

Jerzy Masztalerz, Jarosław Kola

Self-cleaning w kontekście poważnego wykroczenia zawodowego wykonawcy

W wyniku ostatniej nowelizacji zaimplementowano nieznaną dotąd polskiemu systemowi zamówień publicznych instytucję „samooczyszczenia” (ang. *self-cleaning*), która umożliwia wykonawcy podjęcie określonych działań w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania.

Polski prawodawca zadbał by dekada obowiązywania ustawy Pzp „ukoronowana” została mocnym akcentem. Ostatnia nowelizacja z dnia 29 sierpnia 2014 r.¹ zapowiadana była przez projektodawców jako panaceum na niedomagania polskiego systemu zamówień publicznych, które wiązano przede wszystkim z zagadnieniami kryteriów oceny ofert, rażąco niskiej ceny, instrumentalizacji zamówień publicznych czy handlu referencjami (osobną kwestią jest czy wprowadzone zmiany pozwolą na osiągnięcie założonych przez ustawodawcę celów, co zdaniem autorów jest raczej wątpliwe). Wprowadzono jednak również zmiany mniej spektakularne, których wpływ na praktykę udzielania zamówień publicznych w Polsce może być równie istotny. Jedną z takich zmian jest niewątpliwie modyfikacja art. 24 ustawy Pzp w zakresie wykluczania z postępowania nierzetelnych wykonawców, polegająca

na likwidacji mechanizmu automatycznego wykluczania z postępowania, który został zakwestionowany przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”). Jednocześnie zaimplementowano nieznaną dotąd polskiemu systemowi zamówień publicznych instytucję „samooczyszczenia” (ang. *self-cleaning*), która umożliwia wykonawcy podjęcie określonych działań w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania nawet, jeśli wykonawca zostałby uznany za winnego poważnego wykroczenia zawodowego.

Wykluczanie wykonawców winnych poważnego wykroczenia zawodowego

Przepisy art. 24 ustawy Pzp od dłuższego już czasu wywoływały wątpliwości zarówno w doktrynie oraz orzecznictwie, a ich wadliwość została ostatecznie przesądzona wyrokiem TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta*. Zmobilizowało to polskiego prawodawcę do uzgodnienia w tym zakresie ustawy Pzp z prawem unijnym. W efekcie kontrowersyjne przepisy art. 24 ust. 1 i 1a ustawy Pzp zostały uchylone, a w ich miejsce dodano ust. 2a,



Jerzy Masztalerz

Aplikant radcowski w kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński Baehr



Jarosław Kola

Doktorant w Zakładzie Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

zgodnie z którym wykluczanie nierzetelnych wykonawców możliwe jest wyłącznie pod następującymi warunkami:

1. zamawiający przewidział w ogłoszeniu odpowiednią podstawę wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 2a ustawy Pzp),
2. wykonawca w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe,
3. zamawiający jest w stanie wykazać tę okoliczność,
4. wykonawca nie udowodnił, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne

¹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r., poz. 1232) - obowiązująca od dnia 19 października 2014 r.

i kadrowe, które mają zapobiec zawinieniu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości,

5. wykonawca nie naprawił albo nie zobowiązał się do naprawienia szkód powstałych w wyniku popełnionego naruszenia.

Fakultatywność

Co istotne, nowelizacja nie kreuje bezwzględnie obowiązku wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. To zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji określa, czy będzie wykluczał wykonawców, którzy w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszyli obowiązki zawodowe. Jednakże gdy już zdecyduje się na weryfikowanie rzetelności wykonawców w oparciu o ten przepis, zobowiązany jest wykluczyć każdego wykonawcę, wobec którego występuje omawiana przesłanka wykluczenia. Warto dodać, że w razie skorzystania z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp zamawiający będą musieli w tym zakresie kierować się zasadą równego traktowania wykonawców i reagować na każde zgłaszane mu w postępowaniu zawiadomienie o wykroczeniu zawodowym wykonawcy.

podmiot, który już wcześniej dał się poznać jako wykonawca nierzetelny i nieuczciwy.

