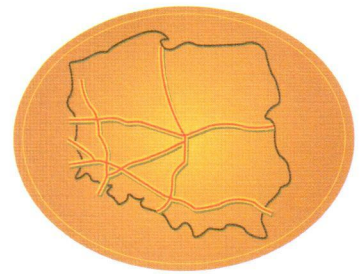


OGÓLNOPOLSKA IZBA GOSPODARCZA DROGOWNICTWA



31-542 Kraków
ul. Mogilska 25

www.oigd.com.pl

e-mail: oigd@oigd.com.pl

tel. 12 413 80 83

fax 12 413 76 25

Biuro w Warszawie

03-302 Warszawa

ul. Instytutowa 1

e-mail: oigdwars@atcom.net.pl

tel./fax 22 811 92 74

tel./fax 22 614 13 85

Warszawa, Kraków, dnia 18 stycznia 2013 roku

OIGD 4/2013

**Pan
Jacek Sadowy
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych**

Szanowny Panie Prezesie,

W odpowiedzi na pismo nr UZP/DP/L-TTY/12909/12 z dnia 19 grudnia 2012 r. Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa po przeprowadzonych konsultacjach poniżej przedstawia poniżej swoje stanowisko dotyczące projektu *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*.

Jak słusznie wskazano w uzasadnieniu tego dokumentu, *przedmiotowy projekt rozporządzenia w znacznej mierze utrzymuje dotychczas obowiązujące regulacje zawarte w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817)*. Niestety, powyższe oznacza, że mimo niewątpliwiej okazji, nie usunięto wielu wątpliwości, jakie pojawiły się zwłaszcza w orzecznictwie KIO w zakresie wykładni przepisów obecnie obowiązującego rozporządzenia. Uwagi Izby, co do ww. projektu można podzielić na dwie zasadnicze grupy:

- 1) uwagi natury redakcyjnej
- 2) uwagi natury merytorycznej.

UWAGI NATURY REDAKCYJNEJ

1. W § 1 ust. 1 pkt projektu rozporządzenia wskazuje się, że do wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług wymagane będzie załączenie dowodów, czy zostały one wykonane należycie. Tymczasem, skoro ww. wykaz może obejmować również wykonywane dostawy lub usługi, to konsekwentnie powinna istnieć możliwość złożenia wraz z wykazami dowodów, czy są one wykonywane należycie, tak jak to przewiduje obecnie obowiązujące rozporządzenie, zgodnie z którym

do wykazu dostaw lub usług wymagane jest załączenie dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

2. W § 3 ust. 1 pkt 2 projektu rozporządzenia wskazuje się, że:

W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać, następujących dokumentów:

(...)

2) aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub ewidencji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy;

Jak wynika z powyższego, przywracając możliwość żądania aktualnego odpisu z ewidencji działalności gospodarczej jednocześnie utrzymano możliwość żądania w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy. Utrzymanie ww. możliwości oceniać należy jako niezrozumiałe. Wskazać należy, że zgodnie z powyższym przepisem aktualnego odpisu z ewidencji działalności gospodarczej żąda się w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego. Ponieważ do ewidencji działalności gospodarczej wpisuje się wyłącznie osoby fizyczne, nie sposób w ich przypadku mówić o likwidacji czy otwarciu likwidacji. Tym samym aktualny odpis z ewidencji działalności gospodarczej będzie potwierdzać jedynie brak ogłoszenia upadłości wykonawcy będącego osobą fizyczną. Jednocześnie jednak Zamawiający może żądać (a postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp musi) w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, a zatem analogicznie jak w przypadku aktualnego odpisu z ewidencji działalności gospodarczej oświadczenia dotyczącego braku ogłoszenia upadłości wykonawcy. W rezultacie wykonawcy będący osobami fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą i wpisanymi z tego tytułu do ewidencji działalności gospodarczej będą zmuszeni składać dwa dokumenty dotyczące i potwierdzające tą samą okoliczność, tj. brak ogłoszenia upadłości. Wydaje się, że żądanie osobnego oświadczenia od osób fizycznych miałoby sens przy wprowadzeniu do rozporządzenia zastrzeżenia, że oświadczenie takie składają wyłącznie osoby fizyczne nie wpisane do ewidencji działalności gospodarczej (nie prowadzące działalności

gospodarczej).

