

Warszawa, dnia 20 kwietnia 2022 r

**Sz. P. Mariusz Golecki**

Podsekretarz Stanu

Ministerstwo Rozwoju i Technologii

Plac Trzech Krzyży 3/5

00-507 Warszawa

**Dotyczy:** konsultacji Zielonej księgi certyfikacji wykonawców zamówień publicznych

Szanowny Panie Ministrze,

w imieniu Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych pragniemy w pierwszej kolejności podziękować za możliwość zajęcia stanowiska w tak ważnej sprawie, jaką jest procedura certyfikacji wykonawców. Przedstawiamy poniżej odpowiedzi na sformułowane pytania (w układzie odpowiadającym pytaniom zawartym w Zielonej księdze).

Jednocześnie wyrażamy gotowość do uczestnictwa przedstawicieli SPZP w ewentualnych przyszłych pracach podejmowanych w toku procedury legislacyjnej.

**I. Czy w pierwszej kolejności powinna wejść w życie certyfikacja warunków negatywnych, a w dalszej kolejności certyfikacja warunków pozytywnych?**

Na wstępie podkreślenia wymaga, że certyfikacja obu katalogów warunków (negatywnych, jak i pozytywnych) generuje liczne problemy i wątpliwości, które powinny zostać rozstrzygnięte zanim określone rozwiązania zostaną wdrożone w życie. Z drugiej jednak strony, biorąc pod uwagę skalę problemów, z którymi musi uporać się ustawodawca, warte rozważenia jest podjęcie działań pozwalających na etapowe wdrożenie planowanych mechanizmów. Etapowanie implementacji w zakresie założeń certyfikacyjnych (przy założeniu, że najpierw wdrażana jest certyfikacja mniej problematycznych warunków) może pozwolić również na uniknięcie powielenia określonych problemów w toku wdrażania rozwiązań certyfikacyjnych dotyczących warunków generujących większe wątpliwości (z dużym prawdopodobieństwem założyć można, że w ich przypadku wystąpią problemy dalej idące i bardziej skomplikowane, zatem etapowe uruchomienie certyfikacji powinno pozwolić uniknąć przynajmniej części z nich w późniejszych stadiach procesu implementacyjnego).

Abstrahując od wynikającego z przepisów Pzp podziału na warunki pozytywne i negatywne, istotne (w kontekście pytań o przebieg procesu implementacyjnego) wydaje się być dokonanie innego podziału, tj. na przesłanki oceniane zerojedynkowo (podlegające ocenie na zasadzie „spełnia/ nie spełnia”) oraz te, które wymagają przeprowadzenia skomplikowanej (mniej lub bardziej) procedury weryfikacyjnej. Podzielenie implementacji

certyfikacji na etapy mogłoby zostać przeprowadzone właśnie w oparciu o to kryterium – w pierwszej kolejności weszłaby w życie certyfikacja dotycząca warunków niewymagających podejmowania działań ocennych, te natomiast, które takich działań wymagają wdrożono by na kolejnym etapie.

Biorąc zatem pod uwagę, że podział wdrażania procedury certyfikacyjnej na etapy pozwoliłby:

- a) wdrożyć część mechanizmu certyfikacyjnego w stosunkowo nieodległej perspektywie czasowej (znacznie szybciej, niż w przypadku wdrażania certyfikacji kompleksowo), oraz
- b) możliwe byłoby dokonanie ewaluacji pierwszych doświadczeń związanych z certyfikacją w kontekście wdrażania rozwiązań w kolejnej fazie, idea etapowego wprowadzania certyfikacji wydaje się być rozwiązaniem uzasadnionym. Rozważenia wymaga natomiast w jaki sposób dokonany powinien zostać podział na poszczególne fazy wdrażania.

