

Zamówienia publiczne: fakultatywne przesłanki wykluczenia

15 listopada 2016 | Administracja | Hanna Gajewska-Kraczkowska

Procedury | Nawet nieumyślne podanie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę w Jednolitym Europejskim Dokumentcie Zamówienia może skutkować wykluczeniem go z postępowania o zamówienie publiczne. Ale nie w każdym przypadku.

:

Kontynuując cykl publikacji dotyczących fakultatywnych przesłanek wykluczenia wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. nowelizującą Prawo zamówień publicznych (PZP), chcielibyśmy zwrócić uwagę na ewentualne konsekwencje związane z przekazaniem zamawiającemu nieprawidłowej informacji potwierdzającej brak zaistnienia w stosunku do wykonawcy fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Problem jaki dotknie wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne o wartości powyżej tzw. progów unijnych wiąże się bowiem z koniecznością posłużenia się przez nich, przy wykazywaniu braku zaistnienia przesłanek wykluczenia, ustandaryzowanym (na poziomie unijnym) formularzem zwanym Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia (JEDZ).

Rozbieżność pomiędzy pytaniami zawartymi w JEDZ a znajdującymi zastosowanie fakultatywnymi przesłankami wykluczenia w niektórych przypadkach będzie zbyt duża, żeby ją zbagatelizować. Tym bardziej, że w niektórych tego typu sytuacjach granica pomiędzy niezrozumieniem pytania a podaniem nieprawdziwej informacji (nawet w sposób nieumyślny) będzie bardzo płynna.

Mechanizm podawania informacji

Wykazując brak zaistnienia zarówno obligatoryjnych jak i fakultatywnych przesłanek wykluczenia, wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości powyżej tzw. progów unijnych są weryfikowani dwukrotnie.

Najpierw, składają (wszyscy) stosowne oświadczenia na formularzu JEDZ a następnie (niekoniecznie wszyscy) przedkładają dokumenty potwierdzające okoliczności, co do których, złożyli już wstępne oświadczenia w ramach JEDZ. Upraszczając, można by przyjąć, że formularz JEDZ składają wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie, ale następnie wszelkie dokumenty będzie składał już tylko ten wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona.

JEDZ ma formę ankiety podzielonej na części. W każdej z nich, wykonawca udziela odpowiedzi na pytania odnoszące się do jego przedsiębiorstwa, podstaw wykluczenia, warunków udziału w postępowaniu, kryteriów kwalifikacji i innych okoliczności istotnych dla prowadzonego postępowania.

Formularz JEDZ posiada ustandaryzowaną formę a jego treść jest wspólna dla wszystkich krajów członkowskich Unii Europejskiej. Z natury swej zatem JEDZ odnosi się do przepisów dyrektywy 2014/24/UE, choć jego wypełnienie ma potwierdzać spełnienie przesłanek zawartych każdorazowo w krajowym systemie prawnym.

Tak zarysowany mechanizm skutkuje niestety w przypadku formularza JEDZ i polskiej ustawy PZP powstaniem wielu rozbieżności językowych.

Rozbieżność pomiędzy JEDZ a przepisami PZP

Wyzwanie, jakie dotyczy wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne o wartości powyżej progów unijnych, wiąże się (niestety) z koniecznością udzielania przez nich w JEDZ odpowiedzi na wiele pytań, których treść jest rozbieżna ze znajdującym zastosowanie przepisem ustawy PZP. Widać to najlepiej w części JEDZ zawierającej pytania dotyczące fakultatywnych przestanków wykluczenia. Jednym z przykładów ilustrujących powyższe, są przestanki wykluczenia dotyczące naruszeń przepisów ochrony środowiska.

Jeżeli chodzi o przepisy samej ustawy, to w zakresie powyższego znajdują zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 13) i 14) PZP w odniesieniu do przestępstw, o których mowa w art. 181-188 Kodeksu karnego (przestanki obligatoryjne), ale też art. 24 ust. 5 pkt 5, 6 i 7 PZP (przestanki fakultatywne, szerzej o nich w naszej publikacji z 8 listopada b.r.), w zakresie w jakim dotyczą wskazanych tam wykroczeń.

Tak skonstruowany zamknięty katalog czynności naruszających przepisy ochrony środowiska skutkujących wykluczeniem wykonawcy powoduje, że w przypadku popełnienia przez wykonawcę chociażby przestępstwa przeciwko środowisku nieuregulowanego w Kodeksie karnym (np. wskazanego w art. 191 ustawy Prawo wodne), okoliczność ta nie będzie mogła stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy ani w oparciu o obligatoryjne, ani tym bardziej fakultatywne przestanki wykluczenia.

