



Stowarzyszenie
Prawa
Zamówień
Publicznych

Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych

Zajęcza 4, V p.

00-351 Warszawa

KRS: 0000673489

NIP: 5223089494

REGON: 367079566

kontakt@stowarzyszeniepzp.pl

www.stowarzyszeniepzp.pl


Warszawa, 31 sierpnia 2023 r.


Ministerstwo Rozwoju i Technologii
Pl. Trzech Krzyży 3/5
00-507 Warszawa

Szanowni Państwo,

W odpowiedzi na pismo Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Rozwoju i Technologii Pani Kamili Król z dnia 28 lipca 2023 r. Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych przesyła swoje uwagi do projektu ustawy o certyfikacji wykonawców zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw w formie tabelarycznej zgodnie z przekazanym przez Państwa wzorem tabeli.

Z poważaniem


Aldona Kowalczyk
Prezes


Wojciech Mierkwa
Członek Zarządu



www.stowarzyszeniepzp.pl

Projekt ustawy o certyfikacji wykonawców zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw			
Lp.	Jednostka redakcyjna projektu, której dotyczy uwaga	Nazwa podmiotu wnoszącego uwagę	Treść uwagi/propozycja brzmienia przepisu
	Art. 3 ust. 2 pkt 2	SPZP	Certyfikacja obejmująca zdolność techniczną i zawodową zdaje się być wyjątkowo problematyczna. Jak pokazuje praktyka, katalog powszechnie stosowanych warunków udziału w tym zakresie jest katalogiem niezwykle szerokim, a o jakiegokolwiek standaryzacji można mówić co najwyżej w ramach podmiotów funkcjonujących w tożsamej strukturze organizacyjnej. Nawet jednak w takich sytuacjach treść warunków w wielu przypadkach różni się, co jest naturalną konsekwencją konieczności dostosowania warunków do przedmiotu zamówienia. Tym samym próba opracowania wystarczająco szerokiego katalogu warunków, które mogłyby z powodzeniem stosowane być w przypadku licznych (i znacząco różniących się od siebie) postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zdaje się być skazane na niepowodzenie lub co najmniej utrudnione, a przez to generujące wydłużoną ścieżkę oceny i ewaluacji. Zasadne wydaje się być ponowne przeanalizowanie zasadności certyfikacji w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (i zastosowanie certyfikacji jedynie w odniesieniu do art. 112 ust. 2 pkt 1-3 Pzp).
	Art. 5 ust. 1	SPZP	Jak wyżej – zasadne jest rozważenie certyfikacji wyłącznie w zakresie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 1-3 Pzp. Warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej są każdorazowo kształtowane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Projekt ustawy zakłada tymczasem, że poziomy zdolności zostaną określone na poziomie rozporządzenia (art. 5 ust. 4). Takie rozwiązanie może ułatwić formalności w niektórych (szczególnie w nieskomplikowanych i powtarzalnych) postępowaniach, ale utrudni zamawiającym określanie warunków udziału w sposób bardziej zindywidualizowany.
	Art. 5 ust. 2 pkt 2	SPZP	Postulujemy jak wyżej.
	Art. 5 ust. 4 oraz 5	SPZP	Postulujemy jak wyżej