Warunki pozytywne co do zasady wymykają się ocenie zerojedynkowej, co jest konsekwencją swobody, jaką cieszą się zamawiający na etapie ich formowania. Oznacza to, że certyfikacja warunków pozytywnych jest niewątpliwie zadaniem bardziej skomplikowanym i w przypadku podjęcia decyzji o etapowym wdrażaniu reformy, warunki pozytywne znalazłyby się najpewniej w kolejnej fazie projektu. Do rozważenia pozostaje czy nie warto byłoby dokonać podziału również wewnątrz warunków pozytywnych, a więc „wyciągnąć przed nawias” te warunki pozytywne, które mogłyby zostać objęte certyfikacją w stosunkowo łatwy sposób. Dotyczy to np. warunków związanych z posiadaniem uprawnień (art. 112 ust. 2 pkt 2 Pzp) czy też związanych z sytuacją ekonomiczną lub finansową (art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp). Wymogi te mogłyby zostać ocenione w stosunkowo łatwy sposób, np. w odniesieniu do rocznych przychodów certyfikat mógłby wskazywać ich poziom osiągnięty w ostatnich latach przez wykonawcę. Podobnie np. w kwestii ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (certyfikat wskazywałby sumę ubezpieczenia) czy posiadania zdolności kredytowej lub środków finansowych (gdzie wskazywano by przekroczenie przez wykonawcę określonych progów). Na marginesie – certyfikacja wymogów finansowych wymaga zmian systemowych związanych z „ważnością” informacji w tym zakresie (autonomiczne wymagania narzuca w tym zakresie „rozporządzenie dokumentowe”).

Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przypadku warunków negatywnych. Większość z nich podlega ocenie zerojedynkowej, dotyczy to zarówno przesłanek obligatoryjnych (art. 108 ust. 1 pkt 1-4 i ust. 2 Pzp), jak i fakultatywnych (art. 109 ust. 1 pkt 1-4 Pzp). Spora jednak część przesłanek negatywnych wymaga wyjątkowo pogłębionej analizy. Szczególnie warto tu wskazać na przepisy dotyczące oceny historii kontraktowej wykonawcy i jej wpływu na przyszłe postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp). Regulacje te wywołują ogromne kontrowersje w praktyce, będąc przedmiotem licznych sporów przed Krajową Izbą Odwoławczą, można się zatem spodziewać, że w ich przypadku proces certyfikacyjny stanowić będzie wyjątkowe wyzwanie.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, zasadne wydaje się stwierdzenie, że w celu osiągnięcia powyżej wskazanych celów przyjęcie podziału na warunki negatywne

(wdrażane na pierwszym etapie) oraz pozytywne (wdrażane w dalszej kolejności) jest niezasadne. Zdecydowanie rozsądniejsze wydaje się być dokonanie podziału w oparciu o ocenę w zakresie łatwości dokonywania oceny. W takim przypadku w pierwszej kolejności certyfikowaniu podlegałyby okoliczności oceniane zerojedynkowo (niezależnie od tego czy zaliczane są one do przesłanek negatywnych czy pozytywnych), w kolejnej natomiast te wymagające skomplikowanej oceny.

W kontekście warunków negatywnych podkreślić należy dodatkowo, że nie wszystkie podlegać mogą procedurze certyfikacji. Szereg z okoliczności ocenianych w kontekście podstaw wykluczenia może się ziścić dopiero w odniesieniu do konkretnego postępowania (jak np. te wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 5-6 Pzp czy art. 109 ust. 1 pkt 6 czy pkt 8-10). Niezależnie zatem od wdrożenia procedury certyfikacyjnej, podlegać one będą każdorazowej ocenie zamawiającego.

## **II. Czy możliwa jest kategoryzacja usług, dostaw oraz robót budowlanych, a w konsekwencji objęcie ich certyfikacją warunków pozytywnych? W przypadku pozytywnej odpowiedzi prosimy o ewentualne wskazanie przykładowych kategorii (podkategorii) zamówień.**

Kategoryzacja warunków pozytywnych jest niewątpliwie zagadnieniem bardzo skomplikowanym (szczególnie w sferze realizacyjnej). W teorii jak najbardziej jest to możliwe, w praktyce będzie jednak trudne do wprowadzenia. Szczególnym problemem jest oczywiście stworzenie takiego katalogu warunków w zakresie usług, dostaw i robót budowlanych, który wyczerpywać będzie zakres powszechnie stosowanych warunków. Nie ulega wątpliwości, że utworzenie katalogu definitywnie wyczerpującego wszystkie możliwe warunki nie jest obiektywnie osiągalne (co wynika ze swobody, którą cieszą się zamawiający w zakresie kształtowania treści warunków pozytywnych). Możliwe jest natomiast stworzenie katalogu, który zawierał będzie szereg standardowo stawianych warunków w postępowaniach przetargowych w danej branży.

