

Sankcje wobec Rosji w związku z jej agresją zbrojną na Ukrainę w świetle Prawa zamówień publicznych

dr Maciej Lubiszewski

Katedra Prawa Gospodarczego i Prawa Handlowego

Wydział Prawa i Administracji

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

1. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszej ekspertyzy jest analiza sankcji nałożonych na Federację Rosyjską przez prawodawców unijnego oraz polskiego w związku z jej agresją zbrojną na Ukrainę. W ekspertyzie ograniczono się jedynie do sankcji stosowanych w sferze zamówień publicznych. Generalnie rzecz ujmując, polegają one na eliminacji wykonawców objętych sankcjami z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wątpliwości, które powstają w związku z ich stosowaniem wiążą się z tym, że nie zostały one implementowane wprost do ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych¹, lecz są środkami, które z perspektywy Pzp mają charakter pozaustawowy. O ile eliminacja z postępowania prowadzonego na podstawie Pzp następuje w drodze odrzucenia oferty, o tyle nie jest jasne, na jakiej podstawie prawnej to odrzucenie powinno nastąpić

i jakie kroki proceduralne, zwłaszcza w zakresie oceny ofert, powinny poprzedzić ewentualne odrzucenie.

W pierwszej kolejności zostaną krótko scharakteryzowane sankcje wprowadzone przez Unię Europejską (sankcje unijne), następnie – sankcje wprowadzone przez polskiego ustawodawcę (sankcje krajowe). Kolejną część ekspertyzy będzie poświęcona stosowaniu sankcji krajowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zaś ostatnia – stosowaniu sankcji unijnych.

Analiza będzie koncentrowała się na postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego i trybie podstawowym. Pominięto tryby, w których wykonawcy składają wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz tryb zamówienia z wolnej ręki.

1 Dz. U. z Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, 1812, 1933, 2185. Dalej jako Pzp.

2. Sankcje unijne

Podstawowym aktem prawnym wprowadzającym sankcje wobec Federacji Rosyjskiej jest Rozporządzenie Rady (UE) nr 833/2014 dotyczące środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie. Zostało ono przyjęte 31.07.2014 r. jako jedna z reakcji na bezprawną aneksję Krymu, działania Rosji we wschodniej Ukrainie oraz zestrzelenie malezyjskiego samolotu pasażerskiego. Po agresji zbrojnej Rosji na Ukrainę rozpoczętej 24.02.2022 r. Unia Europejska stopniowo zaostrzała sankcje, czego przejawem było m.in. rozporządzenie Rady z 8.04.2022 r. (UE) nr 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia 833/2014.

Mocą tego aktu do rozporządzenia 833/2014 wprowadzono art. 5k, zgodnie z którym zakazano udzielania lub dalszego wykonywania wszelkich zamówień publicznych lub koncesji objętych zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych na rzecz lub z udziałem:

- a) obywateli rosyjskich, osób fizycznych zamieszkałych w Rosji lub osób prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji;
- b) osób prawnych, podmiotów lub organów, do których prawa własności bezpośrednio lub pośrednio w ponad 50 % należą do podmiotu, o którym mowa w lit. a); lub
- c) osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów działających w imieniu lub pod kierunkiem podmiotu, o którym mowa w lit. a) lub b).

Zakazem objęto również podwykonawców, dostawców lub podmioty, na których zdolnościach polega wykonawca, w przypadku gdy przypada na nich ponad 10 % wartości zamówienia. W przypadku zamówień udzielonych przed 9.04.2022 r. powyższy zakaz zaczął obowiązywać od 11.10.2022 r.

Należy tu wskazać, że art. 5k rozporządzenia 833/2014 ma zastosowanie wyłącznie do postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Ponadto zakaz dotyczy wszystkich podmiotów rosyjskich, niezależnie od tego, czy zostały one wpisane

na listy sankcyjne.