	Art. 7	SPZP	<p>Art. 7 budzi istotne kontrowersje praktyczne związane np. z koniecznością występowania o wydanie certyfikatu w imieniu (?) innego podmiotu. Wiązać się to może chociażby z utrudnieniem w przeprowadzeniu procedury związanym z sytuacją, w której o certyfikat występuje podmiot niebędący dysponentem określonych dokumentów i informacji.</p> <p>Opiniujący ma świadomość, że jest to procedura dobrowolna, niemniej jednak wprowadza ona dodatkowy mechanizm, który rodzić może szereg wątpliwości. Za wystarczające uznać zatem należy poprzestanie na rozwiązaniach obecnie istniejących, które w praktyce przekładałyby się na schemat, w którym podmiot trzeci pozyskuje certyfikat, a następnie udostępnia swój potencjał wykonawcy. Jest to zasadne tym bardziej, jeśli weźmiemy pod uwagę, że zamawiający każdorazowo musi przeprowadzić badanie realności udostępnionego potencjału (ewentualne pozyskanie certyfikatu przez wykonawcę w imieniu podmiotu trzeciego nie ułatwi, ani nie przyspieszy procedury postępowania o udzielenia zamówienia publicznego).</p> <p>Daleko idące wątpliwości rodzi również ust. 2, z którego wynika, że zobowiązanie miałoby obejmować okres ważności całego certyfikatu. Takie sformułowanie rodzi ryzyko w świetle wspomnianej powyżej realności udostępnienia. Jak wynika z art. 118 ust. 1 Pzp udostępnienie potencjału może nastąpić „w stosownych sytuacjach”, „w odniesieniu do konkretnego zamówienia”. Blankietowe udostępnienie potencjału prowadzić może do wniosku o pozorności instytucji udostępnienia potencjału (co z punktu widzenia systemu zamówień publicznych jest niebezpieczne, wszak zjawisko pozornego użyczenia potencjału jest jedną z istotniejszych bolączek systemu).</p>
	Art. 8 i 9	SPZP	<p>Opiniujący dostrzegają ryzyka związane z okresem ważności certyfikatu w powiązaniu z domniemaniem opisanym w art. 9. Można to przedstawić na przykładzie poziomu zdolności w zakresie potencjału finansowego.</p> <p>Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy stanowi, że ważność dokumentu w postaci informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy wynosi 3 miesiące (licząc wstecz od momentu złożenia). Warto zauważyć, że rozporządzenie wprowadziło w tym zakresie zmianę w stosunku do poprzedniego „rozporządzenia dokumentowego”, gdzie posługiwano się terminem 1 miesiąca (licząc wstecz od momentu składania ofert), co poczytać należy jako próbę „urealnienia” sposobu wykazania spełnienia tego warunku (poprzez większe powiązanie go z terminem wykazywania spełnienia tego warunku).</p> <p>Tymczasem w obecnej sytuacji wykonawcy będą pozyskiwać dokument, który na okres 3 lat potwierdzać będzie spełnienie określonego poziomu zdolności. Może to prowadzić do generowania działań pozornych, np. poprzez zgromadzenie środków na rachunku bankowym jedynie na krótki okres, w którym dochodzi do weryfikacji tego wymagania przez organ certyfikujący (po to, aby uzyskać potwierdzenie jak najwyższego poziomu zdolności). Daje to wykonawcy „spokój” na okres 3 lat, zupełnie jednak wypacza sens badania warunków udziału w danym postępowaniu. Rodzi to wątpliwości tym większe, że w przypadku tego warunku konkurencyjni wykonawcy są właściwie pozbawieni możliwości kontroli w zakresie faktycznej sytuacji finansowej wykonawcy.</p>

