



**OGÓLNOPOLSKIE STOWARZYSZENIE KONSULTANTÓW ZAMÓWIEŃ
PUBLICZNYCH**

00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4

e-mail: biuro@oskzp.pl

Warszawa, dnia 30 września 2020 r.

Szanowny Pan

Hubert Nowak

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Urząd Zamówień Publicznych

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

Dotyczy: zgłoszenia uwag do udostępnionego w Biuletynie Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji w folderze Rządowy Proces Legislacji Rozporządzenia w sprawie rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (projekt z dnia 09.09.2020 r.) wraz z uzasadnieniem.

Ogólnopolskie Stowarzyszenie Konsultantów Zamówień Publicznych, po zapoznaniu się z udostępnionym w Biuletynie Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji projektem Rozporządzenia w sprawie rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (projekt z dnia 09.09.2020 r.) wraz z uzasadnieniem, dalej zwanym „Projektem”, przekazało Projekt wszystkim swoim członkom w celu zebrania opinii praktyków, którzy w codziennej pracy udzielają zamówień publicznych w oparciu o dotychczasowe przepisy i będą także udzielać zamówień w oparciu o nowe projektowane przepisy.

Mając na względzie dobro systemu zamówień publicznych Ogólnopolskie Stowarzyszenie Konsultantów Zamówień Publicznych zwane dalej „Stowarzyszeniem” lub „OSKZP”, przedkłada następujące uwagi do Projektu.

1. § 2 pkt 2)

Rekomendujemy doprecyzowanie zapisów w następujący sposób:

2) oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, **ofertę podlegającą negocjacom**, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, **oferty podlegającej negocjacom**, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

Uzasadnienie: Projekt pomija oferty podlegające negocjacom, które mają zastosowanie w trybie podstawowym prowadzonym zgodnie z art. 275 pkt 3) Pzp.

2. §2 pkt 4)

Rekomendujemy zmianę zapisów w następujący sposób:

4) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków i opłat wraz z zaświadczeniem zamawiający **żąda** złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych podatków wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności;

Uzasadnienie: Zamiana sformułowania „może żądać” na słowo „żąda” eliminuje zbędną uznaniowość zamawiającego w tym zakresie. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp nie daje

możliwości odstąpienia od takiego żądania zamawiającemu. Powyższe jest zgodne również z treścią uzasadnienia do Projektu (str. 8).

3. § 2 pkt 5)

Rekomendujemy zmianę zapisów w następujący sposób:

5) zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem zamawiający **żąda** złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności;

Uzasadnienie: Zamiana sformułowania „może żądać” na słowo „żąda” eliminuje zbędną uznaniowość zamawiającego w tym zakresie. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 1 Pzp nie daje możliwości odstąpienia od takiego żądania zamawiającemu. Powyższe jest zgodne również z treścią uzasadnienia do Projektu (str. 8).

4. § 2 pkt 7)

Rekomendujemy dodanie na końcu wprowadzenia do wyliczenia słów „[...]o ile podstawy te zostały określone przez zamawiającego w dokumentach postępowania:”

Uzasadnienie: część wymienionych w tym punkcie przesłanek wykluczenia jest fakultatywnych (art. 109 Pzp)

§ 3 ust. 4

Regulacja tego paragrafu wydaje się zbędna wobec regulacji ustawowej, wyrażonej w art 128 ust. 5 Pzp.

5. § 4

Regulacja tego paragrafu wydaje się zbędna wobec regulacji ustawowej, wyrażonej w art. 125 ust. 1 Pzp (mającej zastosowanie do zamówień o wartości krajowej na mocy przepisu art. 266 Pzp), nakazującej złożenia wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia o spełnieniu warunków, niepodleganiu wykluczenia i spełnieniu kryteriów selekcji.

Uzasadnienie: Zamawiający ma ustawowe prawo odstąpić od żądania podmiotowych środków dowodowych (art. 273 Pzp) i wydaje się nadmiernym i zbędnym obciążeniem administracyjnym, aby wykonawca zastępował niewymagane przez zamawiającego środki dowodowe oświadczeniem w tożsamym zakresie jak oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp.

6. § 5 ust. 1

Zasadne wydaje się wskazanie, że środki dowodowe żądane od podmiotu udostępniającego zasoby powinny być spójne z zakresem wymagań zamawiającego w odniesieniu do wykonawcy.

Informacja taka pojawiła się w uzasadnieniu do projektu Rozporządzenia. Mając na uwadze spory doktrynalne narosłe wokół nowelizacji ustawy z 2016 r. i wskazanych w Rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów uregulowań (np. Informacja o wyniku kontroli uprzedniej - UZP/DKUE/KU/88/16) dotyczących zakresu żądania dokumentów podmiotowych od podmiotów trzecich, warto rozważyć przeniesienie regulacji z uzasadnienia do Rozporządzenia.

Proponowane brzmienie przepisu:

Zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 pkt 1 i 3-8, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Zakres żądanych podmiotowych środków dowodowych jest tożsamy z zakresem żądania tych środków od wykonawcy.

Do podmiotów udostępniających zasoby przepis § 4 stosuje się odpowiednio

7. § 5 ust. 2

Analogicznie do ww. uwagi – należy określić precyzyjnie zakres żądania podmiotowych środków dowodowych od podwykonawców nie będących podmiotami udostępniającymi zasoby.