Poważne naruszenie obowiązków zawodowych

Działanie, które może dyskwalifikować wykonawców z ubiegania się o zamówienia musi być zawinione². „Poważne naruszenie obowiązków zawodowych” jest zwrotem niedookreślonym, czego naturalną konsekwencją jest konieczność każdorazowej indywidualnej oceny działań wykonawcy w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Prawodawca doprecyzował jednak, iż zachowaniem takim jest w szczególności sytuacja gdy wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Przez pojęcie „zamierzonego działania” rozumieć należy działanie podmiotu, któremu w zakresie tego działania można przypisać winę umyślną. Chodzi więc zarówno o celowe działanie wykonawcy jak i o sytuację, gdy wykonawca wprawdzie nie ma bezpośredniego zamiaru niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, lecz ma świadomość, że podejmowane przez niego czynności mogą do takiego skutku doprowadzić. Natomiast pojęcie „rażącego niedbalstwa” oznacza działania

Poważne, czyli jakie?

Pomimo użycia przez prawodawcę pojęć o ustalonym już znaczeniu, interpretacja „poważnego naruszenia obowiązków zawodowych” może wywoływać istotne wątpliwości. Ich źródłem jest samo wskazanie w treści przepisu szczególnego przykładu takiego poważnego naruszenia (tj. nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy). Zgodnie z zasadami techniki prawodawczej³ zwrotu „w szczególności” (który został zastosowany w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp) używa się wówczas, gdy prawodawca z jakichś powodów nie może sformułować definicji danego pojęcia, a chcąc objaśnić jego znaczenie (wyznaczyć pożądany kierunek interpretacji) wlicza jego przykładowe desygnaty. Zatem zgodnie z regułami wnioskowania *a fortiori* wyrażenia poprzedzone w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp zwrotem „w szczególności”, należałoby traktować jako wyznaczniki pewnego minimalnego standardu. Biorąc pod uwagę, że w przepisie tym mowa jedynie o „zamierzonym działaniu” czy „rażącym niedbalstwem” można by przyjąć, iż w ten sposób prawodawca zasugerował zamawiającym, że w dyspozycji przepisu nie znajdują się drobne naruszenia wzorców staranności wymaganych od profesjonalistów (*culpa levissima*). Refleksem takiej interpretacji jest orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie, który – jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującego art. 24 ust. 1 ustawy Pzp – przyjął, że pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” wiązać trzeba z brakiem oczekiwanego profesjonalizmu po stronie dłużnika, a nie z niesolidnością kontrahenta⁴. Wydaje się, jednak że interpretacja, która *a priori* ograniczałaby możliwość wykluczenia wykonawców winnych drobniejszych naruszeń (nie mających rażącego charakteru) byłaby nie do pogodzenia z postanowieniami nowej dyrektywy klasycznej⁵. Pkt 101 jej preambuły stanowi bowiem, że choć zamawiający powinni zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, to również drobne niepra-

Praktyczne konsekwencje wprowadzenia do SIWZ omawianej przesłanki wykluczenia mogą okazać się dla zamawiającego dosyć nieprzewidywalne.

Praktyczne konsekwencje wprowadzenia do SIWZ omawianej przesłanki wykluczenia mogą okazać się dla zamawiającego dosyć nieprzewidywalne, gdyż będą otwierały wykonawcom pole do wzajemnego kwestionowania swojej rzetelności, co może skutkować licznymi odwołaniami i raczej niekorzystnie odbije się na ekonomice postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Tym samym należy rekomendować zamawiającym, aby art. 24 ust. 2a ustawy Pzp był stosowany wyłącznie wówczas, gdy zgodnie z ich wiedzą istnieje znaczne ryzyko, że w postępowaniu będzie uczestniczył znany zamawiającemu

obarczone winą nieumyślną, tj. zachowania wykonawcy, który realizując zamówienia w sposób rażący nie dochowując staranności, jakiej można od niego oczekiwać jako od profesjonalisty, choćby nawet nie zdawał sobie sprawy, że jego działania mogą doprowadzić do nienależytego wykonania zamówienia lub całkowicie uniemożliwić jego realizację.