Nie należy przy tym zapominać, że nawet w przypadku stworzenia katalogu zawierającego szeroko określone kategorie warunków pozytywnych skorzystanie z procedury certyfikacyjnej nie będzie możliwe, jeśli zamawiający wprowadzą do ustandaryzowanych kategorii warunków jakiegokolwiek zmiany. Niezależnie zatem od stworzenia katalogu warunków niezbędne jest podjęcie działań edukacyjnych zmierzających do przekonania zamawiających publicznych do kształtowania warunków udziału w oparciu o utworzone kategorie podlegające ocenie w toku certyfikacji.

Jeśli chodzi o przykłady kategorii, można przedstawić to w oparciu o treść warunków stawianych przez dwóch największych polskich zamawiających infrastrukturalnych (PKP PLK oraz GDDKiA). W jednym z obecnie prowadzonych przez PKP PLK postępowań sformułowano następujący warunek udziału w zakresie doświadczenia wykonawcy:

W okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonawca wykonał:

Co najmniej 1 robotę budowlaną, wykonaną w ramach jednej umowy, na zakres której składają się Budowa lub Przebudowa nawierzchni torowej na linii kolejowej dwutorowej zelektryfikowanej lub elektryfikowanej w zakresie nawierzchni torowej, gdzie suma

długości Budowanych lub Przebudowywanych torów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosiła łącznie co najmniej 10 km, przy czym co najmniej 10 km robót wykonana była przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich.

Rozkładając ten warunek na elementy składowe otrzymujemy następujące szczegółowe wymagania:

1. Min. jedna robota budowlana (w ramach jednej umowy);
2. Robota/y miała się składać z budowy/ przebudowy nawierzchni torowej;
3. Nawierzchnia torowa dotyczyć musi linii kolejowej dwutorowej;
4. Linia musi być zelektryfikowana (lub elektryfikowana);
5. Suma torów szlakowych i torów głównych zasadniczych wynosi min. 10 km;
6. Min 10 km wykonane było przy prowadzonym po torach sąsiednich ruchu;
7. Doświadczenie zdobyte musi być w okresie ostatnich 5 lat.

Teoretycznie każdy z powyższych wymogów może podlegać ocenie w ramach certyfikacji. Mogłoby się to odbywać poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania o doświadczenie, którym w określonej perspektywie czasowej legitymuje się wykonawca. Np.:

1. Czy wykonawca wykonał budowę/ przebudowę nawierzchni torowej?
2. Ile km torów wykonał?
3. Ile km torów wykonał przy prowadzonym ruchu po torach sąsiednich?
4. Etc.

Problemem jest jednak to, że już choćby najmniejsza modyfikacja treści warunków przez zamawiającego spowoduje, że skorzystanie z certyfikatu nie będzie możliwe. Wystarczy np. że zamawiający (uwzględniając zakres zlecanego zamówienia) w taki sposób zdefiniuje pojęcie nawierzchni torowej, że zrezygnuje z wymagania w zakresie wykonania podsypki (tłuczni), która zgodnie z legalną definicją stanowi element nawierzchni torowej. Takich sytuacji nie da się wykluczyć. Co więcej, są one zupełnie uzasadnione, nie należy bowiem odbierać zamawiającym prawa do dostosowywania treści warunków do przedmiotu zlecanego zamówienia (co wynika z fundamentalnej na gruncie Pzp zasady proporcjonalności).

Nieco inaczej wygląda sytuacja w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez GDDKiA. Standardowy warunek odnoszący się do doświadczenia wykonawców w postępowaniach prowadzonych przez tego zamawiającego brzmi następująco:

Wykonawca w okresie ostatnich 7 lat wykonał:

- Jedno zadanie polegające na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min. GP dwujezdniowej o wartości co najmniej 200 mln PLN netto;
- budowę lub przebudowę obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I.

W tym przypadku sytuacja wydaje się być nieco mniej skomplikowana (z uwagi na ograniczenie liczby weryfikowanych w treści warunku parametrów). Możliwe zatem byłoby przeprowadzenie procedury certyfikacji poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania znacznie mniej skomplikowane niż w analogicznym przypadku postępowań prowadzonych przez PKP PLK, np.:

1. Czy wykonawca wykonał budowę/ przebudowę dróg lub ulic o klasie GP? Jaka była wartość umowy/ robót?
2. Czy wykonawca wykonał budowę/ przebudowę obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A?

