

PIOTR SCHMIDT

Uniwersytet Wrocławski
piotr.schmidt@prawo.uni.wroc.pl

Dokumenty, jakich zamawiający mogą żądać od wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego po nowelizacji z 2013 r. — komentarz do wybranych regulacji

1. Zagadnienia wstępne

System zamówień publicznych w Polsce opiera się przede wszystkim na ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹ (dalej: ustawa pzp), która do polskiego systemu prawnego implementuje rozwiązania obowiązujące w Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych². Uzupełniają go akty wykonawcze do przywołanej ustawy oraz inne akty prawne rangi ustawowej, jak chociażby ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. W ramach wskazanych granic zamawiający udzielają zamówień publicznych we właściwych procedurach, uzależnionych od rodzaju zamówienia. Niewątpliwie najczęściej stosowana jest ustawa pzp, wielokrotnie zmieniana, nawet w fundamentalny sposób. Przez wiele lat nie nowelizowano niezwykle istotnego aktu wykonawczego do ustawy pzp, to znaczy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.

² Dyrektywa klasyczna (2004/18/EC), dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi oraz dostawy, oraz dyrektywa sektorowa (2004/17/EC), koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorze gospodarki wodnej, energii, transportu i usług pocztowych.

te dokumenty mogą być składane³ (dalej: rozporządzenie). Wraz z kolejną dużą nowelizacją ustawy pzp, której regulacje weszły w życie z 20 lutego 2013 r., wprowadzono wiele nowych unormowań procesów udzielania zamówień publicznych, które w znacznym stopniu przyczyniły się do wprowadzenia analogicznych zmian w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane⁴. Kilka miesięcy funkcjonowania nowych regulacji umożliwiła już sformułowanie pierwszych komentarzy względem skutków wprowadzenia omawianej regulacji, niestety w znacznej mierze negatywnych.

Prawodawca w art. 25 ustawy pzp określił, jakich dokumentów zamawiający mogą żądać od wykonawców celem udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniu zatem o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: warunków udziału w postępowaniu, przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego — zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Będą to przede wszystkim oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków podmiotowych i przedmiotowych udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofertę. Zamawiający nie ma bezwzględnej swobody w formułowaniu swoich żądań względem wykonawców w tym zakresie, ograniczony jest bowiem dyspozycją art. 26 ustawy pzp⁵.

³ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Dz.U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817.

⁴ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Dz.U. z 2013 r., poz. 231.

⁵ Art. 26 „1. Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

2. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

2a. Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.

2b. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie

Prawodawca, formułując brzmienie przepisów w art. 25, chciał ograniczyć żądania zamawiających do zakresu niezbędnego do prawidłowego przeprowadzenia postępowania. Uwzględnił też, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, więc należy jednocześnie ograniczyć jego zbiurokratyzowanie. Słusznie zatem wyznaczył zamawiającym granice weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia oraz zgodności oferowanych usług, dostaw czy robót budowlanych z wymogami określonymi szczególnie w opisie przedmiotu zamówienia i pozostałych postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający, jeżeli zamierza żądać szczególnych oświadczeń czy dokumentów od wykonawców, musi swoje oczekiwania sprecyzować w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Oznacza to, że wymagane oświadczenia lub dokumenty muszą zostać wymienione w ogłoszeniu o zamówienie i jednym z pozostałych wymienionych źródeł w zależności od zastosowanego trybu postępowania. Obowiązek ten odnosi się do wszystkich oświadczeń niezbędnych do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz każdego z dokumentów.

Artykuł 25 ust. 2 ustawy pzp daje normatywną podstawę do wydania przez Prezesa Rady Ministrów rozporządzenia, w którym określi rodzaje dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz for-

od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

2c. Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.

2d. Wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Przepisy ust. 3 i 4 stosuje się.

3. Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1”.