Innym środkiem, który może mieć zastosowanie w dziedzinie zamówień publicznych jest zakaz określony w art. 5l rozporządzenia 833/2014. Zgodnie z tym przepisem zakazuje się udzielania bezpośredniego lub pośredniego wsparcia, w tym udzielania finansowania i pomocy finansowej lub przyznawania jakichkolwiek innych korzyści w ramach programu Unii, Euratomu lub krajowego programu państwa członkowskiego oraz umów w rozumieniu rozporządzenia (UE, Euratom) 2018/1046, na rzecz jakichkolwiek osób prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji, które w ponad 50% są własnością publiczną lub są pod kontrolą publiczną. Umowami w rozumieniu art. 2 pkt 16 rozporządzenia 2018/1046 są umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji.

Zakaz wynikający z art. 5l rozporządzenia 833/2014 dotyczy wszystkich umów finansowanych ze środków unijnych, niezależnie od tego, czy zostały zawarte w wyniku udzielenia zamówienia publicznego w reżimie Prawa zamówień publicznych. W przeciwieństwie do sankcji określonej w art. 5k, omawiany środek obejmuje jedynie rosyjskie podmioty publiczne lub pozostające pod kontrolą publiczną.

3. Sankcje krajowe

Zasadniczym aktem prawa polskiego ustanawiającym sankcje wobec Rosji jest ustawa z dnia 13.04.2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego². Sankcją podstawową z punktu widzenia zamówień publicznych jest środek określony w art. 1 pkt 3 tej ustawy. Polega on na wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu prowadzonego na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Zasady stosowania tego środka zostały określone w art. 7 ustawy sankcyjnej. Opierają się one na dwóch

² Dz. U. z 2023 r. poz. 129, 185. Dalej jako ustawa sankcyjna.

wykazach unijnych oraz jednej liście krajowej. Pierwszym z wykazów unijnych jest wykaz białoruski z rozporządzenia Rady (WE) nr 765/2006 z 18.05.2006 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z sytuacją na Białorusi i udziałem Białorusi w agresji Rosji wobec Ukrainy. Drugim wykazem jest wykaz z rozporządzenia Rady (UE) nr 269/2014 z dnia 17.03.2014 r. w sprawie środków ograniczających w odniesieniu do działań podważających integralność terytorialną, suwerenność i niezależność Ukrainy lub im zagrażających. Z kolei listę krajową prowadzi minister właściwy do spraw wewnętrznych. Lista jest publikowana w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej ministra. Zawiera ona oznaczenie osoby lub podmiotu wraz ze wskazaniem środka sankcyjnego, który został zastosowany wobec tej osoby lub tego podmiotu.

Zgodnie z art. 7 ustawy sankcyjnej z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu prowadzonego na podstawie Prawa zamówień publicznych wyklucza się:

- wykonawcę oraz uczestnika konkursu wymienionego w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisanego na listę, w związku z zastosowaniem środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3;
- wykonawcę oraz uczestnika konkursu, którego beneficjentem rzeczywistym w rozumieniu ustawy z dnia 1.03.2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu jest osoba wymieniona w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisana na listę lub będąca takim beneficjentem rzeczywistym od dnia 24 lutego 2022 r., o ile została wpisana na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3;
- wykonawcę oraz uczestnika konkursu, którego jednostką dominującą w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy z dnia 29.09.1994 r. o rachunkowości jest pod-

miot wymieniony w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisany na listę lub będący taką jednostką dominującą od dnia 24 lutego 2022 r., o ile został wpisany na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3.

Wskazane wyżej podmioty podlegają wykluczeniu z postępowania przez cały okres, w którym zachodzą powyższe okoliczności, tj. tak długo, jak pozostają wymienione w wykazach unijnych lub na liście ministra właściwego do spraw administracji.

Drugim środkiem sankcyjnym jest kara pieniężna w wysokości do 20.000.000 zł., której podlega osoba lub podmiot podlegające wykluczeniu na omówionej wyżej podstawie, które w okresie tego wykluczenia ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego lub dopuszczenie do udziału w konkursie lub biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub w konkursie. Karę pieniężną nakłada Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w drodze decyzji administracyjnej.