Podsumowując – kategoryzacja usług, dostaw czy robót budowlanych jest zadaniem wyjątkowo wymagającym i trudno jest w tym zakresie oczekiwać znaczących sukcesów, aczkolwiek, przy założeniu przekonania zamawiających do korzystania z katalogu certyfikowanych warunków, trud związany z implementacją tego działania może przynieść wymierne korzyści.

### **III. Czy w zakresie certyfikacji warunków negatywnych należy pozostawić wykonawcom pełną swobodę w zakresie określania jej zakresu, czy też niektóre obszary powinny mieć charakter stały (np. obligatoryjne podstawy wykluczenia)?**

Biorąc pod uwagę, że certyfikacja ma być całkowicie dobrowolna, a przy tym płatna wydaje się, że należy wykonawcom pozostawić swobodę odnośnie badanego zakresu. Dobrowolność dotyczyć powinna w szczególności przesłanek ocennych (np. art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp).

### **IV. Czy wykonawcy powinni mieć możliwość wyboru fakultatywnych podstaw wykluczenia, których ma dotyczyć certyfikacja?**

Jak w odpowiedzi na pytanie powyżej.

### **V. Czy procedura tzw. self-cleaningu powinna zostać dopuszczona w ramach certyfikacji wykonawców? Czy wykonawcy powinni mieć możliwość występowania do jednostek certyfikujących o przeprowadzenie tej procedury poza procesem certyfikacji?**

Włączenie procedury tzw. self – cleaningu do procesu certyfikacji, zwłaszcza w pierwszym okresie wdrażania tej instytucji, nie jest - w naszej ocenie – dobrym rozwiązaniem.

Jak pokazuje praktyka, konieczność przeprowadzenia procedury self – cleaningu, m. in. z uwagi na zmiany w brzmieniu przepisów określających podstawy do wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które weszły w życie wraz z wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (np. zmiany wynikające z brzmienia art. 109 ust. 1 pkt 7 ww. ustawy), występuje w coraz większej liczbie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Różnorodność stanów faktycznych i środków naprawczych, jakie podejmują wykonawcy, powoduje, że ocena, czy w danym przypadku procedura tzw. self – cleaningu została przeprowadzona w sposób skuteczny jest niejednokrotnie bardzo skomplikowana i długotrwała. Włączenie jej do procesu certyfikacji, zwłaszcza w pierwszym etapie jej funkcjonowania, może więc wydłużyć procedurę, a w konsekwencji zniechęcić wykonawców do poddania się jej.

Należy jednak w tym miejscu zauważyć, że rozwiązaniem korzystnym dla rynku mogłoby być umożliwienie wykonawcom ustalenia w ramach procedury certyfikacji, czy w ich sytuacji w ogóle konieczne jest przeprowadzenie procedury tzw. self – cleaningu. Jak wskazano powyżej w przypadku niektórych warunków negatywnych ocena ich spełnienia nie jest zerojedynkowa, a sama wykładnia przepisów budzi w praktyce szereg kontrowersji. Jako przykład wskazać można tu ponownie przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Na gruncie tego przepisu dyskusyjne jest przykładowo to, czy każdy przypadek naliczenia wykonawcy kary umownej powinien być przez wykonawcę sygnalizowany zamawiającemu w oświadczeniu JEDZ (oświadczeniu z art. 125 ust. 1 Pzp) tak, by to zamawiający mógł ocenić, czy w danym przypadku zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Brak zasygnalizowania przez wykonawcę naliczenia kary umownej, w sytuacji, gdy wykonawca odmiennie niż zamawiający daną karę uzna za bagatelną i nie objętą dyspozycją wskazanego przepisu art. 109 Pzp, może mieć daleko idące konsekwencje. W szczególności wykonawca musi liczyć się z możliwością wykluczenia go z postępowania na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp (i koniecznością wdrożenia procedury self – cleaning w celu ubiegania się o kolejne zamówienia) i brakiem możliwości przeprowadzenia procedury self – cleaning w tym postępowaniu. Informacja ze strony jednostki certyfikującej co do tego, czy wykonawca podlega wykluczeniu w danej sytuacji mogłaby więc być wskazówką co do tego, jak sporządzić oświadczenie JEDZ i czy w ogóle wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia self – cleaningu.

Odpowiadając natomiast na drugie pytanie wskazujemy, że możliwość występowania do jednostek certyfikujących o przeprowadzenie procedury self – cleaning poza procesem certyfikacji ze względów opisanych powyżej również powinna być wyłączona.