² Pojęcie winy wielokrotnie było przedmiotem wypowiedzi, opracowań judykatury i doktryny prawa cywilnego, toteż powielanie jego teoretycznej analizy w tym miejscu byłoby zbędne.

³ § 153 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”.

⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 października 2012 r., sygn. V CA 2015/12.

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako: Nowa dyrektywa).

widłowości, w wyjątkowych okolicznościach mogą być uznane za poważne i prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Przykładowo drobne, lecz notorycznie popełniane przez wykonawcę nieprawidłowości mogą wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, i mogą uzasadniać jego wykluczenie.

Należy dodatkowo podkreślić, że katalogu czynów, jakie mogą być uznane za „poważne wykroczenia zawodowe” nie tworzą jedynie szeroko rozumiane naruszenia obowiązków umownych, lecz także inne niedozwolone i antyrynkowe działania wykonawcy jak np. czyny nieuczciwej konkurencji, uczestnictwo w zмовie przetargowej lub działania korupcyjne. Rodzajowo zatem katalog zachowań wykonawcy, jakie mogą uzasadniać jego wykluczenie z przetargu został znacznie poszerzony w stosunku do okoliczności wskazanych w dawnych art. 24 ust. 1 i 1a ustawy Pzp, które dotyczyły wyłącznie realizacji konkretnego zamówienia.

Należy zatem postulować, aby zamawiający stosując art. 24 ust. 2a ustawy Pzp zawsze brali pod uwagę *ratio legis* jego obowiązki. Dla oceny, czy wykonawca poważnie naruszał obowiązki zawodowe, kluczową winna być odpowiedź na pytanie czy całokształt naruszeń, które popełnił poddaje w wątpliwość jego uczciwość i rzetelność, oraz czy skłania zamawiającego do powzięcia przekonania, że w konsekwencji wykonawca nie będzie odpowiedni (wiarygodny), by uzyskać zamówienie publiczne, niezależnie od tego, czy posiadałby on techniczną i ekonomiczną zdolność do realizacji zamówienia⁶.

Środki dowodowe

Ustawodawca określił, że to na zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, iż wykonawca dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Jednocześnie wskazał, że zamawiający może korzystać z dowolnych środków dowodowych. Zatem wszelkie dokumenty, nośniki lub osobowe źródła informacji mogą służyć udowodnieniu, iż wykonawca dopuścił się zawinonego, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. W toku prac nad projektem nowelizacji wskazywano w tym kontekście m.in. na orzeczenia sądów dyscyplinarnych, czy

protokoły z realizacji zamówienia publicznego⁷. Niekiedy pojawia się również problem wykorzystywania dowodów uzyskanych w sposób sprzeczny z prawem. Oczywiście podkreślić należy, że osoba, która dokonuje sprzecznego z powszechnie obowiązującym prawem czynu, który prowadzi do uzyskania dowodu, ponosi odpowiedzialność za takie naruszenie. Niemniej należy ocenić, że okoliczność ta w żaden sposób nie dyskwalifikuje uzyskanego dowodu, który zamawiający może wykorzystać udowadniając wykonawcy naruszenie.