W takim wypadku, w zależności od tego, czy dana osoba fizyczna byłaby wpisana do ewidencji działalności gospodarczej, czy też nie, składałaby inny dokument, bez niepotrzebnego ich dublowania. W rozporządzeniu wyraźnie brakuje powyższego rozróżnienia. Proponowane rozróżnienie jest tym bardziej uzasadnione, że w ewidencji działalności gospodarczej wpisuje się informacje dotyczące ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną, a zatem w przypadku takich osób odpis z ewidencji działalności gospodarczej byłby bardziej wiarygodnym źródłem informacji niż samo oświadczenie. Przy obecnym brzmieniu projektu rozporządzenia osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, wpisane do ewidencji działalności gospodarczej, będą zmuszone do składania dwóch różnych dokumentów dotyczących tej samej kwestii, co nie znajduje żadnego uzasadnienia.

3. W § 5 ust. 1. Pkt 2 projektu rozporządzenia niezrozumiałe jest ograniczenie zakresu zaświadczenia właściwego organu tylko do art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, skoro zgodnie z pkt 5 rozporządzenia wykonawca krajowy będzie musiał złożyć *aktualną informację z Krajowego Rejestru Kamego w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy oraz, z wyłączeniem zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, o których mowa w art. 131a ust. 1 ustawy art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert*, a zatem informację obejmującą swoim zakresem również przestępstwa wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp. Jest to ewidentny brak, wymagający uzupełnienia.

4. W § 6 ust. 2 pkt 1 projektu rozporządzenia wskazywanie powyższych dokumentów jako przedmiotowych w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest niezrozumiałe, bowiem bardzo zbliżone dokumenty są przewidziane w projekcie jako dokumenty podmiotowe. Mianowicie zgodnie z § 1 ust. 1 projektu rozporządzenia *w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których owa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać, następujących dokumentów: (5) opisu urządzeń technicznych oraz środków zastosowanych przez wykonawcę dostaw lub usług w celu zapewnienia jakości oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego wykonawcy lub które będzie pozostawało w dyspozycji wykonawcy.*

Jak widać, przytoczone powyżej fragmenty projektu rozporządzenia są w zasadzie identyczne, różnią się jedynie co do instrukcji obsługi, o której mowa tylko w przepisach dotyczących dokumentów przedmiotowych. Podkreślić przy tym trzeba, że zgodnie z § 2 ust. 1 projektu rozporządzenia w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, Zamawiający może żądać także dokumentów z § 1, a zatem także dokumentów wskazanych w pkt 5 § 1 ust. 1 projektu rozporządzenia. W rezultacie w przypadku

zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa te same dokumenty będą mogły być żądane przez Zamawiającego w dwojakim charakterze, tj. albo jako dokumenty podmiotowe, albo przedmiotowe. Co więcej, w świetle przepisów rozporządzenia nie jest wykluczone, że Zamawiający będzie mógł zażądać ww. dokumentów jednocześnie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Takie uregulowanie jest zupełnie niezrozumiałe, można przypuszczać jedynie, że jest wynikiem omyłki. Konieczne jest zatem zróżnicowanie przytoczonych przepisów i rozgraniczenie zakresów ich stosowania.

5. W § 6 ust. 3 projektu rozporządzenia wskazuje się, że wykonawca *może zamiast zaświadczeń, których mowa w ust. 1 pkt 3-4, złożyć równoważne zaświadczenia wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego.*

Projektowany przepis dopuszcza zatem zastąpienie równoważnym zaświadczeniem dwóch kategorii zaświadczeń, tj.:

- 3) *zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich;*
- 4) *zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem, jeżeli zamawiający wskazują środki zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie stosował podczas realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, odwołując się do systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach gospodarczych przez podmioty działające zgodnie z prawem Unii Europejskiej, europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji.*

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że w aktualnie obowiązującym rozporządzeniu równoważnym zaświadczeniem można zastąpić trzy kategorie zaświadczeń, bowiem oprócz ww. dwóch kategorii rozporządzenie przewiduje taką możliwość co do zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Niezrozumiałe jest zatem, dlaczego w projekcie rozporządzenia rezygnuje się z tego rozwiązania, bezwzględnie wymagając przedstawienia zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości.

