

UZASADNIENIE

Projekt rozporządzenia w sprawie rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, dalej „projekt rozporządzenia”, stanowi wykonanie upoważnienia ustawowego zawartego w art. 128 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288), zwanej dalej „ustawą”. Przepis ten upoważnia ministra właściwego do spraw gospodarki do określenia w drodze rozporządzenia rodzajów podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okresu ich ważności oraz form, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze:

- 1) potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz
- 2) sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą.

Projekt rozporządzenia w zakresie swojej regulacji wdraża przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady:

- 1) 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą klasyczną”;
- 2) 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą sektorową”;
- 3) 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009, str. 76, z późn. zm.), zwanej dalej „dyrektywą obronną”.

Ponadto, przepisy rozporządzenia, wydawanego na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp, będą miały zastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne.

Dotychczas zagadnienia będące przedmiotem projektowanego rozporządzenia są uregulowane w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 poz. 1282), dalej „dotychczas obowiązujące rozporządzenie” lub

„dotychczasowe rozporządzenie”, wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086), zwanej dalej „dotychczasową ustawą”, która z dniem 1 stycznia 2021 r. traci moc w związku z wejściem w życie ustawy. Dotychczasowe rozporządzenie, stosownie do art. 97 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086) zachowuje moc do dnia wejścia w życie nowego rozporządzenia wydanego na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy, nie dłużej jednak niż do dnia 1 stycznia 2022 r.

Dotychczasowe rozporządzenie określa rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane. Zgodnie z jego przepisami dokumenty te dzielą się na potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji;
- 2) zdolność do ochrony informacji niejawnych i ich przetwarzania, jeżeli zamówienie wiąże się z przetwarzaniem informacji niejawnych, wymaga do nich dostępu, ich wykorzystania lub je zawiera;
- 3) brak podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu;
- 4) dysponowanie niezbędnymi zasobami innych podmiotów, jeżeli wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów;
- 5) spełnianie warunków ubiegania się o tzw. zamówienia zastrzeżone;
- 6) spełnianie przez oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi wymagań określonych przez zamawiającego.

Brak jest uzasadnienia dla wydzielenia jako osobnej kategorii dokumentów potwierdzających „zdolność do ochrony informacji niejawnych i ich przetwarzania”. Powinny one zostać włączone do katalogu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. W myśl art. 42 ust. 1 lit. j dyrektywy obronnej dowody potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych i ich przetwarzania służą weryfikacji zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, które przynależą do warunków udziału w postępowaniu. To samo dotyczy dowodów potwierdzających „spełnianie przez oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi wymagań określonych przez zamawiającego”, takich jak próbki, opisy lub fotografie czy też zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzające, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Na gruncie prawa europejskiego stanowią one dowody zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy (art. 42 ust. 1 lit i dyrektywy obronnej oraz część II lit. k załącznika XII dyrektywy klasycznej) i dlatego również powinny być zaliczone do zbioru dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto ograniczenia wymaga rozległy katalog dokumentów potwierdzających „brak podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu”. Wskazane jest wyeliminowanie licznych oświadczeń, które w istocie jedynie powtarzają treść oświadczenia wstępnego, takich jak oświadczenie o braku objęcia prawomocnym wyrokiem lub ostateczną decyzją o zaleganiu z uiszczaniem danin publicznych czy oświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, i zastąpienie ich jednym oświadczeniem potwierdzającym aktualność informacji zawartych w oświadczeniu wstępnym. Z drugiej strony katalog ten musi zostać poszerzony w związku ze wzbogacaniem ustawowego katalogu podstaw wykluczenia o przesłankę związaną z brakiem zgłoszenia informacji o beneficjentach rzeczywistych lub zmiany tej informacji do Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych przez podmiot do tego zobowiązany (art. 108 ust. 2 ustawy).

Jeżeli zaś chodzi o dokumenty potwierdzające dysponowanie niezbędnymi zasobami innych podmiotów oraz spełnianie warunków ubiegania się o zamówienia tzw. zastrzeżone, to odnoszące się do nich przepisy dotychczasowego rozporządzenia zostały przeniesione, z pewnymi modyfikacjami, do ustawy (art. 94 ust. 2, art. 118 ust. 4 oraz art. 119 ustawy). W konsekwencji nowe rozporządzenie nie może powtarzać tej regulacji.

Racjonalizacji wymagają przepisy dotyczące okresów ważności niektórych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw wykluczenia. Celem tej regulacji jest zapewnienie aktualności składanych dokumentów. Obecnie terminy, w których dokumenty powinny być wystawione (zwykle wynoszące 3 lub 6 miesięcy), liczy się wstecz od upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tymczasem zgodnie z założeniem ustawy dokumenty te mają być aktualne na dzień ich złożenia, niezależnie od tego czy będą składane wraz z ofertą albo wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 126 ust. 2 ustawy), przed wyborem najkorzystniejszej oferty (art. 126 ust. 1 ustawy), w wyniku wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów (art. 128 ust. 2 ustawy) czy w związku z uzasadnionym podejrzeniem dezaktualizacji uprzednio złożonych dokumentów (art. 126 ust. 3 ustawy). Dlatego okresy ważności (aktualności) dokumentów należy powiązać z datą ich złożenia.