Kluczowy dla praktyki pozostaje problem źródeł, z których zamawiający mają czerpać wiedzę na temat ewentualnych naruszeń wykonawcy popełnionych przy wcześniej realizowanych zamówieniach? Niewątpliwie zamawiający nie posiadają możliwości organizacyjnych ani finansowych, by poddawać kontroli wcześniejszą działalność wykonawców. Należy jednak spodziewać się – co sygnalizowano już we wstępie – że ogłoszenie przez zamawiającego zamiaru stosowania art. 24 ust. 2a, doprowadzi wyłącznie do wzmocnienia aktywności wykonawców w zakresie nadsyłania informacji sugerujących niewiarygodność konkurentów. To z kolei spowodowałoby dodatkową pracę po stronie zamawiającego, powodując konieczność choćby pobieżnego weryfikowania otrzymywanych informacji oraz prawdopodobne uwikłałoby zamawiających w spory przed KIO. W związku z powyższym wydaje się, że właśnie w tych względów, stosowanie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp będzie stosunkowo rzadkie.

Self-cleaning w kontekście europejskim

Jak wynika z motywu 102 nowej dyrektywy klasycznej, przed wykluczaniem z postępowanie wykonawców winnych poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość ich uczciwość należy uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. W ślad za tym art. 57 ust. 6 dyrektywy

stanowi, że każdy wykonawca może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Zgodnie z postanowieniami dyrektywy „w tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu”. Środki te mają być zaś oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia.

W tym miejscu warto zauważyć, że instytucja *self-cleaningu* w świetle postanowień dyrektywy 2014/24/UE ma dużo szerszy zakres niż przyjęty w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, gdyż obejmuje nie tylko wykluczenie z powodu poważnego wykroczenia zawodowego, lecz również na podstawie innych przesłanek wykluczenia np. wprowadzenia w błąd zamawiającego czy nawet skazania za przestępstwo. Wydaje się zatem, że w celu pełnego dostosowania ustawy Pzp do wymogów stawianych przez dyrektywę nieuniknione będzie rozszerzenie możliwości skorzystania z *self-cleaningu* także do innych przesłanek wykluczenia z postępowania – najpóźniej do 16 kwietnia 2016 r.

Co ciekawe, *self-cleaning* jest od dłuższego czasu z powodzeniem i na szeroką skalę stosowany m. in. w procedurach udzielania zamówień obowiązujących w Stanach Zjednoczonych oraz w procedurach Banku Światowego⁸. Także na gruncie europejskim był on znany systemom prawnym niektórych państw członkowskich UE (np. Niemcy, Austria) jeszcze pod rządami poprzednich dyrektyw zamówieniowych i stan ten nie był uznawany za sprzeczny z prawem europejskim. Jak wskazywało się słusznie w literaturze opublikowanej na kanwie dyrektywy 2004/18/WE, uzasadnieniem dla możliwości stosowania *self-cleaningu* były przede wszystkim

⁶ Zob. pkt 101 *in principio* preambuły Nowej dyrektywy.

⁷ Zob. relacja wideo z posiedzenia Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia: - poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 23.03.2014 r.

⁸ R. Matjan, *The self-cleaning dilemma: reconciling competing objectives of procurement processes*, *The George Washington International Law Review*, nr 45, s. 299-338.

traktatowe zasady proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, o czym szerzej poniżej⁹.

Idea *self-cleaningu*

Aby zrozumieć istotę *self-cleaningu* należy zwrócić uwagę na argumenty, jakie dla pracodawcy stały się uzasadnieniem obowiązku wykluczania wykonawców, którzy okazali się nieuczciwi lub nierzetelni. Konieczność takiego wykluczenia jest przede wszystkim wynikiem ochrony zaufania publicznego do wydatkowania środków publicznych, które nie powinny trafiać w ręce podmiotów łamiących prawo, jak również w celu zapewnienia równego traktowania, gdyż wykonawca, który działa nieuczciwie uzyskuje zazwyczaj nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami. Samo wykluczanie nierzetelnych wykonawców przynosi pewne korzyści krótkoterminowe, jednak nie daje gwarancji, że przestępstwa lub wykroczenia podobnego rodzaju nie będą popełniane przez danego wykonawcę w przyszłości. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że wykluczenie obniża na określony okres czasu liczbę wykonawców mogących się ubiegać o dane zamówienie, co zwłaszcza na silnie skoncentrowanych rynkach (zdominowanych przez kilka podmiotów) może skutkować mniejszą konkurencyjnością przetargów, a zatem mniej korzystnymi cenami oferowanymi zamawiającym¹⁰.