Zgodnie z art. 7 ust. 9 ustawy sankcyjnej wykluczenie z postępowania dotyczy nie tylko postępowań i konkursów prowadzonych na podstawie Prawa zamówień publicznych, ale także w postępowań i konkursów zmierzających do udzielenia zamówienia, którego wartość jest mniejsza niż progi stosowania Pzp oraz wobec których zachodzi wyłączenie stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych. To rozszerzenie zakresu stosowania sankcji dotyczy również wspomnianej kary pieniężnej nakładanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

4. Stosowanie sankcji krajowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Jak już wskazano, sankcja krajowa polega na wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podmiotu objętego sankcjami. Art. 7 ustawy sankcyjnej operuje wykluczeniem z postępowania, a więc środkiem określonym w Prawie zamówień publicznych. Oznacza to, że modus operandi omawianej sankcji jest tożsamy

z procesem eliminowania wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 lub 109 Pzp. Zamawiający w pierwszej kolejności dokonuje zatem wstępnej kwalifikacji podmiotowej na podstawie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 Pzp³. Oświadczenie to jest składane przez wszystkich wykonawców wraz ofertą⁴. W razie niezłożenia albo złożenia oświadczenia niekompletnego lub zawierającego błędy, zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia albo uzupełnienia lub poprawienia oświadczenia wstępnego. Oświadczenie stanowi dowód potwierdzający brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący podmiotowe środki dowodowe wymagane przez zamawiającego. Następnie zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ). Środki te mają potwierdzać brak podstaw wykluczenia z postępowania na dzień ich złożenia. W przypadku nie złożenia albo złożenia podmiotowego środka dowodowego niekompletnego lub zawierającego błędy, zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę do złożenia albo uzupełnienia lub poprawienia środka. Co ważne, zgodnie z art. 127 ust. 1 Pzp zamawiający nie może wzywać do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli:

a) może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków;

b). podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia wstępnego.

W przypadku, gdy kwalifikacja podmiotowa wykaże, że wobec wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia lub gdy wykonawca nie złożył ani nie uzupełnił lub nie poprawił

oświadczenia wstępnego lub podmiotowego środka dowodowego, oferta takiego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a lub c Pzp. Potwierdza to również treść art. 7 ust. 3 ustawy sankcyjnej, w którym przewidziano różne sposoby eliminacji wykonawcy z postępowania zależnie od trybu prowadzonego postępowania i etapu, na którym ujawni się podstawa wykluczenia

Stosowanie norm ustawy sankcyjnej na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymaga od zamawiającego właściwie dobranych działań dostosowawczych.

Po pierwsze, podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 7 ustawy sankcyjnej powinna być ujawniona w dokumentach zamówienia. Wynika to z zasady przejrzystości, która wymaga od zamawiających precyzyjnego uregulowania reguł postępowania, zwłaszcza tych, których naruszenie skutkuje eliminacją z postępowania. Uzasadniona jest analogia do art. 134 ust. 1 pkt 7 i 134 ust. 2 pkt 1 Pzp⁵, które nakazują powielenie w specyfikacji warunków zamówienia treści art. 108⁶ i 109 Pzp. Skoro zamawiający musi wskazać w SWZ podstawy wykluczenia wynikające z Pzp, to tym bardziej powinien przytoczyć podstawy wykluczenia wynikające z innych aktów prawnych.

Po drugie, oświadczenie wstępne, które standardowo uwzględnia jedynie podstawy wykluczenia określone w art. 108 lub 109 Pzp powinno uwzględniać także podstawę wykluczenia wynikającą w art. 7 ustawy sankcyjnej. W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne oświadczenie wstępne składane jest na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, którego wzór opracowała Komisja Europejska⁷. Część III.D formularza odnosi się do podstaw wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym i można ją wykorzystać do złożenia oświad-

5 Odpowiednikami tych przepisów w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne są art. 281 ust. 1 pkt 15 i art. 281 ust. 2 pkt 2 Pzp.

6 W postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne w specyfikacji warunków zamówienia należy powielić jedynie treść ustępu 1 art. 108 Pzp.