## **VI. Jakie podmioty powinny pełnić rolę jednostek certyfikujących (np. podmioty prywatne lub publiczne, system mieszany) i w jakim zakresie?**

Zagwarantowanie obiektywizmu jednostki certyfikacyjnej i jednocześnie zapewnienie, by jednostka ta miała odpowiednie kompetencje do dokonania oceny spełnienia warunków pozytywnych i negatywnych wydaje się być najistotniejszym dla tego, by wdrażany system certyfikacji zadziałał prawidłowo, tj. by wykonawcy, w jak najszerszym zakresie chcieli z tego rozwiązania korzystać, a zamawiający mogli w pełni zawierzyć jednostce certyfikującej.

W tej sytuacji wytypowanie podmiotów, które miałyby pełnić rolę jednostek certyfikujących, może stać się jedną z najistotniejszych decyzji ustawodawcy. Decyzja ta nie jest łatwa i wydaje się, że rozwiązaniem najlepszym byłoby wprowadzenie systemu mieszanego, tj. systemu, w którym rolę podmiotów certyfikujących pełnią i podmioty publiczne i podmioty prywatne, oczywiście z zastrzeżeniem, że te ostatnie winny być podmiotami, których funkcjonowanie będzie podlegało cyklicznemu audytowi i certyfikacji.

Przy wprowadzeniu systemu mieszanego pojawiają się przy tym co najmniej dwa rozwiązania. Pierwsze, polega na pozostawieniu wykonawcom decyzji, czy proces certyfikacji będzie prowadzony (w pełnym zakresie) przed podmiotem publicznym lub podmiotem prywatnym. Drugie, polegające na przyjęciu rozwiązania, w którym publiczne podmioty certyfikujące będą miały kompetencje do prowadzenia certyfikacji w z góry określonym zakresie, tj. w zakresie, w jakim uprawnień tych nie będą miały prywatne podmioty certyfikujące i odwrotnie.

Analizując ten problem wskazać należy, że przyjęcie pierwszego z rozwiązań może w praktyce doprowadzić do takiej sytuacji, w której jedne certyfikaty (w szczególności te wydawane przez publiczne podmioty certyfikujące) mogą być traktowane w procesie udzielania zamówienia publicznego jako „lepsze”, „pewniejsze”, co nie byłoby rozwiązaniem korzystnym dla systemu certyfikacji.

W tej sytuacji, nawiązując do wcześniejszego stanowiska, dobrym rozwiązaniem mogłoby się okazać rozdzielenie kompetencji podmiotów certyfikujących, np. poprzez przyjęcie, że ocena warunków (negatywnych, ale i pozytywnych, np. w zakresie posiadania odpowiednich uprawnień do realizacji zamówienia), która ma charakter zerojedynkowy pozostawiona zostałaby publicznym podmiotom certyfikującym.

Natomiast certyfikacja, zwłaszcza w zakresie warunków pozytywnych, w przypadku których konieczne jest posiadanie pewnej wiedzy specjalistycznej i praktycznej z danej dziedziny (np. w zakresie omówionych powyżej warunków udziału w postępowaniu ustalanych w postępowaniach mających za przedmiot wysoko specjalistyczne roboty budowlane), pozostawiona została wyspecjalizowanym podmiotom prywatnym.

Nawiązując do odpowiedzi na pierwsze z pytań, rozwiązanie to miałoby i tą wartość dodaną, że dałoby prywatnym podmiotom certyfikującym dodatkowy czas na przejście własnego procesu audytu i certyfikacji, jeśli rzeczywiście certyfikacja w zakresie warunków, które nie mają charakteru zerojedynkowego, byłaby wdrażana w dalszej kolejności.

Zaznaczyć przy tym należy, że wśród wielu praktyków pojawia się jednak i taki głos by proces certyfikacji pozostawić wyłącznie w gestii podmiotów publicznych, których obiektywizm i całkowita niezależność od wykonawców nie będzie budziła żadnych wątpliwości.

## **VII. Jak powinna wyglądać procedura „odwoławcza” w procesie certyfikacji i czy powinni być do niej dopuszczeni inni wykonawcy?**

Wprowadzenie elementów procedury „odwoławczej” wydaje się być rozwiązaniem koniecznym i zarazem pożądanym przez rynek.

