

Received: 14.05.2024
Accepted: 20.09.2024
Published: 30.10.2024

Roczniki Administracji i Prawa
Annals of The Administration and Law
2024, XXIV, z. specjalny: s. 87-97
ISSN: 1644-9126
DOI: 10.5604/01.3001.0054.9687
<https://rocznikiadministracjiiprawa.publisherspanel.com>

Maciej Lubiszewski*
Nr ORCID: 0000-0001-8261-7917

PROJEKTOWANE ZADANIA ADMINISTRACJI GOSPODARCZEJ W ZAKRESIE CERTYFIKACJI WYKONAWCÓW ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

DRAFTED COMPETENCIES OF ECONOMIC ADMINISTRATION IN TERMS OF CERTIFICATION OF ECONOMIC OPERATORS IN PUBLIC PROCUREMENT

Streszczenie: Certyfikacja wykonawców jest mechanizmem ułatwiającym wykonawcom ubieganie się o zamówienie publiczne: certyfikat zastąpi wiele dokumentów, które muszą składać wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Projekt ustawy o certyfikacji nakłada na ministra właściwego do spraw gospodarki szereg obowiązków, od których uzależnione jest prawidłowe funkcjonowanie systemu certyfikacji. Ważną kompetencją ministra ma być opracowanie standardowych poziomów zdolności, do których będą odnosiły się certyfikaty. Dodatkowym skutkiem będzie standaryzacja warunków udziału w postępowaniu, co ograniczy liczbę przypadków, w których warunki te są określone przez instytucje zamawiające w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Negatywnie należy ocenić projektowane przepisy, które przewidują wyznaczenie przez ministra podmiotu certyfikującego w zakresie braku podstaw wykluczenia z postępowania w drodze porozumienia administracyjnego.

Słowa kluczowe: certyfikacja wykonawców, kwalifikacja podmiotowa wykonawców, polityka zakupowa państwa, administracja gospodarcza

Summary: Certification of economic operators is a mechanism that makes participation in public tenders easier: the certificate will replace many documents that economic operators must submit during the public procurement procedure. The draft act on certification imposes a number of obligations on the minister responsible for economy, on which the proper func-

* dr nauk prawnych; Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie. Źródła finansowania publikacji: Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie; e-mail: m.lubiszewski@uwm.edu.pl

tioning of the certification system depends. An important competence of the minister is to develop standard levels of abilities to which certificates will refer. An additional effect will be the standardization of the conditions for participation in the procurement procedure since it will reduce the number of cases in which these conditions are set by contracting authorities in a way that is disproportionate to the subject matter of the contract. The drafted provisions which provide for the minister to appoint entity certifying the absence of grounds for exclusion from the proceedings by way of an administrative agreement, should be assessed negatively.

Keywords: certification of economic operators; qualitative selection of economic operators; state purchasing policy; economic administration

WSTĘP

Przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza wybranych rozwiązań instytucjonalnych zawartych w projekcie ustawy o certyfikacji wykonawców zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Chodzi przede wszystkim o ustalenie roli, jaką w systemie certyfikacji będzie odgrywał organ administracji gospodarczej, w tym przypadku minister właściwy do spraw gospodarki. Ponadto projektowane rozwiązania zostaną poddane ocenie pod kątem ich prawidłowości, co w szczególności będzie dotyczyło procesu wyznaczania przez ministra podmiotu certyfikującego wykonawców w zakresie braku podstaw wykluczenia z postępowania.

Projekt ustawy o certyfikacji wykonawców zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw został przygotowany przez Ministerstwo Rozwoju i Technologii pod koniec lipca 2023 r. i został skierowany do uzgodnień międzyresortowych¹. Zmiana rządu, do której doszło w wyniku wyborów parlamentarnych z 15.10.2023 r., spowodowała, że prace legislacyjne zostały przerwane. Jak dotąd nowa Rada Ministrów nie podjęła tych prac na nowo. Nie można jednak wykluczyć, że tak się stanie, za czym przemawiają przedstawione poniżej powody.

Po pierwsze, certyfikacja wykonawców nie jest autorskim pomysłem poprzedniego rządu. Zgodnie z art. 64 dyrektywy 2014/24/UE² „państwa członkowskie mogą ustanowić lub prowadzić urzędowe wykazy zatwierdzonych wykonawców, dostawców lub usługodawców albo przewidzieć ich certyfikację przez jednostki certyfikujące”. System certyfikacji wykonawców nie ma charakteru obowiązkowego³, jednak projektowana ustawa powinna być postrzegana jako krok ku pełniejszej implementacji europejskiego prawa zamówień publicznych.