6. W projekcie rozporządzenia pozostawiono w niezmienionym kształcie przepisy dotyczące poświadczania za zgodność z oryginałem w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów udostępniających

zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (§ 7 ust. 2 rozporządzenia). Powyższe oceniać należy jako niezrozumiałe, biorąc pod uwagę zasadniczą i wciąż występującą w orzecznictwie KIO rozbieżność dotyczącą rozumienia ww. przepisów. Tylko w ostatnim czasie zapadły dwa wyroki Izby, w których przyjęto skrajnie odmienną ich interpretację:

a) w wyroku z dnia 21 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2479/12, Izba stwierdziła: (...) *kopie dokumentów muszą być poświadczane za zgodność z oryginałem przez odpowiednią jednostkę, której dokument dotyczy, czyli przez wykonawcę, jeżeli dokument dotyczy wykonawcy. Natomiast, jeżeli dokument dotyczy podmiotu trzeciego, to dokument musi być poświadczony za zgodność z oryginałem przez ten właśnie podmiot trzeci. Izba podziela pogląd wyrażony m.in. w uzasadnieniu wyroku z 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1161/10 oraz wyroku z 19 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 735/11 i KIO 736/11, w których Izba stwierdziła, że użycie wyrazu „odpowiednio” wskazuje na konieczność poświadczania dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot zależnie jest od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy, czy tego podmiotu.*

b) w wyroku z dnia 23 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1456/12, Izba stwierdziła z kolei, że: *zdaniem Izby, najbardziej logicznym rozumieniem tego przepisu jest, że dokumenty mogą poświadczać:*

- 1. podmioty oddające do dyspozycji swoje zasoby w zakresie ich dotyczącym,*
- 2. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – każdy w zakresie swoich własnych dokumentów*
- 3. wykonawca (w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych) – w stosunku do całości dokumentów, a jeśli wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, prawo to dotyczy ich pełnomocnika, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.*

Rozstrzygnięcie sporu co do wykładni powyższych regulacji winno nastąpić poprzez jednoznaczne sformułowanie przepisów dotyczących kwestii poświadczania kopii dokumentów za zgodność, niezrozumiałe jest zatem dlaczego przy okazji prac na nowym rozporządzeniu tego nie uczyniono.

UWAGI NATURY MERYTORYCZNEJ

Na wstępie wskazać należy, że zwarty w projekcie rozporządzenia opis szeregu dokumentów podmiotowych został w znacznej mierze po prostu przekopiowany z art. 48 dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, bez żadnej próby dostosowania unijnych regulacji do polskich realiów prawnych i gospodarczych. Taką technikę legislacyjną trudno uznać za prawidłową, bowiem szereg pojęć użytych w dyrektywie klasycznej jest niedookreślonych, względnie w polskim systemie prawnym ma utrwalone inne znaczenie, niż nadaje mu dyrektywa. Pożądane byłoby zatem, aby przy inkorporowaniu unijnych regulacji do rozporządzenia uwzględnić powyższe okoliczności, odpowiednio formułując nowe przepisy. Zgodzić się trzeba ze

stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie, wyrażonym w wyroku z dnia 29 października 2012 r., sygn. akt V Ca 2015/12, zgodnie z którym:

(...) Implementacja dyrektyw nie może polegać na ich prostym tłumaczeniu na język narodowy, ale musi uwzględniać istniejące rozwiązania legislacyjne oraz szanować funkcjonującą już w systemie nomenklaturę, jeśli zważy się na to, że system prawny ma stanowić spójną całość.

Niestety, jak wynika z poniższych uwag, projekt rozporządzenia nie idzie temu postulatowi Sądu do końca na przeciw.

1. Projektowane regulacje budzą wątpliwości ze względu na dokumenty, jakich złożenie będzie wymagane wraz z wykazami robót budowlanych oraz dostaw lub usług. W projekcie rozporządzenia określenia używane obecnie, tj.:

- a) dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone,
- b) dokumenty potwierdzające, że dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

zastępuje się bowiem pojęciem zaświadczenia, które to pojęcie jest charakterystyczne dla procedury administracyjnej, uregulowanej w KPA. Już teraz można zatem zastanawiać się, czy za zaświadczenia będą uznawane takie dokumenty, co do których obecnie przyjmuje się, iż stanowią dokumenty potwierdzające należyte wykonanie, np. protokoły odbioru, faktury VAT podpisane przez odbiorców itd. Jak należy przypuszczać Zamawiający nie będą chcieli uznawać ich za zaświadczenia, o których mowa w projektowanych przepisach.