Zdania co do kształtu procedury „odwoławczej” są, także wśród członków naszego Stowarzyszenia, mocno podzielone.

Z przebiegu dyskusji, jak miała miejsce w zakresie tego pytania, można wyprowadzić następujące wnioski.

Po pierwsze, odróżnić należałoby sytuację, w której wykonawca ubiegający się o udzielenie certyfikatu, dokumentu tego nie uzyskał. W tym przypadku rozsądnym rozwiązaniem mogłoby się okazać umożliwienie wykonawcy złożenie wniosku o swoiste ponowne rozpoznanie sprawy, przy czym wykonawca byłby uprawniony do przedstawienia nowych dowodów, argumentów, wniosków w takim ponownym postępowaniu. Organem uprawnionym do ponownego rozpoznania wniosku, zdaniem większości naszych członków, powinien być organ wydający certyfikat, względnie organ wyższego stopnia względem niego. Również zdania co do dopuszczalności udziału w takim postępowaniu „odwoławczym” innych wykonawców są podzielone, jednak dominuje pogląd co do wyłączenia takiej możliwości (m. in. z uwagi na trudności w powzięciu przez tych wykonawców informacji o tym, że procedura pozostaje w toku).

Po drugie, dopuścić należałoby również możliwość kwestionowania wydanego certyfikatu (zasadności jego wydania), z tym wszakże zastrzeżeniem, że w tym przypadku większość członków opowiada się za tym, by organem właściwym do rozstrzygania tej kwestii pozostawała Krajowa Izba Odwoławcza, a udział w postępowaniu mieli zagwarantowany wszyscy zainteresowani wykonawcy.

#### **VIII. Jaki podmiot (organ) powinien być właściwy do prowadzenia postępowania „odwoławczego” (np. w zakresie nieudzielenia certyfikatu) w procesie certyfikacji?**

Jak w odpowiedzi na pytanie powyżej.

#### **IX. Czy inni wykonawcy powinni być uprawnieni do kwestionowania informacji wynikających z certyfikatu? Jeżeli tak, to w jaki sposób?**

Procedura certyfikacyjna nie powinna eliminować możliwości weryfikacji informacji zawartych w certyfikacie przez innych wykonawców, jednak taka weryfikacja powinna zasadniczo mieć miejsce w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, w którym zostałby złożony certyfikat. W takim przypadku inny wykonawca mógłby kwestionować certyfikat składając odwołanie na decyzję zamawiającego.

Uważamy, że dopuszczenie możliwości kwestionowania certyfikatu w drodze postępowania spornego z udziałem innych wykonawców przed instytucją certyfikującą mogłoby doprowadzić do dublowania procedur odwoławczych, a także premiować większych wykonawców, którzy byłiby w stanie aktywnie monitorować certyfikaty wydawane dla ich konkurentów.

Wydaje się nam jednak wskazane dopuszczenie możliwości wznowienia procedury certyfikacyjnej w przypadku skutecznego zakwestionowania prawdziwości informacji zawartych w certyfikacie w ramach konkretnego postępowania odwoławczego przez KIO. Rozwiązaniem mogłoby być wprowadzenie obowiązku przesyłania przez KIO do instytucji certyfikującej odpisu wyroku, w ramach którego został podważony certyfikat. W takim przypadku byłoby wszczynane obligatoryjne postępowanie weryfikacyjne, którego koszty pokrywałby zainteresowany wykonawca.



Postępowanie mogłoby także być wznawiane w razie pojawienia się nowych okoliczności w okresie ważności certyfikatu, które nie były objęte procedurą certyfikacyjną, a o których dowiedziały się instytucja certyfikująca z urzędu lub wskutek zawiadomienia innego wykonawcy.

Udział innych wykonawców w ramach postępowania certyfikującego sprowadzałby się zatem do zawiadamiania jednostki certyfikującej o nowych okolicznościach, natomiast weryfikacja takich okoliczności powinna być domeną samej jednostki, która mogłaby autonomicznie decydować o wznowieniu postępowania i ewentualnej zmianie decyzji o wydaniu certyfikatu.

