



L. Dz. IBK 58/31/08/2023

Warszawa, dnia 31 sierpnia 2023 r.

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

Dotyczy: konsultacje publiczne projektu ustawy o certyfikacji wykonawców zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (UC147).

Szanowna Pani Minister,

W imieniu Izby Branży Komunalnej, kontynuatorki misji działającego przez blisko dwie dekady, Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami, przekazuję niniejszym uwagi do projektu ustawy o certyfikacji wykonawców zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw.

Żywię głęboką nadzieję, że przedstawione w załączonej tabeli uwagi oparte w całości na własnych doświadczeniach Członków Izby działających jako Wykonawcy w ramach zamówień publicznych, pozwolą na wprowadzenie stosownych zmian legislacyjnych prowadzących do większej standaryzacji i polepszenia pozycji Wykonawców. Mając na uwadze, że proces certyfikacji jest istotną kwestią dla uczestników rynku zamówień publicznych, Izba Branży Komunalnej wyraża chęć udziału w kolejnych etapach konsultacji.

Z wyrazami szacunku,

**Sławomir Rudowicz
Przewodniczący Izby Branży Komunalnej**

Załącznik:

1. Uwagi Izby Branży Komunalnej do projektu ustawy o certyfikacji wykonawców zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (UC147).

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
1.	art. 7 ust. 2 i 3	Izba Branży Komunalnej	<p>Projektowany przepis stanowi, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres ważności certyfikatu wykonawcy zamówień publicznych lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca będzie miał możliwość dysponowania takimi zasobami tych podmiotów w okresie ważności certyfikatu. Jednocześnie do certyfikacji wykonawców stosuje się odpowiednio art. 118 ust. 2-4 oraz art. 119, art. 120 i art. 122 p.z.p.</p> <p>Z art. 118 p.z.p. wynika, że zamawiający jest zobowiązany do weryfikacji zdolności wykonawców do realizacji zamówienia również pod kątem tego czy:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. udostępnienie im zasobów ma charakter rzeczywisty oraz 2. będą dysponowali udostępnionymi zasobami przez cały czas wykonywania zamówienia (tak też m. in. wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari przy udziale Ruhwasser AG International Water Management). <p>Biorąc pod uwagę literalną treść art. 7 ust. 2 i 3 projektowanej ustawy, jeżeli okres realizacji umowy będzie dłuższy niż okres ważności certyfikatu, podmiot trzeci nie będzie mógł udostępnić swoich zasobów na czas realizacji zamówienia, a jedynie na okres ważności certyfikatu. Projektowany art. 7 ust. 2 należy więc:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. dostosować do regulacji wynikających z p.z.p., aby wyeliminować zachodzące między nimi sprzeczności albo 2. usunąć, ponieważ z samego art. 118 p.z.p. wynika konieczność udostępnienia wykonawcy zasobów na cały okres realizacji zamówienia.
2.	art. 9	Izba Branży Komunalnej	<p>Kwestionowanie certyfikatu może nastąpić „wyłącznie w przypadku uzasadnionych wątpliwości”. Jak można zakładać sformułowanie to ma w założeniu wyeliminować kwestionowanie certyfikatów z uwagi na wątpliwości nie</p>

