

Opinia

stowarzyszenia Polski Kongres Drogowy

W sprawie projektu z dn. 19 grudnia 2012 r. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

UWAGI OGÓLNEJ NATURY

Uważamy, że przedstawiony Projekt może wpłynąć bardzo negatywnie na przebieg prowadzonych postępowań o zamówienie publiczne. Nie tylko nie usuwa mankamentów istniejącego Rozporządzenia, ale przede wszystkim wprowadza znacznie większą ilość informacji, których będzie wymagał zamawiający. Zamiast upraszczać postępowanie – bardzo je komplikuje. Reasumując, uważamy, że w obecnej formie projekt nie powinien być przedstawiony do podpisu Prezesowi Rady Ministrów.

Przykrym zaskoczeniem jest niewystarczająca jakość dokumentu z punktu widzenia dobrego stanowienia prawa. Zawarty 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.

Stąd też zapewne w projekcie pojawia się tak wiele niejasnych i niezdefiniowanych pojęć, przez co łatwo przewidzieć trudności interpretacyjne. Należy również zaznaczyć, że „uzasadnienie” do treści projektu porównuje tylko brzmienie przepisów obecnie obowiązującego rozporządzenia z projektem - bez jakiegokolwiek wyjaśnienia zasadności, czy też przesłanek jakimi kierowano się tworząc przedmiotowy projekt. A z definicji słowa „uzasadnienie” to zbiór argumentów, motywów, dowodów itp. uzasadniające czyjeś działanie.

Osobnym, ale pozostającym w istotnym związku z omawianym projektem rozporządzenia jest problem polegający na rozszerzeniu (art. 22 ust. 5 w porównaniu do ust. 1 PZP) katalogu „warunków”, których spełnienia wymaga się od wykonawcy, o dodatkowe „przymioty” (rzetelność, efektywność) w odniesieniu do których zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Określenie środków dowodowych, (dokumentów, oświadczeń, etc) służących ocenie przez zamawiającego „rzetelności” i „efektywności” wykonawcy przewidzianej w art. 22 ust. 5 PZP wykraczałoby poza zakres delegacji ustawowej przewidzianej w art. 25 ust. 2 PZP, gdyż dokumenty tam przewidziane służą wyłącznie

potwierdzeniu „warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” (vide art. 22 ust. 1 PZP), nie zaś innych „przymiotów” wykonawcy, o których mowa na wstępie. Z tego punktu widzenia przeciwko projektowi przedmiotowego rozporządzenia nie może być podniesiony zarzut „niezupełności” (nie wyczerpania zakresu delegacji ustawowej).

Nie można jednak przeoczyć, że wprowadzenie w samej ustawie dodatkowych „przymiotów” wykonawcy podlegających, poza spełnieniem formalnych warunków uczestnictwa w postępowaniu, ocenie zamawiającego, stawia przed zamawiającym trudny i podatny na wszelkie ewentualne zarzuty problem badania owych „przymiotów”, sposobu ich dokumentowania (wykazywania) przez wykonawcę, a na koniec przypisania im „wartości” decydujących o wyłonieniu wykonawcy po zakończeniu postępowania. Z punktu widzenia zasad prawidłowej legislacji rozwiązania problemu upatrywać można bądź w rozszerzeniu delegacji ustawowej (art. 22 ust. 5 PZP) bądź też zdefiniowaniu w samej ustawie omawianych „przymiotów” wykonawcy oraz wskazania sposobu ich oceny przez zamawiającego.

UWAGI DO POSZCZEGÓLNYCH ZAPISÓW

- 1. W miejsce wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, zamawiający będzie żądał wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem zaświadczeń zadowolającego wykonania robót oraz wskazaniem czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. (par.1 ust.1 pkt 2)**

Zapis zawiera pojęcia nieostre, niedookreślone. W szczególności pojęcie „zadowolającego wykonania robót” nie koreluje z określeniem KC o „należyтым wykonaniu”. Niejasne jest „zaświadczenie zadowolającego wykonania robót”. Czy zaświadczenie należy rozumieć tak jak w KPA skoro do zamówień publicznych nie stosuje się KPA? Inne nieostre pojęcie to „prawidłowo ukończone”. Żądanie wykazu robót budowlanych, a więc wszystkich robót w miejsce wykazu w zakresie niezbędnym do oceny spełniania warunków bardzo komplikuje postępowanie zamiast je uprościć. Trudno to sobie wyobrazić w przypadku wykonawców realizujących wiele zamówień. Wymóg jest zbędny i nadmierny.

