

Warszawa, 30 września 2020 r.

Sz. P. Hubert Nowak
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych


ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Szanowny Panie Prezesie,

w odpowiedzi na pismo nr UZP.DP.WL.0210.18.2020.ND, KW-4644/20 z dnia 10 września 2020 r. przekazujemy w załączeniu uwagi Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych („Stowarzyszenie”) do projektu rozporządzenia w sprawie rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w wersji z dnia 9 września 2020 r.

Z poważaniem

w imieniu Zarządu Stowarzyszenia:



Aldona Kowalczyk
Prezes Zarządu



Jan Roliński
członek Zarządu

Uwagi do projektu z dnia 9 września 2020 r. rozporządzenia Ministra Rozwoju
w sprawie rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy

Przepis	Omówienie przepisu brzmienie przepisu lub jego fragmentu	Uwagi	Propozycja zmiany
<p>§ 2 pkt 1 lit. a</p> <p>§ 3 ust. 1 pkt 1</p>	<p>Obowiązek złożenia zaświadczenia o niekaralności urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta wykonawcy wydanego przez rejestr właściwy dla siedziby wykonawcy (a nie miejsca według miejsca zamieszkania danej osoby)</p> <p>W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwanego dalej „postępowaniem”, zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:</p> <p>1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:</p> <p>a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”</p> <p style="text-align: center;">(...)</p> <p>Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast:</p> <p>1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 pkt 1 – składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, w</p>	<p>1. Zgodnie z Uzasadnieniem „oznacza to, że w odniesieniu do takiej osoby przepisy projektowanego rozporządzenia przewidują, na zasadach ogólnych, składanie informacji z KRK. W związku z tym należy wyjaśnić, że w przypadku osób, które posiadają obywatelstwo państwa członkowskiego UE inne niż obywatelstwo polskie, Krajowy Rejestr Karny, wydając informację o niekaralności takiej osoby, dodatkowo ma obowiązek wysłać zapytanie o taką osobę również do państwa obywatelstwa i załączyć do informacji z KRK informację z rejestru państwa obywatelstwa osoby, której dotyczy wnioszek” (str. 9)</p> <p>Jednakże w takim przypadku proces uzyskiwania zaświadczeń dla osób mieszkających za granicą może ulec znacznemu wydłużeniu (konieczność zasięgania informacji przez KRK u państw trzecich). Dodatkowo, rozwiązanie, w którym do zaświadczenia z KRK dołączone zostaną dodatkowe informacje może powodować komplikacje, gdyż praktyka potwierdza, że wówczas przedstawiane są również wzmianki np. o zatartych skazaniach lub wykonanych wyrokach, co może powodować dodatkowe komplikacje.</p> <p>2. W przypadku wykonawców zagranicznych również może to oznaczać istotne komplikacje, bowiem w niektórych państwach uzyskanie zaświadczenia przez osobę niebędącą obywatelem tego państwa może okazać się utrudnione bądź niemożliwe.</p> <p>W takim przypadku konieczne będzie złożenie przez tę osobę oświadczenia przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę wykonawcy (a nie miejsce zamieszkania danej osoby).</p> <p>W praktyce współczesnego obrotu gospodarczego może to znacznie utrudnić udział wykonawcom, w których organach zasiadają osoby stale</p>	<p>Zastosowanie dotychczasowego mechanizmu (dokument przez organ według miejsca zamieszkania) lub wprowadzenie takiego rozwiązania jako równoważnego</p>

	zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy	zamieszkałe w innych państwach, niż państwo siedziby wykonawcy – co jest sytuacją dość powszechnie spotykaną.	
§ 3 ust. 3	<p>Składanie „uzupełniających” oświadczeń złożonych przed notariuszem w przypadku, gdy dokumenty dotyczące zagranicznego wykonawcy nie potwierdzają w pełni braku podstaw wykluczenia z postępowania</p> <p>Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy, zastępuje się je w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy. Przepis ust. 2 stosuje się.</p>	<p>Upoważnienie do zastępowania dokumentów urzędowych oświadczeniem przed notariuszem w sytuacji, gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków wymienionych w ustawie nPZP, będzie tworzyło komplikacje po stronie wykonawców, zmuszając do szczegółowej analizy pokrywania się zakresu dokumentów zagranicznych z wymogami polskiej ustawy.</p> <p>Przy literalnej wykładni tego przepisu zagraniczni wykonawcy zawsze będą musieli uzupełniać przedstawiane dokumenty oświadczeniem własnym, gdyż z oczywistych względów dokumenty zagraniczne nie będą potwierdzać zakresów odnoszących się do polskich ustaw.</p> <p>W konsekwencji korzystniejsze wydaje się dotychczasowe rozwiązanie, również przyjęte w Projekcie (§ 3 ust. 1), zgodnie z którym wykonawca składa dokument wydany przez odpowiedni rejestr / organ lub inny równoważny dokument, bez jednoczesnego wskazywania na obowiązek uzupełniania tychże przez dodatkowe oświadczenie wykonawcy.</p> <p>Wówczas rozbieżności wynikające z odmienności systemów prawnych nie będą każdorazowo wymuszać konieczności składania „nadmiarowych” oświadczeń przed notariuszem.</p>	Do usunięcia zwrot „lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy, zastępuje się je w całości lub w części”
§ 8 ust. 1 pkt 3	<p>Wydłużenie ważności informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej o wysokości posiadanych środków z 1 miesiąca do 3 miesięcy</p> <p>W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych: (...) 3) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub</p>	Wydaje się, że z uwagi na obecną sytuację gospodarczą i jej dynamikę, okres 3-miesięcznej ważności takiego dokumentu jest zbyt długi, co może prowadzić do posługiwania się nieaktualnymi dokumentami przez wykonawców	Pozostawienie regulacji w brzmieniu dotychczasowym