my, w których mogą być składane. Obecnie obowiązujące rozporządzenie z dnia 19 lutego 2013 r. grupuje dokumenty w pięciu paragrafach. W paragrafie pierwszym wymieniono dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków opisanych w art. 22 ust. 1 ustawy pzp. W paragrafie drugim wymieniono dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków opisanych w art. 22 ust. 1 dla zamówień opisanych w art. 131a, to znaczy w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W paragrafie trzecim określono dokumenty mające wykazać brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Paragraf czwarty znajduje zastosowanie w stosunku do dokumentów składanych przez wykonawców mających siedzibę poza granicami Polski, paragraf szósty zaś dotyczy dokumentów, które potwierdzać mają jakość produktów lub odpowiednie organizowanie funkcjonowania wykonawcy. Te ostatnie nie są dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający musi żądać od wykonawców przedstawienia dokumentów w postępowaniach o wartości przekraczającej równowartość kwot 130 tys. lub 200 tys. euro w wypadku dostaw lub usług (kwota zależy od rodzaju zamawiającego — a dodatkowo w wypadku zamówień sektorowych oraz w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa wynosi to 400 tys. euro) oraz 5 mln euro dla robót budowlanych, czyli w tak zwanych postępowaniach ponadprogowych albo unijnych. W tych postępowaniach zamawiający musi żądać wszystkich dokumentów podmiotowych potwierdzających nieistnienie podstaw do wykluczenia wykonawcy oraz w zależności od tego, jak określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, osobowym, ekonomicznym, finansowym oraz odpowiednią wiedzą, doświadczeniem i uprawnieniami — także dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków. W postępowaniach poniżej kwot określonych wcześniej zamawiający może żądać dowolnych dokumentów z tych określonych w rozporządzeniu. Bez względu na wartość zamówienia nie można żądać dokumentów od wykonawców, nie stawiając najpierw warunków do spełnienia. Wykonawca może złożyć w każdym przypadku dokumenty w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Wspomniana wcześniej nowelizacja ustawy pzp wynikała w głównej mierze z konieczności dostosowania polskiego ustawodawstwa w dziedzinie zamówień publicznych do wymogów Unii Europejskiej. Praktycy oczekiwali, że wraz z nią uporządkowane zostaną, wręcz uproszczone, wymagania względem dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dążąc do maksymalnego odbiurokratyzowania i tak już dość restrykcyjnego postępowania. Okazało się jednak, że wielu propozycji zgłaszanych przez zamawiających i wykonawców prawodawca nie uwzględnił, komplikując niektóre już istniejące rozwiązania lub tworząc nowe, których w praktyce nie sposób zrealizować. Wcześniej obowiązujące rozporzą-

dzenie z dnia 30 grudnia 2009 r. zastąpiono nowym — z dnia 19 lutego 2013 r., nie zmieniając jego tytułu.

2. Nowa regulacja w zakresie dokumentów przedmiotowych

Pierwsza istotna zmiana nastąpiła w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia. W stanie prawnym obowiązującym wcześniej przywołane przepisy brzmiały:

2) wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone;

3) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Obecnie pkt 2 i 3 w § 1 ust. 1 rozporządzenia brzmią następująco:

2) wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty, oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone;

3) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Przed wszystkim należy odnieść się do nowej kategorii dowody potwierdzające, że określone w wykazach roboty budowlane, usługi albo dostawy zostały wykonane należycie. W ust. 2 omawianego paragrafu prawodawca konstruuje swoistą definicję tego, co należy rozumieć przez dowody:

2. Dowodami, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, są:

1) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

2) w przypadku zamówień na roboty budowlane — inne dokumenty — jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1;

3) w przypadku zamówień na dostawy lub usługi — oświadczenie wykonawcy — jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1.

Rodzi się pytanie, czym jest to poświadczenie oraz jaką formę powinno przyjąć. W obrocie prawnym funkcjonuje kilka rodzajów poświadczeń — poświadczenie dziedziczenia wystawiane spadkobiercom w formie aktu notarialnego, poświadczenie bezpieczeństwa wystawiane w trybie ustawy o dostępie do informacji niejawnych czy chociażby poświadczenie znajomości języka polskiego przez cudzoziemca wystawiane w trybie ustawy o języku polskim. Każde z tych poświadczeń jest dość dokładnie opisane w przepisach ich dotyczących, nie można natomiast powiedzieć tego o poświadczeniu z omawianego rozporządzenia, szczególnie w zakresie formy tego dokumentu. Już sam prawodawca zdaje się dostrzegać ten problem, formułując pkt 2 i 3 w ust. 2 § 1 rozporządzenia określające wyjątki od obowiązku przedłożenia poświadczenia.

W poprzednio obowiązującym rozporządzeniu zamawiający mógł żądać dokumentów potwierdzających, że odpowiednio robota budowlana, usługa czy dostawa, ujawnione w wykazie, zostały wykonane należycie. Takie sformułowanie dawało zamawiającym, ale też wykonawcom dużą dozę swobody odnośnie do składanych w tym zakresie dowodów. Mogły to być referencje, protokoły odbioru czy inne oświadczenia odbiorców świadczeń, z których miało wynikać należyte ich wykonanie, bez względu na nazwę takiego dokumentu. W obecnym stanie prawnym przede wszystkim należy żądać konkretnie nazwanego dokumentu — poświadczenia, co do którego tak naprawdę nie wiadomo, czym jest, i to zamawiający będzie musiał uznaniowo rozstrzygać, czy złożony przez wykonawcę dokument można zakwalifikować jako poświadczenie. W mojej ocenie prawodawca poświadczeniem dość niefortunnie nazwał po prostu referencje, kreując je w ten sposób na dokument o najwyższym znaczeniu.