Te niekorzystne skutki są eliminowane, jeśli wykonawcom umożliwi się przejście efektywnej, wewnętrznej procedury zapobiegającej popełnianiu podobnych naruszeń w przyszłości. Należy podkreślić, że umożliwienie *self-cleaningu* wychodzi naprzeciw zasadzie proporcjonalności, która wymaga, aby zakazy i ograniczenia swobody działalności gospodarczej były proporcjonalne do celu, jaki ustawodawca zamierzał osiągnąć za pomocą danej regulacji. Nie ma zaś racjonalnego uzasadnienia, aby eliminować z rynku zamówień

publicznych przedsiębiorców, którzy mimo że „mają na sumieniu” pewne wykroczenia popełnione na szkodę zamawiających, to podjęli określone działania naprawcze, które dają gwarancję wyeliminowania podobnych zachowań w przyszłości. Można przy tym nawet twierdzić, że paradoksalnie w wielu przypadkach przedsiębiorca, który po popełnieniu wykroczenia podjął określone działania naprawcze (i wprowadził odpowiednie wewnętrzne procedury zapobiegające nadużyciom) okaże się bardziej wiarygodny i rzetelny niż wykonawca, który takiego wy-

mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości.

Spełnienie pierwszej z ww. przesłanek w swojej najprostszej formie może polegać na wykazaniu przez wykonawcę, że w pełnej wysokości zapłacił kwotę odszkodowania lub kary umowne, jakimi został obciążony w związku z nienależytym wykonaniem umowy. Ustawa nie ogranicza przy tym katalogu dowodów, jakimi w tym celu może posłużyć się wykonawca, jednak w praktyce będą to najczęściej

Wszelkie dokumenty, nośniki lub osobowe źródła informacji mogą służyć udowodnieniu, iż wykonawca dopuścił się zawinionego, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych.

kroczenia nie popełnił i przez to nie musiał przeprowadzać skutecznego *self-cleaningu*. Również zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby umożliwić im podejmowanie skutecznych działań naprawczych. Nie do zaakceptowania byłaby bowiem identyczna ocena w postępowaniu dwóch wykonawców winnych poważnego wykroczenia zawodowego, z których jeden przeprowadził skuteczny *self-cleaning*, zaś drugi nie podjął jakichkolwiek działań, które zapobiegłyby popełnianiu przez niego poważnych wykroczeń zawodowych w przyszłości.

Jak przeprowadzić *self-cleaning*?

Mimo opisanych wyżej zalet *self-cleaningu* – zarówno dla wykonawców, jak i całego systemu zamówień publicznych – skuteczne skorzystanie z dobrodziejstwa tej instytucji nie jest łatwe i wymaga łącznego spełnienia licznych przesłanek. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp **nie podlega wykluczeniu** wykonawca, który:

1. naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązań się do ich naprawienia oraz
2. udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które

potwierdzenia dokonanych przelewów wraz z notami obciążeniowymi na odpowiadające im kwoty. W pełni dopuszczalne wydaje się również złożenie oświadczenia zamawiającego, którego treść będzie potwierdzać, że szkoda została w całości naprawiona. Ustawa dopuszcza również *self-cleaning* wykonawcy, który co prawda nie naprawił szkody, ale w sposób wiążący zobowiązał się do jej naprawienia (w tym przypadku wykonawca może posłużyć się np. kopią zawartej z zamawiającym umowy sądowej lub umowy w formie aktu notarialnego).

