

Warszawa, 15 kwietnia 2022 r.
KL/160/72/RL/2022

Pan
Mariusz Golecki
Podsekretarz Stanu
Ministerstwo Rozwoju i Technologii

Szanowny Panie Ministrze,

w nawiązaniu do pisma z dnia 15 marca br., znak: DDR-VI.0210.1.2022, przy którym przekazano dokument "Certyfikacja wykonawców zamówień publicznych - Zielona Księga" poniżej przekazuję uwagi Konfederacji Lewiatan.

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

Certyfikacja powinna obejmować jednocześnie warunki negatywne oraz pozytywne. System certyfikacji powinien być spójny i jednolity dla obu tych warunków udziału w postępowaniu. Po wprowadzeniu jedynie negatywnych warunków certyfikacji, na etapie opracowywania certyfikacji warunków pozytywnych może się okazać, że pewne aspekty zostały pominięte i należy je zweryfikować, co spowoduje nieład legislacyjny.

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.

Wprowadzenie jednolitej certyfikacji, która byłaby jednakowa w każdym postępowaniu nie byłoby wskazane, ponieważ na rynku zamówień publicznych zakres zamówień jest bardzo szeroki, i wiele podmiotów nie ma możliwości (lub założeń biznesowych) by brać udział w największych postępowaniach. Dlatego mniejsi „gracze” powinni przechodzić proces certyfikacji jedynie w ograniczonym zakresie. Nie jest możliwe wprowadzenie jednolitej certyfikacji dla wszystkich podmiotów i na wszystkie prowadzone na rynku postępowania.

Odnosząc się dodatkowo do warunków udziału w postępowaniu należy wskazać na konieczność zawarcia w certyfikacie informacji o zdolności danego wykonawcy do wykonywania zamówienia określonej wartości. Jeżeli wykonawca legitymuje się posiadaniem informacji o zdolności kredytowej, wówczas na

podstawie takiego zaświadczenia wykonawca może występować w wielu przetargach jednocześnie. Jeżeli certyfikacja zakładałaby, że wykonawca nie może występować w przetargu w sytuacji, gdy wykonuje zadanie lub składa ofertę jedynie w określonych granicach swojej zdolności kredytowej, wówczas sytuacja ta zostałaby znacząco ograniczona, co byłoby pozytywnym zjawiskiem. Pytanie, które należy sobie postawić, dotyczy oczywiście wykonawców, którzy nie posiadają certyfikatu, ponieważ wówczas występowałaby nierówność stron, i wykonawca niecertyfikowany mógłby nadal w nieograniczony sposób startować w wielu przetargach, nie będąc ograniczonym informacją o zdolności kredytowej.

Co więcej, należy podjąć decyzję, co do certyfikacji danego wykonawcy, który posługuje się zasobami drugiego podmiotu, a zatem czy w świetle art. 119 PZP [*Ocena udostępnianych zasobów oraz badanie podstaw wykluczenia wobec podmiotów udostępniających zasoby*] podmioty udostępniające zasoby również będą przechodziły podobny, jak wykonawcy, proces certyfikacji.

Proces certyfikacji należy wprowadzić z rozważą, w innym razie może doprowadzić do wzmocnienia pozycji dominującej silnych podmiotów i osłabienia lub wręcz eliminacji mniejszych firm.

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)?

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

Proces certyfikacji w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania powinien obejmować zarówno przesłanki obligatoryjne (z art. 108 Pzp), jak również warunki fakultatywne (z art. 109 Pzp). Należy jednak zwrócić uwagę, że niektóre z przesłanek zarówno obligatoryjnych i fakultatywnych nie mogą być zweryfikowane w procesie certyfikacji, bowiem odnoszą się także do danego, konkretnego postępowania. Przede wszystkim należy wskazać tzw. zmoję przetargową (art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp), udział w przygotowaniu postępowania (art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp) czy konflikt interesów (art. 109 ust. 1 pkt 6 Pzp). W danym postępowaniu stosowne oświadczenia dotyczące konkretnego postępowania będą konieczne.

