Nowe przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określone w art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz 11 ustawy - Prawo zamówień publicznych

Autor komentarza: Józef Edmund Nowicki

Z dniem 21 lipca 2012 r. weszła w życie ustawa z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769) - w skrócie „ustawa o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom".

Na podstawie art. 9 i 10 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom, w art. 24 us. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) - w skrócie „Pzp", został dodany pkt 10 i 11.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- wykonawców będących osobami fizycznymi, które prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769) - przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku (art. 24 ust. 1 pkt 10),
- wykonawców będących spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo - akcyjną lub osobą prawną, których odpowiednio wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom

przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku (art. 24 ust. 1 pkt 11 Pzp).

Dodanie pkt 10 i 11 w art. 24 ust. 1 Pzp jest konsekwencją wdrożenia do Pzp dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/52/WE z dnia 18 czerwca 2009 r. przewidującej minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich (Dz. Urz. WE L 168/24 z 30.6.2009 r.).

Ustawa o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom określa sankcje dla podmiotów powierzających wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz zasady dochodzenia roszczeń z tytułu wynagrodzenia i związanych z nim świadczeń przez cudzoziemca przebywającego bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Celem ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom jest ograniczenie nielegalnego zatrudniania cudzoziemców poprzez nałożenie na podmiot powierzający wykonywanie pracy cudzoziemcowi obowiązku żądania od cudzoziemca przedstawienia przed rozpoczęciem pracy ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Ponadto podmiot powierzający wykonywanie pracy cudzoziemcowi będzie obowiązany do przechowywania przez cały okres wykonywania pracy przez cudzoziemca kopii dokumentu uprawniającego cudzoziemca do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Podmiot powierzający wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej będzie obowiązany pokryć koszty związane z przesłaniem cudzoziemcowi zaległych należności do państwa, do którego cudzoziemiec powrócił lub został wydalony.

Główny wykonawca oraz każdy podwykonawca, który będzie pośredniczyć między głównym wykonawcą a podmiotem powierzającym wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, będą solidarnie obowiązani do:

1) wypłaty zasądzonego zaległego wynagrodzenia i związanych z nim świadczeń oraz pokrycia kosztów związanych z przesłaniem zaległych należności do państwa, do którego cudzoziemiec powrócił lub został wydalony,

2) poniesienia kosztów wydalenia cudzoziemca, w przypadku gdy wydalenie następuje w związku z wykonywaniem przez cudzoziemca pracy niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415, z późn. zm.)

– jeżeli wiedzieli, że podmiot powierzył wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a podmiot ten lub wykonawca, o którym mowa w art. 6[1] ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom, jest niewypłacalny w rozumieniu przepisów o ochronie

[1] Art. **6.** 1. Jeżeli podmiotem powierzającym wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest podwykonawca, wykonawca jest obowiązany do:

1) wypłaty cudzoziemcowi zasądzonego zaległego wynagrodzenia i związanych z nim świadczeń oraz pokrycia kosztów związanych z przesłaniem cudzoziemcowi zaległych należności do państwa, do którego cudzoziemiec powrócił lub został wydalony,

2) poniesienia kosztów wydalenia cudzoziemca, o których mowa w art. 96 ust. 3 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2011 r. Nr 264, poz. 1573 oraz z 2012 r. poz. 589)

– jeżeli podmiot powierzający wykonywanie pracy cudzoziemcowi, będący podwykonawcą wykonawcy jest niewypłacalny, w rozumieniu przepisów o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, egzekucja przeciw niemu okaże się bezskuteczna lub przemawia za tym szczególnie ważny interes cudzoziemca.

2. Wykonawca, o którym mowa w ust. 1, nie ponosi odpowiedzialności w zakresie określonym w tym przepisie, jeżeli wykaże, że spełnił wymagania należytej staranności, w szczególności poinformował podwykonawcę o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz sprawdził wykonanie obowiązku zgłoszenia cudzoziemca do ubezpieczeń społecznych, o ile obowiązek taki wynika z obowiązujących przepisów.

roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, egzekucja przeciw niemu okaże się bezskuteczna lub przemawia za tym szczególnie ważny interes cudzoziemca.

Główny wykonawca oraz podwykonawca, który będzie pośredniczyć między głównym wykonawcą a podmiotem powierzającym wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie będzie ponosił odpowiedzialności, jeżeli spełnił wymagania należytej staranności, w szczególności poinformował podwykonawcę o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz sprawdził wykonanie obowiązku zgłoszenia cudzoziemca do ubezpieczeń społecznych, o ile obowiązek taki wynika z obowiązujących przepisów.

Przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp nie mają zastosowania do zamówień sektorowych (zob. art. 133 ust. 3 Pzp).

KARY PRZEWIDZIANE W USTAWIE O SKUTKACH POWIERZANIA WYKONYWANIA PRACY CUDZOZIEMCOM:

Art. 9. 1. Kto powierza, w tym samym czasie, wykonywanie pracy wielu cudzoziemcom przebywającym bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności.

2. Tej samej karze podlega, kto powierza wykonywanie pracy małoletniemu cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

3. Karze określonej w ust. 1 podlega, kto w związku prowadzoną działalnością gospodarczą uporczywie powierza wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Art. 10. 1. Kto powierza wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w warunkach szczególnego wykorzystania, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

2. Tej samej karze podlega, kto powierza wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, będącemu pokrzywdzonym przestępstwem określonym w art. 189a § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.).