Co więcej, projektowane przepisy istotnie różnią się co do opisu zaświadczeń załączanych do wykazu dostaw lub usług oraz zaświadczeń załączanych do wykazu robót budowlanych. Odnośnie tych pierwszych projekt wymaga, aby były one wydane lub poświadczone przez Zamawiającego, względnie wystawione przez nabywcę, natomiast odnośnie drugich takiego wymagania brak. Można zatem zastanawiać się jak należy odczytywać takie zróżnicowanie wymagań odnośnie wystawcy zaświadczeń, i wywodzić z niego, że w przypadku zaświadczeń załączanych do wykazu robót budowlanych nie muszą być one wystawione przez Zamawiającego czy nabywcę (odbiorcę) robót wskazanych w wykazie.

Co do dokumentów, które trzeba będzie załączyć do wykazu głównych dostaw lub usług, wątpliwości dotyczą co najmniej dwóch kwestii. Po pierwsze, projekt przewiduje przedstawienie zaświadczeń wydanych lub poświadczonych przez zamawiającego. Pomijając już wskazane powyżej wątpliwości co do rozumienia użytego w projekcie pojęcia zaświadczenie, niejasne jest pojęcie zaświadczenia poświadczonego przez Zamawiającego. W świetle literalnego brzmienia projektowanego przepisu wystawcą zaświadczenia nie musi być Zamawiający, wystarczy jedynie, że zaświadczenie wystawione przez inny podmiot zostanie przez niego poświadczone. W związku z tym można postawić pytanie, kto może być wystawcą zaświadczenia poświadczonego przez Zamawiającego. Jak się wydaje na tak sformułowane pytanie trzeba

odpowiedzieć, że każdy, istotne jest jedynie to, aby zaświadczenie zostało poświadczane przez Zamawiającego. Po drugie, przepisy nie wyjaśniają jaką konkretnie formę miałyby przyjąć poświadczenie dokonane przez Zamawiającego, wydaje się, że nie musiałoby to być poświadczenie kopii za zgodność z oryginałem, ale jakiegokolwiek poświadczenie prawdziwości informacji podanych w zaświadczeniu, np. wskazujące, że informacje podane w zaświadczeniu wystawionym przez wykonawcę są prawidłowe, prawdziwe, zgodne z rzeczywistością itd.

Wszystkie wskazane powyżej wątpliwości dowodzą, że projektowane przepisy nie grzeszą precyzją, a ich stosowanie będzie bardzo kłopotliwe i z pewnością w wielu wypadkach skończy się koniecznością rozstrzygnięcia powyższych wątpliwości przez KIO, w związku z wniesieniem odwołania przez wykonawcę.

Obawy budzi również możliwość zastępowania zaświadczeń wystawianych przez nabywcę oświadczeniem wykonawcy. Biorąc pod uwagę niski poziom kultury prawnej w Polsce można i należy obawiać się, że znajdą się tacy wykonawcy, którzy opiszą w wykazie głównych dostaw lub usług fikcyjne realizacje i następnie, korzystając z dobrodziejstwa przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 lit. b projektowanego rozporządzenia, przedstawią dla nich swoje oświadczenie (zaświadczenia wystawionego przez nabywcę z oczywistych względów nie będą w stanie przedstawić). Jednocześnie, ponieważ możliwość przedstawienia oświadczenia zamiast zaświadczenia dotyczy tylko i wyłącznie zamówień o charakterze komercyjnym, których nabywcy nie mają żadnego obowiązku udzielać informacji na ich temat, chociażby na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej, weryfikacja informacji u źródła będzie bardzo utrudniona, albo wręcz niemożliwa, jeżeli podmiot wskazany w wykazie jako nabywca nie będzie chciał udzielić informacji co do rzekomo wykonanych dla niego dostaw lub usług. Uznać zatem trzeba, że projektowany przepis ułatwi funkcjonowanie nieuczciwym wykonawcom, gdyż zyskają oni realną możliwość powoływania się na dostawy lub usługi de facto nigdy nie wykonane czy nie wykonywane. Z powyższych względów trzeba się opowiedzieć za utrzymaniem aktualnej regulacji, zgodnie z którą dokumenty załączane do wykazów nie mogą pochodzić od samego wykonawcy.

