowe nie zostały wprost wymienione w żadnym z tych przepisów. Paradoksalnie zatem prawomocne skazanie za przestępstwo przeciwko środowisku nie ujęte w Kodeksie karnym nie będzie stanowiło ani obligatoryjnej, ani fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania.

### 2) Po drugie, tryb

Zakres wykroczeń, które mogą zostać ukarane w trybie mandatowym, określa m.in. rozporządzenie prezesa Rady Ministrów z 13 września 2002 r. w sprawie nadania inspektorom Inspekcji Ochrony Środowiska uprawnień do nakładania grzywien w drodze mandatu karnego. W takiej procedurze możliwe jest jednak jedynie nałożenie kary do 500 zł (do 1000 zł w przypadku zbiegu przepisów). Przepis wyraźnie mówi przy tym o skazaniu za wykroczenie, co zostało doprecyzowane w jednym z rozporządzeń wykonawczych (zob. niżej). W razie odmowy przyjęcia mandatu lub nieuiszczenia w wyznaczonym terminie grzywny nałożonej mandatem zaocznym, właściwy organ występuje do sądu z wnioskiem o ukaranie. Praktyczne ryzyko nałożenia istotnie wyższej kary w tym trybie nie jest wprawdzie wysokie, jednak - przynajmniej z perspektywy zamówień publicznych - bezpieczniejszą opcją wydaje się przyjęcie mandatu.

### 3) Po trzecie, karany podmiot

Zasadą prawa karnego jest odpowiedzialność osób fizycznych. Zatem w przypadku, na przykład, nieprowadzenia ewidencji odpadów, kara grzywny nie jest nakładana na spółkę, lecz na konkretną osobę, uznaną przez organ za odpowiedzialną za naruszenie. Ustawodawca

zaadresował powyższe zagadnienie, wskazując na możliwość wykluczenia spółki, w której skazany pełni określoną funkcję. W praktyce, przynajmniej w niektórych wypadkach, pozwala to na relatywnie łatwe ograniczenie ryzyka przez weryfikację składu personalnego organów. Jak wskazywano już w artykule dotyczącym prawa pracy opublikowanym w dniu 25 października, bardzo pomocne może okazać się odpowiednie określenie zakresu obowiązków osób odpowiedzialnych za kwestie środowiskowe.

#### 4) Po czwarte, zatarcie skazania

Przepisy PZP przewidują w art. 24 ust. 7 pkt 2 lit. c, że wykluczenie następuje jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia uprawomocnienia się wyroku, chyba że w wyroku został określony inny okres wykluczenia. Z drugiej strony, zgodnie z art. 46 § 1 Kodeksu wykroczeń, ukaranie uważa się za niebyłe po upływie 2 lat od wykonania, darowania lub przedawnienia wykonania kary.

Trudno mówić o oczywistym pierwszeństwie którejs z powyższych reguł, zatem powyższe zagadnienie może stać się przedmiotem sporów. Wykluczeni przedsiębiorcy mogą argumentować, że okres trzyletni dotyczy wyłącznie kar nieuległych jeszcze zatarciu, na przykład z uwagi na ich przedawnienie, a w pozostałym zakresie pierwszeństwo należy przyznać regułom przewidującym zatarcie skazania.

#### 5) Po piąte, informacja

Podstawowym narzędziem potwierdzania niekaralności jest Krajowy Rejestr Karny. Nie obejmuje on jednak pełnego zakresu informacji objętych powyższym przepisem. W rejestrze odnotowuje się bowiem wyłącznie dane o osobach prawomocnie skazanych za wykroczenia na karę aresztu.

Obowiązek wskazania niezbędnych dokumentów ciąży na zamawiającym. Pozostaje on przy tym związany zakresem określonym w rozporządzeniu ministra rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z rozporządzeniem, stosownym dokumentem - poza informacją z Krajowego Rejestru Karnego - jest oświadczenie wykonawcy o braku wydania prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 PZP.

Złożenie nieprawdziwego oświadczenia może, oczywiście, podlegać określonym sankcjom, obejmującym m.in. obligatoryjne wykluczenie z przetargu podmiotu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 7 PZP, jak również odpowiedzialność karną, jako tzw. oszustwo finansowe, o którym mowa w art. 297 § 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny.

Podsumowując więc powyższe rozważania dotyczące wykroczeń, wykluczenie wykonawców z uwagi na popełnienie wykroczenia przeciwko środowisku może wydawać się narzędziem potencjalnie istotnie wpływającym na przebieg postępowań. Wymagania dotyczące trybu skazania, wysokości kary oraz pozycji osoby fizycznej w strukturze podmiotu w praktyce istotnie ograniczają jego praktyczne znaczenie. Kolejne linie obrony po stronie potencjalnych wykonawców mogą stanowić zatarcie skazania oraz dający pewne pole do interpretacji wymóg, aby wykroczenie zostało popełnione przeciwko środowisku.

Część I cyklu została opublikowana 18 października, a część II 25 października 2016 r.

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