Zmianę dotyczącą dokumentów mających potwierdzić należyte wykonanie wskazanych w wykazach robót budowlanych, dostaw lub usług można tłumaczyć chęcią prawodawcy do stworzenia swoistej hierarchii tych dokumentów. Otóż teraz zawsze zamawiający żąda od wykonawców przede wszystkim poświadczenia, a dopiero gdy takiego poświadczenia nie można uzyskać, to w przypadku robót budowlanych wykonawca składa inne dokumenty niż poświadczenie (na przykład protokoły odbioru), natomiast w przypadku dostaw i usług składa oświadczenie własne, że wskazane dostawy lub usługi wykonał należycie. Takie rozwiązanie miało, jak sędzę, w zamierzeniach prawodawcy zwiększyć u zamawiającego pewność, że wykonawca jest rzetelny. Jednak moim zdaniem skutek będzie zgoła inny. Dotychczas wykonawca miał przedstawić dowolny dokument potwierdzający, że wskazane w wykazie zamówienie wykonał należycie. Teraz, gdy zamawiający

stwierdzi, że wykonawca nie złożył poświadczenia, tylko inny dokument, będzie musiał wezwać wykonawcę do uzasadnienia, dlaczego nie złożył poświadczenia, a następnie będzie musiał ocenić, czy powód niezłożenia poświadczenia jest rzeczywiście obiektywny. Skutkiem tego będzie wydłużenie się postępowania, i to w najlepszym wypadku. Otóż wystarczy, że wykonawca na wezwanie zamawiającego napisze, że zwrócił się do podmiotu, na którego rzecz wykonywał zamówienie, by ten wystawił mu poświadczenie, ale ów takiego poświadczenia z jakiejś przyczyny nie wydał, w ten właśnie sposób uzasadniając, że powód, przez który nie złożył poświadczenia, miał obiektywny charakter. Takie wyjaśnienie zamawiający będzie musiał przyjąć. Prawdopodobne jest, że wykonawcy będą chętnie z tej metody korzystali, omijając tak przepisy dotyczące obowiązku przedkładania poświadczeń. Poza tym, skoro praktyka wskazuje, że za poświadczenie należałoby uznać referencje, to w rzeczywistości omawiana zmiana jest fasadowa, bo większość wykonawcy składa referencje jako dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia wskazanego w wykazie robót budowlanych, usług albo dostaw.

Dalsza analiza § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 wskazuje na konieczność zinterpretowania, czym są „najważniejsze roboty budowlane” oraz „główne dostawy lub usługi”. J. Olszewska-Stompel w swoim komentarzu wskazuje:

określenia: „głównych dostaw lub usług” i „najważniejszych robót budowlanych” mogą być kłopotliwe dla wykonawcy, a także prowadzić do unikania przez wykonawcę podawania obiektywnych danych, wprowadza się regulację, zgodnie z którą zamawiający będzie mógł doprecyzować dostawy lub usługi, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożenia poświadczeń⁶.

Analiza tekstów pierwotnego w języku angielskim i omawianego w niniejszym opracowaniu pozwala na stwierdzenie, że oba pojęcia należy uznać za tożsame, albowiem w angielskiej wersji dyrektywy, będącej podstawą krajowego rozporządzenia, użyto tego samego słowa, które w Polsce z niewiadomych przyczyn zostało różnie przetłumaczone. Dodatkowo należy stwierdzić, że to rolą zamawiającego będzie określenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co on uzna za „najważniejsze roboty” czy „główne dostawy lub usługi”. Pozostawienie tu dowolności wykonawcom może spowodować, że składanych przez nich ofert nie będzie można obiektywnie porównać.

Pozytywną zmianą jest wprowadzenie przepisu umożliwiającego wykonawcy nieprzedkładanie dowodu należytego wykonania zamówienia na rzecz zamawiającego prowadzącego postępowanie, w którym wykonawca „obecnie” bierze udział. Rozwiązanie takie przewidziane zostało w ust. 3 omawianego § 1 rozporządzenia i jest słuszne — zamawiający sam może w ramach własnych struktur

⁶ J. Olszewska-Stompel, *Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane. Komentarz*, LEX 2013, www.lex.pl/wolterskluwer.pl (dostęp: 18 listopada 2013).

organizacyjnych sprawdzić, czy opisane w wykazie zamówienie rzeczywiście zostało wykonane zgodnie z jego oczekiwaniami. Ta procedura niestety wydłużyła całe postępowanie na etapie badania złożonych ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, szczególnie dla zamawiających funkcjonujących w wielu oddalonych od siebie lokalizacjach, jak na przykład ZUS. Jednak każde rozwiązanie zmniejszające dla wykonawcy uciążliwość postępowania należy ocenić pozytywnie.

Zupełnie nowym rozwiązaniem jest umożliwienie zamawiającemu żądania od wykonawcy ujawnienia zamówień niewykonanych lub wykonanych nienależycie, na podstawie § 1 ust. 4 rozporządzenia. Przy próbie jego zastosowania może być kłopot. Mianowicie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający musi określić, co rozumie przez „zamówienie niewykonane” oraz „zamówienie nienależycie wykonane”, a także swoiste progi niewykonalności i nienależitości, za które należałoby uznać liczbę zamówień niewykonanych lub nienależycie wykonanych, ujawnionych w wykazie pośród wszystkich, jakie się w nim znajdują. Słuszne wydaje się też twierdzenie, że w wypadku żądania wykazania takich zamówień należałoby żądać wykazania wszystkich zrealizowanych zamówień w określonym czasie bez względu na to, czy je wykonano, nie wykonano albo wykonano nienależycie, albowiem dopiero wówczas można rzetelnie ocenić wykonawców i porównać ich z sobą. Ponadto zamawiający musi dokładnie opisać, w jaki sposób taki wykaz będzie oceniany. Nadmienić należy, że pośród zamówień niewykonanych lub nienależycie wykonanych można wyodrębniać też najważniejsze roboty budowlane niewykonane lub nienależycie wykonane oraz główne dostawy lub usługi niewykonane lub nienależycie wykonane. To tym bardziej komplikuje omawianą problematykę i nie służy uproszczeniu procedury udzielania zamówień publicznych. Pomocny tu wydaje się pogląd J. Olszewskiej-Stompień, która trafnie stara się zinterpretować cel omawianej regulacji (opiera się na opinii Urzędu Zamówień Publicznych):