¹ Informacje o przebiegu rządowego procesu legislacyjnego dostępne są na stronie <https://legislacja.gov.pl/projekt/12375154> [dostęp: 26.03.2024].

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz.U. U.E. L 94 z 28.3.2014, s. 65-242.

³ W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych*, Warszawa 2015, s. 647.

Po drugie, certyfikacja wykonawców została zapowiedziana w Polityce zakupowej państwa przyjętej przez Radę Ministrów 2.02.2022 r.⁴ Zgodnie z art. 21 ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych⁵ Polityka zakupowa państwa jest opracowana raz na 4 lata, co oznacza, że dokument ten obowiązuje do 2025 r. Obecny rząd powinien podejmować kroki zmierzające do realizacji celów określonych w tym dokumencie, tym bardziej że cele te nie stoją w sprzeczności z postulatami wyborczymi partii, które tworzą aktualne zaplecze polityczne Rady Ministrów. Ponadto dowodziłoby to, że władze państwowe przywiązują należyłą wagę do średniookresowej strategii państwa⁶, wykraczając poza horyzont wynikający z kalendarza wyborczego.

Po trzecie, zasadniczym celem certyfikacji jest uproszczenie formalności, jakie muszą dopełnić wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym kontekście można ją porównać z formularzem jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia⁷, który został opracowany przez Komisję Europejską. Wykonawcy są zobowiązani do złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w toku każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego objętego dyrektywą 2014/24/UE i prowadzonego przez zamawiającego w którymś z państw członkowskich. Oświadczenie to jest składane na formularzu JEDZ, co ma ułatwiać wykonawcom ubieganie się o zamówienie publiczne, tym bardziej że wypełniony formularz może być wykorzystany przez wykonawców wielokrotnie w różnych postępowaniach. W przeciwieństwie do certyfikatu formularz JEDZ nie zwalnia ich z obowiązku udowodnienia prawdziwości informacji zawartych w oświadczeniu za pomocą podmiotowych środków dowodowych.

Po czwarte, zgodnie z art. 64 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE certyfikat wystawiony w jednym z państw członkowskich jest honorowany w pozostałych państwach Unii Europejskiej⁸, nawet w tych, w których system certyfikacji nie został wdrożony. W konsekwencji zagraniczni wykonawcy, którzy uzyskali certyfikat w państwie, w którym posiadają swoją siedzibę bądź miejsce zamieszkania, mogą korzystać z ułatwień proceduralnych w postępowaniach prowadzonych na podstawie Pzp, podczas gdy takiej możliwości nie posiadają wykonawcy krajowi. Warto w tym miejscu dodać, że certyfikację wykonawców wprowadziły takie państwa jak Niemcy, Czechy czy Węgry⁹.

⁴ Uchwała nr 6 Rady Ministrów z 11.01.2022 r. w sprawie przyjęcia Polityki zakupowej państwa, M.P. poz. 125.

⁵ Ustawa z 11 września 2029 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605, 1720), dalej: Pzp.

⁶ A. Panasiuk, *Polityka zakupowa państwa instrumentem stymulacji rozwoju gospodarczego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2022, nr 1, s. 36.

⁷ Dalej: JEDZ.

⁸ A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2016, s. 552.

⁹ Ministerstwo Rozwoju i Technologii, *Certyfikacja wykonawców zamówień publicznych – Zielona Księga*, Warszawa 2022, s. 12. Dokument udostępniono na stronie internetowej Ministerstwa: <https://www.gov.pl/web/rozwoj-technologie/konsultacje-zielonej-ksiegi-certyfikacji-wykonawcow-zamowien-publicznych> [dostęp: 25.03.2024].

Po piąte, efektywne funkcjonowanie systemu certyfikacji wymaga – o czym będzie jeszcze mowa – standaryzacji poziomów zdolności wymaganych do należytego wykonania zamówienia. Wyznaczenie takich standardowych poziomów zdolności pozwoli ograniczyć dowolność (w niektórych przypadkach – wręcz arbitralność) zamawiających w zakresie określania warunków udziału w postępowaniu.

KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW

Podmiotowymi warunkami zamówienia są wymagania określone przez prawo lub zamawiającego odnoszące się do właściwości wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego¹⁰. Warunki te można podzielić na dwie grupy. Pierwsza z nich to tzw. podstawy wykluczenia z postępowania. Zostały one określone w art. 108 i 109 Pzp i odnoszą się do takich kryteriów wiarygodności wykonawcy, jak: niekaralność, wywiązywanie się z obowiązków związanych z opłacaniem danin publicznych (podatków, składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne), prawidłowa realizacja wcześniejszych zamówień czy też niezakłócanie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia poprzez wprowadzanie zamawiającego w błąd lub wpływanie na jego decyzje w inny bezprawny sposób. Podstawy wykluczenia z postępowania określone w art. 108 Pzp mają charakter obligatoryjny, przez co obowiązują w każdym postępowaniu prowadzonym na podstawie Pzp¹¹. Podstawy fakultatywne, zebrane w art. 109 Pzp, aktualizują się wyłącznie w tych postępowaniach, w których zamawiający wprowadził je do warunków zamówienia¹².

Drugą grupę podmiotowych warunków zamówienia stanowią tzw. warunki udziału w postępowaniu. Odnoszą się one do zdolności wykonawców do prawidłowego wykonania zamówienia, które ma zostać udzielone w wyniku rozstrzygnięcia danego postępowania¹³. Zgodnie z art. 112 Pzp warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: zdolności do występowania w obrocie gospodarczym; uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; sytuacji ekonomicznej lub finansowej bądź też zdolności technicznej lub zawodowej. Decyzja o wprowadzeniu jednego lub więcej warunków udziału w postępowaniu do warunków zamówienia, jak również ich konkretyzacja, tj. określenie minimalnych poziomów zdolności, należą do zamawiającego¹⁴.

¹⁰ M. Lubiszewski, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2023, s. 92 i n.

¹¹ H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 377.

¹² A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 343.

¹³ W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 364.

¹⁴ M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2024, s. 365.

Weryfikacja wykonawców pod kątem braku podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu (tzw. kwalifikacja podmiotowa wykonawców) następuje na podstawie oświadczeń, o których mowa w art. 125 Pzp¹⁵. W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym¹⁶ każdy z wykonawców wraz z ofertą składa takie oświadczenie na formularzu opracowanym przez zamawiającego. W przypadku przetargu nieograniczonego oświadczenie musi być złożone na formularzu JEDZ. Wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona, zostaje wezwany przez zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie prawdziwości oświadczenia wstępnego¹⁷. Zakres żądanych podmiotowych środków dowodowych wynika z dokumentów zamówienia i odpowiada zakresowi podmiotowych warunków zamówienia. Ponadto przepisy jednego z aktów wykonawczych do Pzp¹⁸ określają, które środki dowodowe służą potwierdzeniu spełniania poszczególnych warunków zamówienia. Minimalny termin na złożenie podmiotowych środków dowodowych wynika z art. 126 ust. 1 oraz art. 271 ust. 1 Pzp. Dokumenty te są składane za pomocą środków komunikacji elektronicznej wskazanych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia, co wymusza sporządzenie ich w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej z podpisem zaufanym albo osobistym¹⁹. W przypadku niezłożenia podmiotowego środka dowodowego, złożenia go po upływie wyznaczonego terminu, w niewłaściwej formie, niekompletnego lub zawierającego błędy, zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia środka w wyznaczonym terminie²⁰, przy czym ponowne wezwanie jest już niedopuszczalne²¹.

Procedura kwalifikacji podmiotowej wykonawców jest dość złożona i niekiedy nieczytelna dla wykonawców. Naruszenie zarysowanych wyżej reguł, często postrzegane jako błahе uchybienie proceduralne, wiąże się z surową sankcją eliminacji z postępowania, zwykle poprzez odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp.

¹⁵ W żargonie praktyków oświadczenia te określane są mianem oświadczeń wstępnych.

¹⁶ Kwalifikacja podmiotowa występuje w każdym z ustawowych trybów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jej przebieg został zilustrowany na przykładzie najczęściej stosowanych trybów, tj. trybu podstawowego oraz przetargu nieograniczonego.

¹⁷ W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, s. 393.

¹⁸ Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U., poz. 2415).

¹⁹ Formę tych środków precyzuje Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U., poz. 2452).

²⁰ Art. 128 ust. 1 Pzp. Przepis ten dotyczy również oświadczenia wstępnego. Ponadto określa też przypadki, w których nie zachodzi obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia bądź podmiotowego środka dowodowego.