7 Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z 5.01.2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, Dz.U.U.E. L 3 z 6.01.2006 r., s. 16.

3 W żargonie praktyków oświadczenie to bywa nazywane oświadczeniem wstępnym, co uzasadnia określanie tego etapu kwalifikacji podmiotowej mianem kwalifikacji wstępnej.

4 Aby niepotrzebnie nie komplikować wyводу, zostaną tu pominięte tryby, w których wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz tryb zamówienia z wolnej ręki.

czenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 7 ustawy sankcyjnej. W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne zamawiający powinien ukształtować wzór oświadczenia wstępnego w taki sposób, aby oświadczenie wykonawcy obejmowało nie tylko podstawy wykluczenia określone w Pzp, ale także podstawę wynikającą z art. 7 ustawy sankcyjnej.

Po trzecie, zamawiający powinien właściwie określić reguły pełnej kwalifikacji podmiotowej, opartej na podmiotowych środkach dowodowych. W postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne ustawodawca zwolnił zamawiającego z obowiązku żądania podmiotowych środków dowodowych, co wynika z art. 273 ust. 1 Pzp. W przypadku, gdy zamawiający korzysta z tego zwolnienia, oświadczenie wstępne prawidłowo złożone przez wykonawcę jest wystarczające do uznania, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania, w tym także na podstawie art. 7 ustawy sankcyjnej. W postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jak również w postępowaniach o wartości mniejszej niż progi unijne, w których nie skorzystano w omówionego wyżej zwolnienia, zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w dokumentach zamówienia. Oznacza to, że SWZ w tych postępowaniach muszą zawierać wykaz podmiotowych środków dowodowych, które mają potwierdzać brak podstaw wykluczenia określonych w art. 108 i 109 Pzp oraz w art. 7 ustawy sankcyjnej. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych weryfikacji, czy wobec wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia z art. 7 ustawy sankcyjnej „zamawiający może dokonać za pomocą wszelkich dostępnych podmiotowych środków dowodowych. Podmiotowym środkiem dowodowym służącym wykazaniu braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ww. ustawy przykładowo może być: oświadczenie własne wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia na ww. podstawie prawnej, odpis lub informacja z KRS lub CEIDG, roczne skonsolidowane sprawozdanie finansowe albo jego część, sprawozdanie zarządu z działalności jednostki albo jego część, informacja

z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, informacja z wykazów określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014, a także informacja z listy rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego”⁸.

Dowolność zamawiającego w zakresie konstruowania wykazu podmiotowych środków dowodowych została ograniczona w drodze specjalnego aktu wykonawczego wydanego na podstawie art. 128 ust. 6 Pzp⁹. Rozporządzenie o podmiotowych środkach dowodowych wymienia wyłącznie te środki, które powiązane są z podstawami wykluczenia określonymi w art. 108 i 109 Pzp. W konsekwencji, nie przewidziano w nim możliwości żądania od wykonawców środków dowodowych służących potwierdzeniu braku podstawy wykluczenia wynikającej z art. 7 ustawy sankcyjnej. Ta luka prawna powinna być jak najszybciej wyeliminowana poprzez wprowadzenie do rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych § 2a, w którym zostaną wskazane środki dowodowe powiązane z art. 7 ustawy sankcyjnej¹⁰. Do tego czasu należy przyznać prymat przepisom ustawowym, które z jednej strony ustanawiają dodatkową przesłankę wykluczenia z postępowania (art. 7 ustawy sankcyjnej) a z drugiej strony nakazują zamawiającemu weryfikację braku podstaw wykluczenia poprzez żądanie od wykonawcy podmiotowych środków dowodowych (art. 124 pkt 1 Pzp). Wykonanie tych obowiązków ustawowych wymaga od zamawiającego określenia w SWZ wykazu podmiotowych środków dowodowych, nawet jeżeli nie zostały one wymienione w rozporządzeniu o podmiotowych środkach dowodowych bądź też zostały powiązane z innymi podstawami wykluczenia. Cenną wskazówką w tym zakresie powinna być przywołana wyżej opinia Urzędu Zamówień Publicznych i zawarty

8 <https://www.uzp.gov.pl/ukraina/pytania-i-odpowiedzi> (data dostępu: 12.02.2023 r.)