		<p>mające żadnego oparcia w dowodach, z uwagi na jedynie przypuszczenia konkurencyjnych wykonawców/zamawiającego itp., jednak w kontekście przepisu art. 9 ust. 2 ustawy to sformułowanie wydaje się być zbędne i co istotniejsze może stanowić źródło potencjalnych wątpliwości interpretacyjnych.</p> <p>W kontekście zbędności powołanego sformułowania wskazać należy, że podmiotem, który może kwestionować certyfikat jest (1) zamawiający i (2) inny wykonawca – ten ostatni korzystając ze środków ochrony prawnej. Jeśli chodzi o zamawiającego sposób zainicjowania procedury kwestionowania certyfikatu opisuje art. 128a P.z.p. (przepis, który ma zostać dodany do ustawy P.z.p. analizowaną ustawą). Przepis art. 128a P.z.p. będzie stanowił o tym, że tylko w razie „uzasadnionych wątpliwości” zamawiający może wyjaśniać z wykonawcą posługującym się certyfikatem jego treść w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w razie nie usunięcia w tym trybie wątpliwości, zgłosić je do jednostki certyfikującej. Z punktu widzenia proponowanego art. 128a P.z.p. obecna treść art. 9 ust. 2 ustawy stanowi zbędne powtórzenie regulacji innego, projektowanego przepisu.</p> <p>Jeśli zaś chodzi o wykonawców to ci mogą zakwestionować certyfikat tylko w drodze korzystania ze środków ochrony prawnej, ocena czy zarzuty podnoszone przez nich są zasadne należeć będzie w ślad za tym odpowiednio do Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Zamówień Publicznych. Przepisy P.z.p. odnoszące się do postępowania odwoławczego i skargowego określają zasady rozkładu ciężaru dowodowego, możliwe środki dowodowe, zasady dokonywania ich oceny oraz dodatkowo stanowią, że odwołanie/skarga może zostać uwzględniona tylko w sytuacji, gdy naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. KIO i Sąd Zamówień Publicznych nie będą mogły pominąć treść certyfikatu, jeżeli wykonawca nie udźwignie ciężącego na nim ciężaru dowodowego (który de facto idzie dalej niż analizowany przepis bowiem nie tylko wymaga wykazania istnienia wątpliwości co do treści certyfikatu, ale niezgodności danych zawartych w certyfikacie ze stanem faktycznym) lub mimo wykazania niezgodności certyfikatu ze stanem rzeczywistym, nie będzie ona miała wpływu na wynik postępowania. Przepisy proceduralne zawarte w P.z.p. stanowią więc skuteczną i zarazem wystarczającą barierę chroniącą wykonawcę posiadającego certyfikat przed kwestionowaniem jego certyfikatu z powodów błahych, bez posiadania odpowiednich dowodów.</p> <p>Regulacja art. 9 ust. 2 ustawy jest więc w kontekście powyższego zbędna także z punktu widzenia kwestionowania certyfikatów przez innych wykonawców.</p> <p>Jednocześnie sformułowanie „wyłącznie w przypadku uzasadnionych wątpliwości” zawarte w analizowanym przepisie może stać się podstawą do formułowania w praktyce wątpliwości, czy przepis ten w proponowanym kształcie nie wprowadza dodatkowej przesłanki do korzystania ze środków ochrony prawnej w sytuacji, gdy zarzuty zawarte w środku ochrony prawnej miałyby dotyczyć certyfikatu i nie nakłada na KIO/Sąd obowiązku dokonania swobodnego przesądu w zakresie tego, czy wątpliwość jest na tyle istotna by można było kwestionować certyfikat. Nie wydaje się by takie rozwiązanie, jeśli jego wprowadzenie było intencją ustawodawcy, przyczyniło się do spójności systemu środków ochrony prawnej.</p>
--	--	--

3.	Art. 11 ust. 2	Izba Branży Komunalnej	<p>W ocenie IBK konieczne jest rozszerzenie katalogu sytuacji, w których certyfikat traci ważność.</p> <p>Po pierwsze, wydaje się konieczne wprowadzenie zasady, że certyfikat traci ważność przed upływem okresu, na jaki został wydany, nie tylko wtedy, kiedy wykonawca przestał spełniać warunki do jego udzielenia i nie została dokonana aktualizacja certyfikatu, ale także i wtedy, gdy wykonawca nie spełniał warunków do jego udzielenia, a więc certyfikat nie powinien być zostać mu udzielony, a do udzielenia mu certyfikatu doszło na skutek wprowadzenia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa w błąd podmiotu certyfikującego przy przedstawianiu informacji istotnych dla udzielenia certyfikatu.</p> <p>Niestety doświadczenie pokazuje, że sytuacje przedstawiania przez wykonawców zamawiającemu celem wykazania spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu, czy wykazania braku podstaw do ich wykluczenia z postępowania informacji nieprawdziwych, niekompletnych, czy wręcz podrobionych, czy przerobionych dokumentów są nadal częste. Można więc założyć, że takie sytuacje będą zdarzały się również w toku postępowania certyfikacyjnego. Sankcją za takie działanie powinna być utrata certyfikatu. Umożliwienie wykonawcy, który celowo lub w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził podmiot certyfikujący w błąd dokonania aktualizacji certyfikatu, może zostać odczytana przez takie nierzetelne podmioty jako swoiste przyzwolenie na podejmowanie niezgodnych z prawem działań.</p> <p>Wprowadzenie regulacji, o której mowa, wydaje się konieczne także dla zachowania spójności systemu. Nie sposób wykluczyć, że w toku postępowania odwoławczego lub skargowego nakazane zostanie wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 P.z.p.) z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd na skutek przedstawienia certyfikatu, który zawierał nieprawdziwe informacje, o czym wykonawca miał wiedzę, uprzednio celowo „wyludzając” od podmiotu certyfikującego certyfikat poświadczający nieprawdę. Brak utraty ważności certyfikatu w takiej sytuacji podważałby orzeczenie zapadłe przed Izbą lub odpowiednio sądem powszechnym – w obrocie prawnym pozostawałby certyfikat, względem którego wykazano, że nie powinien być zostać nigdy wydany.</p> <p>Po drugie, wydaje się konieczne wprowadzenie zasady, że certyfikat traci ważność przed upływem okresu, na jaki został wydany, nie tylko wtedy, kiedy wykonawca przestał spełniać warunki do jego udzielenia i nie została dokonana aktualizacja certyfikatu, ale także i wtedy, gdy w postępowaniu odwoławczym lub skargowym, o których mowa w prawie zamówień publicznych, stwierdzono, że informacje zawarte w certyfikacie nie są prawdziwe, a dokonanie aktualizacji certyfikatu nie będzie możliwe.</p> <p>Należy odnotować, że w praktyce mogą pojawić się takie sytuacje, że dokonanie aktualizacji nie będzie obiektywnie możliwe, np. w razie braku możliwości przeprowadzenia przez wykonawcę procedury tzw. selfcleaningu z uwagi na pozostający w obrocie prawnym zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne. Stwierdzenie nieprawdziwości certyfikatu w takim przypadku (stwierdzenie w podanym przykładzie, że zakaz został wydany), wobec braku obiektywnej możliwości zaktualizowania certyfikatu, zbędnym czyni prowadzenie procesu aktualizacji certyfikatu i swoiste odroczenie w czasie utraty ważności certyfikatu w tym zakresie.</p>
----	----------------	------------------------	---