Aby zinterpretować pojęcie niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, posłużyć się można opinią UZP i zgodnie z nią odnieść się do odpowiednich przepisów kodeksu cywilnego dotyczących wykonywania zobowiązań.

Jak wskazuje opinia wydana przez UZP, termin „niewykonanie zamówienia” pokrywa się z pojęciem „niewykonanie zobowiązania” w rozumieniu art. 471 k.c. Z „niewykonaniem zamówienia” mamy do czynienia w sytuacji, gdy świadczenie określone w umowie nie zostało w ogóle spełnione. Natomiast przy interpretacji terminu „nienależyte wykonanie zamówienia” należy sięgnąć do pojęcia „nienależytego wykonania zobowiązania” w rozumieniu art. 471 k.c. Jak podkreślają autorzy opinii, określenie „nienależyte wykonanie zobowiązania” jest tak ogólne, a zarazem pojemne, że nie sposób wyczerpująco wskazać wszystkich sytuacji, w których takie wykonanie ma miejsce. Może bowiem być ich tyle, ile zachodzi rodzajów indywidualnych świadczeń. Ogólnie ujmując, z nienależytym wykonaniem zobowiązania będziemy mieli do czynienia, w przypadku gdy pomimo jego wykonania interes wierzyciela nie został zaspokojony w sposób wynikający z treści zobowiązania. W takim znaczeniu o nienależytym wykonaniu zamówienia można mówić w aspekcie:

a) niezachowania terminu, czyli zwłoki w spełnieniu świadczenia (np. opóźnienie dostawy, niedochowanie terminu oddania robót),

b) niewłaściwego miejsca spełnienia świadczenia,
c) wadliwości świadczenia pod względem jakości w szerokim rozumieniu tego słowa (np. świadczenie rzeczy uszkodzonej, brak opakowania i innych walorów promocyjnych lub ich niewłaściwość, nieprawidłowe składowanie, niezawiadomienie o przesłaniu lub nadejściu przesyłki itd.)⁷.

Pozytywnie należy ocenić możliwość zwrócenia się przez zamawiającego do podmiotu, na którego rzecz wykonawca realizował zamówienie ujawnione w wykazie, z prośbą o wyjaśnienie względem rzetelności wykonawcy, o ile spełnione zostaną przesłanki opisane w przepisach § 1 ust. 5 rozporządzenia:

W razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

Samo założenie jest jak najbardziej dobre, jednak sformułowanie przepisu daje zamawiającemu nieograniczone możliwości weryfikowania oświadczeń wykonawcy niejako u źródła, przez zastosowanie zwrotu „w razie konieczności, szczególnie”. Taki stan rzeczy może prowadzić do negatywnych zjawisk i nadużywania tego uprawnienia przez zamawiających ze szkodą dla całego systemu zamówień publicznych i wykonawców, dając podstawy do formułowania zarzutów o subiektywizowanie postępowań. Ponadto niejako nakazuje podawać w wątpliwość każde oświadczenie wykonawcy, odchodząc tym samym od zasady opierania się w ocenianiu ofert i wniosków na oświadczeniach wykonawców, które w założeniu składają w dobrej wierze. Pozytywnie należy ocenić przepis ust. 6 § 1 rozporządzenia. Na jego podstawie zamawiający:

Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:

1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy — dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9–11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2) dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Innymi słowy, jeżeli wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu korzysta z potencjału finansowego lub ekonomicznego

⁷ *Ibidem*.

podmiotu trzeciego, zamawiający może od tego podmiotu zażądać określonych dokumentów (sprawozdania finansowego lub jego części, informacji z banku lub SKOK lub opłaconej polisy). Dokumentów, o których mowa w pkt 2 ust. 6, zamawiający może żądać od wykonawcy w wezwaniu do wyjaśnienia, o ile uzna, że takie wyjaśnienia są niezbędne.

Rozwiązanie to jest podyktowane koniecznością doprecyzowania zasad korzystania z potencjałów podmiotów trzecich przez wykonawcę. Wielokrotnie zdarzało się w praktyce, że wykonawcy korzystali z potencjałów podmiotów trzecich jedynie „na papierze”, tylko by spełnić warunki udziału i uzyskać zamówienie. W trakcie realizacji natomiast okazywało się, że wybrany wykonawca nie był w stanie zamówienia wykonać, nie dysponował bowiem opisanym w ofercie potencjałem.