Zasadnicze wątpliwości budzi również celowość żądania wykazu wszystkich wykonanych robót budowlanych i wszystkich wykonanych (lub wykonywanych) głównych dostaw lub usług. Wprowadzony w wyniku poprawki Senatu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp zastąpił powszechnie krytykowany przepis art. 24 ust. 1 pkt 1b. Koncepcja Senatu zakładała, że ocena przez Zamawiającego zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia byłaby dokonywana w oparciu o opisane

przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu i umożliwiła zamawiającemu uwzględnienie całokształtu uprzednio realizowanych przez wykonawcę zamówień. Tym samym ocena ta dokonywana byłaby przy uwzględnieniu zarówno zamówień wykonanych prawidłowo, jak i przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania zamówień.

Projektowane przepisy nie będą służyć realizacji tych celów. Zgodnie z koncepcją Senatu ocena rzetelności wykonawców miałyby być dokonywana z uwzględnieniem niewykonanych lub nieprawidłowo wykonanych zamówień publicznych. Projektowane przepisy § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia pozwalają jednak żądać Zamawiającemu wykazów wykonanych robót budowlanych oraz wykonanych głównych dostaw lub usług, nie przewidują natomiast zamieszczenia w wykazie informacji na temat robót, usług czy dostaw niewykonanych. Do wykazów wykonawcy będą obowiązani załączyć odpowiednio: a) w przypadku wykazu robót budowlanych – zaświadczenia zadowolającego wykonania robót, b) w przypadku wykazu dostaw lub usług – dowody, czy zostały wykonane należycie.

Z powyższego jasno wynika, że w wykazach trzeba będzie wskazać tylko i wyłącznie te roboty, usługi i dostawy, które zostały wykonane należycie, a nie te, które zostały wykonane nienależycie, dla tych ostatnich bowiem nie sposób będzie załączyć dokumentów. W rezultacie wykazy składane przez wykonawców, jakkolwiek obejmować będą znacznie więcej pozycji niż te składane obecnie, to jednak nie będą uwzględniać robót, usług i dostaw niewykonanych lub wykonanych nienależycie. Tym samym ocena rzetelności i efektywności wykonawców nie będzie mogła uwzględniać przypadków niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zamówień publicznych, gdyż Zamawiający nie będzie miał podstaw do żądania informacji na ten temat od wykonawców. Podsumowując, zakładany w projekcie rozporządzenia obowiązek przedstawiania dużo bardziej obszernych wykazów niż obecnie okazuje się niczemu nie służyć, a jedynie zwiększać biurokratyczne obciążenia wykonawców.

2. W miejsce wykazu wykonanych usług lub dostaw, zamawiający będzie żądał wykazu wykonanych „głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane należycie. (par. 1 ust.1 pkt 3)

Pojęcie „głównych dostaw lub usług” jest niezdefiniowane, co spowoduje niemożność obiektywnej oceny. Na gruncie ustawy PZP funkcjonują jedynie definicje pojęć „dostawa” i „usługa”, a także rozróżnia się „usługi o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym”. Jedną z konsekwencji nowych regulacji będzie to, że wykonawcy będą musieli składać znacznie bardziej obszerne wykazy niż obecnie, skoro mają one obejmować wszystkie wykonane roboty, dostawy i usługi, bez wskazania choćby nawet minimalnej ich wartości. Określenie użyte w rozporządzeniu, tj. główne dostawy lub usługi, budzi wątpliwości, nie wiadomo bowiem według jakiego

kryterium miałyby zostać przeprowadzony podział na usługi i dostawy będące i niebędące głównymi i w związku z tym jakie dostawy i usługi trzeba wskazać w wykazie, a jakie można pominąć. Nie wiadomo też, czy Zamawiający może w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu wskazać według jakich zasad miałyby nastąpić powyższe rozróżnienie

3. Proponuje się wyraźne wskazanie, iż ww. zaświadczeniami i dowodami są: zaświadczenie wydane lub poświadczone przez zamawiającego, zaświadczenie przez nabywcę niebędącego zamawiającym, a w razie braku takiego dokumentu – oświadczenie wykonawcy. (par.1 ust.1 pkt 3 lit. a,b)

Zaproponowane w projekcie rozwiązanie polegające na składaniu przez wykonawcę własnego oświadczenia, jako dowodu należytego wykonania dostaw lub usług budzi poważne wątpliwości. Można obawiać się, że znajdą się tacy wykonawcy, którzy opiszą w wykazie głównych dostaw lub usług fikcyjne realizacje i następnie przedstawią dla nich swoje oświadczenie. 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. Uznać zatem trzeba, że projektowany przepis ułatwi funkcjonowanie nieuczciwym wykonawcom, gdyż zyskają oni realną możliwość powoływania się na dostawy lub usługi nigdy nie wykonane. Z powyższych względów trzeba się opowiedzieć za utrzymaniem aktualnej regulacji, zgodnie z którą dokumenty załączane do wykazów nie mogą pochodzić od samego wykonawcy.