O ile w przypadku wykroczenia zawodowego polegającego na naruszeniu zobowiązań kontraktowych sposób naprawienia szkody nie będzie zwykle budził praktycznych wątpliwości, tak w przypadku innych wykroczeń może się to okazać stosunkowo problematyczne. Przykładowo, jeśli wykonawca jest winny z umowy przetargowej lub działań o charakterze korupcyjnym, wówczas trudno przypisać mu odpowiedzialność za wyrządzenie szkody, którą da się miarodajnie określić i wyrazić za pomocą jednostek pieniężnych. W takim przypadku, jako że nie można żądać od wykonawcy podjęcia działań, które są obiektywnie niemożliwe, wydaje

⁹ Por. S. Arrowsmith, H.J.Priess, P.Friton, *Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct - An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?*, Public Procurement Law Review, 18/2009, s. 257 i n.

¹⁰ Por. E.Hjelmeng, T. Soreide, *Debarment in public procurement: rationales and realization*, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series 32/2014, s. 5.

się, że dla skutecznego *self-cleaningu* wystarczające będzie spełnienie drugiej przesłanki tj. wykazanie podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości¹¹.

Jeśli chodzi o środki kadrowe, które muszą być podjęte w celu skutecznego samooczyszczenia, to w pierwszej kolejności wykonawca powinien wykazać, że wobec osób winnych popełnienia wykroczenia zostały wystosowane odpowiednie konsekwencje np. dyscyplinarne. Oznacza to zazwyczaj konieczność rozwiązania umów o pracę (lub umów cywilnoprawnych) z osobami, którzy byli zaangażowani w nieuczciwe działania lub bezpośrednio odpowiadają za wyrządzenie szkody. Skala i zakres takich zwolnień powinna uzależniona od wagi i charakteru popełnionego wykroczenia. Przykładowo udział w zмовie przetargowej lub praktyki korupcyjne mogą wymagać dymisji funkcjonariuszy najwyższego szczebla (zarząd spółki), natomiast wyrządzenie szkody nieprawidłową realizacją zamówienia tak daleko idących skutków mieć nie musi i wystarczające może okazać się np. zwolnienie kierownika robót lub głównego projektanta (jeśli to w wyniku ich działania lub zaniebdania umowa została wykonana nienależycie). Teoretycznie można wyobrazić sobie także sytuację, w której wykonawca wykazuje, że w ramach poprawy warunków kadrowych przeprowadził odpowiednie szkolenia podnoszące kompetencje personelu. Oczywiście zamawiającemu zapewne podjęcie takich środków wyda się zbyt małym wysiłkiem w ramach samooczyszczenia, lecz z drugiej strony mogłoby mieć on problem z zakwestionowaniem skuteczności takiego działania.

Paleta środków organizacyjnych i technicznych wymaganych dla efektywnego *self-cleaningu* jest bardzo szeroka, ale przede wszystkim obejmuje wprowadzenie odpo-

wiednich procedur i regulacji wewnętrznych (jeśli takowe nie istnieją w organizacji przedsiębiorcy) lub modyfikację procedur dotychczas obowiązujących. Procedury te powinny w szczególności określać, jakie działania związane z uczestnictwem w postępowaniach przetargowych oraz realizacją kontraktów są zabronione (np. wręczanie prezentów pracownikom zamawiającego) oraz w jaki sposób pracownicy mogą informować o dostrzeżonych naruszeniach i nadużyciach. W niektórych przypadkach spółka podlegająca *self-cleaningowi* może powołać osobę do kontaktu dla demaskatorów (ang. *whistleblower*), aby ułatwić wykrywanie nieprawidłowości wewnątrz organizacji. Jedną z praktyk jest również powołanie i wyposażenie w odpowiednie kompetencje tzw. *compliance officer*, czyli osoby odpowiedzialnej za nadzorowanie zgodności z prawem działań podejmowanych przez spółkę i jej pracowników. Wśród pozostałych środków można wyróżnić m. in. cykliczne poddawanie się zewnętrznemu audytowi, przeprowadzanie szkoleń dla pracowników z zakresie np. prawa konkurencji, prawa karnego i prawa zamówień publicznych czy też okresowe rotacje pracowników w określonych działach spółki.