9 Chodzi tu o rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, Dz. U. poz. 2415. Dalej jako „rozporządzenie o podmiotowych środkach dowodowych”.

10 Ponadto, dodany § 2a powinien zostać również wymieniony w § 3 rozporządzenia o podmiotowych środkach dowodowych.

w niej katalog podmiotowych środków dowodowych, które można wykorzystać w celu sprawdzenia, czy wykonawca, który złożył najwyższą ocenioną ofertę nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 7 ustawy sankcyjnej.

Należy przy tym dodać, że pełna kwalifikacja podmiotowa wykonawcy w odniesieniu do podstawy wykluczenia z art. 7 ustawy sankcyjnej musi być prowadzona z uwzględnieniem art. 127 Pzp, który obowiązuje w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej albo przekraczającej progi unijne. Każdy z podmiotowych środków dowodowych zaproponowanych przez Urząd Zamówień Publicznych mieści się w zakresie tego przepisu, ponieważ można go uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych albo jest oświadczeniem wykonawcy, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia wstępnego.

W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne odpowiednikiem art. 127 jest art. 274 ust. 4 Pzp, który obejmuje swym zakresem jedynie te podmiotowe środki dowodowe, które zamawiający może uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych.

Należy dodać, że wykonawca objęty sankcjami krajowymi podlega wykluczeniu z postępowania w trakcie całego okresu, w którym zachodzą wobec niego okoliczności określone w art. 7 ustawy sankcyjnej. Poza tym ta szczególna podstawa wykluczenia z postępowania nie jest objęta mechanizmem self-cleaning, o którym mowa w art. 110 Pzp.

Wreszcie warto wskazać, że art. 7 ustawy sankcyjnej stanowi przede wszystkim podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, aczkolwiek art. 119 Pzp rozciąga ją również na podmioty udostępniające zasoby. Podstawową konsekwencją ustalenia, że wobec tego podmiotu zachodzi przesłanka z art. 7 ustawy sankcyjnej jest żądanie, aby wykonawca zastąpił ten podmiot innym albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Dopiero nie wypełnienie tego żądania będzie skutkowało, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępo-

waniu i odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

Podsumowując zasadnicze ustalenia dotyczące stosowania sankcji krajowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy stwierdzić, że:

a) zamawiający jest obowiązany do ujawnienia podstawy wykluczenia z postępowania określonej w art. 7 ustawy sankcyjnej w SWZ;

b) zamawiający powinien uwzględnić podstawę wykluczenia z art. 7 ustawy sankcyjnej we wzorze oświadczenia wstępnego;

c) w postępowaniach, w których prowadzona jest pełna kwalifikacja podmiotowa zamawiający jest obowiązany określić w SWZ wykaz podmiotowych środków dowodowych powiązanych z podstawą wykluczenia z art. 7 ustawy sankcyjnej, ograniczając się przy tym do ogólnodostępnych dokumentów (wykazy unijne i lista krajowa) lub baz danych (rejstry przedsiębiorców, CRBR);

d) zamawiający powinien przeprowadzić wstępną kwalifikację podmiotową wszystkich wykonawców, którzy złożyli ofertę w prowadzonym postępowaniu, weryfikując, czy złożone oświadczenia wstępne potwierdzają brak podstawy wykluczenia określonej w art. 7 ustawy sankcyjnej

e) dokonując pełnej kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższą oceniona, zamawiający nie wzywa go do złożenia podmiotowych środków dowodowych, lecz ogranicza się do samodzielnego sprawdzenia w ogólnodostępnych dokumentach i bazach danych, czy wykonawca ten nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 7 ustawy sankcyjnej.