Kilka słów poświęcić należy instytucji zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy swojego potencjału. Wykonawca, który w wykazie powołuje się na cudzy potencjał, musi zgodnie z art. 26 ust. 2b *in fine* przedstawić pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Dotychczas takie brzmienie przepisu budziło nieuzasadnione wątpliwości zamawiających w kwestii tego, co należy rozumieć przez „pisemne zobowiązanie” i w jakiej formie powinno zostać złożone. Zamawiający wywodzili, że przedmiotowe zobowiązanie powinno zostać złożone w formie pisemnej i w formie oryginału, co uznać należy za niewłaściwe. Prawodawca formę pisemną w ustawie pzp przewidział jedynie odnośnie do dwóch czynności — złożenia oferty i wniesienia odwołania. W związku z tym zobowiązanie podmiotu trzeciego może zostać złożone w dowolnej formie wyrażonej na piśmie, które może zostać złożone jako kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Wykluczone jest więc złożenie takiego zobowiązania w formie ustnej. Przyjęcie odmiennego poglądu stałoby w sprzeczność z treścią art. 27 ust. 1 ustawy pzp⁸. Potwierdza to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 grudnia 2012 r.⁹:

z treści art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. nie wynika obowiązek zachowania formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego według zasad wynikających z art. 78 § 1 k.c. w związku z art. 14 ustawy P.z.p. W ocenie Izby zwrot w art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. oznacza, że zobowiązanie podmiotu ma mieć charakter pisemny to znaczy odzwierciedlony na piśmie niekoniecznie w formie oryginału. Bowiem ustawodawca o formie pisemnej zastrzegł np.: w art. 82 ust. 2 ustawy P.z.p. regulując, że oferty pod rygorem nieważności składa się w formie pisemnej albo za zgodą zamawiającego w postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Kolejny zapis o formie pisemnej to art. 180 ust. 4 ustawy P.z.p. odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego

⁸ Art. 27. 1. W postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.

⁹ KIO 2767/12, www.lex.online.wolterskluwer.pl (dostęp: 3 września 2013).

certyfikatu. W przepisach tych mówi się o formie pisemnej, a nie o pisemnym zobowiązaniu. Co do zasady zobowiązanie podmiotu trzeciego jest dokumentem na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i chociaż rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy P.z.p. nie wymienia zobowiązania z art. 26 ust. 2B, to odnosi się do niego reguła § 6 ustawy P.z.p. potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków z art. 22 ust. 1 ustawy (w tym przypadku wiedzy i doświadczenia). W ocenie Izby sformułowanie art. 26 ust. 2b „przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie” nie wyklucza prawa wykonawcy do dostarczenia pisemnego zobowiązania w formie dokumentu potwierdzonego za zgodność z oryginałem. Reasumując, w ocenie Izby pisemność zobowiązania podmiotu trzeciego nie oznacza obowiązku dostarczenia wraz z ofertą oryginału tego zobowiązania.

Należy zaznaczyć, że po zmianie rozporządzenia nadal przepisy § 1 wymagają wykładni uwzględniającej stosowanie zasady równości i konkurencyjności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Inna jest sytuacja wykonawców, którzy już wykonali zamówienie, zdobywając określoną wiedzę i doświadczenie, inna jest sytuacja tych wykonawców, którzy je wykonują w ramach świadczeń ciągłych i okresowych i także zdobyli określoną wiedzę i doświadczenie, a jeszcze zupełnie odmienne są uwarunkowania przedsiębiorców dopiero rozpoczynających działalność i tym samym zdobywających właśnie wiedzę i doświadczenie. Nie oznacza to jednak, że przepis ten ogranicza dostępność tych wykonawców do uzyskania zamówienia, szczególnie tych ostatnich. Wprost przeciwnie — cały system zamówień publicznych jest otwarty na konkurencyjność uczestników obrotu zamówień publicznych¹⁰.

W stosunku do regulacji dotyczącej dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w dziedzinach bezpieczeństwa i obronności, w § 2 rozporządzenia znajduje się generalny przepis odsyłający do zasad żądania dokumentów przedmiotowych, opisanych w § 1 rozporządzenia, z takim wyjątkiem, że wykaz głównych dostaw lub usług dotyczyć powinien ostatnich pięciu lat. Dodatkowo w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenie przewiduje, że w wypadku tych zamówień zamawiający może żądać także:

a) oświadczenia na temat narzędzi, materiałów i urządzeń technicznych, liczebności personelu i jego wiedzy specjalistycznej lub źródeł zaopatrzenia, wraz z opisem położenia geograficznego [...],

b) regulacji prawnych państwa wykonawcy oraz regulacji wewnętrznych wykonawcy, dotyczących własności intelektualnej,

c) w przypadku zamówień, w których zamawiający wskazał na możliwość dostawy równoważnego sprzętu wojskowego lub niewrażliwego sprzętu:

— zaświadczenia sporządzonego przez uznane, właściwe urzędowe instytucje lub agencje kontroli jakości i wyraźnie potwierdzającego zgodność oferowanego równoważnego sprzętu wojskowego przy odniesieniu do specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub norm,