²¹ Por. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24.03.2023 r., sygn. akt KIO 671/23.

CERTYFIKACJA WYKONAWCÓW

Certyfikacja wykonawców jest procesem potwierdzania, że wykonawca, który poddał się tej procedurze, spełnia podmiotowe warunki zamówienia w określonym zakresie. Projektowany proces certyfikacji mają prowadzić jednostki akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji. Uzyskany przez wykonawcę certyfikat ma zastąpić podmiotowe środki dowodowe wymagane przez zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 9 projektu ustawy „z certyfikatu wynika domniemanie braku istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy w postępowania (...) lub zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w zakresie w nim stwierdzonym i przez okres, na który został wydany”. Domniemanie będzie mogło być wzruszone w przypadku zaistnienia uzasadnionych wątpliwości w szczególności wynikających z przedstawionych dokumentów. Obowiązek wykazania uzasadnionych wątpliwości, stosownie do art. 9 ust. 3 projektowanej ustawy, spocznie na tym, kto będzie kwestionował prawdziwość informacji zawartych w certyfikacie. Zamawiający, który będzie miał uzasadnione wątpliwości co do prawdziwości informacji zawartych w certyfikacie, będzie zobowiązany wystąpić do wykonawcy o złożenie wyjaśnień. W przypadku gdy te wyjaśnienia nie rozwieją wątpliwości, zamawiający będzie zobowiązany poinformować o tym wystawcę certyfikatu²². W takiej sytuacji podmiot certyfikujący będzie miał trzy dni robocze na sprawdzenie aktualności certyfikatu, co w konsekwencji będzie prowadziło do potwierdzenia aktualności certyfikatu albo jego zawieszenia²³.

ZADANIA MINISTRA WŁAŚCIWEGO DO SPRAW GOSPODARKI W KONTEKŚCIE SYSTEMU CERTYFIKACJI WYKONAWCÓW

Projektowana ustawa nakłada na ministra właściwego do spraw gospodarki szereg obowiązków ważnych z punktu widzenia systemu certyfikacji. W pierwszej kolejności należy wymienić zadanie polegające na określeniu, w drodze rozporządzenia, poziomów zdolności odpowiadających warunkom udziału w postępowaniu. Szczególne znaczenie projektodawca nadał zdolnościom technicznym lub zawodowym związanym z zamówieniami publicznymi na roboty budowlane. Projektowane przepisy nakładają na ministra właściwego do spraw gospodarki obowiązek opracowania

²² Por. art. 39 pkt 7 projektowanej ustawy, który na dodać do Pzp art. 128a.

²³ Z przepisów projektowanej ustawy wydaje się wynikać, że sprawdzenie aktualności certyfikatu będzie prowadziło do potwierdzenia prawdziwości zawartych w nim informacji albo zawieszenia certyfikatu w całości lub części i wezwania wykonawcy do jego aktualizacji. W dalszym toku czynności będzie mogło dojść do aktualizacji certyfikatu i jego odwieszenia albo do utraty ważności certyfikatu.

rozporządzenia w tym zakresie w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa, a także ministrem właściwym do spraw gospodarki wodnej²⁴. Z kolei delegacja do wydania rozporządzenia dotyczącego poziomów zdolności technicznej lub zawodowej związanych z udzielaniem zamówień na dostawy lub usługi ma charakter fakultatywny i nie wymaga uzgadniania treści tego aktu prawnego z innymi organami²⁵. Dwie wskazane wyżej delegacje ustawowe stanowią wyraz bardzo ważnej roli, jaką odgrywają zdolności techniczne lub zawodowe (np. doświadczenie, zasoby techniczne czy też kadry wykonawcy) przy realizacji robót budowlanych, wpływając w sposób istotny na prawidłowość ich wykonania²⁶.

Ponadto projektowana ustawa zawiera również fakultatywną delegację do wydania rozporządzenia określającego poziomy zdolności dla określonych kategorii zamówień publicznych. To rozporządzenie ma obejmować różne rodzaje zamówień (dostawy, usługi lub roboty budowlane) oraz różne warunki udziału w postępowaniu (a nie tylko te odnoszące się do zdolności technicznych lub zawodowych).