Tymczasem, odpowiadający wskazanym przepisom punkt z formularza JEDZ dotyczy już znacznie szerszego zakresu przypadków (i np. obejmuje wskazane powyżej przestępstwo), bo pytanie kierowane do wykonawcy brzmi następująco:

Czy wykonawca, wedle własnej wiedzy, naruszył swoje obowiązki w dziedzinie prawa środowiska?

Można zatem przyjąć, że pytanie to dotyczy wszelkich naruszeń obowiązujących przepisów ochrony środowiska i jako takie ma znacznie szersze zastosowanie niż wymienione powyżej przestanki wykluczenia z ustawy, nawet jeżeli zostałyby zastosowane wszystkie razem.

Jaka odpowiedź będzie prawidłowa

W świetle powyższego, pojawia się pytanie o prawidłowość odpowiedzi na ogólnie postawione w JEDZ pytanie odnoszące się do przestanków wykluczenia (w naszym konkretnym przykładzie odnoszącym się do naruszeń obowiązujących przepisów ochrony środowiska). Innymi słowy, czy odpowiadając na nie, wykonawca powinien czytać je celowościowo, z uwzględnieniem (tylko) przestanków wykluczenia znajdujących zastosowanie w postępowaniu, dla którego wypełnia się JEDZ?

Czy też, należy odpowiedzieć na takie pytanie literalnie i uwzględnić w nim wszelkie naruszenia obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, także te nie znajdujące zastosowania do danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego?

Co do zasady, z pomocą w udzieleniu odpowiedzi na tak postawione pytanie, przychodzi poniekąd zasada proporcjonalności, już formalnie wprowadzona omawianą na wstępie tej publikacji nowelizacją do art. 7 ust. 1 PZP. Zgodnie z nią, zamawiający nie może wymagać od wykonawców podawania informacji, które nie są niezbędne i konieczne dla przeprowadzenia postępowania.

Potwierdza to treść art. 25 ust. 1 PZP, zgodnie z którym zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Nie można jednak wykluczyć, że dany zamawiający będzie czytał pytania z formularza JEDZ bardzo literalnie i uzna, że także naruszenie przez wykonawcę innych, niewskazanych wprost w PZP przepisów dotyczących ochrony środowiska ma dla niego znaczenie (bo świadczy poniekąd o rzetelności wykonawcy czy osób zasiadających w jego organach zarządzających) i w konkretnym przypadku, mając np. potwierdzoną od konkurentów wykonawcy informację o jego naruszeniach obowiązujących przepisów ochrony środowiska, zarzuci mu (niezależnie od ewentualnych innych podstaw wykluczenia, które potencjalnie mogłyby znaleźć zastosowanie), podanie nieprawdziwych informacji. Albo przynajmniej wezwie go do przedstawienia stosownych wyjaśnień, gdy wykonawca nie wskazał żadnych przewinień w JEDZ interpretując go wyłącznie w świetle przepisów ustawy PZP.

Różne reżimy odpowiedzialności

Jeżeli zaistniałoby ryzyko uznania przez zamawiającego, że wykonawca przekazał mu nieprawdziwe informacje odnoszące się do znajdujących zastosowanie przesłanek fakultatywnych wykluczenia (ale także wielu innych informacji przekazywanych w toku postępowania), czysto teoretycznie wykonawca taki powinien liczyć się z ryzykiem zaistnienia dwóch rodzajów odpowiedzialności.

Po pierwsze, powyższe może skutkować zaistnieniem odpowiedzialności typowo zamówieniowej związanej z podaniem nieprawdziwych informacji, co będzie się wiązało już z obligatoryjnymi przesłankami wykluczenia uregulowanymi w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP.

Po drugie, w opisanej powyżej sytuacji należy się liczyć z ryzykiem zawiadomienia przez zamawiającego organów ścigania o możliwości popełnienia przez wykonawcę przestępstwa polegającego na poświadczaniu w dokumencie nieprawdy, co do okoliczności mających znaczenie prawne.

Ryzyka wynikające z PZP

Pierwszy ze wskazanych powyżej reżimów odpowiedzialności, zaistnieje zarówno jeżeli zamawiający będzie w stanie wykazać umyślność w działaniu wykonawcy jak również i wtedy kiedy nie będzie to możliwe i należało będzie przyjąć winę nieumyślną wykonawcy.