			<p>Z identyczną sytuacją będziemy mieli do czynienia np. w odniesieniu do warunków w zakresie dysponowania kadrą czy sprzętem. Dodatkowa argumentacja odnośnie do tego zagadnienia przedstawiona została w komentarzu dotyczącym art. 12.</p> <p>Niezbędne zdaje się być doprecyzowanie, że wymieniony w art. 9 ust. 2 i 3 wymóg wykazania „uzasadnionych wątpliwości” w celu zakwestionowania certyfikatu dotyczy jedynie procedury certyfikującej, a nie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązki wykonawców korzystających ze środków ochrony prawnej precyzyjnie reguluje bowiem ustawa Pzp i nie ma tu miejsca na dodawanie kolejnego wymogu. Innymi słowy – chcąc zakwestionować certyfikat w toku postępowania odwoławczego przed KIO wykonawca sprostać musi wymogom Pzp, nie jest natomiast zasadne, aby wykazywał dodatkowo okoliczność „uzasadnionych wątpliwości”. Jest to niedoprecyzowane tym bardziej, jeśli wziąć pod uwagę, że w art. 9 ust. 2 jest mowa o tym, że wątpliwości te wykazuje się „w związku z postępowaniem o udzielenia zamówienia, w którym ten certyfikat został złożony”. Fragment ten powinien zostać usunięty.</p> <p>W związku z powyższym (zakładając, że ustawa nie generuje dodatkowych obowiązków mających obciążać odwołujących się do KIO wykonawców) rodzą się pytania:</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) Kto może formułować „uzasadnione wątpliwości”? (2) W jakiej formie należy je wносить? (3) W jakim terminie?
	Art. 10	SPZP	Zwracamy uwagę potencjalny problem praktyczny w egzekwowaniu tej regulacji z uwagi na brak też jakiegokolwiek sankcji w ustawie.
	Art. 11 ust. 1 pkt 2	SPZP	<p>W zakresie zagadnienia regulowanego przez ten przepis zwrócić należy uwagę, że opiniowana ustawa nie precyzuje istotnych zagadnień, takich jak:</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) w jaki sposób następuje stwierdzenie przez podmiot certyfikujący, że wykonawca, któremu udzielono certyfikacji niepodlegania wykluczeniu lub certyfikacji zdolności wykonawcy, przestał spełniać warunki jej udzielenia? (2) w jaki sposób podmiot certyfikujący oznajmia wykonawcy, któremu udzielono certyfikacji, że w jego ocenie, przestał spełniać warunki udzielenia certyfikacji? (3) czy w takiej sytuacji wykonawcy przysługuje ścieżka odwoławcza?
	Art. 12 ust.1	SPZP	Ustawa w odniesieniu do czynności sprawdzenia aktualności certyfikatu w żaden sposób nie nawiązuje do okresów aktualności podmiotowych środków dowodowych określonych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 – „Rozp. w spr. podmiotowych środków dowodowych”). Nie wiadomo zatem, czy podmiot certyfikujący będzie sprawdzać aktualność certyfikatu w tych analogicznych terminach, w których tracić będą walor aktualności dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu określone w Rozp. w spr. podmiotowych środków dowodowych.

			<p>Z aksjologicznego punktu widzenia weryfikacja aktualności certyfikatu powinna odbywać się w zakresie poszczególnych podstaw wykluczenia oraz warunków udziału w postępowaniu w analogicznych samych okresach, jak okresy aktualności poszczególnych dokumentów określone w Rozp. w spr. podmiotowych środków dowodowych. W przeciwnym wypadku wykonawca uzyskujący certyfikat będzie znajdował się w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do wykonawcy nieposiadającego certyfikatu. Być może terminy te określać będzie program certyfikacji, o którym mowa w art. 21 ust. 1, ale delegacja do jego wydania nie wskazuje na to. Ponadto postawić należy następujące pytania?</p> <p>(1) Jeśli chodzi o art. 12 ust. 1 pkt 1 – czy terminy te będą indywidualnie ustalane w umowie?</p> <p>(2) Czy badanie aktualności może się odbyć na wniosek innego wykonawcy/podmiotu?</p>
	Art. 13 ust. 1	SPZP	<p>Przepis przewiduje, że podmiot certyfikujący zawiesza certyfikat odpowiednio w całości lub części i wzywa wykonawcę do jego aktualizacji jedynie w przypadku gdy: (1) stwierdzi, że wykonawca, któremu udzielono certyfikacji przestał spełniać warunki jej udzielenia w całości lub w części lub (2) w postępowaniu odwoławczym lub w postępowaniu skargowym, o których mowa w Prawie zamówień publicznych, stwierdzono, że informacje zawarte w certyfikacie nie są prawdziwe.</p> <p>Przesłanki zawieszenia są zbyt wąskie, gdyż stwierdzenie, że informacje zawarte w certyfikacie nie są prawdziwe może nastąpić nie tylko w postępowaniu skargowym lub odwoławczym, ale także w każdym postępowaniu sądowym, w tym w szczególności postępowaniu karnym.</p>
	Art. 13 ust. 1 pkt 2	SPZP	<p>Przesłanka zawieszenia certyfikatu odnosząca się do stwierdzenia w postępowaniu odwoławczym lub w postępowaniu skargowym, że informacje zawarte w certyfikacie nie są prawdziwe nie jest skorelowana z zakresem wyrokowania KIO i Sądu Zamówień Publicznych. Oba te organy rozpoznają odwołania na czynności i zaniechania zamawiających w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub w konkursie, a zatem zakres wyrokowania odnosi się do tych czynności, a nie prawdziwości lub braku prawdziwości certyfikatu.</p> <p>Jaki skutek wywoła wniesienie skargi do SO od wyroku KIO „stwierdzającego, że informacje zawarte w certyfikacie nie są prawdziwe”?</p>
	Art. 14 ust. 1	SPZP	<p>Przepis wątpliwy w kontekście jego praktycznego zastosowania. Zakładać należy, że Autorom chodziło o przypadki związane z potwierdzeniem poziomu zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia (w przypadku pozostałych warunków nie ma to sensu – zasadą jest dopuszczalność łączenia potencjałów, z kolei przesłanki wykluczenia każdorazowo bada się indywidualnie). Biorąc pod uwagę, że wykonawca, który był stroną danej umowy (i bezpośrednio uczestniczył w jej realizacji – spełniając tym samym wymóg z par. 9 ust. 3 pkt 1 „rozporządzenia dokumentowego”) najpewniej w pierwszej kolejności samodzielnie wystąpi o certyfikat, mechanizm wspólnego ubiegania się o certyfikat zdaje się być zarezerwowany jedynie dla przypadków, w których organ certyfikujący uzna, że zakres prac wykonanych przez tego konsorcjanta nie upoważnia go do przypisania sobie doświadczenia.</p>