3. Przez warunki szczególnego wykorzystania, o których mowa w ust. 1, rozumie się warunki pracy osoby lub osób, którym powierzono wykonywanie pracy z naruszeniem prawa, uchybiające godności człowieka i rażąco odmienne, w szczególności ze względu na płeć, w porównaniu z warunkami pracy osób, którym powierzono wykonywanie pracy zgodnie z prawem, wpływające zwłaszcza na zdrowie lub bezpieczeństwo osób wykonujących pracę.

Art. 11. 1. Kto uporczywie powierza wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w przypadku gdy praca ta nie ma związku z prowadzoną przez powierzającego wykonywanie pracy działalnością gospodarczą, podlega karze grzywny do 10.000 zł.

2. Podżeganie i pomocnictwo do czynu, o którym mowa w ust. 1, są karalne.

Art. 12. 1. W przypadku skazania za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10, sąd może:

1) orzec zakaz dostępu do środków, o których mowa w art. 5 ust. 3 pkt 1 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.);

2) zasądzić na rzecz Skarbu Państwa kwotę stanowiącą równowartość środków publicznych, o których mowa w pkt 1, otrzymanych w okresie 12 miesięcy poprzedzających wydanie wyroku.

2. Orzekając zakaz dostępu lub obowiązek zwrotu, o których mowa w ust. 1, sąd określa środki, które objęte są zakazem lub obowiązkiem.

3. Zakaz, o którym mowa w ust. 1 pkt 1, orzeka się na okres od roku do lat 5; orzeka się go w latach.

4. Egzekucję środka, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, prowadzi naczelnik urzędu skarbowego właściwy ze względu na siedzibę sądu pierwszej instancji w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. W celu wykonania środka sąd przesyła niezwłocznie organowi egzekucyjnemu odpis lub wyciąg wyroku, o którym mowa w ust. 1 pkt 2.

Art. 13. Nie podlega karze za przestępstwo określone w art. 9 i art. 10 oraz za wykroczenie określone w art. 11, kto powierzając wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, spełnił łącznie następujące warunki:

1) wypełnił obowiązki, o których mowa w art. 2 i art. 3, chyba że wiedział, że przedstawiony dokument uprawniający do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej został sfałszowany;

2) zgłosił cudzoziemca, któremu powierzył wykonywanie pracy, do ubezpieczeń społecznych, o ile obowiązek taki wynika z obowiązujących przepisów.

Art. 14. Orzekanie w sprawach o czyny, o których mowa w art. 11, odbywa się w trybie określonym w ustawie z dnia 24 sierpnia 2001 r. - Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz. U. z 2008 r. Nr 133, poz. 848, z późn. zm.). W tych sprawach oskarżycielem publicznym jest organ Straży Granicznej dokonujący kontroli lub inspektor pracy.

Za przestępstwa określone w ustawa o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom można skazać wyłącznie w przypadku ich popełniania po wejściu w życie ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Biorąc pod uwagę czas trwania postępowań przygotowawczych oraz sądowych poprzedzających wydanie prawomocnego wyroku na podstawie ww. przepisów karnych, należy przyjąć, iż pierwsze orzeczenia, stanowiące podstawę

wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zapadną najwcześniej w perspektywie kilku najbliższych miesięcy.

Ustawa o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom nie zawiera przepisów przejściowych, co oznacza to, że przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp mają zastosowanie od dnia ich wejścia w życie, a więc zarówno w odniesieniu do wszczynanych, jak i prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również postępowań, w których termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert upłynął w dniu 21 lipca 2012 r.

Przesłanką wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp jest fakt skazania wykonawcy ubiegającego się o zamówienie prawomocnym wyrokiem za przestępstwa, o których mowa w ustawie o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom. Wykluczeniu podlegają skazani za te przestępstwa wykonawcy będący osobami fizycznymi, jak również wykonawcy będący spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo - akcyjną lub osobami prawnymi, których odpowiednio wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego skazano za te przestępstwa.

Wykluczeniu podlegają wykonawcy, o których mowa wyżej, tylko w okresie 1 roku od dnia uprawomocnienia się skazania, dlatego drugą konieczną przesłanką wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp jest braku upływu 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku skazującego za przestępstwo, o którym mowa w ustawie o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składne (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów", przewiduje w § 2 ust. 1 pkt 5 i 6, iż zamawiający w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 i art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp żąda lub może żądać (w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 Pzp zamawiający może żądać) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego

wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

W obecnym stanie prawnym dokumentem, którego zamawiający żąda lub może żądać w celu wykazania okoliczności braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp jest oświadczenie wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia (§ 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów).

Należy zauważyć, że informacje z Krajowego Rejestru Karnego wystawiane od dnia 21 lipca 2012 r. (z adnotacją „NIE FIGURUJE") i przedkładane przez wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mogą również potwierdzać brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp.

Również aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego wystawione od dnia 21 lipca 2012 r. z adnotacją „NIE FIGURUJE w Kartotece Karnej w podanym zakresie", jeżeli treść zapytania obejmowała podstawy wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp, potwierdzają brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp.

Obecnie trwają prace legislacyjne zmierzające do dokonania zmian w obowiązującym rozporządzeniu w sprawie dokumentów oraz w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2012 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. 12, poz. 69), w celu dostosowania ich do art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Pzp.