**X. Jaki powinien być stopień związania zamawiających ustaloną klasyfikacją kategorii (podkategorii) zamówień i przypisanymi do nich wymaganiami wobec wykonawców, przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu?**

Uważamy, że tylko posłużenie się precyzyjnie odzwierciedloną treścią kategorii badanej w toku certyfikacji powinno zwalniać zamawiającego z badania spełnienia warunków udziału. Tym samym, jeśli zamawiający zdecydował się na sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w inny sposób, niż warunek objęty certyfikacją, wykonawcy nie mogliby posługiwać się certyfikatami.

Z drugiej strony warto zauważyć, że w interesie zamawiających powinno być dopuszczenie w jak najszerszym stopniu posługiwania się certyfikatami, a zatem także i standardowymi warunkami, dla których wydawane są certyfikaty. Można wręcz uznać, że po rozpowszechnieniu się certyfikacji i stosowania "certyfikowanych" warunków udziału, stosowanie warunków innych niż standardowe powinno wynikać z indywidualnych potrzeb zamawiających i realizowanego projektu i powinno być każdorazowo uzasadnione. Certyfikacja może zatem doprowadzić do ustalenia swoistego standardu w zakresie powtarzalnych zamówień i wypracowania testu na proporcjonalność warunków udziału w postępowaniu.

**XI. Jaki powinien być okres ważności certyfikatu?**

Uważamy, że certyfikat powinien być ważny co najmniej 12 miesięcy. Okres obowiązywania ma znaczenie ze względu na koszty związane z uzyskaniem certyfikatu – takie koszty powinny być amortyzowane czasem jego obowiązywania. Okres ten nie powinien być nadmiernie długi z uwagi na to, że stan spełniania warunków jego uzyskania może się zmieniać w czasie. Nie może być także zbyt krótki – okres 6 miesięcy mógłby być w wielu branżach zbyt krótki i nie uzasadniałby kosztów certyfikatu.

Można rozważyć wydłużenie ważności certyfikatu w odniesieniu do warunków pozytywnych np. do 24 lub nawet 36 miesięcy.

## **XII. Jaka powinna być sankcja za brak realizacji przez wykonawcę obowiązku poinformowania jednostki certyfikującej o nieaktualności informacji wynikających z certyfikatu?**

Wykonawca, który zaniechał uaktualnienia informacji zawartych w certyfikacie, a tym samym doprowadził do sytuacji, że zamawiający oparł się na certyfikacie niezgodnym ze stanem faktycznym, powinien podlegać sankcjom wykraczającym poza samo odrzucenie jego oferty.

Odrzucenie oferty takiego wykonawcy nie wymaga zmiany w przepisach Pzp, gdyż brak informacji o nieaktualności informacji zawartych w złożonym certyfikacie byłby równoznaczny z wprowadzeniem zamawiającego w błąd.

Taki wykonawca powinien być pozbawiony na pewien czas możliwości ubiegania się o ponowne wystawienie certyfikatu, a wszystkie wystawione dla niego certyfikaty powinny ulegać unieważnieniu.

Można także rozważyć dalej idące sankcje dla wykonawców, np. poprzez czasowy zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne, jednak to wymagałoby zmiany przepisów Pzp.

## **XIII. Jak powinny wyglądać opłaty ponoszone przez wykonawców w ramach mechanizmu certyfikacji?**

Opinie wśród członków stowarzyszenia są rozbieżne – od stanowiska o bezpłatności certyfikatów (tak, aby nie stanowiły one bariery w ubieganiu się o zamówienia) po stanowiska o konkretnej wysokości opłat, najczęściej w wysokości od 300 do 2000 zł.

Nie ulega wątpliwości natomiast, że opłaty takie powinny być ustandaryzowane i raczej na niskim poziomie. Zbyt wysokie opłaty spowodują, że wykonawcy będą woleli każdorazowo zbierać dokumenty potwierdzające spełnienie warunków na potrzeby każdego postępowania. Opłaty powinny być zatem niskie (lub wręcz takich opłat być nie powinno) co najmniej w początkowym okresie funkcjonowania certyfikatów, tak, aby zachęcić wykonawców do ich uzyskiwania. Tylko przy odpowiedniej skali praktyki wydawania certyfikatów i ich stosowania w postępowaniach uda się uzyskać pozytywne efekty związane z certyfikacją – skrócenie postępowań, eliminacja kosztów wykonawców, standaryzacja warunków udziału w postępowaniach.

W imieniu Zarządu Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych:



Aldona Kowalczyk  
Prezes Zarządu



Jan Roliński  
Członek Zarządu