Konieczne jest również ujednolicenie nazewnictwa rozporządzenia z nazewnictwem ustawy. Przede wszystkim ustawa nie posługuje się już ogólnym pojęciem „dokumenty” na określenie dokumentów wymaganych od wykonawcy. Obecnie pojęcie to zostało zastąpione terminami „przedmiotowe środki dowodowe”, „podmiotowe środki dowodowe” oraz „inne dokumenty i oświadczenia”, przy czym – zgodnie z ustawową delegacją - projektowane rozporządzenie dotyczy wyłącznie podmiotowych środków dowodowych oraz innych

dokumentów i oświadczeń. Zakres regulacji projektowanego rozporządzenia nie jest zatem identyczny z zakresem regulacji dotychczasowego rozporządzenia.

Rozporządzenie określa rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane (§ 1 projektu).

Podmiotowe środki dowodowe

Zgodnie z definicją legalną przez podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć „środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy” (art. 7 pkt 17 ustawy). W ramach tej definicji wyodrębniono zatem dwie osobne kategorie podmiotowych środków dowodowych, mianowicie potwierdzające:

- brak podstaw wykluczenia oraz
- spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Podmiotowe środki dowodowe potwierdzające brak podstaw wykluczenia

§ 2 projektowanego rozporządzenia określa katalog podmiotowych środków dowodowych, które służą potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia wykonawcy. Katalog tych dokumentów ma charakter zamknięty i odpowiada ustawowemu zakresowi podstaw wykluczenia. Odnosi się zarówno do obligatoryjnych (art. 108 ustawy), jak i fakultatywnych podstaw wykluczenia (art. 109 ust. 1 ustawy).

Katalog ten został skrócony w porównaniu z dotychczas obowiązującym rozporządzeniem. Nie zawiera: 1) oświadczenia wykonawcy o braku objęcia go prawomocnym wyrokiem lub ostateczną decyzją o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne; 2) oświadczenia wykonawcy o braku objęcia go środkiem zapobiegawczym w postaci zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne; 3) oświadczenia wykonawcy o braku skazania na karę ograniczenia wolności lub grzywny za wykroczenie przeciwko prawom pracowniczym lub środowisku albo ukarania z mocy decyzji administracyjnej za naruszenie przepisów prawa pracy, ochrony środowiska lub socjalnego; 4) oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych. Treść tych oświadczeń *de facto* odpowiada treści oświadczenia wstępnego, tymczasowo zastępującego podmiotowe środki dowodowe, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy. Takie „powielanie” się oświadczeń prowadzi do niepotrzebnego sformalizowania postępowania. Jednocześnie należy uwzględnić, że w toku postępowania mogą zaistnieć nowe okoliczności, które spowodują dezaktualizację oświadczenia wstępnego. Tymczasem w świetle przepisów art. 126 ustawy podmiotowe środki dowodowe powinny być zawsze aktualne na dzień ich złożenia. Nie wchodzi więc w grę proste zastąpienie ww. oświadczeń oświadczeniem wstępnym. Konieczne jest późniejsze potwierdzenie aktualności

oświadczenia wstępnego. Dlatego w projektowanym rozporządzeniu zrezygnowano z ww. oświadczeń na rzecz jednego oświadczenia potwierdzającego aktualność informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia, których brak nie jest dokumentowany lub jest tylko częściowo dokumentowany przy pomocy stosowanych zaświadczeń lub dokumentów wystawianych przez osoby trzecie, takich jak informacja z Krajowego Rejestru Karnego o niekaralności czy zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat. W zakresie w jakim brak podstawy wykluczenia jest tylko częściowo dokumentowany przy pomocy stosowanych zaświadczeń lub dokumentów wystawianych przez osoby trzecie, oświadczenie to uzupełnia, ale nie zastępuje zaświadczeń i dokumentów wystawionych przez osoby trzecie. Ponieważ w przypadku postępowania prowadzonego w trybie negocjacji ze względu na pilną potrzebę udzielania zamówienia oraz postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający nie musi wymagać złożenia oświadczenia wstępnego, projektodawca przewidział możliwość żądania przez zamawiającego odpowiedniego oświadczenia o braku podstaw jako podmiotowego środka dowodowego. Ujęty w § 2 pkt 1 projektowanego rozporządzenia podmiotowy środek dowodowy w postaci informacji z Krajowego Rejestru Karnego, zwaną dalej „informacją z KRK”, o osobie lub podmiocie zbiorowym służy potwierdzeniu odpowiednio, że:

- 1) wykonawca będący osobą fizyczną lub osoba pełniący u wykonawcy funkcję kierowniczą nie została prawomocnie skazana za przestępstwo określone w art. 108 ust. 1 pkt 1 i art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy;
- 2) wykonawca będący osobą fizyczną lub osoba pełniący u wykonawcy funkcje kierownicze nie została prawomocnie skazana na karę aresztu za wykroczenie określone w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy;
- 3) wobec wykonawcy będącego podmiotem zbiorowym nie orzeczono tytułem środka karnego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

Przepis § 2 pkt 1 projektowanego rozporządzenia stanowi odpowiednik § 5 pkt 1 dotychczasowego rozporządzenia. Regulacja ta różni się od poprzedniej przede wszystkim tym, że okres ważności informacji z KRK został powiązany z datą jej złożenia, a nie z terminem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak dotychczas. Pozostałe zmiany mają wyłącznie charakter redakcyjny i doprecyzowujący.

Natomiast podmiotowym środkiem dowodowym poświadczającym, że:

- 1) wykonawca będący osobą fizyczną lub osoba pełniący u wykonawcy funkcje kierownicze nie została prawomocnie skazana na karę ograniczenia wolności lub karę grzywny za wykroczenie określone w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy,

- 2) wobec wykonawcy nie wydano ostatecznej decyzji administracyjnej, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy,
 - 3) wobec wykonawcy będącego podmiotem zbiorowym nie orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne
- jest wyłącznie określone w § 2 pkt 7 projektowanego rozporządzenia oświadczenie wykonawcy.

Wskazane w § 2 pkt 7 projektowanego rozporządzenia oświadczenie jest również podmiotowym środkiem dowodowym żądanym na potwierdzenie braku określonej w art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy podstawy wykluczenia wykonawcy z powodu zaległości w uiszczeniu podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne stwierdzonych prawomocnym wyrokiem sądu lub ostateczną decyzją administracyjną. Stanowi także podstawowy środek dowodowy składany w celu potwierdzenia braku podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, czyli na okoliczność niezawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

W myśl § 2 pkt 2 projektowanego rozporządzenia na okoliczność niezawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji zamawiający żąda, oprócz ogólnego oświadczenia z § 2 pkt 7 projektowanego rozporządzenia, dodatkowo:

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

Wspomnianymi dokumentami mogą być w szczególności umowy, wewnętrzne procedury lub standardy, które gwarantują zarówno niezależność, jak i poufność przy opracowaniu ofert przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej (wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 19 maja 2009 r., C-538/07, *Assitur*, EU:C:2009:317, pkt 31). § 2 pkt 2 projektowanego rozporządzenia jest zmienioną wersją § 5 pkt 10 dotychczasowego rozporządzenia. Należy wyjaśnić, że w ustawie moment składania oświadczeń i dokumentów wymienionych w § 2 pkt 2 projektowanego rozporządzenia został określony inaczej niż w art. 24 ust. 11 dotychczasowej ustawy. Zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 126 ust. 1 ustawy podmiotowe środki dowodowe, w tym również oświadczenie i dokumenty określone w § 2 pkt 2 projektowanego rozporządzenia, składa przed wyborem najkorzystniejszej oferty jedynie wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona. Wyjątkiem od tej zasady jest art. 126 ust.

2 ustawy, który dla procedur dwuetapowych przewiduje możliwość wezwania wszystkich wykonawców do złożenia oświadczeń i dokumentów wymienionych w § 2 pkt 2 projektowanego rozporządzenia niezwłocznie po złożeniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Brak podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy, związanej z wcześniejszym zaangażowaniem wykonawcy w przygotowanie postępowania, dokumentowany jest oświadczeniem z § 2 pkt 7 projektowanego rozporządzenia.

Zupełnym *novum* jest § 2 pkt 3 projektowanego rozporządzenia. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może żądać od wykonawcy informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 108 ust. 2 ustawy. Przepis art. 108 ust. 2 ustawy nie miał odpowiednika w dotychczasowym stanie prawnym. Podstawa wykluczenia z art. 108 ust. 2 ustawy obejmuje zachowania wykonawcy spełniające znamiona przestępstwa prania pieniędzy określonego w art. 299 Kodeksu karnego i łączące się z niezgłoszeniem informacji o beneficjentach rzeczywistych do Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych lub zgłoszeniem informacji nieprawdziwych. Ustawa z 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2020 r. poz. 971, z późn. zm.) wymaga od spółek prawa handlowego, z wyjątkiem spółek publicznych, ustalenia beneficjenta rzeczywistego i zgłoszenia informacji o beneficjencie rzeczywistym do Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych. Zgłoszenia dokonuje się za pomocą środków komunikacji elektronicznej w terminie 7 dni od dnia wpisu spółki do Krajowego Rejestru Sądowego, a w przypadku zmiany danych zgłaszanych do rejestru – w terminie 7 dni od ich zmiany. Niezgłoszenie beneficjenta rzeczywistego do Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych lub zgłoszenie informacji nieprawdziwych oceniane ma być pod kątem żadanego skutku, jakim jest udaremnienie lub utrudnienie uzyskania informacji o przestępnym pochodzeniu pieniędzy.