Warunki udziału w postępowaniu w przypadku każdego przetargu mogą być inne. Wprowadzenie certyfikacji w tym zakresie należy zarekomendować, choć zapewne nie jest możliwe wprowadzenie takich samych zasad dla wszystkich zamówień. Na ten moment nie jest wiadomo, czy certyfikacja upowszechni się na rynku zamówieniowym, jednak, jeżeli tak się stanie, wówczas nastąpią duże zmiany na rynku przetargów. Założeniem jest, że certyfikacja nie będzie obowiązkowa, a wykonawcy będą mogli brać udział w przetargach na dotychczasowych zasadach. Zamawiający będą musieli zapewnić równość traktowania wykonawców certyfikowanych i niecertyfikowanych. Co więcej, w przypadku np. dużych postępowań gdzie zamawiający będzie wskazywał na dodatkowe wymagania, wykonawcy posiadający certyfikat, będą musieli uzupełnić ofertę o dodatkowe wymagania zamawiającego.

Certyfikacja powinna również uwzględniać art. 109 ust. 3 Pzp, który dotyczy sytuacji, w której naruszenie było tak małe, że wykluczenie byłoby „nieproporcjonalne”, w szczególności, gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy jest wystarczająca do wykonania zamówienia. W tym wypadku certyfikacja nie może być „zerojedynkowa”, ponieważ nawet, jeżeli wykonawca zalega z podatkami lub ogłosił upadłość, ale znajduje się jednak w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na wykonanie zamówienia, wówczas analiza powinna być dokonana w odniesieniu do konkretnych potrzeb związanych z danym postępowaniem.

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?

Procedura samooczyszczenia, którą wykonawcy mogą składać w odniesieniu do niektórych przesłanek wykluczenia jest dość trudna do wprowadzenia w praktyce. Oczywiście fakt, że to instytucja certyfikująca oceniałaby przesłanki czy zaszyły podstawy do samooczyszczenia czy nie, pozwalałaby zdjąć z Zamawiających ciężar oceniania całej dokumentacji przy okazji oceny ofert w obecnym stanie prawnym.

Problem, który pojawia się w sytuacji, w której instytucja certyfikująca uzna samooczyszczenie za niewystarczające i odmówi wystawienia certyfikatu. Wówczas prawdopodobnie dany wykonawca mógłby nadal składać w tradycyjny sposób dokumenty niezbędne do oceny warunków w postępowaniu, jednak należy podjąć decyzję, czy wówczas należy złożyć nie tylko dokumenty, ale również wyjaśnienia „self-cleaningu” każdemu zamawiającemu.

Na tym etapie nie jest jasne czy postępowanie o certyfikat będzie jawne na tyle, że Zamawiający będą mieli np. dostęp do odmownej decyzji organu certyfikującego albo w ogóle do informacji, czy dany wykonawca o taką certyfikację wystąpił.

Dodatkowo wątpliwości budzi fakt, jakie rozwiązanie należy podjąć, gdy wykonawca będący w trakcie niedokończonego procesu certyfikacji złoży ofertę, która zostanie odrzucona z uwagi np. na niespełnienie warunków pozytywnych lub negatywnych. Jeżeli po otwarciu ofert okaże się, że instytucja certyfikująca uznała, że warunki pozytywne i negatywne zostały spełnione, jakie rozwiązanie należy zastosować.

Podobnie, gdy nastąpi odwrotna sytuacja: certyfikat nie zostanie przyznany już po otwarciu ofert, natomiast Zamawiający uzna, że zaszyły wszystkie przesłanki pozytywne i negatywne do udziału w postępowaniu.

Należy podjąć decyzję czy w obu tych przypadkach wykonawca powinien stosować procedurę samooczyszczenia, czy zastosować inną procedurę. Jednak ocena prawidłowości takiego samooczyszczenia stanie się dla zamawiającego bardziej skomplikowana niż w przypadku wykonawcy, który o certyfikację w ogóle się nie ubiegał.

