

Nowa przesłanka wykluczania wykonawców

Sposób na szarą strefę na rynku pracy?

Wykluczenie z rynku zamówień publicznych w związku z naruszeniem obowiązków wynikających z ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium RP.

mec. Adam Roszyk

Adwokat w KSP Legal & Tax Advice.

Zgodnie z obowiązującą ustawą Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy ze względu na różnego rodzaju cechy podmiotowe nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia. Takimi wykonawcami są przede wszystkim ci, którzy w przeszłości dopuścili się uchybień skutkujących nienależyтым wykonaniem zamówienia, przynosząc szkodę zamawiającemu. Podlegają oni wówczas wykluczeniu, a ich oferty zostają odrzucone. Katalog przesłanek skutkujących wykluczeniem z postępowania zawarty jest w art. 24 pzp i zawiera m.in. niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy skutkujące powstaniem szkody u zamawiającego, otwarcie likwidacji lub ogłoszenie upadłości wykonawcy czy też skazanie wykonawcy lub członków organu zarządzającego wykonawcy za określone przepisami ustawy przestępstwa. Katalog ten został obecnie powiększony w związku z wejściem

w życie ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: uspwpc). Nowe przepisy zawarto w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 pzp.

Ustawowy zakaz zatrudniania cudzoziemców bez prawa pobytu

Uchwalona ustawa ma implementować do porządku krajowego postanowienia unijnej dyrektywy 2009/52/WE, której przedmiotem jest ustanowienie w Unii Europejskiej systemu sankcji wobec pracodawców zatrudniających obywateli krajów trzecich przebywających

na terenie państw członkowskich nielegalnie. Celem regulacji jest ograniczenie niekorzystnych skutków zatrudniania takich osób, jak straty w budżetach państwowych (związane z szarą strefą na rynku pracy), zakłócenie konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami oraz pogorszenie warunków pracy i obniżka płac. Zarówno dyrektywa, jak i uspwpc zmiierają do zmniejszenia skutków nielegalnej migracji przede wszystkim poprzez wprowadzenie szeregu sankcji, w tym karnych, z tytułu zatrudniania osób nielegalnie przebywających na terenie Unii Europejskiej i zmuszenie w ten sposób pracodawców do zaprzestania

Uchwalona ustawa ma implementować do porządku krajowego postanowienia unijnej dyrektywy 2009/52/WE, której przedmiotem jest ustanowienie w Unii Europejskiej systemu sankcji wobec pracodawców zatrudniających obywateli krajów trzecich przebywających na terenie państw członkowskich nielegalnie.

korzystania z siły roboczej pracowników, którzy nie dysponują prawem pobytu w państwach UE. Spośród wprowadzonych regulacji szczególną uwagę podmiotów działających na rynku zamówień publicznych powinny przykuć te, które dotyczą wykluczenia z rynku zamówień publicznych w związku z naruszeniem przepisów uspwpc.

Obowiązki pracodawcy

Zgodnie z art. 1 ust. 2 uspwpc za cudzoziemca uważa się osobę niebędącą obywatelem Unii Europejskiej, państwa członka Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), Szwajcarii, a także osobę niebędącą członkiem rodziny obywateli tych państw. W praktyce zatem ustawa dotyczy podmiotów zatrudniających obywateli takich państw, jak Ukraina, Białoruś, Rosja, Chiny itp. Przedsiębiorca zatrudniający cudzoziemca zobowiązany jest żądać od niego, jeszcze przed rozpoczęciem przez taką osobę pracy, przedstawienia ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Polski, a także do przechowywania przez cały okres wykonywania pracy przez cudzoziemca kopii tego dokumentu (art. 2 i art. 3 uspwpc). Zaznaczyć przy tym należy, że dyrektywa i uspwpc dotyczą także zatrudnienia niepracowniczego, tj. w szczególności świadczeń wykonywanych na podstawie umowy cywilnoprawnej. Warto także zwrócić uwagę, że oba te akty prawne ukierunkowane są na zwalczanie nielegalnej migracji, wobec czego regulują skutki prawne nie tyle zatrudniania cudzoziemców nieposiadających zezwolenia na pracę, ile cudzoziemców, którzy nie posiadają zezwolenia na pobyt na terytorium Unii Europejskiej.

Sankcje w razie niedopełnienia obowiązków wynikających z ustawy

Na przedsiębiorcę, który nie dopełnia obowiązków wynikających z uspwpc, czeka szereg sankcji, w szczególności o charakterze finansowym i karnym.

Odpowiedzialność karna

- 1) Karze grzywny albo karze ograniczenia wolności podlegać będzie ten, kto:
 - powierzać będzie wykonywanie pracy małoletniemu przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub
 - powierzać będzie wykonywanie pracy w tym samym czasie wielu osobom przebywającym bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, lub
 - w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą uporczywie powierzać będzie wykonywanie pracy osobie przebywającej bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.
- 2) Karze pozbawienia wolności do lat 3 podlegać będzie ten, kto:
 - powierzać będzie wykonywanie pracy pokrzywdzonemu przestępstwem określonym w art. 189a § 1 (tzw. przestępstwo handlu ludźmi) przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub
 - powierzać będzie wykonywanie pracy w warunkach szczególnego wyzysku osobie przebywającej bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

W związku z posługiwaniem się w uspwpc pojęciem „szczególnego wyzysku” art. 10 ust. 3 ustawy zawiera jego definicję. Przez warunki szczególnego wyzysku należy rozumieć „warunki pracy osoby lub osób, którym powierzono wykonywanie pracy z naruszeniem prawa, uchybiające godności człowieka i rażąco odmierne, 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”. O pracy cudzoziemca w warunkach szczególnego wyzysku będzie zatem można mówić wówczas, kiedy warunki jego pracy rażąco odbiegają będą od warunków pracy osób zatrudnionych zgodnie z prawem, z czym wiązać się może zagrożenie dla zdrowia i bezpieczeństwa.

