

Warszawa, 30 sierpnia 2023 r.  
KL/336/159/PP/2023

Pani  
**Kamila Król**  
Podsekretarz Stanu  
Ministerstwo Rozwoju i Technologii

*Szanowna Pani Minister,*

w nawiązaniu do pisma z dnia 28 lipca br. znak sprawy DDR-VI.0210.2.2023 kierującego do konsultacji projekt ustawy o certyfikacji wykonawców zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, przekazuję uwagi Konfederacji Lewiatan.

Z poważaniem



Maciej Witucki  
Prezydent Konfederacji Lewiatan

Załącznik:

Uwagi Konfederacji Lewiatan do projektu ustawy o certyfikacji wykonawców zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw.

**Uwagi Konfederacji Lewiatan do projektu ustawy o certyfikacji wykonawców zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw.**

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
	<b>Uwaga ogólna</b>	<b>Konfederacja Lewiatan</b>	<p>Rzeczywisty wpływ i ewentualne pozytywne skutki wprowadzenia systemu certyfikacji wykonawców w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu mogą wystąpić wyłącznie, gdy równolegle zostanie wprowadzona standaryzacja wymogów dotyczących warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do określonych kategorii zamówień. Projekt przewiduje w tym zakresie przyjęcie stosownych rozporządzeń wykonawczych (art. 5 ust. 4, art. 5 ust. 5 i art. 5 ust. 6).</p> <p>W przypadku robót budowlanych (art. 5 ust. 4) za właściwego wskazuje się (słusznie) ministra gospodarki, jednak powinien on przygotowywać takie standardy z ministrami właściwymi za dane obszary. W tym kontekście może chodzić w szczególności o ministra właściwego ds. środowiska (np. w zakresie instalacji do przetwarzania odpadów) a także ministra właściwego ds. energetycznych (np. w zakresie elektrowni, elektrociepłowni). Stąd propozycja, aby minister właściwy ds. gospodarki przygotowywał standardy w porozumieniu z właściwymi ministrami lub instytucjami (być może wymagałoby to również konsultacji z izbami branżowymi). <b>Wprowadzenie standaryzacji warunków jest w warunkach polskich kluczową zmianą i odejściem od obowiązującej dotychczas decentralizacji zamówień, w tym indywidualnego</b></p>

			określania wymagań zamówienia przez każdego zamawiającego. Wymaga zatem szerokich i długotrwałych konsultacji, które doprowadzą do wypracowania powszechnie akceptowalnych rozwiązań.
	art. 7 i art. 14	Konfederacja Lewiatan	<p>Projekt odpowiednio w art. 14 oraz art. 7 przewiduje, że certyfikat mogą uzyskać wykonawcy ubiegający się o niego wspólnie (konsorcjum) jak również, że jest to możliwe przy wykorzystaniu zasobów podmiotów trzecich.</p> <p>Rozwiązania te wymagają dodatkowej analizy z punktu widzenia przepisów Dyrektywy 2014/24/UE jak i z punktu widzenia przepisów o ochronie konkurencji.</p> <p>Jeśli chodzi o Dyrektywę 2014/24/UE, to w art. 64 mówi ona o konieczności dostosowania warunków uzyskania certyfikatów w przepisach krajowych do przepisów art. 63 <i>w odniesieniu do wniosków o dokonanie wpisu składanych przez wykonawców należących do grupy i powołujących się na zasoby udostępnione im przez inne podmioty należące do tej grupy</i><sup>1</sup>. Samo pojęcie <i>grupy</i> nie jest zdefiniowane w tym przepisie, ale pojawia się ono w kontekście <i>grupy wykonawców</i> wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 19 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE oraz w art. 63 ust. 1 <i>in fine</i>).</p> <p>Powstaje zatem wątpliwość, o jakiej <i>grupie</i> jest mowa w art. 64 Dyrektywy 2014/24/UE, w szczególności, czy chodzi o grupę wykonawców (konsorcjum), o grupę w sensie grupy kapitałowej, czy może o grupę w szerokim znaczeniu obejmującą również tzw. podmioty trzecie. Wydaje się, że wymaga to dodatkowych analiz, ponieważ przepisy Dyrektywy 2014/24/UE nie są w tym zakresie jednoznaczne.</p> <p>Trzeba również pamiętać, że wykonawcy, którzy na co dzień są konkurentami, mogą zawierać porozumienia (a zatem konsorcja) w danym zamówieniu wyłącznie, jeśli jest to usprawiedliwione jego konkretnymi okolicznościami (np. pojedynczo nie spełniają warunków udziału w postępowaniu). Co do</p>