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

W przypadku niewielkich przetargów, rolę jednostek certyfikujących mogą pełnić podmioty publiczne. Natomiast dla dużych postępowań najodpowiedniejszy byłby system mieszany. W przypadku dużych zamówień, gdzie ocenie podlegają skomplikowane reguły dowodowe, instytucja certyfikująca powinna składać się nie tylko z podmiotu publicznego, ale również wykwalifikowanego podmiotu prywatnego.

Należy podkreślić, że dzięki procesowi certyfikacji prowadzonemu przez jednostki zewnętrzne Zamawiający oszczędzą wiele czasu i nakładów, ponieważ będą mogli polegać na odpowiednio przygotowanych do tego zadania jednostkach, które mają pracowników z odpowiednim zapleczem merytorycznym. Nie będą również odpowiadać za nieprawidłową ocenę w certyfikowanym zakresie.

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

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

Odwołanie powinno zostać złożone do innej, równoległej jednostki certyfikującej i powinni być do niej dopuszczeni inni wykonawcy. W ten sposób w procedurze odwoławczej zostanie zapewniony dopływ pełnej informacji na temat certyfikowanego podmiotu. Wykluczamy możliwość udziału KIO w procedurze odwoławczej procesu certyfikacji.

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

Inni wykonawcy powinni zostać dopuszczeni do kwestionowania informacji wskazanych w certyfikacie. W innym wypadku procedura certyfikacji będzie znacznie odbiegała od tej, którą będzie stosował Zamawiający dla podmiotów „niecertyfikowanych”, które złożyły ofertę (w takim postępowaniu inni wykonawcy mogą odwoływać się do KIO).

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?

Trudno określić stopień związania zamawiających ustaloną klasyfikacją kategorii (podkategorii) zamówień i przypisanymi do nich wymaganiami wobec wykonawców. Zwłaszcza, że to sam zamawiający decyduje o zastosowaniu określonych kryteriów oceny ofert kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na najkorzystniejszych warunkach. Niemniej jednak stopień związania zamawiających z ustaloną klasyfikacją nie powinien być kategoriyczny, a w pierwszej kolejności należałoby ustalić klasyfikację zamówień i to nie tylko w podziale na usługi, dostawy i roboty budowlane.

XI. Jaki powinien być okres ważności certyfikatu?

Okres certyfikatu powinien być dość długi, w naszej opinii nie krótszy niż 1 rok. Zakładamy, że proces certyfikacji będzie trwał dość długo, szczególnie na początkowym etapie obowiązywania ustawy. Ustawa powinna zawierać maksymalny termin, w którym certyfikat powinien zostać wystawiony, jednak zakładamy, że do tego okresu nie wliczałyby się okresy, kiedy wykonawca zostaje wezwany do uzupełnień. Finalnie, jeżeli proces certyfikacji trwałby założmy 6 miesięcy, a okres obowiązywania certyfikatu 1 rok, to niezwłocznie po otrzymaniu certyfikatu wykonawca musiałby występować o kolejny certyfikat, co nie byłoby wskazane.

Należy wziąć również pod uwagę okres ważności składanych w postępowaniach dokumentów podmiotowych, zakładamy, iż takie same dokumenty będą składać wykonawcy w procesie certyfikacji. 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 narzuca nam pewne ramy, które powinny być spójne z procesem certyfikacji i wydanym finalnie certyfikatem.

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

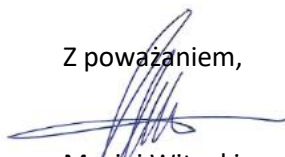
Wezwanie do złożenia wyjaśnień, a jeżeli wyjaśnienie nie byłoby satysfakcjonujące, wówczas utrata certyfikatu oraz być może brak możliwości certyfikacji w określonym okresie.

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

Opłaty nie powinny być wysokie, tak, by możliwość uzyskania certyfikatu mógł mieć zarówno duży jak i mały przedsiębiorca.

Certyfikaty mogą się różnić od siebie: inne certyfikaty mogą być wydawane do małych postępowań, a bardziej szczegółowe do dużych postępowań, wówczas opłata za certyfikat może różnić się w zależności od rodzaju dokumentu.

Z poważaniem,



Maciej Witucki
Prezydent Konfederacji Lewiatan