			<p>Analizowane przepisy dopuszczają możliwość częściowej utraty ważności certyfikat, zapewniona jest więc proporcjonalność działań podmiotu certyfikującego do zaistniałej sytuacji.</p> <p>Projektowany przepis określa sytuacje, w których dochodzi do zawieszenia certyfikatu (w całości lub części). Podmiot certyfikujący zawiesza certyfikat i wzywa do jego aktualizacji w przypadku gdy w postępowaniu odwoławczym (w KIO) lub w postępowaniu skargowym (przed Sądem Zamówień Publicznych), stwierdzono, że informacje zawarte w certyfikacie nie są prawdziwe.</p> <p>Projektowane przepisy nie określają na czym ma polegać to „stwierdzenie nieprawdziwości informacji” przez KIO lub Sąd, ani kto ma to stwierdzić – czy to stwierdzenie ma mieć miejsce w sentencji wyroku, czy wystarczy w uzasadnieniu? Czy też może w toku rozprawy wystarczające będzie powzięcie uzasadnionych wątpliwości przez zamawiającego?</p> <p>Jak przy tym stanowi art. 505 ust. 1 p.z.p., środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. „Ustawa” jest przy tym rozumiana jako ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i nie obejmuje nowoprojektowanych przepisów. Jeśli dobrze odczytujemy zamysł ustawodawcy, o zakwestionowaniu certyfikatu będzie decydował wyłącznie podmiot certyfikujący a obowiązek informowania o braku prawdziwości informacji będą mieli zamawiający w ramach toczących się postępowań o udzielenie zamówienia (nie będzie więc możliwości abstrakcyjnego kwestionowania certyfikatu przez podmioty trzecie).</p> <p>W związku z tym pojawia się wątpliwość czy w praktyce możliwe będzie zawieszenie certyfikatu na podstawie art. 13 ust. 1 pkt 2 projektowanej ustawy, a jeśli tak, to w naszej ocenie konieczne jest doprecyzowanie w jakich okolicznościach ten przepis znajdzie zastosowanie.</p>
4.	art. 13 ust. 1 pkt 2	Izba Branży Komunalnej	<p>Proponowana regulacja nie uwzględnia regulacji art. 117 ust. 2 i 3 P.z.p..</p> <p>Zgodnie z art. 117 ust. 2 P.z.p. warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Natomiast zgodnie z art. 117 ust. 3 P.z.p. w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.</p> <p>Przepis art. 14 ust. 3 ustawy stanowi natomiast, że warunkiem udzielenia certyfikacji zdolności wykonawcy, o której mowa w ust. 1, jest wspólne spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, w zakresie przez nich wnioskowanym.</p>
5.	Art. 14	Izba Branży Komunalnej	