<sup>1</sup> fr. *par des opérateurs économiques faisant partie d'un groupement et faisant valoir des moyens mis à leur disposition par les autres sociétés du groupement*  
ang. *by economic operators belonging to a group and claiming resources made available to them by the other companies in the group*

			<p>zasady bowiem, wszelkie porozumienia pomiędzy konkurentami są sprzeczne z art. 6 UOKiK i art. 101 Traktatu.</p> <p>O ile zostanie przyjęta możliwość uzyskania certyfikatu przez konsorcjum, to wydaje się właściwe wskazanie, że możliwość postępowania się (a zatem ubiegania się danego konsorcjum w konkretnym postępowaniu) powinna podlegać odrębnej ocenie dokonywanej przez zamawiającego pod kątem zgodności takiej formuły z przepisami o ochronie konkurencji.</p> <p>Ponadto, certyfikacja wykonawców występujących w konsorcjum lub korzystających z zasobów tzw. podmiotów trzecich rodzi dodatkowe pytania m.in. o to, czy:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) wykonawca, który certyfikuje się wspólnie z innym wykonawcą, może następnie ubiegać się o zamówienie objęte certyfikatem samodzielnie i czy oraz jaki ma to wpływ na certyfikat;</li> <li>(b) możliwe jest ubieganie się o certyfikat w różnych konfiguracjach, np. jako wykonawca z tzw. podmiotem trzecim w jednej jednostce certyfikującej, a w drugiej jako podmiot trzeci wspierający wykonawcę będącego w pierwszym przypadku tzw. podmiotem trzecim.</li> </ul> <p>Konieczna jest zatem szczegółowa analiza tych kwestii przed ostateczną decyzją co do kształtu przepisów w tym zakresie.</p>
	<b>art. 3 i art. 4</b>	<b>Konfederacja Lewiatan</b>	<p>Nie jest jasne, czy w ramach oceny braku podstaw wykluczenia jednostka certyfikująca bada sytuację wykonawcy uwzględniając zasadę proporcjonalności, jak to wynika z art. 109 ust. 3 PZP. Nie wynika to z treści projektu.</p> <p>Kwestia ta jest istotna, ponieważ ocena ta powinna mieć miejsce, a jak rozumiemy, nie dokonywałby jej zamawiający, któremu zostałby przedstawiony certyfikat.</p>

			<p>Z drugiej strony, ocena proporcjonalności jest indywidualna i zależy od danego zamówienia i oceny zamawiającego, wobec czego może to być trudne, jeśli takiej oceny miałyby dokonywać jednostka certyfikująca.</p> <p>W art. 3 projektu mowa jest o tym, że certyfikacja ma służyć ... <i>potwierdzeniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia</i>. Zapis tego rodzaju powinien się znaleźć w PZP w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu wykazywanych niezależnie od sposobu, a nie w <i>ustawie o certyfikacji</i>, która jest wyłącznie uzupełnieniem rozwiązań podstawowych przewidzianych w PZP.</p>
	<b>art. 25</b>	<b>Konfederacja Lewiatan</b>	<p>Projekt nie przewiduje możliwości odwoływania się do organu sądowego od „decyzji” jednostki certyfikującej dotyczącej wpisu/odmowy wpisu (przewidziano możliwość wnioskowania o ponowne rozpatrzenie sprawy – art. 25 projektu). Tym samym, jedyną drogą odwoławczą kwestionującą poprawność informacji zawartych w certyfikacie jest ta przewidziana obecnie PZP, tj. odwołanie do KIO w przypadku posłużenia się certyfikatem w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia.</p> <p>Oznacza to, że zamawiający wobec, którego wpłynęło odwołanie dotyczące uznania prawdziwości informacji zawartych w certyfikacie (braku podstaw wykluczenia/spełniania warunków udziału w postępowaniu), będzie występował „w obronie dokumentu”, który nie jest w jego gestii, a w przypadku uznania odwołania przez KIO, ponosił koszty takiego postępowania odwoławczego. Co prawda, przewiduje się możliwość zgłoszenia przez zamawiającego wykonawcy <i>uzasadnionych wątpliwości</i> dotyczących prawdziwości informacji wynikających z certyfikatu i dalej jednostce certyfikującej (art. 39 pkt 7 projektu wprowadzający art. 128a do PZP), ale nie wpływa to na ani na decyzje zamawiającego, ani na przebieg postępowania odwoławczego. Nie wydaje się, aby takie rozwiązanie było właściwe, ponieważ pozostawia poza odpowiedzialnością podmiot, który certyfikat wydaje.</p> <p>Do rozważenia jest wprowadzenie do przepisów mechanizmu obowiązkowego „przystąpienia” do postępowania dotyczącego certyfikatu jednostki certyfikującej wraz z przypisywaniem jej kosztów</p>