4. Zamawiający będzie mógł ograniczyć żądanie przedłożenia wykazu do najważniejszych zamówień a także ograniczyć obowiązek złożenia zaświadczeń do określonego rodzaju zamówień wskazywanych w wykazie (par.1 ust.2)

Ten zapis jest zbędny. Zgodnie z art. 25 Pzp zamawiający może żądać wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Przedstawianie wszystkich robót z okresu 5 lat lub usług z 3 lat może spowodować „wyciąganie” przez innych wykonawców wątpliwości dotyczących należytego wykonania i żądań wykluczenia tych wykonawców, co spowoduje przewlekłość postępowań.

Choć przepis daje Zamawiającemu prawo do ograniczenia zakresu informacji żądanych w wykazie, również budzi wątpliwości, posługuje się bowiem pojęciem zamówienia („najważniejszych zamówień” oraz zamówień określonego rodzaju), podczas gdy w projektowanym przepisie § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 mowa jest o wykazach robót budowlanych, dostaw i usług, a nie zamówień. Tym samym uznać trzeba, że w wykazach, tak jak to jest obecnie, wykonawcy mogą również wskazywać roboty budowlane, dostawy i usługi o charakterze komercyjnym, wykonane poza rynkiem zamówień publicznych. Powyższe rodzi zatem kolejne wątpliwości, tj. czy określenie

zamówienie użyte w § 1 ust. 2 projektu oznacza zamówienie publiczne w rozumieniu ustawy Pzp, czy może zamówienie w potocznym tego słowa znaczeniu, a zatem także zamówienia o charakterze komercyjnym. Jeżeli uznać, że zamówienie to wyłącznie zamówienie publiczne, konsekwentnie przyjąć trzeba będzie, iż Zamawiający na podstawie w § 1 ust. 2 projektu będzie mógł ograniczyć doświadczenie, na które może powołać się wykonawca, tylko do doświadczenia nabytego w ramach zamówień publicznych. Jeżeli to było intencją autora rozporządzenia, to projekt można w tym zakresie oceniać wyłącznie negatywnie. Po pierwsze, w świetle przepisów ustawy Pzp jak i dotychczasowej praktyki nie budzi żadnych wątpliwości, że wykonawcy mogą powoływać się na doświadczenie zdobyte również poza rynkiem zamówień publicznych. Po drugie, tak istotne ograniczenie praw wykonawcy, tj. pozbawienie możliwości powoływania się na doświadczenie płynące z realizacji zamówień niepublicznych, powinno być wprowadzone na poziomie ustawy, a nie aktu wykonawczego. Art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp mówi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, przy czym ustawa nie zastrzega, że chodzi o wiedzę i doświadczenie nabyte wyłącznie w toku realizacji zamówień publicznych.

5. W razie gdy wykaz lub zaświadczenia dotyczące robót budowlanych nie zawierają niezbędnych danych lub budzą wątpliwości, zamawiający może zwrócić się do właściwego organu o przedłożenie dodatkowych informacji lub zaświadczeń bezpośrednio zamawiającemu. (par. 1 ust.3)

Naszym zdaniem takie kompetencje należałoby uregulować w ustawie PZP. Ponadto ustawa już reguluje tryb uzupełniania oferty przez wykonawcę (art. 26 ust. 3) i niewyobrażalnym jest aby zamawiający uzupełniał, złożony przez wykonawcę wykaz, który „nie zawiera niezbędnych danych”. Tym samym zamawiający poza wiedzą wykonawcy dokonywałby czynności, które zmieniałyby treść złożonej oferty. Zatem należy się zastanowić czy tak składane oferty są jeszcze ofertami wykonawców czy też zamawiający sam sobie kompletuje „oferty wykonawców”?

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. 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. Ustawa Pzp bezwzględnie nakazuje Zamawiającemu w sytuacji niezłożenia dokumentu (przez co rozumie się także złożenie dokumentu niepotwierdzającego spełnianie 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 spełnianie 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 skutkowało 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 spełnianie 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 spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

6. Jeśli dostawy lub usługi mają charakter złożony lub wyjątkowo mają szczególne przeznaczenie, zamawiający może przeprowadzić, a upoważniony przez niego organ kraju wykonawcy, z zastrzeżeniem zgody tego organu, przeprowadza kontrolę możliwości produkcyjnych lub możliwości technicznych wykonawcy. (par. 1 ust. 4)

Naszym zdaniem kompetencje takie należałoby uregulować w ustawie PZP. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że ww. sytuacje mogą być przyczyną przeciągania się procedur, wobec określonych ustawą PZP terminów związania ofertą. Utrudnieniem będzie również brak określenia trybu postępowania, zwłaszcza co do terminu udzielenia odpowiedzi.