Poza obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia cudzoziemcowi przedsiębiorca poniesie także koszty związane z przesłaniem należności do państwa, do którego taka osoba powróciła lub z którego została wydalona. Wydatki poniesione na wynagrodzenie cudzoziemca, w tym na składki na ubezpieczenie społeczne w części finansowanej przez płatnika, nie będą podlegać zaliczeniu do kosztów uzyskania przychodu – zgodnie ze znowelizowanym brzmieniem przepisów ustaw o podatku dochodowym od osób fizycznych i o podatku dochodowym od osób prawnych. Zmiany

wprowadzone do ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary spowodują także pozbawienie w pewnych okolicznościach osoby prawnej, np. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej, w imieniu której i w interesie której działała osoba naruszająca przepisy ustawy, dostępu do pochodzących ze środków publicznych pomocy lub dotacji oraz obowiązek zwrotu przyznanej pomocy lub udzielonych dotacji. Nowe przepisy przewidują także instytucję solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i podwykonawcy zatrudniającego

cudzoziemca przebywającego nielegalnie na terenie RP za zapłatę wynagrodzenia, kosztów jego wydalenia oraz kary grzywny.

Wreszcie, zgodnie z uchwalonymi przepisami karnymi, tj. art. 9 i 10 uspwpc, określone zachowania niezgodne z ustawą stanowią obecnie przestępstwa (patrz ramka).

Skutki wejścia w życie ustawy dla przedsiębiorców działających na rynku zamówień publicznych

Ryzyko skazania za jedno z nowych przestępstw powinno szczególnie zainteresować przedsiębiorców działających na rynku zamówień publicznych. Prawomocne skazanie przedsiębiorcy – osoby fizycznej, a także wspólnika, partnera, komplementariusza lub członka organu zarządzającego (w przypadku spółek jawnych, partnerskich, komandytowych, komandytowo-akcyjnych oraz spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych) – za przestępstwa z art. 9 lub 10 uspwpc pociąga za sobą obowiązek wykluczenia takich osób fizycznych oraz spółek z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy tacy podlegać będą wykluczeniu przez rok od daty uprawomocnienia się wyroku karnego. Warto zaznaczyć, że – zgodnie z dyrektywą 2009/52 – okres ten wynosić ma nie więcej niż 5 lat. Okres roczny, jaki przewiduje polska regulacja, jest zatem i tak stosunkowo „łagodną” karą.

Zakaz prowadzenia określonej działalności gospodarczej

Warto zwrócić jednak uwagę, że przepisy art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 pzp nie są jedynymi, które mogą wykluczyć wykonawcę z rynku zamówień publicznych. Wprowadzenie przepisów karnych w art. 9 i 10 uspwpc skutkuje powstaniem nowego rodzaju czynów zabronionych, do których zastosowanie znajdują przepisy ogólne dotyczące kar

Art. 24 ust. 1 pkt 10–11 pzp

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- 10) 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;
- 11) 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.

i środków karnych, zgodnie z art. 116 ustawy Kodeks karny. W szczególności w przypadku popełnienia przestępstwa z art. 9 lub art. 10 uspwpc sąd karny może orzec zakaz prowadzenia określonej działalności gospodarczej, jeżeli popełnienie przestępstwa związane było z prowadzeniem działalności gospodarczej (a tak zapewne co do zasady będzie), i uzna, że dalsze prowadzenie działalności przez sprawcę „zagroza istotnym dobrom chronionym prawem”. Zakaz taki może zostać orzeczony na okres od roku do 10 lat. Popełnienie zatem jednego z nowych przestępstw, jakie zostały wprowadzone przepisami ustawy, w skrajnym przypadku skutkować może nawet pozbawieniem prawa do prowadzenia działalności gospodarczej (określonego rodzaju) w ogóle, na okres o wiele dłuższy aniżeli rok przewidziany w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 pzp.

Nowe regulacje dotyczą oczywiście nie tylko wykonawców, ale i zamawiających, którzy zobowiązani będą do weryfikacji wykonawców pod kątem postanowień art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 pzp.

Zatrudnienie cudzoziemca, który nielegalnie przebywa na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, wiąże się

z szeregiem dotkliwych sankcji, w tym finansowych oraz karnych. Przedsiębiorstwa działające na rynku zamówień publicznych powinny zwrócić szczególną uwagę na dopełnienie obowiązków nakładanych przepisami ustawy, gdyż w przeciwnym razie narażają się na wykluczenie z rynku zamówień publicznych przynajmniej na rok. W skrajnych przypadkach, w razie orzeczenia przez sąd karny zakazu prowadzenia działalności gospodarczej na podstawie art. 41 kodeksu karnego, okres wykluczenia wynosić może nawet 10 lat. ─

Podstawa prawna

- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (DzU z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.)
- Ustawa z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (DzU z 2012 r., poz. 769).
- Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.