Pierwsza z omawianych przesłanek (art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP) nakazuje wykluczenie wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu (także w odniesieniu do przesłanek fakultatywnych - przyp. autorów), spełnia warunki udziału w postępowaniu lub tzw. kryteria selekcji. Wskazany przepis znajdzie jednak zastosowanie także do wykonawcy, który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (gdy zostanie do tego wezwany). Co jednak niezwykle istotne z punktu widzenia możliwości zastosowania tej przesłanki, samemu faktowi podania informacji niezgodnych z rzeczywistością musi towarzyszyć zamiar wykonawcy, a jego wykazanie musi być wykazane przez zamawiającego. Już z tego powodu można zakładać, że przesłanka ta nie będzie powszechnie stosowana a przynajmniej wykonawcy będą mieli realną szansę obrony przed nią, o czym w dalszej części niniejszej publikacji.

Niestety, w przypadku przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, nie ma już potrzeby wykazywania przez zamawiającego zamiaru wykonawcy. Dla zastosowania tego przepisu wystarczy bowiem jego wina nieumyślna. Zgodnie z przytoczonym przepisem, zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (kiedy jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (podaje nieprawdziwe informacje nawet nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Bariery przed zbyt arbitralnym stosowaniem tej przesłanki przez zamawiającego będzie konieczność każdorazowego wykazania, że ewentualne informacje mogą mieć nie jakikolwiek, ale istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z drugiej jednak strony, skoro już zamawiający żądał przekazania danych informacji w postępowaniu, to uprawnionym jest jednak też przyjęcie tezy odwrotnej, tzn. że były one istotne i niezbędne na potrzeby przeprowadzenia postępowania.

Idąc jednak tym tropem rozumowania, doszlibyśmy do wniosku, że wszystkie informacje przekazywane w toku postępowania przez wykonawców są istotne, a chyba nie o to chodziło autorom omawianego przepisu.

Ryzyka wynikające z Kodeksu karnego

Niezależnie jednak od konsekwencji wynikających z samej ustawy PZP, wykonawca który przekaże w ramach JEDZ informacje niezgodne z rzeczywistością (nawet tylko w subiektywnym odczuciu podmiotu prowadzącego postępowanie) nie powinien wykluczać ewentualnego ryzyka zainicjowania z tego powodu postępowania karnego.

Przy kwalifikacji prawnej czynu popełnionego przez takiego wykonawcę mógłby znaleźć zastosowanie art. 271 § 1 Kodeksu karnego, zgodnie z którym):

Funkcjonariusz publiczny lub inna osoba uprawniona do wystawienia dokumentu, która poświadczona w nim nieprawdę co do okoliczności mającej znaczenie prawne, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Nie budzi przy tym wątpliwości, że formularz JEDZ spełnia definicję kodeksową dokumentu (art. 115 § 14 Kodeksu karnego) a okoliczności dotyczące być albo nie być wykonawcy w postępowaniu (np. spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu, brak zaistnienia przesłanek wykluczenia) mają znaczenie prawne.

Alternatywnie, czyn wykonawcy można by zakwalifikować na podstawie art. 297 § 1 Kodeksu karnego, który brzmi następująco:

Kto, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od banku lub jednostki organizacyjnej prowadzącej podobną działalność gospodarczą na podstawie ustawy albo od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi - kredytu, pożyczki pieniężnej, poręczenia, gwarancji, akredytywy, dotacji, subwencji, potwierdzenia przez bank zobowiązania wynikającego z poręczenia lub z gwarancji lub podobnego świadczenia pieniężnego na określony cel gospodarczy, instrumentu płatniczego lub zamówienia publicznego, przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego wsparcia finansowego, instrumentu płatniczego lub zamówienia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Jednocześnie jednak (wbrew pojawiającym się opiniom) należy wykluczyć ewentualną odpowiedzialność karną wykonawcy podającego nieprawdę w formularzu JEDZ z art. 233 Kodeksu karnego z uwagi na § 6 tego przepisu wymagający dla jej zaistnienia, aby rygor odpowiedzialności karnej za fałszywe oświadczenie był przewidziany przez przepis ustawy. Co istotne, przepisy ustawy PZP takiego rygoru nie przewidują.

Sposoby na ograniczanie ryzyk

Znaczącym ograniczeniem ewentualnej odpowiedzialności, dla której konieczne jest wykazanie umyślności w przekazaniu nieprawdziwych informacji (przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP oraz odpowiedzialność karna), będzie wykazanie jej braku w działaniu wykonawcy. Sposobów na powyższe, oczywiście w zależności od konkretnych okoliczności faktycznych sprawy, jest co najmniej kilka:

- uzyskanie od zamawiającego (w drodze zapytań kierowanych nawet do SIWZ) stanowiska, odnośnie sposobu wypełnienia formularza JEDZ w świetle obowiązujących w postępowaniu przesłanek fakultatywnych,
- uzyskanie dodatkowych zapewnień od osób, co do których wykonawca składa oświadczenie w danej kwestii, co do prawdziwości przekazywanych w JEDZ informacji,
- w razie jakichkolwiek wątpliwości co do przekazywanych informacji - wyczerpujące wyjaśnienie dotyczące okoliczności danej sprawy.