Proponowane brzmienie przepisu:

Zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 pkt 1 i 3-8, dotyczących podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podwykonawców podstawy wykluczenia z postępowania. Zakres żądanych podmiotowych środków dowodowych jest tożsamy z zakresem żądania tych środków od wykonawcy. Do podwykonawców przepis § 4 stosuje się odpowiednio

8. § 7 ust. 1 ust. 2

Nie do końca zrozumiała jest regulacja tego paragrafu w szczególności do podmiotów zagranicznych. W uzasadnieniu oprócz wskazania zmiany w przepisie nie znajduje się wyjaśnienie intencji projektodawcy.

Wydaje się, że niesłusznie przyjęto, iż wykonawca powinien legitymować się członkostwem organizacji, jeśli to jest wymagane przepisami jego kraju.

Zamawiający krajowy nie powinni być obligowani do badania sytuacji prawnej innych krajów i każdorazowego analizowania czy dla danego zamówienia w innym kraju, w którym wykonawca ma siedzibę wymagane jest określone członkostwo, zezwolenie, licencja czy koncesja.

Zamawiający krajowy winien skupić się na wymaganiu tych uprawnień jakie są niezbędne do świadczenia określonych usług w RP.

9. § 9 ust. 1 pkt 1) i 2)

Proponujemy odstąpić od wskazywania w ww. regulacjach, że wykaz robót winien obejmować roboty „porównywalne z robotami stanowiącymi przedmiot zamówienia”,

bądź wykaz dostaw/usług winien obejmować usługi/dostawy „porównywalne z dostawami lub usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia”.

Intencja projektodawcy wyrażona w uzasadnieniu jest klarowna jednak nie do końca zrozumiałym jest próba przeniesienia kopii uregulowań dyrektywnych.

Wydaje się, że na gruncie Pzp nie jest to konieczne.

Ugruntowana już praktyka pokazuje, że wykaz robót czy usług zawsze stanowi odpowiednik warunku udziału w postępowaniu.

Nadto, art. 112 ust. 1 Pzp bezsprzecznie reguluje sposób określania warunku udziału w postępowaniu – proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia.

Proponowana w Rozporządzeniu regulacja może negatywnie wpłynąć na ukonstytuowaną już praktykę, wprowadzić spory i niepewność prawną po stronie uczestników postępowania, w szczególności, że również nomenklatura przywołanych regulacji (§ 9 ust. 1 pkt 1) i 2) Rozporządzenia i art. 112 ust. 1 Pzp) jest odmienna (proporcjonalny vs. porównywalny).

Ponadto rekomendujemy rozważenie uznania za odrębne podmiotowe środki dowodowe wykazów robót budowlanych, dostaw lub usług i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. W przypadku wymagania określenia referencyjnych robót, dostaw lub usług w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 Pzp nadmiernym wydaje w aktualnym i przyszłym stanie prawnym wymaganie ponownego ich podawania w wykazach. Rozdzielenie tych środków dowodowych umożliwi rezygnację z podwójnego składania oświadczenia o takim samym zakresie.

10. § 9 ust. 3

W uzasadnieniu do rozporządzenia w części dotyczącej oceny doświadczenia wykonawcy w powołaniu na doświadczenie nabyte w konsorcjum rekomendujemy przywołanie także innych wyroków Trybunału Sprawiedliwości UE, które powinny stanowić wskazówkę interpretacyjną w ocenie tego doświadczenia. Przykładowo w wyroku z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji sygn. C-399/05 Trybunał podkreślił, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum. Trybunał uznał zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci umiejętności zarządzania, administrowania określonym rodzajem i rozmiarem przedsięwzięć. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji.

Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali.¹

11. § 10

Regulacja tego paragrafu wydaje się zbędna wobec regulacji ustawowej, wyrażonej w art. 124 ust. 1 Pzp i art. 273 Pzp.

Uzasadnienie: Zamawiający ma ustawowe prawo odstąpić od żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji.

INNE UWAGI

12. § 3 pkt 3)

Zasadnym – przy okazji tworzenia nowych aktów prawnych – byłoby rozdzielenie regulacji dotyczącej dokumentów zastępujących zaświadczenia dotyczące opłacania składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne od dokumentów zastępujących informację z KRS/CEiDG.

Uzasadnienie: Regulacja w proponowanym kształcie jest nieczytelna.

13. § 9 ust. 5 i 6

Błędne odwołanie – zamiast ust. 1 pkt 14 i 15 powinien być ust. 1 pkt 12 i 13 Rozporządzenia.

14. § 10

Błędne odesłanie do § 5 – przepis nie dotyczy warunków udziału w postępowaniu.

15. § 14

¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2017-09-18, KIO 1854/17

Przepis wprowadza do Pzp nowe pojęcie formy dokumentowej, która w ustawie nie została wskazana. Mamy zdefiniowaną pisemność i chyba przy niej ustawodawca winien także w Projekcie pozostać

Deklarujemy wszelkie możliwe dalsze wsparcie w tym także spotkanie w trakcie prac nad Projektem nowego rozporządzenia.

Mając na względzie ułatwienie obustronnych kontaktów proponujemy kontakt roboczy poprzez pocztę elektroniczną Stowarzyszenia, adres: biuro@oskzp.pl.

W imieniu zarządu OSKZP

Przewodnicząca Zarządu

Ewa Wiktorowska

Członek Zarządu

Piotr Pieprzyca