Efektom wydania tych aktów wykonawczych będzie standaryzacja poziomów zdolności niezbędnych do wykazania spełniania odpowiadających im warunków udziału w postępowaniu. Wydaje się, że będzie to pomocne dla wszystkich uczestników rynku zamówień publicznych. Zamawiający uzyskają gotowy materiał służący do opracowania warunków udziału w postępowaniu. Z jednej strony warunki te nie będą więc określane w sposób przypadkowy, oderwany od celu, jakim jest wybór kontrahenta zdolnego do należytego wykonania zamówienia. Z drugiej strony zamawiający nie będą rezygnowali z określania warunku udziału w postępowaniu wyłącznie z obawy przed zarzutami o bezzasadne utrudnianie wykonawcom dostępu do zamówienia i ograniczanie konkurencji. Z kolei korzyść dla wykonawców będzie polegała na tym, że korzystanie przez zamawiających ze standardowych poziomów zdolności wymaganych w postępowaniu zminimalizuje ryzyko nieproporcjonalności warunków udziału w postępowaniu – warunki te nie będą ani zbyt surowe (bezzasadnie limitując możliwość udziału w postępowaniu), ani zbyt łagodne (wymuszając konkurowanie z wykonawcami, którzy nie posiadając odpowiednich zdolności, oferują bardzo niskie ceny z niewiedzy o faktycznych kosztach realizacyjnych lub z chęci wejścia na rynek bez względu na rachunek ekonomiczny)²⁷.

O ile standaryzacja poziomów zdolności może przynieść wskazane wyżej korzyści w zamówieniach względnie typowych, o tyle w przypadku zamówień

²⁴ Por. art. 5 ust. 4 projektowanej ustawy.

²⁵ Por. art. 5 ust. 5 projektowanej ustawy.

²⁶ I. Niedziałek-Bujak, *Doświadczenie firmowe wykonawcy a doświadczenie indywidualne jego pracowników miarą wiarygodności przy ubieganiu się o zamówienie publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 3, s. 58.

²⁷ Por. M. Lubiszewski, *Odpowiedzialność zamawiającego za udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy niezdolnemu do jego wykonania*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2019, nr 1, s. 99 i n.

nieszablonowych może przynieść więcej szkody niż pożytku, nie pozwalając na uwzględnienie szczególnych właściwości koniecznych do prawidłowego wykonania takich zamówień. Z tego względu projektowane przepisy²⁸ przewidują możliwość odstąpienia przez zamawiających od obowiązku stosowania poziomów zdolności określonych w rozporządzeniu ministra właściwego do spraw gospodarki, jeżeli „jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, w szczególności gdy przedmiotowi zamówienia nie odpowiada żaden z poziomów zdolności” określonych w omawianych aktach wykonawczych.

Kolejnym zadaniem przypisanym ministrowi właściwemu do spraw gospodarki przez omawiany projekt ustawy jest stworzenie szczegółowych ram prawnych funkcjonowania systemu certyfikacji. W tej grupie należy wymienić ustalenie programu oceny zgodności certyfikacji, który przewiduje m.in.: szczegółową treść lub wzór wniosku o certyfikację, sposób jego składania, jak również składania innych dokumentów w procedurze certyfikacji; szczegółowy sposób przeprowadzenia procedury certyfikacji, w tym terminy wykonania poszczególnych czynności lub sposób ustalenia tych terminów; szczegółowy sposób przeprowadzania aktualizacji certyfikatu²⁹, czy też sposób ustalania opłat za udzielenie certyfikacji i jej aktualizację oraz ich maksymalną wysokość³⁰. Program oceny zgodności podlega udostępnieniu na stronie podmiotowej ministerstwa oraz Polskiego Centrum Akredytacji³¹. Ponadto minister jest organem, z którym PCA musi uzgodnić opracowany przez siebie program akredytacji. Wykonanie tych dwóch zadań pozwoli PCA udzielać akredytacji podmiotom, które ubiegają się o uprawnienie do certyfikacji wykonawców, ponieważ – stosownie do art. 34 ust. 2 projektowanej ustawy – PCA udziela akredytacji „w oparciu o wymagania określone w ustawie, program oceny zgodności oraz program akredytacji uzgodniony z ministrem właściwym do spraw gospodarki”. Do omawianych w tym akapicie zadań można dodać obowiązek określenia, w drodze rozporządzenia, wzoru certyfikatu, którym będą posługiwali się wykonawcy. Certyfikat będzie zawierał co najmniej informacje wskazane w art. 24 ust. 2 projektowanej ustawy i będzie wydawany w formie elektronicznej, co umożliwi przekazanie go zamawiającemu w toku kwalifikacji podmiotowej za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Omawiany projekt ustawy przewiduje, że minister właściwy do spraw gospodarki wyznaczy podmiot certyfikujący wiarygodność wykonawcy. O ile podmiotem certyfikującym zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia może być osoba fizyczna, osoba prawna lub tzw. ułomna osoba prawna spoza sfery administracji publicznej, której PCA udzieliło akredytacji, o tyle podmiotem certyfikują-

²⁸ Art. 112 ust. 3 i 4 Pzp, które mają zostać wprowadzone na podstawie art. 39 pkt 2 projektowanej ustawy.