Wymienione powyżej sposoby powinny znacznie ograniczyć możliwość ewentualnej odpowiedzialności, o której mowa powyżej, gdyż ze swej istoty wyłączają one umyślność w działaniu wykonawcy.

Oczywistym jest jednak, że podanie nieprawdziwych informacji może zdarzyć się każdemu przedsiębiorcy ubiegającemu się o zamówienia w Polsce także np. wskutek najzwyczajszego przeoczenia, a mówiąc językiem prawniczym - kiedy wykonawca działa w warunkach winy nieumyślnej. W takim przypadku, wciąż (nawet przy wykazaniu braku umyślności wykonawcy w działaniu) będzie niestety istniało ryzyko wykluczenia go z postępowania w oparciu o obowiązkową przesłankę wykluczenia związaną z podaniem w wyniku winy nieumyślnej informacji wprowadzającej w błąd zamawiającego, która to informacja mogłaby mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w postępowaniu.

Pamiętajmy jednak, że nawet jeżeli zamawiający uzna, że zidentyfikowane nieprawidłowości w formularzu JEDZ powinny skutkować wykluczeniem wykonawcy, to w celu skorzystania z takiej możliwości, musi on wykazać ponad wszelką wątpliwość, że wskazana sankcja (wykluczenie wykonawcy) jest proporcjonalna do charakteru popełnionej przez wykonawcę nieprawidłowości. Wymagać tego będzie od zamawiającego zasada proporcjonalności z art. 7 ust. 1 PZP, która powinna przejawiać się w każdej czynności zamawiającego.

Z pomocą przed nadmierną chęcią sankcjonowania faktu omyłkowego podania nieprawdziwych informacji powinno przyjść także bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo wyrok KIO z 21 stycznia 2015 r., sygn. KIO 17/15 czy wyrok KIO z 30 grudnia 2011 r., sygn. KIO 2681/11). Zgodnie z nim, podanie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę nie może budzić możliwych do zinterpretowania na jego korzyść wątpliwości. I chociaż odnosi się ono do nieistniejącej już podstawy wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 3) PZP, to jednak w pewnym zakresie może znaleźć zastosowanie.

Część I cyklu została opublikowana 18 października, część II - 25 października, a część III - 8 listopada.

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

Na co wykonawca powinien zwrócić uwagę

W związku z wprowadzeniem możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji także w wyniku działania w warunkach winy nieumyślnej, wykonawcy ubiegający się kontrakty publiczne powinni dołożyć jeszcze większej staranności przy weryfikowaniu informacji przekazywanych zamawiającym. Należyte zweryfikowanie przekazywanych informacji i dołożenie w tym zakresie należytej staranności pozwoli uchronić wykonawcę przed ryzykiem zaistnienia odpowiedzialności karnej czy zastosowaniem wobec niego przestanki wykluczenia związanej z celowym wprowadzeniem zamawiającego w błąd.

Na ryzyko podania nieprawdziwych informacji będą w szczególności narażeni ci wykonawcy, którzy dla wykazania swojej rzetelności będą wypełniali formularz JEDZ. Pytania dotyczące w szczególności fakultatywnych przestank wykluczenia, sformułowane są w JEDZ na tyle otwarcie (i obejmują swoim zakresem znacznie więcej przypadków niż ustawa), że w określonych przypadkach mogą skutkować powstaniem u wykonawców uzasadnionej wątpliwości co do prawidłowości wypełnienia danego pola formularza.

Nie ie każde nieumyślne podanie nieprawdziwych informacji powinno jednak skutkować wykluczeniem wykonawcy. Sankcja taka zaistnieje tylko wówczas, kiedy działający zgodnie z zasadą proporcjonalności, zamawiający wykaże, ponad wszelką wątpliwość, że przestanka wykluczenia zaistniała i że nie można zapewnić zgodności postępowania zamawiającego z przepisami prawa w inny sposób aniżeli poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania a fakt podania nieprawdziwych informacji przez wykonawcę nie może budzić możliwych do zinterpretowania na jego korzyść wątpliwości.

Rzeczpospolita

© © Wszystkie prawa zastrzeżone