

Zamówienia publiczne: fakultatywne przesłanki wykluczenia

22 listopada 2016 | Administracja | Krzysztof Krak Tomasz Michalczyk

Zastosowanie sankcji wykluczenia z postępowania, w związku z zaistnieniem przestank określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, nie musi być automatyczne. Wykonawca ma bowiem prawo do wykazania swojej rzetelności i wiarygodności, a tym samym może uchronić się przed wykluczeniem.

Krzysztof Krak, counsel w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka

Tomasz Michalczyk, senior associate w Praktyce Infrastruktury i Energetyki kancelarii Domański Zakrzewski Palinka

Istotną z punktu widzenia wykonawców zmianą wprowadzoną na podstawie ustawy z 22 czerwca 2016 r. nowelizującej Prawo zamówień publicznych (PZP) jest możliwość dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawcy, który co prawda znajduje się w jednej z sytuacji objętych podstawą wykluczenia, ale może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, jako podmiotu ubiegającego się o wykonanie zamówienia publicznego. W praktyce oznacza to, że samo podleganie przestance wykluczenia nie musi wiązać się z automatycznym zastosowaniem sankcji w postaci pozbawienia możliwości ubiegania się o zamówienie.

Procedura, o której mowa określana jest jako tzw. samooczyszczenie (ang. self-cleaning), została uregulowana w art. 24 ust. 8-11 ustawy PZP i stanowi bezpośrednią implementację regulacji wynikającej z art. 57 ust. 6 dyrektywy 24/2014/UE. Procedura self-cleaning nie jest zupełnie nowym rozwiązaniem, ponieważ już na gruncie przepisów ustawy PZP przed nowelizacją znajdowała ona zastosowanie w przypadku przestanki dotyczącej poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, niemniej jednak na skutek regulacji przewidzianych w dyrektywie 24/2014/UE, a w konsekwencji również prawodawstwie krajów członkowskich UE self-cleaning znajduje obecnie dużo szersze zastosowanie.

Wyłączenia z self-cleaning

O ile procedura self-cleaning może znaleźć zastosowanie do wszystkich fakultatywnych przestank wykluczenia (art. 24 ust. 5 PZP), to zgodnie z ustawą PZP wykonawca może zastosować tę procedurę w odniesieniu do wybranych przestank o charakterze obligatoryjnym (określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 13 i 14 oraz 16-20 PZP). Tym samym ustawodawca wyłączył stosowanie powyższej procedury do przypadków wykluczenia wynikających z:

wydania wobec wykonawcy prawomocnego wyroku sądowego lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, przy czym wykonawca może uchylić się od wykluczenia o ile dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;

- orzeczenia wobec wykonawcy będącego podmiotem zbiorowym zakazu ubiegania się o

zamówienie publiczne, przy czym okres wykluczenia oraz brak możliwości zastosowania procedury self-cleaning obejmuje okres obowiązywania zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne, wynikający z sentencji prawomocnego wyroku skazującego;

- orzeczenia wobec wykonawcy, tytułem środka zapobiegawczego, zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne;

- przypadków, w których wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W tym miejscu warto jednak zauważyć, że w praktyce, brak możliwości zastosowania procedury self-cleaning, będzie dotyczył w zasadzie wyłącznie przypadków orzeczenia wobec wykonawcy zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne tytułem środka zapobiegawczego oraz zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne przez okres obowiązywania takiego zakazu wynikający z prawomocnego wyroku skazującego. W pozostałych dwóch przypadkach quasi self-cleaning został przewidziany bezpośrednio w treści przesłanki wykluczenia i polega na uregulowaniu płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarciu przez wykonawcę wiążącego porozumienie w sprawie spłaty takich należności albo na wykazaniu, że powiązania istniejące pomiędzy wykonawcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Praktyczny wymiar procedury

Co do zasady, zastosowanie wobec wykonawcy sankcji wykluczenia z postępowania ma uchronić zamawiającego przed ryzykiem zaangażowania do realizacji zamówienia wykonawcy nierzetelnego i niewiarygodnego. Istotną procedurą self-cleaning jest zatem wykazanie i udowodnienie przez wykonawcę, że pomimo tego, że znajduje się w sytuacji mogącej być powodem wykluczenia, to podjęte przez niego działania pozwalają uznać, że jest w stanie rzetelnie wykonać zamówienie publiczne o które się ubiega.

W praktyce procedura self-cleaning będzie polegać na przedstawieniu przez wykonawcę informacji oraz dowodów świadczących o tym, że wykonawca zastosował odpowiednie środki i narzędzia celem likwidacji lub zapobieżenia w przyszłości zdarzeniom, które stanowią przesłanki wykluczenia.

Ani europejski ani polski prawodawca nie określa zamkniętego katalogu działań, które winien podjąć wykonawca celem wykazania swojej rzetelności. Jedynie tytułem przykładu w przepisie art. 24 ust. 8 PZP, w ślad za regulacją art. 57 ust. 6 dyrektywy 24/2014/UE, polski ustawodawca wskazuje, że wykonawca winien w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody.