2. Izba negatywnie ocenia projektowaną regulację § 1 ust. 3 rozporządzenia, zgodnie z którą *w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, nie zawierają niezbędnych danych lub budzą wątpliwości, zamawiający może zwrócić się do właściwego organu o przedłożenie dodatkowych informacji lub zaświadczeń, bezpośrednio zamawiającemu.*

O ile prawo a wręcz obowiązek Zamawiającego weryfikowania informacji podawanych przez wykonawców nie budzi wątpliwości także w obecnym stanie prawnym, o tyle zasadnicze zastrzeżenia budzi możliwość występowania do właściwego organu o przedłożenie dodatkowych informacji lub zaświadczeń, bezpośrednio zamawiającemu, gdy wykaz lub dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 projektu,

nie zawierają niezbędnych danych. Brak niezbędnych danych oznacza bowiem nic innego tylko to, że ww. dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem Zamawiający winien zastosować procedurę wezwania do uzupełnienia, przewidzianą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem w rozporządzeniu tworzy się alternatywną wobec przepisów ustawy ścieżkę postępowania w takiej sytuacji, pozwalając Zamawiającemu uzupełnić ww. dokumenty z pominięciem wykonawcy, bez wzywania go do uzupełnienia. Projektowane rozwiązanie oceniać zatem należy jako sprzeczne z ustawą Pzp, która bezwzględnie nakazuje Zamawiającemu w sytuacji niezłożenia dokumentu (przez co rozumie się także złożenie dokumentu niepotwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu) wezwać do jego uzupełnienia wykonawcę, a nie inny podmiot. Ponadto niejasne jest jakie będą skutki zastosowania procedury przewidzianej w rozporządzeniu, tzn. czy w razie wystąpienia braków w dokumentach podmiotowych Zamawiający będzie mógł poprzestać na zwróceniu się do właściwego organu i po otrzymaniu od niego dodatkowych informacji lub zaświadczeń na ich podstawie ocenić spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, czy też konieczne będzie jednak skorzystanie z procedury opisanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i niezależne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia. O ile uzupełnianie dokumentów dwutorowo, tj. poprzez zwrócenie się do właściwego organu i do wykonawcy, będzie skutkować jedynie wydłużeniem postępowania o udzielenie zamówienia, o tyle można się zastanawiać, czy dopuszczalne byłoby najpierw wezwanie wykonawcy do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a następnie, gdyby z uzupełnionych dokumentów nadal nie wynikało spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zwrócenie się na podstawie przepisów rozporządzenia do właściwego organu o przedłożenie dodatkowych informacji lub zaświadczeń. Podkreślić należy, że w świetle dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jeżeli z uzupełnionych dokumentów podmiotowych nie wynika spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu (por np. wyrok z 12 kwietnia 2011r., sygn. akt KIO 677/11, wyrok z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 172/12, wyrok z 26 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1726/10). Relacje pomiędzy projektowanym § 1 ust. 3 rozporządzenia a art. 26 ust. 3 ustawy są więc niejasne i będą zapewne budziły wątpliwości w praktyce. Ze względu na powyższe konieczne jest albo usunięcie omawianego fragmentu projektu rozporządzenia, albo jego zasadnicze przeredagowanie.

3. Projektowane przepisy rozporządzenia przewidują również zasadnicze zmiany co do zakresu zasobów podlegających udostępnieniu na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy. Obecnie bowiem udostępnienie przez podmiot trzeci jest możliwe tylko i wyłącznie co do zdolności finansowych, rozumianych jako środki finansowe lub zdolność kredytowa. Projekt rozporządzenia w § 1 ust. 5 wskazuje natomiast, że *Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy, polega na zdolnościach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, wymaga się przedłożenia dokumentów, o których mowa u*

ust. 1 pkt 10 – 12, dotyczących tych podmiotów oraz zamawiający może także żądać oświadczenia o solidarnej odpowiedzialności tych podmiotów z wykonawcą.