			<p>odwołania w przypadku, w którym jej „decyzja” okazałaby się błędna. Alternatywnie, można rozważyć wprowadzenie możliwości kwestionowania certyfikatów bezpośrednio w stosunku do jednostki certyfikującej poprzez odwołanie do KIO.</p> <p>Nie jest również jasna sytuacja dotycząca tego, czy pomimo uzyskania od wykonawcy certyfikatu, zamawiający może żądać innych podmiotowych środków dowodowych i samodzielnie zakwestionować informacje wskazane w certyfikacie. Wydaje się, że nie jest to możliwe, a jedynym uprawnieniem w zakresie podawania tych informacji w wątpliwość jest poinformowanie o nich jednostkę certyfikującą.</p>
	<b>art. 8 ust. 2</b>	<b>Konfederacja Lewiatan</b>	<p>W projekcie ustawy przewiduje się, że okres ważności certyfikatu to 3 lata. Pozostawiając rozważania dotyczącego tego, czy jest to adekwatny okres, trzeba zwrócić uwagę na następujące dwie kwestie.</p> <p>Po pierwsze, chodzi o ważność poszczególnych dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Otóż, obecnie jest to 3 lub 6 miesięcy, co ma zapewniać aktualność sytuacji danego wykonawcy. Jeśli certyfikat ma być wydawany na 3 lata, to albo certyfikowany wykonawca będzie miał obowiązek przedstawiania zaktualizowanych dokumentów jednostce certyfikującej w takich okresach albo ważność takich dokumentów powinna zostać odpowiednio wydłużona. Nie powinno być bowiem tak, że wykonawca, który się certyfikuje ma korzystniejsze rozwiązania w stosunku do wykonawcy, który nie korzysta z tego nowego systemu.</p> <p>Po drugie, w przypadku warunków udziału w postępowaniu, sytuacja wykonawców również jest badana w przewidzianych w przepisach okresach (5 lat w przypadku robót budowlanych, 3 lata dla dostaw i usług). Tym samym, dla ważności certyfikatu konieczne będzie jego aktualizowanie w taki sposób, aby zapewniał on odzwierciedlenie sytuacji wykonawcy dla każdego zamówienia, w którym wykonawca wystartuje.</p>

	<b>art. 1 ust. 2</b>	<b>Konfederacja Lewiatan</b>	Standaryzacja ma nie dotyczyć zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Wydaje się, że nie ma podstaw dla niewprowadzania tej instytucji również dla tych zamówień (a przynajmniej w zakresie wybranych (analogicznych jak ma to miejsce w przypadku zamówień klasycznych) przesłanek wykluczenia). Uzasadnienie projektu nie zawiera wyjaśnienia w tym zakresie.
	<b>art. 5 ust. 4 - 6</b>	<b>Konfederacja Lewiatan</b>	W art. 5 ust. 4 -6 wskazano organy właściwe do określania poziomów zdolności dotyczących danych kategorii zamówień. Właściwym wydaje się rozszerzenie zakresu organów zaangażowanych, np. o Ministerstwo Klimatu i Środowiska lub Ministerstwo Energii oraz o UZP.
	<b>art. 18</b>	<b>Konfederacja Lewiatan</b>	W art. 18 przewidziano, że wykonawca nie może złożyć wniosku o certyfikację w zakresie tego samego warunku udziału w postępowaniu do innej jednostki certyfikującej, chyba że procedura certyfikacji już się zakończyła. Zdaje się z tego wynikać, że po zakończeniu procesu certyfikacji i odmowie wydania certyfikatu w jednej jednostce, możliwe jest wystąpienie z identycznym wnioskiem do innej jednostki. Wydaje się, że takie rozwiązanie nie jest właściwe/zasadne.
	<b>art. 39 ust. 6</b>	<b>Konfederacja Lewiatan</b>	W art. 39 pkt 6 projektu (art. 128 PZP) przewidziano, że zamawiający zwraca się do wykonawców o wyjaśnienia, poprawienia, uzupełnienia m.in. certyfikatów. Wydaje się, że w tym zakresie takie wnioski zamawiający powinni kierować również lub do jednostki certyfikującej wydającej certyfikat, ponieważ to one mogą ewentualnie dokonywać stosownych działań w tym przypadku. Ma to szczególne znaczenie w kontekście <i>poprawienia</i> certyfikatu.