	Art. 16	SPZP	W opinii SPZP zasadne jest rozstrzygnięcie co się dzieje z wydanymi certyfikatami, gdy wydająca je jednostka utraci akredytację.
	Art. 18	SPZP	Przewidziana w tym przepisie wielość podmiotów certyfikujących generuje ryzyko rozbieżności w ocenie podobnych lub identycznych przypadków. Za wyjątkowo istotne uznać należy zatem opracowanie szczegółowych wytycznych dla organów certyfikujących.
	Art. 19	SPZP	Niezbędne wydaje się precyzyjne określenie przebiegu procedury uzupełnienia/ wyjaśniania informacji/ dokumentów, ewentualnej możliwości żądania określonych dokumentów (niewymienionych w rozporządzeniu dokumentowym), skutków niewywiązania się przez wykonawcę z wezwania etc.
	Art. 21	SPZP	Przepis wskazuje, iż minister właściwy do spraw gospodarki ustala program oceny zgodności certyfikacji, nie wskazując rodzaju aktu prawnego, którym go określa. Jednocześnie art. 21 ust. 3 ustawy ma stanowić, że program oceny zgodności udostępnia się w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw gospodarki oraz stronie podmiotowej Polskiego Centrum Akredytacji, co rodzi wątpliwość, czy program oceny zgodności certyfikacji będzie określony w akcie prawnym podlegającym promulgacji (ponieważ, gdyby tak było to art. 21 ust. 3 jest zbędny). Jeżeli program oceny zgodności certyfikacji nie będzie aktem prawnym, to brak będzie podstawy prawnej do obowiązku jego stosowania przez podmioty certyfikujące. Jaki jest charakter terminu z ust. 1? Czy podlega on wydłużeniu, czy liczy się od nowa w przypadku przedłożenia nowych dokumentów?
	Art. 22 ust. 2	SPZP	Ustawa nie przewiduje formy w jakiej następuje odmowa udzielenia certyfikatu, nie wskazuje drogi odwoławczej w przypadku takiej odmowy.
	Art. 24 ust. 2	SPZP	Treść certyfikatu nie zawiera w sobie informacji pozwalających na ustalenie w oparciu o jakie okoliczności faktyczne podmiot certyfikujący uznał, że wykonawca spełnia poziomy zdolności. W związku z powyższym <i>de facto</i> niemożliwa staje się następcza kontrola prawdziwości danych służących do wydania certyfikatu przez KIO i sąd zamówień publicznych (np. nie wiadomo jakie doświadczenie wykonawcy posłużyło podmiotowi certyfikującemu do przyznania certyfikatu w zakresie zdolności wykonawcy, a związku z tym nie wiadomo jak miałyby się ziścić przesłanka z art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy – „w postępowaniu odwoławczym lub w postępowaniu skargowym, o których mowa w prawie zamówień publicznych, stwierdzono, że informacje zawarte w certyfikacie nie są prawdziwe”).
	Art. 25	SPZP	Sytuacja, w której nastąpi odmowa udzielenia certyfikatu jest bardzo niebezpieczna z perspektywy wykonawców. Oczywiście nie oznacza to, że wykonawca nie będzie mógł wykazywać w danym postępowaniu, że jednak warunek spełnia. Może to być jednak znacznie utrudnione. Jeśli bowiem np. organ certyfikujący stwierdzi, że nie wykazano braku podstaw do niepodlegania wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, to informacja taka (odmowa