— dokumentów dotyczących badania typu,

d) dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie wymagań związanych z wykonaniem zamówienia dotyczących zapewnienia bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw,

¹⁰ Por. wyrok KIO z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt KIO 944/13; KIO 946/13.

e) w przypadku zamówień, które wiążą się z przetwarzaniem informacji niejawnych, wymagają do nich dostępu, ich wykorzystania lub je zawierają — dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do ochrony tych informacji i ich przetwarzania na poziomie wymaganym przez odrębne przepisy, w szczególności odpowiedniego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, poświadczenia bezpieczeństwa oraz zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

Dokumenty wskazane w § 2 ust. 1 pkt 2 lit. e, potwierdzające zdolność wykonawcy do przetwarzania informacji niejawnych, muszą spełniać wymagania wynikające z odpowiednich przepisów dotyczących ochrony informacji niejawnych, szczególnie ustawy z dnia 5 sierpnia 2012 r. o ochronie informacji niejawnych¹¹. Zamawiający musi uznać dokumenty uprawniające do dostępu do informacji niejawnych wydane przez inne państwa, jeżeli są odpowiednie do poświadczeń bezpieczeństwa o podobnej klauzuli tajności, wydanych zgodnie z przepisami dotyczącymi ochrony informacji niejawnych. Zamawiający w przypadku powzięcia wątpliwości w stosunku do takiego poświadczenia może zwrócić się do właściwych organów o przedstawienie potwierdzenia odpowiedniości poświadczenia bezpieczeństwa o adekwatnej klauzuli tajności wydanego w innym państwie.

Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i chce uzyskać zamówienie w zakresie bezpieczeństwa i obronności, zamiast dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 1, to znaczy dokumentów potwierdzających uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności koncesji, zezwolenia lub licencji — składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma miejsce zamieszkania lub siedzibę, potwierdzające odpowiednio, że jest uprawniony do wykonywania działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

3. Nowa regulacja w zakresie dokumentów podmiotowych

Przepisy dotyczące dokumentów podmiotowych, jakich zamawiający może żądać od wykonawców w toku postępowania, poddano na pierwszy rzut oka kosmetycznym zmianom. Przede wszystkim przed nowelizacją omawiane przepisy znajdowały się w § 2 rozporządzenia. Wskutek wprowadzenia nowej kategorii zamówień — zamówień w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności, konieczne stało się wprowadzenie właściwych przepisów odnośnie do dokumentów przedmiotowych, jakich może żądać zamawiający w postępowaniach w zakresie zamówień w dziedzinach tu wskazanych. Właściwa regulacja została przeprowadzona w § 2

¹¹ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2012 r. o ochronie informacji niejawnych, Dz.U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228.

rozporządzenia w nowym brzmieniu, a co za tym idzie — przepisy odnośnie do dokumentów podmiotowych ujęto w § 3 rozporządzenia.

Na szczególną uwagę zasługuje przepis § 3 ust. 1 pkt 2 znowelizowanego rozporządzenia, który stanowi:

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 z centralnej ewidencji i informacji o 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.

W minionym stanie prawnym ów przepis brzmiał:

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, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, 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.

Omawiana regulacja budzi kilka wątpliwości. Po pierwsze, wciąż nie wiadomo, czym jest „właściwy rejestr”. W praktyce stosowania ustawy pzp utarło się, że prawodawca miał na myśli Krajowy Rejestr Sądowy (KRS). Jednak wykonawca na żądanie zamawiającego wcale nie musi przedkładać odpisu z KRS. Wynika to z tego, że z żadnego przepisu prawa nie wynika, iż ma to być odpis z publicznego rejestru. Wystarczy, by w rejestrze znajdowały się informacje o upadłości lub otwartej likwidacji wykonawcy¹², aby odpisem z takiego rejestru móc się skutecznie posługiwać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto od dawna zastrzeżenia budził sam obowiązek składania aktualnego odpisu z KRS, zwłaszcza że KRS jest ogólnie dostępny w sieci Internet. Za pośrednictwem portalu internetowego¹³ prowadzonego przez Ministerstwo Sprawiedliwości każdy zainteresowany może wygenerować odpis, który *nota bene* ma charakter dokumentu oryginalnego (o ile ma numer i datę wygenerowania). Z tak wytworzonego dokumentu można odczytać wszystkie informacje, których weryfikacja była dla zamawiającego istotna, czyli kwestie upadłości i otwartej likwidacji oraz pośrednio reprezentacji wykonawcy.

¹² Por. art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

¹³ <https://ems.ms.gov.pl/krs/wyszukiwaniepodmiotu>.