5. Stosowanie sankcji unijnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Z punktu widzenia art. 5k rozporządzenia 833/2014 istotne jest to, aby podmiotowi objętemu sankcjami unij-

nymi nie udzielono zamówienia. Przenosząc ten zakaz na grunt Pzp należy zauważyć, że podmiot ten z całą pewnością powinien zostać wyeliminowany z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Polskie prawo przewiduje tylko jeden środek takiej eliminacji – odrzucenie oferty. Katalog podstaw odrzucenia oferty został określony w art. 226 Pzp. Ma on charakter zamknięty, a wobec faktu, iż art. 5k rozporządzenia 833/2014 nie stanowi autonomicznej przesłanki odrzucenia oferty, to wyłącznie w art. 226 Pzp należy poszukiwać podstawy prawnej eliminacji z postępowania podmiotu objętego sankcjami unijnymi.

Nie ma wątpliwości, że podstawa eliminacji z postępowania wykonawcy objętego sankcjami unijnymi tkwi w jego właściwościach podmiotowych (przynależność państwowa), co sprawia, że na pierwszy plan wysuwa się konstrukcja wykluczenia z postępowania, a więc odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp. Za takim rozwiązaniem opowiedział się Urząd Zamówień Publicznych, który w przywołanej już opinii stwierdził, że „wykonawca, który należy do którejkolwiek z kategorii podmiotów wymienionych w art. 5k ust. 1 rozporządzenia 833/2014 w brzmieniu nadanym rozporządzeniem 2022/576, podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.” Konsekwentnie zaproponowano rozwiązanie oparte na dwustopniowej kwalifikacji podmiotowej. Należy przy tym uwzględnić fakt, iż sankcje unijne stosowane są wyłącznie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość jest równa lub przekracza progi unijne, a formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia nie przewiduje możliwości złożenia oświadczenia w zakresie art. 5k rozporządzenia 833/2014. Z tego powodu Urząd Zamówień Publicznych zalecił, aby zamawiający zobowiązywali wykonawców do dołączania do oferty „oświadczeń odrębnych w stosunku do tych, które są składane na formularzu JEDZ”. Następnie wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona zostanie wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, którymi mogą być: „oświadczenie własne wykonawcy o braku postaw do wykluczenia na ww. podstawie prawnej, odpis lub informacja z KRS lub CEIDG, roczne skonsolidowane sprawozdanie finansowe albo jego część, sprawozdanie zarządu z działalności jednostki albo jego część,

informacja z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych.” Niewątpliwą zaletą proponowanego rozwiązania jest to, że opiera się ono na mechanizmie kwalifikacji podmiotowej, powszechnie stosowanym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem doskonale znanym zamawiającym i wykonawcom.

Mimo to należy zauważyć, że analogia do mechanizmu kwalifikacji podmiotowej wykonawców wcale nie jest taka oczywista. W przeciwieństwie do polskiego ustawodawcy, który w ustawie sankcyjnej celowo posłużył się pojęciem wykluczenia z postępowania, prawodawca unijny zabronił udzielania zamówienia podmiotom, o których mowa w art. 5k rozporządzenia 833/2014 bez odwoływania się do wykluczenia postępowania – środka, który jest znany unijnemu prawu zamówień publicznych. Gdyby taka była wola prawodawcy unijnego, najprawdopodobniej Komisja Europejska zmieniłaby formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, co jednak nie nastąpiło. Poza tym, z art. 125 ust. 2 Pzp wynika, że oświadczenie wstępne w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość jest równa lub przekracza progi unijne składa się wyłącznie na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zatem proponowane przez Urząd Zamówień Publicznych „odrębne oświadczenie” nie może być uznane, za oświadczenie, o którym mowa w art. 125 Pzp, co z kolei podważa trafność założenia, że weryfikacja, czy wobec wykonawcy nie zachodzi okoliczność określona w art. 5k rozporządzenia 833/2014 następuje w drodze kwalifikacji podmiotowej. Skoro bowiem oświadczenie wykonawcy o tym, że nie podlega on sankcjom unijnym nie jest oświadczeniem wstępnym (które przecież tymczasowo zastępuje podmiotowe środki dowodowe), to nie jest celowe żądanie podmiotowych środków dowodowych (których celem jest potwierdzenie prawdziwości i aktualności oświadczenia wstępnego).