7. Zamawiający w miejsce obecnego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, będzie mógł żądać wykazu zaangażowanych pracowników technicznych lub instytucji technicznych niezależnie od tego czy są one częścią przedsiębiorstwa wykonawcy, przy czym w przypadku zamówień na roboty budowlane wykaz będzie obejmował pracowników i instytucje, którymi ten przedsiębiorca budowlany będzie dysponował do wykonania robót budowlanych.

8. Jednocześnie zamawiający będzie mógł żądać dokumentów potwierdzających wykształcenie i kwalifikacje zawodowe wykonawcy lub osób zarządzających przedsiębiorstwem wykonawcy, a także dokumentów potwierdzających wykształcenie osoby lub osób odpowiedzialnych za świadczenie usług lub kierowanie robotami budowlanymi. (par. 1 ust.1 pkt. 8)

Wydaje się, że sprawdzanie kwalifikacji i wykształcenia osób zarządzających przedsiębiorstwem jest zbędne i co najmniej niewłaściwe. Możliwość żądania dokumentów potwierdzających wykształcenie osoby lub osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi nic Zamawiającemu nie da. W świetle przepisów ustawy Prawo budowlane istotne jest bowiem nie tyle wykształcenie danej osoby, co rodzaj i zakres posiadanych przez nią uprawnień budowlanych. Projektowane przepisy w tej kwestii powielają obecnie obowiązujące regulacje, tj. pozwalają jedynie żądać oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień (§ 1 ust. 1 pkt 9). Trudno zrozumieć zatem dlaczego Zamawiający zyskują możliwość weryfikacji informacji na temat wykształcenia osoby lub osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, a nadal nie będą mogli żądać dokumentów potwierdzających posiadanie przez takie osoby uprawnień budowlanych.

- 9. W sytuacji gdy wykonawca polega na zasobach innych podmiotów, zamawiający będzie mógł żądać od wykonawcy przedstawienia dokumentów dotyczących braku podstaw do wykluczenia tych podmiotów z postępowania. Zamawiający będzie żądał przedłożenia: I. sprawozdania finansowego lub jego części za okres trzech lat obrotowych, II. informacji banku w którym wykonawca posiada rachunek potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, III. Oplaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od OC.**
- 10. Jeśli wykonawca polega na zdolnościach innych podmiotów, zamawiający może także żądać oświadczenia o solidarnej odpowiedzialności tych podmiotów z wykonawcą. (par. 1 ust. 5)**

Jest to zapis nieprecyzyjny. Nie wiadomo czy chodzi o solidarną odpowiedzialność osób trzecich z wykonawcą za wykonanie umowy wobec zamawiającego. Wydaje się, że wobec treści art. 26 ust. 2 b) Pzp bardziej celowe byłoby żądanie złożenia przez podwykonawcę ujawnionego w ofercie, zobowiązania do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy wobec zamawiającego.

- 11. Jeżeli wykonawca polega na zasobach innych podmiotów, a „z okoliczności wynika, iż w celu zapewnienia właściwej realizacji zamówienia konieczny jest ich udział”, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w par.3 (par. 1 ust. 6)**

Zapis niewłaściwy gdyż to wykonawca decyduje o tym, czy konieczny jest udział podwykonawców w wykonaniu zamówienia, a nie zamawiający. Przy proponowanym

zapisie to zamawiający miałby decydować, że udział podwykonawców jest konieczny i żądać na to dokumentów na podstawie niejasnych „okoliczności”. Wydaje się, że ocena tych okoliczności nie jest możliwa przez zamawiającego w sposób rzetelny.

12. W celu potwierdzenia, że oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: próbek, opisów lub fotografii, których autentyczność musi zostać zaświadczona na żądanie zamawiającego. (par. 6 ust. 1 pkt 1)

Nie jest określone kto może potwierdzić/zaświadczyć autentyczność próbek opisów lub fotografii. Wydaje się, że uprawnionym do tego będzie jedynie wykonawca, jednak przepisy nie rozstrzygają tej kwestii jednoznacznie, co dziwi tym bardziej, że np. co do kopii dokumentów stanowią wprost, że mają być one poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Natomiast co do użytego w projekcie rozporządzenia określenia autentyczność, to uznać trzeba, iż oznacza ono w tym wypadku zgodność z rzeczywistością. Zatem żądane przez Zamawiającego zaświadczenie autentyczności ma służyć potwierdzeniu, że próbka, opis lub fotografia dotyczą czy przedstawiają faktycznie istniejące przedmioty.