	<p>zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem</p>		
<p>§ 9 ust. 1 pkt 1 i 2</p>	<p>Zamawiający może żądać wykazu wykonanych przez wykonawcę robót budowlanych, dostaw lub usług porównywalnych z robotami budowlanymi / dostawami / usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia.</p> <p>W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:</p> <p>1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, porównywalnych z robotami budowlanymi stanowiącymi przedmiot zamówienia, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (...);</p> <p>2) wykazu głównych dostaw lub usług lub, jeżeli jest to uzasadnione charakterem, znaczeniem, przeznaczeniem lub zakresem dostaw lub usług, wykazu dostaw lub usług porównywalnych z dostawami lub usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia, wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane (...)</p>	<p>Brzmienie przepisu wskazuje, że zamawiający może oczekiwać powołania się przez wykonawcę na realizację zamówień o „takim samym lub wyższym” stopniu skomplikowania.</p> <p>Potwierdza to Uzasadnienie Projektu, zgodnie z którym „<i>porównywalny nie oznacza taki sam lub identyczny, ale raczej, że stopień skomplikowania wykonanych robót budowlanych był pod względem technicznym lub organizacyjnym tak samo wysoki lub wyższy</i>” (str. 12).</p> <p>Tymczasem zarówno z art. 112 ust. 1 nPZP, jak i orzecznictwa, wynika, że wymogi w zakresie udziału w postępowaniu powinny być <i>proporcjonalne</i>, ale jednocześnie powszechnie akceptuje się dopuszczalność formułowania warunków <i>łagodniejszych</i>, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencyjności.</p> <p>W konsekwencji przepis ten może uniemożliwić zamawiającym wymaganie doświadczenia w realizacji mniej złożonych przedsięwzięć niż objęte przedmiotem udzielanego zamówienia, gdy jednocześnie jest to uzasadnione zasadą proporcjonalności, zaś wykonawca posiadający takie doświadczenie również daje rękojmię w wykonaniu zamówienia bardziej złożonego.</p> <p>W konsekwencji powyższego wymagania konkurencyjność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego może ulec istotnemu ograniczeniu. Szczególnie byłoby to widoczne w przypadku otwarcia określonego sektora, dotychczas zarezerwowanego dla monopolistów naturalnych, co w przypadku zdecydowania się na postępowanie konkurencyjne, może eliminować innych wykonawców, gdyż nie będą w stanie przedstawić „porównywalnych” doświadczeń z przyczyn oczywistych</p> <p>Poza tym wątpliwości mogą dotyczyć tego, czy projektowany przepis nie pozostaje w sprzeczności z przywołanym w art. 112 ust. 1 nPZP, zgodnie z którym „<i>zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób</i></p>	<p>Przyjęcie mechanizmu obecnie obowiązującego w § 2 ust. 4 pkt 1 i 2 RozpDok z 26.07.2016 r.</p>