Zarysowany wyżej problem można przynajmniej częściowo rozwiązać poprzez uznanie oświadczenia wykonawcy o tym, że nie znajduje się on w sytuacji określonej w art. 5k rozporządzenia 833/2014 lub „odpisu lub informacji z KRS lub CEIDG, rocznego skonsolidowanego sprawozdania finansowego albo jego części, sprawozdania za-

rzędu z działalności jednostki albo jego części, informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych” za „inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu”, o których mowa w niektórych przepisach Pzp¹¹. W konsekwencji, to zamawiający w SWZ określa, jakich dokumentów lub oświadczeń żąda od wykonawcy oraz czy te dokumenty lub oświadczenia wykonawcy muszą dołączyć do oferty, czy też będą one składane wyłącznie na wezwanie zamawiającego, skierowane do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Stosownie do treści art. 128 Pzp „inne dokumenty lub oświadczenia” podlegają procedurze uzupełnienia, natomiast ich brak skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit. c Pzp.

Nie zmienia to jednak faktu, iż propozycja Urzędu Zamówień Publicznych, choć *prima facie* rozsądna, budzi szereg dość poważnych wątpliwości, wynikających przede wszystkim ze zbyt pochopnego uznania, że zakaz udzielania zamówienia publicznego z art. 5k rozporządzenia 833/2014 stanowi pozaustawową podstawę wykluczenia z postępowania. Takie rozwiązanie wymagałoby przyjęcia stosownych przepisów krajowych, pozwalających na wykonanie aktu prawa unijnego.

Innym sposobem wyeliminowania z postępowania wykonawcy objętego sankcjami unijnymi, o których mowa w art. 5k rozporządzenia 833/2014 jest odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli „jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie da się zagwarantować w inny sposób”. Zgodnie z interpretacją Urzędu Zamówień Publicznych przesłanka ta ziści się, gdy przyjęcie oferty „zagroza takim wartościom jak suwerenność, niepodległość, międzynarodowa pozycja, strategiczne interesy ekonomiczne państwa, nienaruszalność terytorium, obronność państwa”¹². Niektórzy komentatorzy celnie wskazują, powołując się na orzecznictwo TSUE, że pojęcie bezpieczeństwa publicznego

odnosi się do bezpieczeństwa wewnętrznego ale także bezpieczeństwa zewnętrznego, w tym do „ryzyka poważnego zakłócenia stosunków zagranicznych lub pokojowego współistnienia narodów bądź zagrożenie interesów wojskowych”¹³.

Nie ma wątpliwości co do tego, że Unia Europejska nałożyła na Federację Rosyjską sankcje w odpowiedzi na „rażące naruszenie prawa międzynarodowego i zasad Karty Narodów Zjednoczonych oraz podważanie bezpieczeństwa i stabilności w Europie i na świecie”¹⁴. Poza tym ustawodawca uchwalając ustawę sankcyjną wprowadził (zgodnie z tytułem ustawy) „szczególne rozwiązania służące ochronie bezpieczeństwa narodowego”. Wśród tych rozwiązań, o czym była już mowa, znalazły się sankcje mające zastosowanie w sferze zamówień publicznych. Warto również zauważyć, że ustawa sankcyjna, jak wskazał ustawodawca, służy stosowaniu m.in. rozporządzenia 833/2014. Wiele wskazuje więc na to, iż sankcje przewidziane w art. 5k rozporządzenia 833/2014 mają na celu ochronę bezpieczeństwa publicznego. Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez podmiot objęty sankcjami niewątpliwie niekorzystnie wpłynęłoby na poziom tego bezpieczeństwa.