²⁹ Art. 21 ust. 2 projektowanej ustawy.

³⁰ Art. 26 projektowanej ustawy.

³¹ Dalej: PCA.

cym wykonawcą w zakresie braku podstaw wykluczenia z postępowania może być wyłącznie podmiot publiczny, tj. jednostka sektora finansów publicznych lub inna państwowa jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej lub jednoosobowa spółka Skarbu Państwa, pod warunkiem uprzedniego uzyskania akredytacji od PCA. Co więcej, minister może wyznaczyć tylko jeden podmiot certyfikujący, co oznacza, że wyznaczony podmiot publiczny będzie miał monopol na certyfikowanie wykonawców w zakresie braku podstaw wykluczenia z postępowania. Należy zauważyć, że w przypadku braku zgody na zawarcie porozumienia albo wystąpienia okoliczności, w których porozumienie zostanie rozwiązane (np. cofnięcie akredytacji przez PCA), w Polsce nie będą udzielane ani aktualizowane certyfikaty dotyczące podstaw wykluczenia do czasu wyznaczenia kolejnego podmiotu.

Wyznaczenie podmiotu certyfikującego będzie następowało „w drodze porozumienia zawieranego bezterminowo, między ministrem właściwym do spraw gospodarki a podmiotem certyfikującym”. Projektodawca najwyraźniej posłużył się tu konstrukcją porozumienia administracyjnego, które – stosownie do poglądów ugruntowanych w doktrynie – służy transferowi zadań publicznych pomiędzy podmiotami administracji publicznej i w ramach ich kompetencji³². W konsekwencji należałoby uznać, że certyfikacja wykonawców w zakresie braku podstaw wykluczenia z postępowania jest zadaniem publicznym, natomiast podmiot certyfikujący jest podmiotem, na którym spoczywają ustawowe obowiązki wykonywania administracji publicznej. Z całą pewnością nie da się tego powiedzieć o podmiotach certyfikujących zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia – działalność tych podmiotów nie stanowi realizacji zadań publicznych, zaś ich zdolność certyfikacyjna powstaje *ex lege* i nie wymaga żadnego działania organu administracyjnego. Należy również dodać, że zdaniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej³³ certyfikacja wykonawców nie stanowi wykonywania prerogatyw władzy publicznej³⁴. Wprawdzie wyrok w sprawie C-327/12 dotyczył weryfikacji zdolności technicznych i finansowych, jednak trudno wskazać powody, dla których stanowisko to nie rozciąga się na pozostałe zdolności oraz brak podstaw wykluczenia z postępowania. Projektowane przepisy, tak dalece różnicujące status prawny podmiotów certyfikujących, należy zatem uznać za wadliwe.

Ostatnim zadaniem ministra właściwego do spraw gospodarki, które należy omówić, ma polegać na prowadzeniu Bazy Danych o Certyfikatach Wykonawców Zamówień Publicznych³⁵. W Bazie będą gromadzone dane o: certyfikatach, w tym także tych, które utraciły ważność albo których ważność została zawieszona

³² A. Błaś, J. Boć, M. Stahl, K.M. Ziemiński, *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 2013, s. 262-263.

³³ Dalej: TSUE.

³⁴ Wyrok TSUE z 12.12.2013 r. w sprawie C-327/12, pkt 54. Omówienie tego wyroku – W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE...*, s. 648-650.

³⁵ Dalej: Baza.

w związku z wymaganą aktualizacją; wykonawcach, którzy złożyli wniosek o wydanie certyfikatu oraz o podmiotach certyfikujących. W Bazie będą udostępniane dokumenty ważnego certyfikatu, dzięki czemu każdy będzie miał możliwość samodzielnego i nieodpłatnego pobrania tego dokumentu w formie elektronicznej. W praktyce będzie to oznaczało, że zamawiający, prowadząc kwalifikację podmiotową, nie będzie wzywał wykonawcy do złożenia certyfikatu, o ile wykonawca ten wskazał w oświadczeniu wstępnym dane umożliwiające dostęp do dokumentu certyfikatu udostępnionego w Bazie³⁶.