Dodatkowo, procedura self-cleaning może obejmować wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego i okoliczności danej sprawy, która stanowi przesłankę wykluczenia oraz wykazanie współpracy z organami ścigania. Powyższe działania wyraźnie zatem będą stanowiły samooczyszczenie w razie zaistnienia przesłanek wykluczenia określonych jako popełnienie danego typu przestępstwa lub wykroczenia.

W dalszej kolejności polski ustawodawca wskazuje tytułem przykładu na podjęcie przez wykonawcę konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Tym samym działania o charakterze self-cleaning mogą obejmować, przykładowo, zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania (np. z nierzetelnym personelem lub podwykonawcami, którzy doprowadzili do powstania uchybień), podjęcie odpowiednich środków służących reorganizacji personelu (np. zaangażowanie nowego personelu, przeprowadzenie szkoleń), wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań czy też systemu wewnętrznych procedur w organizacji, których przestrzeganie ma zapobiec w przyszłości wystąpieniu zdarzeń, które stanowią przestanki wykluczenia.

Zgodność działalności przedsiębiorstwa

Nie ulega wątpliwości, że dla skuteczności procedury self-cleaning konieczne jest podjęcie stosownych działań zawczasu tak, aby z jednej strony w odpowiednim momencie zostały zidentyfikowane ewentualne obszary wymagające podjęcia działań naprawczych, a z drugiej, aby działania te mogły zostać uznane za wystarczające. Uzasadnione jest zatem twierdzenie, że wykonawcy zagrożeni wykluczeniem z postępowania powinni podejmować działania naprawcze o charakterze systemowym, a nie wybiórczo dostosowane do potrzeb ubiegania się o dane zamówienie publiczne.

Procedura samooczyszczenia 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. Nie można zatem mówić o rzetelnie przeprowadzonym procesie self-cleaning bez wdrożenia u wykonawcy skutecznych procedur zgodności (compliance).

Punktem wyjścia dla wdrożenia skutecznego systemu compliance jest podjęcie działań w kierunku przeprowadzenia tzw. analizy compliance. Powinna ona obejmować m.in. takie działania, jak: identyfikację ryzyk, korelację pomiędzy ryzykami a celami i procesami biznesowymi organizacji, zdefiniowanie środków zaradczych (jakie należy podjąć, aby w przyszłości wyeliminować lub ograniczyć możliwość zaistnienia określonych ryzyk czy nieprawidłowości), ocenę prawidłowości procedur funkcjonujących w organizacji, analizę i poprawę środowiska etycznego w organizacji.

Wykonawca może zatem wdrożyć także takie procedury, które świadczyć mogą o podjęciu racjonalnych działań w celu zmniejszenia ryzyka wystąpienia w przyszłości zdarzeń, które mogłyby stanowić powód wykluczenia z postępowania. Może więc on wykazać, że świadomy jest popełnionych w przeszłości błędów związanych np. z naruszeniem przepisów karnych, dokonał wewnętrznej analizy ich przyczyn i podjął stosowne działania naprawcze oraz wszelkie inne działania, które mogą później zapobiec negatywnym zdarzeniom.

W kontekście obligatoryjnych przesłanek wykluczenia szczególne znaczenie może to mieć w przypadku wszelkiego rodzaju nadużyć i czynów korupcyjnych. Wykonawca, ubiegający się o zamówienie, może dokonać samooczyszczenia poprzez wprowadzenie u siebie takich środków, które świadczyć będą (także wobec innych podmiotów), że jest zdeterminowany do przeciwdziałania i zapobieżenia tym przestępstwom w przyszłości.

Elementem zastosowania tego mechanizmu może być więc wdrożenie odpowiednich procedur

zgodności (compliance) z wszelkimi przepisami prawa, wewnętrznymi regulacjami czy normami albo idąc dalej - wdrożenie odpowiednich procedur przeciwdziałania takim przypadkom nadużyć i korupcji. Takim rozwiązaniem może być zastosowanie międzynarodowych wytycznych i standardów, mającej siedzibę w Genewie, Międzynarodowej Organizacji Normalizacyjnej (International Organization for Standardization - ISO).

Nowy standard ISO

Obok znanej już normy ISO 19600, wydanej przez tę organizację, dotyczącej tworzenia, wdrażania i utrzymania systemu zarządzania zgodnością w organizacji, od niedawna dostępna jest także norma ISO 37001, dotycząca procedur przeciwdziałania korupcji. Norma ta jest wynikiem kilkuletnich prac międzynarodowych ekspertów i opiera się na wytycznych z różnych organizacji, takich jak Międzynarodowa Izba Handlu (International Chamber of Commerce), Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), czy Transparency International.

Nowy standard ISO definiuje wymagania do opracowania rozwiązań w zakresie procesu zarządzania ryzykiem wystąpienia korupcji. Opisuje wymagania i zawiera wytyczne dla ustanowienia, utrzymania oraz poprawy systemu przeciwdziałania temu zjawisku. Stanowi swoisty przewodnik, jak przygotować spójny program przeciwdziałania korupcji. Określa też serię środków mających na celu pomoc organizacjom w obszarze zapobiegania i wykrywania przestępstw korupcyjnych.