			<p>Wspólne spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w kontekście art. 117 ust. 2 i 3 P.z.p., nie jest wystarczające. Wskazane przepisy wprowadzają dodatkową przesłankę związaną z koniecznością spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez tego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, który będzie wykonywał odpowiednio roboty, usługi, dostawy wymagające posiadania określonych kwalifikacji.</p>
6.	art. 18	Izba Branży Komunalnej	<p>Niezasadne jest ograniczenie regulacji art. 18 ustawy do certyfikacji w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, która powinna również obejmować certyfikację w zakresie braku podstaw do wykluczenia (oczywiście tych samych, bo certyfikacja różnych podstaw w różnych podmiotach wydaje się zasadna).</p> <p><u>Uwaga redakcyjna:</u> w art. 18 ust. 1 in fine należy poprawić „(...) procedura certyfikacji w tym podmiocie już ostatecznie została zakończona” na „(...) procedura certyfikacji w tym podmiocie została zakończona”.</p>
7.	Art. 19 i 21	Izba Branży Komunalnej	<p>Ustawa definiuje pojęcie „podmiotowych środków dowodowych” poprzez odwołanie się do art. 7 pkt 17 P.z.p.. Regulacja ta zawiera wprawdzie definicję wskazanego pojęcia, jednak w ujęciu praktycznym równie istotne są przepisy (obecnie) rozporządzenia 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, które wskazują dokładnie, jakich dokumentów można żądać jako podmiotowych środków dowodowych, jakie są terminy ich ważności itd.</p> <p>Jaka jest korelacja pomiędzy przepisami projektowanej ustawy a przepisami wskazanego rozporządzenia, bowiem wydaje się, że korelacja pomiędzy tymi dwoma regulacjami musi zostać zapewniona. Wykonawca ubiegający się o certyfikat musi mieć zagwarantowane, że nie będą żądane od niego inne dokumenty niż te, których zamawiający mógłby żądać w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Istotne jest także doprecyzowanie kształtu tych podmiotowych środków dowodowych, o których ostatecznej treści decyduje de facto zamawiający tworząc np. wzór wykazu robót czy usług, jak również zapewnienie by dana okoliczność przez wszystkie podmioty certyfikujące była badana za pomocą takiego samego dokumentu, co dotyczy zwłaszcza tych sytuacji, gdy rozporządzenie dopuszcza zastąpienie dokumentu/bardziej szczegółowego oświadczenia, ogólnym oświadczeniem.</p> <p>By zapewnić pełną porównywalność certyfikatów wydawanych przez różne podmioty certyfikujące należałoby więc rozważyć poszerzenie delegacji do wydania rozporządzenia zawartej w art. 21 ust. 2 ustawy o punkt mówiący o tym, jakich dokumentów mogą żądać podmioty certyfikujące jako podmiotowych środków dowodowych.</p> <p>Wydaje się to także istotne w kontekście art. 21 ust. 1 ustawy, który termin na przeprowadzenie procedury certyfikacji nakazuje liczyć od dnia otrzymania od wykonawcy dokumentów niezbędnych do jej przeprowadzenia, w tym podmiotowych środków dowodowych, jak należy, założyć poprawnych, kompletnych.</p>
8.	art. 23	Izba Branży Komunalnej	<p>Czy odmowa udzielenia certyfikatu ze względu na nieprzejęcie procedury samooczyszczenia w trybie projektowanego art. 23, blokuje możliwość ubiegania się o certyfikat u innego podmiotu certyfikującego?</p>

			Dopuszczenie możliwości wielokrotnego samooczyszczania u różnych podmiotów certyfikujących powinno być niedopuszczalne, ponieważ może to prowadzić do różnych standardów w tym zakresie.
9.	art. 25	Izba Branży Komunalnej	<p>W przypadku odmowy udzielenia certyfikacji, wykonawca może złożyć wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Wniosek składa się do podmiotu certyfikującego, który odmówił udzielenia certyfikacji, w terminie 21 dni od dnia doręczenia wykonawcy informacji o odmowie. Z kolei zgodnie z art. 25 ust. 5 projektowanej ustawy, od decyzji ponownie odmawiającej udzielenia certyfikacji nie przysługuje odwołanie.</p> <p>Wnosimy o wprowadzenie drugiej instancji odwoławczej w postaci podmiotu certyfikującego z inną właściwością miejscową (podmiot o podobnym zakresie certyfikacji, z właściwością miejscową pozostawioną do wyboru podmiotowi starającemu się o certyfikację), co pozwoli na bezstronne rozpoznanie odwołania, dzięki czemu podmiot poddający się certyfikacji będzie miał zapewnioną lepszą ochronę jego praw procesowych w ramach procedury certyfikacji.</p>