		<p><i>proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”,</i> gdy tymczasem projektowany przepis Rozporządzenia zdaje się zmieniać tę normę, tj. wskazywać na konieczność powołania się na zamówienia „porównywalne”, jakkolwiek ustawa nPZP na to nie wskazuje.</p> <p>W naszej ocenie wystarczające jest, aby przepisy Rozporządzenia uprawniały zamawiającego do żądania wykazu o określonych cechach (rodzaj zrealizowanych zamówień, wartość, data, miejsce wykonania, wskazanie podmiotów, na rzecz których zamówienia zostały wykonane).</p>	
§ 9 ust. 3	<p>Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji zamówień w ramach konsorcjum, wówczas w wykazie należy wskazać roboty budowlane / dostawy / usługi faktycznie przez niego wykonane</p> <p>Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz:</p> <p>1) o którym mowa w ust. 1 pkt 1, dotyczy robót budowlanych faktycznie przez niego wykonanych;</p> <p>2) o którym mowa w ust. 1 pkt 2, dotyczy dostaw lub usług faktycznie przez niego wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych – również faktycznie przez niego wykonywanych.</p>	<p>Tak zredagowany wymóg – interpretowany ściśle – oznacza, że wykonawca może powołać się wyłącznie na zadania, które wykonał samodzielnie, gdy tymczasem z przywołany w Uzasadnieniu wyroku TSUE C-387/14 Esaprojekt nie daje podstaw do tak daleko idących wymagań. Wskazuje na to już zawarty w uzasadnieniu cytat ww. orzeczenia: „<i>wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji</i>” (a nie – jak przyjęto w projektowanym przepisie – „jeżeli faktycznie i konkretnie realizował zadania objęte danym zamówieniem”).</p> <p>Powyższe znajduje również odzwierciedlenie w większości orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych. Przykładowo Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 15.10.2019 r., XXIII Ga 157/19, trafnie wyjaśnił, że „<i>punkt 65 [ww. wyroku – przyp. własny] jest zwieńczeniem stanowiska TSUE, w którym wyraźnie uwypuklono konieczność posiadania przymiotu „faktycznego i konkretnego realizowania zamówienia”. Nawiązując jednak koniecznie do motywów 63 i 64 (nie można ich pominąć) w zw. z kluczowym 65, nie sposób było skutecznie wywieść stanowiska, iż warunek jest spełniony tylko wówczas gdy wykonawca wykona wszystkie bądź kluczowe elementy inwestycji. Ważne jest, aby wykonał co najmniej jedną część tego zamówienia.</i></p>	Usunięcie przepisu

		<p><i>Zgodzić się należy z tym stanowiskiem, doświadczenie bowiem zdobywa się nie tylko poprzez wykonywanie własnych działań ale także poprzez możliwość aktywnej współpracy z innymi podmiotami, wymienianie się doświadczeniami niezbędnymi do wykonania całej inwestycji oraz obserwowanie jak działają inni oraz czerpanie wiedzy i nabywanie nowych umiejętności dzięki tej współpracy”.</i></p> <p>Tymczasem omawiany wymóg nakazuje przyjąć odmienną perspektywę, tj. uwzględnić jedynie doświadczenie w zadaniach faktycznie zrealizowanych przez wykonawcę.</p> <p>W naszej ocenie (co potwierdza dotychczasowa praktyka) wystarczające jest, aby zamawiający wymagał stosownych wyjaśnień co do doświadczenia wykonawcy uzyskanego w ramach konsorcjum i na tej podstawie dokonywał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.</p> <p>Natomiast jeżeli natomiast założenie projektodawcy było odmienne, tj. wystarczające ma być wskazanie, że wykonawca faktycznie realizował wspólnie z innymi podmiotami całe zamówienie (bez analizy szczegółów tej współpracy), wówczas tak rozumiany przepis nie będzie stanowił remedium na wątpliwości co do rzeczywiście posiadanego doświadczenia.</p> <p>W konsekwencji powyższego wymagania konkurencyjność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego może ulec istotnemu ograniczeniu.</p>	
<p>§ 9 ust. 5 i ust. 6</p>	<p>Odesłanie do § 9 ust. 1 pkt 14 i 15</p> <p>5. Wykonawca może zamiast podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w ust. 1 pkt 14 i 15, złożyć równoważne podmiotowe środki dowodowe wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego.</p> <p>6. Wykonawca, który z przyczyn niezależnych od niego, nie ma dostępu do podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w ust. 1 pkt 14 i 15, lub nie ma możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, może złożyć inne podmiotowe środki dowodowe dotyczące</p>	<p>Błędne odesłanie (ust. 1 zawiera jedynie pkt 1 – 13)</p>	<p>Poprawienie odesłania (jak zakładamy – do ust. 1 pkt 12 i 13)</p>

	odpowiednio zapewnienia jakości lub środków zarządzania środowiskowego, o ile udowodni, że stosowane przez niego: 1) środki zapewnienia jakości są zgodne z wymaganymi normami zapewniania jakości lub 2) środki zarządzania środowiskowego są równoważne środkom wymaganym na mocy mającego zastosowanie systemu lub normy zarządzania środowiskowego.		
--	---	--	--

Niezależnie od powyższych wątpliwości zwracamy uwagę na celowość podjęcia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych inicjatywy związanej z przygotowaniem zestawienia dokumentów dotyczących wykonawców zagranicznych, które należy uważać za równoważne w stosunku do zaświadczeń wydawanych w Polsce, co stanowiłoby uzupełnienie rozwiązania, jakim jest eCertis, którego informacje – z różnych przyczyn – nie są uważane za w pełni kompletne i mające charakter przesądzający. Działanie takie znajduje oparcie już w obecnym zakresie kompetencji Prezesa UZP, jak i zakresie przewidzianym w art. 469 nPZP, i niewątpliwie w sposób znaczący ułatwiłoby zagranicznym wykonawcom udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.