Największe kontrowersje budzi wprowadzenie obowiązku żądania aktualnego odpisu z CEIDG. Jest to rozwiązanie wątpliwe, ponieważ niniejszy rejestr jest też dostępny elektronicznie, każdy zainteresowany może w nim sprawdzić wszelkie niezbędne informacje o osobach fizycznych wykonujących działalność gospodarczą. Co bardziej znamienne, w CEIDG nie umieszcza się informacji o upadłości albo otwartej likwidacji, albowiem osoba fizyczna nie może znaleźć się w stanie upadłości bądź względem niej nie można otworzyć likwidacji, zatem odpis tego rejestru nie spełnia ustawowej przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. W piśmiennictwie poruszany jest jeszcze jeden problem dotyczący CEIDG w odniesieniu do zamówień publicznych. Znowelizowana 1 stycznia 2012 r. ustawa o swobodzie działalności gospodarczej¹⁴ jednoznacznie stwierdza w art. 38 ust. 5, że: „Organy administracji publicznej nie mogą domagać się od przedsiębiorców okazywania, przekazywania lub załączania do wniosków zaświadczeń o wpisie w CEIDG”, zatem czy jeżeli zamawiającym jest organ administracji, przywołany przepis znajduje zastosowanie? W opinii prawnej¹⁵ opublikowanej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) autor wskazuje, że odpisu CEIDG zamawiający mogą — wręcz powinni — żądać, ze względu na to, że w zakresie pzp organy administracji działają w sferze dominium, a nie imperium, co implikuje nieobowiązywanie przepisu art. 38 ust. 5 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

Przedmiotowy spór dotyczy w swej istocie statusu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności czy jest to postępowanie cywilne, czy raczej postępowanie administracyjne, a co za tym idzie — czy w jego ramach organ administracji działa z wykorzystaniem władztwa, czy też jako równorzędny uczestnik postępowania¹⁶. Opinia UZP formułowana jest przez pryzmat definicji zamawiającego zawartej w ustawie pzp, z której jednoznacznie wynika, iż nie tylko podmioty prawa publicznego mogą być zamawiającymi. Przyjęcie poglądu, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepis art. 38 ust. 5 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej jest skuteczny, powodowałby, że konieczne byłoby różnicowanie pozycji zamawiającego ze względu na jego umiejscowienie w systemie prawa. Innymi słowy — na zamawiających będących organami administracji nakładałoby się większe obciążenia niż na tych, którzy

¹⁴ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.

¹⁵ Urząd Zamówień Publicznych, Wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz zaświadczeń z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, jako dokumenty składane w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawców, <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2602> (dostęp: 3 września 2013).

¹⁶ Szerzej o przedmiotowym sporze zob. T. Kocowski, *Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] J. Sadowy, T. Kocowski, *Kontrola zamówień publicznych*, Warszawa - Wrocław 2013, s. 21–38.

organami administracji nie są. Podzielanie opinii wyrażanej przez UZP służy unifikacji pozycji prawnej zamawiających bez względu na ich ustrojowe umiejscowienie, niemniej tak ważką kwestię powinien rozstrzygnąć prawodawca, formułując przepis, który jednoznacznie wyłączy stosowanie przedmiotowego przepisu w odniesieniu do procedury udzielania zamówienia publicznego.

4. Nowa regulacja w zakresie dokumentów potwierdzających jakość produktów

W zakresie przepisów normujących możliwości zamawiającego do żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających jakość produktów lub odpowiednie organizowanie funkcjonowania wykonawcy na szczególną uwagę zasługuje nowa regulacja, w mojej ocenie niepotrzebna, przepisu umożliwiającego zamawiającemu żądanie próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone w wyniku przeprowadzenia postępowania. Omawiany przepis § 6 ust. 1 pkt 1 brzmi:

W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: 1) próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.

Novum w stosunku do wcześniejszego stanu prawnego jest uprawnienie zamawiającego do zażądania od wykonawcy poświadczenia autentyczności próbek, opisów lub fotografii produktów.

Prawodawca nie określił jednak, w jakiej formie takie poświadczenie przez wykonawcę miałyby zostać złożone. Nie wiadomo zatem, czy powinno być to oświadczenie wykonawcy składane na skutek wezwania zamawiającego do jego złożenia, czy też zamawiający może zażądać już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, by próbki, opisy lub fotografie produktów zostały przez wykonawcę złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Ta ostatnia forma, z przyczyn obiektywnych, możliwa jest do zastosowania wyłącznie w stosunku do opisów lub fotografii produktów. Największe wątpliwości budzi jednak zaświadczenie o autentyczności próbek. Absurdalność przedmiotowego przepisu najlepiej zobrazować na przykładzie zamówienia na dostawę cytryn, w którym hipotetyczny zamawiający zażądałby próbek cytryn z poświadczeniem ich autentyczności. Czy w tej sytuacji wykonawca powinien złożyć oświadczenie o właściwej treści, a może wyciąć na skórcie słowo „oryginał”? Takich problemów prawodawca nie rozwiązuje, nie daje nawet pomocnych sugestii. W takim stanie rzeczy, w mojej opinii, wymagana jest zmiana, najlepiej ta polegająca na przywróceniu brzmienia przepisu z poprzedniego stanu prawnego.