			<p>wydania certyfikatu) może skutkować równie negatywną oceną zamawiającego i KIO (tworzy się bowiem coś na kształt przedsądu). To z kolei powoduje, że mimo wszystko bardzo ważne może się okazać uprawnienie do skutecznego zakwestionowania stanowiska organu certyfikującego. Wątpliwe jest czy ponowne rozpatrzenie sprawy będzie w tym zakresie wystarczające.</p> <p>Za niezbędne uznać należy jednoznaczne ustalenie czy (bazując na powyższym przykładzie) organ stwierdza brak wykazania, że wykonawca nie podlega wykluczeniu (gdyż np. nie przedstawiono dokumentów pozwalających na takie ustalenie), czy też stwierdza, że ziszczyła się przesłanka wykluczenia (a więc ocenia negatywnie sytuację podmiotową wykonawcy). Zdecydowanie należy opowiedzieć się za pierwszym rozwiązaniem.</p>
	Art. 26	SPZP	W przypadku ustandaryzowania opłat zbędne jest ich przywoływanie w umowie.
	Art. 27	SPZP	Czy dostęp do dokumentacji, na podstawie której dokonywano oceny na etapie certyfikacji jest jawny? Brak wiedzy na temat tego jakie dokumenty badał organ, rodzić będzie sporo problemów zamawiającym i KIO w przypadku gdy w danym postępowaniu wykonawca zechce kwestionować certyfikat.
	Art. 39 pkt 2	SPZP	Opiniujący nie znajdują uzasadnienia, aby zamawiający byli obowiązani (co do zasady) ustalać warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 122 ust. 2 pkt 4 Pzp (warunki dot. zdolności technicznej lub zawodowe) przy użyciu odpowiadających im poziomów zdolności określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 5 ust. 4 lub 5 ustawy o certyfikacji wykonawców zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw. Wyłączna kompetencja w tej sprawie powinna służyć zamawiającym. Z drugiej strony odstępstwa od tego obowiązku opisano niezwykle wąsko wskazując <i>de facto</i> jedną okoliczność, tj. jeśli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, w szczególności gdy przedmiotowi zamówienia nie odpowiada żaden z poziomów zdolności określonych na podstawie tej ustawy.
	Art. 39 pkt 7	SPZP	Niezbędne jest doprecyzowanie co do tego jakie skutki (wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych?) wywołują wątpliwości zamawiającego w zakresie certyfikatu.
	-	SPZP	Ustawa nie penalizuje podania nieprawdziwych informacji przez Wykonawcę w procesie certyfikacji, zaś zachowanie to nie jest penalizowane na podstawie art. 297 § 1 KK. Stosowanie tego przepisu do procesu certyfikacji wydaje się niemożliwe z uwagi na zakaz stosowania analogii w prawie karnym i zasadę <i>nullum crimen sine lege</i> .