Podsumowanie

Podsumowując, należy spodziewać się, że zamawiający będą niechętnie korzystać z możliwości przewidzianej w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp – przede wszystkim z obawy, że wprowadzenie do SIWZ omówionej przesłanki wykluczenia może spowodować formułowanie przez wykonawców pod swoim adresem zarzutów związanych z brakiem rzetelności. To zaś będzie skutkowało niepotrzebnymi z punktu widzenia zamawiającego postępowaniami odwoławczymi oraz znacznym przedłużeniem postępowania. Wydaje się zatem, że art. 24 ust. 2a ustawy Pzp będzie stosowany wyjątkowo wówczas, gdy zgodnie z wiedzą zamawiającego będzie istniało ryzyko, że w postępowaniu będzie uczestniczył znany zamawiającemu podmiot, który już wcześniej dał się poznać jako wykonawca nierzetelny i nieuczciwy.

Po drugie, w związku z faktem, iż *self-cleaning* jest instytucją bardzo młodą – nie tylko na gruncie prawa polskiego – jego praktyczne stosowanie będzie zapewne na początku budziło sporo wątpliwości. W szczególności

kwestia odpowiedniości i proporcjonalności działań podejmowanych przez wykonawcę w celu zapobieżenia popełniania wykroczeń w przyszłości może być dyskusyjna, gdyż w przypadku każdego konkretnego wykroczenia katalog takich działań może kształtować się odmiennie.

Istnieją również pewne problemy proceduralne związane z *self-cleaningiem*. W szczególności zauważyć należy, że przepisy ustawy nie przewidują *explicite* jakiegokolwiek procedury wzywania w tym zakresie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, zaś powołanie podstawy prawnej z art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za wątpliwe, gdyż przepisy te służą wyjaśnieniu oferty i załączonych do niej dokumentów. Wydaje się jednak, że zamawiający dysponuje prawem do wzwania do wyjaśnień wykonawcy, w stosunku do którego podejrzewa popełnienie poważnego wykroczenia zawodowego, natomiast odmienny pogląd byłby sprzeczny z *ratio legis* art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Te i inne wątpliwości powinno przynajmniej częściowo rozwiązać w najbliższym miesiącach orzecznictwo KIO i sądów zapadłe na kanwie omawianej regulacji. Z uwagi jednak na – jak się wydaje – zawężenie zakresu normowania art. 24 ust. 2a ustawy Pzp w stosunku do dawnych art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy Pzp nie należy się spodziewać, aby było ono bardzo bogate.

Wydaje się, że główne problemy ze stosowaniem *self-cleaningu* w warunkach polskich wynikać będą ze sposobu implementacji rozwiązań Dyrektywy co pokazuje choćby przeprowadzona analiza. Sam mechanizm „samooczyszczenia” ma jednak duży potencjał w zakresie uelastycznienia procedur udzielania zamówień publicznych i ze względu na swą istotę mogłoby pozytywnie wpłynąć na system zamówień publicznych w Polsce. Dlatego „ratunkiem” zarówno dla zamawiających jak i wykonawców, którzy zechcą skorzystać z możliwości przewidzianych w art. 24 może być powołanie się bezpośrednio na treść dyrektywy, która zdaje się lepiej regulować mechanizm wykluczenia w związku z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych jak i instytucję *self-cleaningu*. Warto o tym pamiętać. ■

¹¹ Należy przy tym podkreślić, że w niektórych systemach prawnych dla skutecznego *self-cleaningu* w przypadku wykroczeń o najcięższym charakterze (korupcja, zмова) wymaga się również aktywnego uczestnictwa wykonawcy na etapie wyjaśniania okoliczności popełnienia wykroczenia m. in., współpraca z organami ścigania, organami antymonopolowymi etc.