Do elementów wyznaczonych i wymaganych przez te normę należy m.in.:

- stworzenie polityki przeciw korupcji i programu realizacji,
- wyznaczenie osób do nadzorowania realizacji programu,
- przygotowanie i przeprowadzanie cyklicznych szkoleń dla pracowników,
- dokonanie oceny ryzyka,
- przyjęcie regulacji dotyczących przyjmowania przez pracowników prezentów i innych podobnych korzyści i świadczeń,
- wprowadzenie systemu kontroli finansów, sprzedaży, zamówień oraz oceny partnerów biznesowych.

Istotnym elementem jest także wprowadzenie systemu anonimowego zgłaszania o nieprawidłowościach i ochrony osób zgłaszających (tzw. sygnalistów) oraz procedur badania i wyjaśniania zaistniałych przypadków korupcji i nadużyć.

Należy podkreślić, że niezwykle istotną cechą normy ISO 37001 jest jej uniwersalność, co oznacza, że może być zastosowana w każdej organizacji niezależnie od wielkości oraz struktury. Ponadto ten sam standard może być wdrożony w każdym zakątku świata i wprowadzony zarówno w dużej spółce międzynarodowej jak i w kilkuosobowym lokalnym przedsiębiorstwie. Z powodzeniem przyjąć może ją podmiot sektora publicznego czy prywatnego, ale także organizacja pozarządowa. To elastyczne narzędzie można wdrożyć i dostosować w zależności od wielkości i rodzaju organizacji.

Ważnym elementem tej normy jest możliwość jej certyfikowania przez uprawniony niezależny podmiot, który potwierdzi, że norma została właściwie zaimplementowana. Certyfikat podmiotu zewnętrznego stanowić będzie dodatkowy atut potwierdzający przygotowanie i wdrożenie

standardów antykorupcyjnych określonych międzynarodową normą ISO 37001.

Oczywiście, żadna norma i wydany certyfikat nie może zapewnić, że przypadek korupcji w danej organizacji, spółce czy przedsiębiorstwie nie nastąpi w przyszłości. Jest to jednak wyraźny sygnał, że dany podmiot - wykonawca (w zamówieniu publicznym), podjął odpowiednie środki, aby zapobiec takim zdarzeniom i aby zminimalizować ryzyko ich wystąpienia. Wprowadzając normę daje też sygnał zamawiającemu, że ma przygotowane odpowiednie procedury, aby wykryć wszelkie przypadki nadużyć i korupcji, dając tym samym świadectwo, że jest świadomy możliwych ryzyk ale i jest gotowy do ich rozpoznania, wykrycia czy zastosowania odpowiednich środków zaradczych.

Nowa norma powinna skłonić nie tylko te podmioty, które ubiegając się o zamówienie publiczne chcą dokonać self-cleaningu, ale także te, które obecnie nie przystępują do procedury zamówienia, a chciałyby przeciwdziałać możliwym nadużyciom i przypadkom korupcji. Niewątpliwie będzie to element podwyższający wiarygodność, a wcale nie musi stanowić elementu dokonywanego procesu samooczyszczenia, ale wprowadzony niezależnie może stać się wartością wpływającą na pozycję i wiarygodność podmiotu.

Rzetelność i wiarygodność wykonawcy

Przepisy dyrektywy 24/2014/UE nie wskazują, kto jest uprawniony do badania zasadności wdrożonych przez wykonawcę środków, których celem miałyby być uniknięcie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Polski ustawodawca zdecydował się powierzyć uprawnienia w zakresie oceny działań w ramach procedury self-cleaning bezpośrednio zamawiającym. Tym samym to do kompetencji zamawiającego należy ocena czy podejmowane przez wykonawcę działania oraz wskazane dowody mogą zostać uznane za wystarczające dla stwierdzenia, że dany wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a tym samym nie powinien podlegać wykluczeniu z postępowania.

Dokonywana przez zamawiającego ocena powinna być zgodna z zasadą obiektywizmu, a zamawiający jest zobowiązany każdorazowo uwzględnić charakter, wagę i szczególne okoliczności czynu popełnionego przez wykonawcę oraz adekwatność środków podjętych przez wykonawcę w celu wyeliminowania przyszłych nieprawidłowości. Zamawiający powinien zatem mieć w szczególności na względzie, konkretne podjęte przez wykonawcę czynności i działania, sposób ich realizacji oraz wskazanie w jaki sposób podjęte środki mają zapobiegać wystąpieniu naruszeń stanowiących przesłanki wykluczenia. Co istotne, z uwagi na surowość sankcji, jakim jest wykluczenie z postępowania zamawiający powinien z należyłą starannością ocenić charakter działań podjętych przez wykonawcę, a w przypadku uznania, że podjęte działania są niewystarczające winien wyczerpująco uzasadnić swoją decyzję o wykluczeniu wykonawcy.

Dzisiejszy artykuł zamyka cykl publikacji na temat fakultatywnych przesłanek wykluczenia w postępowaniu o zamówienie publiczne. Część I cyklu została opublikowana 18 października, część II - 25 października, część III - 8 listopada, część IV - 15 listopada 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