Proponowane rozwiązanie pozwala na uniknięcie wątpliwości interpretacyjnych towarzyszących wcześniej omówionej możliwości wykluczenia z postępowania. Zastosowanie sankcji unijnej poprzez odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp nie wymaga aktywowania mechanizmu kwalifikacji podmiotowej, w szczególności żądania od wykonawców podmiotowych środków dowodowych. Nie wyklucza to jednak możliwości odebrania od każdego z wykonawców oświadczenia o tym, że nie podlega on sankcjom unijnym. Wzór takiego oświadczenia może zostać wprowadzony do formularza ofertowego. Należy również zasugerować, aby – z uwagi na zasadę przejrzystości – zamawiający w dokumentach zamówienia przewidzieli wyraźnie, że oferta złożona przez wykonawcę,

13 M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, legalis.pl, komentarz do art. 226 Pzp.

14 Zob. motyw 4 preambuły Decyzji Rady 2022/578/WPZiB z dnia 8.04.2022 r. w sprawie zmiany decyzji 2014/512/WPZiB dotyczącej środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, Dz.U.U.E z 8.04.2022 r., L 111, s. 70. Decyzja ta wprowadzała m.in. sankcje polegające na zakazie udzielania zamówień publicznych podmiotom rosyjskim.

11 Wyrażenie „inne dokumenty lub oświadczenia” zostało użyte m.in. w art. 98 ust. 6 pkt 1, art. 128 ust. 1 i ust. 4, czy też w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp.

12 H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 731.

wobec którego zachodzą okoliczności określone w art. 5k rozporządzenia 833/2014 zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Propozycja wykorzystania art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp do stosowania sankcji unijnych wobec wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest pozbawiona wad. Jedną z nich jest to, że w takim przypadku zamawiający, który chce mieć całkowitą pewność, że udzielenie zamówienia wybranemu wykonawcy nie naruszy wprowadzonych sankcji unijnych, musi dokonać samodzielnej weryfikacji każdego wykonawcy pod kątem art. 5k rozporządzenia 833/2014. Może on wykorzystać do tego celu ogólnodostępne bazy danych, w tym rejestry przedsiębiorców.

Podsumowując zasadnicze ustalenia dotyczące stosowania sankcji unijnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy stwierdzić, że:

a) zamawiający może podążyć za propozycją Urzędu Zamówień Publicznych i uznać, że art. 5k rozporządzenia stanowi pozaustawową podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, co jednak będzie skutkowało wątpliwościami co do zasadności wykorzystania mechanizmu kwalifikacji podmiotowej: oświadczenia złożone wraz z ofertą dotyczące sankcji unijnych nie będą złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (a więc nie zostaną uznane za oświadczenia wstępne), wobec czego podmiotowe środki dowodowe na okoliczność braku podstawy wykluczenia z art. 5k rozporządzenia nie będą potwierdzały prawdziwości i aktualności oświadczenia, o którym mowa w art. 125 Pzp;

b) pewnym rozwiązaniem tych wątpliwości może być zobowiązanie każdego z wykonawców do złożenia oświadczenia o tym, że nie podlega on sankcjom unijnym oraz innych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających tę okoliczność i uznanie ich za „inne dokumenty i oświadczenia składane w postępowaniu”;

c) alternatywnym rozwiązaniem jest oparcie stosowania sankcji unijnych na art. 226 ust. 1 pkt 16 Pzp, co pozwala zamawiającemu zrezygnować z wyko-

rzystywania mechanizmu kwalifikacji podmiotowej. W takim przypadku zamawiający powinien wprowadzić do dokumentów zamówienia wyraźne zastrzeżenie o skutkach złożenia oferty przez wykonawcę, który podlega sankcjom unijnym. Zasadne również wydaje się takie skonstruowanie formularza ofertowego, aby obejmowało ono również oświadczenie wykonawcy o tym, że nie znajduje się on w sytuacji określonej w art. 5k rozporządzenia 833/2014. Zamawiający będzie jednak samodzielnie weryfikował prawdziwość takiego oświadczenia w oparciu o ogólnodostępne bazy danych lub wykazy.



Narodowy Instytut Samorządu Terytorialnego powstał w 2015 r.
Jest państwową jednostką budżetową podległą MSWiA.
Działa na rzecz dalszej profesjonalizacji samorządu terytorialnego i administracji publicznej.

OPINIE I ANALIZY NIST, ul. Zielona 18, Łódź 90-601
Sekretariat tel. +48 42 633 10 70
e-mail: sekretariat@nist.gov.pl