Tym samym wykonawcy będą mogli przedkładać nie tylko informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej dla podmiotu trzeciego, lecz również sprawozdanie finansowe oraz opłaconą polisę takiego podmiotu. Innymi słowy udostępnieniu będą również podlegać zasoby podmiotu trzeciego potwierdzane ww. dokumentami, tj. np. określony poziom przychodów czy posiadanie ubezpieczenia OC na określoną sumę. Projektowana regulacja jest zgodna z dyrektywami unijnymi, które przewidują korzystanie z zasobów podmiotów trzecich w takim właśnie szerokim zakresie, uwzględnia również postulaty płynące z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, która w kilku swoich orzeczeniach wskazała na dopuszczalność powoływania się na polisę podmiotu trzeciego (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO/269/11). Niemniej jednak znowu można się zastanawiać, czy tak szerokie dopuszczenie korzystania z zasobów podmiotów trzecich jest rozwiązaniem prawidłowym w polskich realiach. Trzeba bowiem pamiętać, że umowy w sprawie zamówienia publicznego zwykle formułowane są w niezwykle restrykcyjny dla wykonawców sposób a jednocześnie przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy Pzp przewiduje wobec wykonawców sankcję wykluczenia z postępowań w razie odpowiednio wyrządzenia przez nich szkody wskutek niewykonania zamówienia lub wykonania go nienależycie, albo rozwiązania, wypowiedzenia tudzież odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Można zatem spodziewać się, że wykonawcy, chcąc uniknąć wskazanych powyżej ryzyk i związanych z nimi odpowiedzialności, korzystając z projektowanych przepisów, zaczną masowo powoływać „spółki celowe” na potrzeby konkretnych postępowań o udzielenie zamówienia, „wyposażając” je w wymagane przez Zamawiającego wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, osobowy oraz ekonomiczny, obejmujący jak wskazano powyżej już nie tylko środki finansowe, lecz również określony poziom przychodów czy posiadanie ubezpieczenia OC na określoną sumę. Niewielką pociechą będzie tutaj to, że projektowane przepisy pozwalają Zamawiającym żądać oświadczenia o solidarnej odpowiedzialności podmiotów udostępniających z wykonawcą, skoro żądanie takiego oświadczenia będzie uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego.

Odnosnie projektowanego § 1 ust. 5 rozporządzenia wskazać również należy na dwie kwestie. Po pierwsze, za zmianą przepisów rozporządzenia nie poszła zmiana art. 26 ust. 2b ustawy, który po 20 lutego 2013 r. nadal będzie stanowić, że Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów. Przypomnieć należy, że pojęcie zdolności finansowych było dotychczas jednolicie rozumiane w orzecznictwie KIO wyłącznie jako zdolność kredytowa i środki finansowe, podczas gdy określony poziom przychodów czy posiadanie ubezpieczenia OC na określoną sumę uznawano za odnoszące się do zdolności (sytuacji) ekonomicznej. Zasadnicze wątpliwości i zastrzeżenia budzi zatem dopuszczenie

w rozporządzeniu powoływania się na zdolność (sytuację) ekonomiczną podmiotu trzeciego, bez odpowiedniej zmiany przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w tym zakresie. W pełni uzasadniony jest zatem wniosek, że projektowany § 1 ust. 5 rozporządzenia jest niezgodny z ustawą Pzp. Trudno bowiem przyjąć, że akt prawny niższej rangi może w tak zasadniczy sposób zmienić rozumienie ustawowego pojęcia zdolności finansowych.

Po drugie, w rozporządzeniu planuje się wprowadzić możliwość żądania oświadczenia o solidarnej odpowiedzialności podmiotów udostępniających z wykonawcą. Z projektu rozporządzenia nie wynika jednak czego solidarna odpowiedzialność podmiotów trzecich i wykonawcy miałyby dotyczyć. Można przypuszczać, że chodzi tutaj o odpowiedzialność z tytułu niewykonania tudzież nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, niemniej jednak projektowane przepisy tej kwestii wprost nie rozstrzygają. Niewątpliwie potrzebne byłyby uzupełnienie projektu w tym zakresie.

Z poważaniem


Wojciech Malusi
Prezes Zarządu