PODSUMOWANIE

W projektowanym systemie certyfikacji wykonawców kluczową rolę odgrywać mają podmioty certyfikujące. Na wniosek zainteresowanego wykonawcy i po zawarciu z nim umowy podmiot certyfikujący dokona oceny właściwości wykonawcy. Jeżeli ocena ta będzie pozytywna, wykonawca otrzyma certyfikat, który znacząco ułatwi mu ubieganie się o zamówienie publiczne, zwłaszcza w kontekście kwalifikacji podmiotowej. Wiarygodność podmiotów certyfikujących ma opierać się na akredytacji udzielonej im przez Polskie Centrum Akredytacji.

Projektodawca nałożył na ministra właściwego do spraw gospodarki główną odpowiedzialność za zorganizowanie systemu certyfikacji. Do zadań tego organu będzie należało: wyznaczenie poziomów zdolności odpowiadających warunkom udziału w postępowaniu, uzgodnienie programu akredytacji opracowanego przez PCA, określenie programu oceny zgodności, ustalenie wzoru certyfikatu oraz stworzenie i prowadzenie Bazy Danych o Certyfikatach Wykonawców Zamówień Publicznych. Wywiązanie się z tych obowiązków pozwoli na funkcjonowanie systemu certyfikacji w zasadzie już bez udziału ministra. Jedynym wyjątkiem ma być wyznaczenie przez ten organ podmiotu certyfikującego brak podstaw wykluczenia z postępowania i wprowadzenie informacji o tym podmiocie do Bazy.

Z wymienionych wyżej zadań za najistotniejsze należy uznać wyznaczenie poziomów zdolności. W istocie wykracza ono poza mechanizm certyfikacji, ponieważ ma prowadzić do standaryzacji warunków udziału w postępowaniu. Nie licząc przypadków postępowań o specyficznym przedmiocie zamówienia, zamawiający będą określali warunki udziału w postępowaniu zgodnie ze standardami określonymi przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Obowiązek wykazania ich spełniania będzie spoczywał na wszystkich wykonawcach, niezależnie od tego, czy posiadają oni certyfikat. Ci, którzy takiego certyfikatu nie mają, będą musieli podać się kwalifikacji podmiotowej, przekazując zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe. Projektowane przepisy mogą przyczynić się do zmniejszenia liczby

³⁶ Por. art. 127 ust. 1 pkt 1 Pzp.

postępowania, w których zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny.

Krytycznie należy ocenić projektowane rozwiązanie polegające na wyznaczeniu przez ministra właściwego do spraw gospodarki podmiotu certyfikującego wykonawców w zakresie braku podstaw wykluczenia z postępowania. Sposób wyznaczenia podmiotu (porozumienie administracyjne) budzi poważne wątpliwości, gdyż nakazuje uznać, że certyfikacja w tym zakresie jest zadaniem publicznym realizowanym przez podmiot administracji publicznej. Trudno wskazać argumenty przemawiające za różnym potraktowaniem certyfikacji w zakresie braku podstaw wykluczenia z postępowania i zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia.

Bibliografia

- Błaś A., Boć J., Stahl M., Ziemiński K.M., *Prawne formy działania administracji*, Warszawa 2013.
- Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Jerzykowski J., Kittel M., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Gawrońska-Baran A., Wiktorowska E., Wiktorowski A., Wójcik P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Hartung W., Bağlaj M., Michalczyk T., Wojciechowski M., Krysa J., Kuźma K., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych*, Warszawa 2015.
- Jaworska M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2024.
- Lubiszewski M., *Odpowiedzialność zamawiającego za udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy niezdolnemu do jego wykonania*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2019, nr 1.
- Lubiszewski M., *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2023.
- Niedziałek-Bujak I., *Doświadczenie firmowe wykonawcy a doświadczenie indywidualne jego pracowników miarą wiarygodności przy ubieganiu się o zamówienie publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 3.
- Nowak H., Winiarz M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2023.
- Panasiuk A., *Polityka zakupowa państwa instrumentem stymulacji rozwoju gospodarczego*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2022, nr 1.
- Sołtysińska A., Talago-Sławoj H., *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2016.