5. Przepisy przejściowe

Negatywnie też należy ocenić przepis przejściowy § 9 ust. 2 rozporządzenia. Formułowane są względem niego zarzuty o naruszenie zasad ochrony praw nabytych i zaufania do państwa. Zgodnie z jego treścią przez pierwsze dwanaście miesięcy obowiązywania nowego rozporządzenia wykonawcy mogą zamiast poświadczeń dowodzących należytego wykonania zamówień wskazanych w wykazach, przedkładać dokumenty, o których była mowa w poprzednim stanie prawnym. Niezrozumiałe jest wprowadzenie tylko dwunastomiesięcznego okresu przejściowego. Skoro już ustawodawca przewidział taką możliwość, to powinien określić te okresy analogicznie do tych, w których wskazywane są w odpowiednich wykazach wykonane usługi, dostawy czy roboty budowlane, czyli trzy i pięć lat. W obecnym stanie rzeczy ogranicza się wykonawcom możliwość posługiwania się dobrymi dokumentami potwierdzającymi ich rzetelność. Co więcej, zmusza się ich do uzyskiwania nowych dokumentów potwierdzających te same fakty, które już opisano w referencjach. Czy zatem oświadczenie odbiorcy usługi, dostawy czy roboty budowlanej w formie referencji wystawione w dacie niespełniającej warunku z § 9 ust. 2 rozporządzenia traci swoją wartość dowodową, jeżeli potwierdza wykonanie zamówienia w ostatnich trzech albo pięciu latach przed otwarciem ofert, tylko z powodu niewłaściwej nazwy i niewłaściwej z punktu widzenia omawianego przepisu daty jego wystawienia? Odpowiedź powinna być jednoznacznie przecząca, zatem tak sformułowany przepis przejściowy słusznie narusza interesy wykonawców i nakłada na nich nieuzasadnione obowiązki. Może to budzić wątpliwość co do naruszenia tym przepisem zasady zaufania do prawa, odmawia się bowiem skuteczności dokumentom tylko ze względu na ich nazwę i datę wystawienia, nie zaś treść.

6. Podsumowanie

Oczywiste jest, że to zadanie wykonawcy polega na udowodnieniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez zamawiającego. Zamawiający te warunki określa w zgodzie z obowiązującymi przepisami. Przepisy, by zapewnić prawidłową współpracę wykonawców i zamawiających, muszą te kwestie jasno i czytelnie regulować. Każda zmiana w prawie powinna prowadzić do jego optymalizacji i uproszczenia. Jest to tym bardziej istotne w systemie zamówień publicznych, który ma wprowadzać standardy wydatkowania środków publicznych. Najnowsza nowelizacja rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, idąca w ślad za nowelizacją samej ustawy, zdaje się przeczyć tej idei. Nakłada na zamawiających i wykonawców nowe obowiązki, bez dokładnego ich wyjaśnienia, czasem wręcz niewykonalne, stosuje nowe,

niezdefiniowanie instytucje prawne, jak poświadczenia, rozwiązania niespójne z samą ustawą pzp czy mogące wywoływać wrażenie naruszania zasady zaufania do prawa. Omówione w niniejszym opracowaniu rozporządzenie wykonawcze do ustawy pzp jest jaskrawym przykładem niekonsekwencji prawodawcy i już praktycy wskazują na konieczność jego zmiany. Nie ma wątpliwości, że poziom zbiurokratyzowania zamówień publicznych powinien być ograniczany, na co wskazuje szczególnie europejska praktyka. Uproszczenie to jednak powinno być poprzedzone dogłębną analizą skutków nowej regulacji, która w tym przypadku musiała być co najmniej niepełna.

Documents that the contracting party may request from contractors in public procurement proceedings following the amendment of 2013 — comment on selected regulations

Summary

Public procurement system in Poland is based largely on the law of 29 January 2004, the Public Procurement Law (consolidated text Journal of Laws of 2013, item 907, as amended) which implements solutions applicable in the European Union procurement to the Polish legal system. It is complemented with implementing regulations to the said Act and other acts of statutory rank, such as the Law on Public-Private Partnership. Within the above-mentioned limits the contracting parties award public contracts, applying appropriate procedures depending on the nature of the contract. There is no doubt that the most commonly used is the Public Procurement Act, which has been amended several times, even in a fundamental way. A very significant regulation to the Public Procurement Act that has not been amended for many years is the Regulation of the Prime Minister on the types of documents that the contracting party may request from the contractor, and the forms in which these documents may be submitted (Journal of Laws of 2009, No. 226, item 1817). Along with another major amendment to the Public Procurement Act, the regulations of which came into force on 20 February 2013, many new norms procurement processes were introduced, which greatly contributed to the introduction of corresponding amendments to the Regulation of the Prime Minister on the types of documents that may be requested from the contractor, and the forms in which these documents may be submitted (Journal of Laws of 2013, item 231). A few months of the functioning of new regulations already allow formulation of the first comments on the effects of the regulation, however mainly negative.

The aforementioned amendment to the Public Procurement Act was mainly due to the need to adapt Polish legislation on public procurement to the European Union requirements. Practitioners expected that the requirements concerning documents that can be requested from the contractor in public procurement proceedings will be organized and even simplified, in order to make the already restrictive procedures less bureaucratic. It turned out, however, that many of the proposals submitted by the authorities and economic operators, were not taken into account, making some already functioning regulations more complicated, or creating new ones which cannot be put to practice.

Keywords: public procurement, personal document, document examination, contracting, KRS, CEIDG