Przepis § 2 pkt 4 projektowanego rozporządzenia jest zmienioną wersją § 5 pkt 2 dotychczasowego rozporządzenia. W odróżnieniu od poprzedniego stanu prawnego w obecnym stanie prawnym termin ważności zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego jest powiązany z datą jego złożenia. Precyzyjniej wskazano zakres okoliczności poświadczanych w zaświadczeniu właściwego naczelnika urzędu skarbowego, żadanym w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości (formularz ZAS-W) potwierdza, że „nie ujawniono zaległości podatkowych/ ujawniono zaległości podatkowe”. Zgodnie z art. 3 pkt 3 lit. c Ordynacji podatkowej zaległością podatkową są także nieuiszczone w terminie płatności opłaty. Dlatego w § 2 pkt 4 projektowanego rozporządzenia mowa jest o zaświadczeniu właściwego naczelnika skarbowego potwierdzającym, że wykonawca

nie zalega z opłacaniem podatków i opłat. Koresponduje to z hipotezą art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, która obejmuje przypadki naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat. W celu doprecyzowania przepisu dodano także jeden dodatkowy element w postaci wskazania, iż w przypadku gdy zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego ujawnia zaległości podatkowe zamawiający żąda od wykonawcy złożenia wraz z zaświadczeniem również dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności. Natomiast podmiotowym środkiem dowodowym potwierdzającym brak naruszenia obowiązków dotyczących płatności lokalnych podatków i opłat jest ogólne oświadczenie z § 2 pkt 7 projektowanego rozporządzenia.

Z kolei przepis § 2 pkt 5 projektowanego rozporządzenia jest odpowiednikiem § 5 pkt 2 dotychczasowego rozporządzenia. Pierwsza różnica polega na tym, że obecnie okres ważności zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, został powiązany z terminem jego złożenia. Druga różnica sprowadza się do doprecyzowania, iż w przypadku ujawnienia w zaświadczeniu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo w innym dokumencie zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne zamawiający żąda złożenia wraz z zaświadczeniem lub innym dokumentem potwierdzającym, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności.

Zgodnie z § 2 pkt 6 projektowanego rozporządzenia dokumentem żądanym na potwierdzenie braku określonej w art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy podstawy wykluczenia związanej z likwidacją lub niewypłacalnością wykonawcy jest odpis lub informacja z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, sporządzona nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji.

W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5–10 ustawy, składa się ogólne oświadczenie z § 2 pkt 7 projektowanego rozporządzenia.

Przepisy § 3 projektowanego rozporządzenia przewidują zastąpienie polskich dokumentów równoważnymi dokumentami wydawanymi w państwie siedziby lub miejsca zamieszkania

wykonawcy. Przepisy te regulują także sposób udokumentowania braku podstaw wykluczenia w przypadkach, gdy w państwie siedziby lub miejsca zamieszkania wykonawcy nie wydaje się równoważnych do polskich dokumentów. Przepisy § 3 projektowanego rozporządzenia stanowią zmienioną wersję § 7 dotychczasowego rozporządzenia. Dotychczasowy katalog równoważnych do polskich dokumentów uzupełniono o odpowiednik informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych. Druga zmiana polega na tym, że na potwierdzenie braku prawomocnego skazania osoby pełniącej funkcje kierownicze u wykonawcy niemającej miejsca zamieszkania w państwie siedziby lub miejsca zamieszkania tego wykonawcy żąda się obecnie dokumentu wydanego w kraju siedziby lub miejsca zamieszkania wykonawcy, zamiast w kraju miejsca zamieszkania tej osoby, jak dotychczas. Nie powtórzono również regulacji § 8 dotychczasowego rozporządzenia, która w odniesieniu osoby, która pełni funkcje kierownicze w spółce zarejestrowanej w Polsce, ale ma miejsce zamieszkania poza granicami Polski, przewidywała składanie dokumentów potwierdzających niekaralność wydanych w kraju miejsca zamieszkania tej osoby. Oznacza to, że w odniesieniu do takiej osoby przepisy projektowanego rozporządzenia przewidują, na zasadach ogólnych, składanie informacji z KRK. W związku z tym należy wyjaśnić, że w przypadku osób, które posiadają obywatelstwo państwa członkowskiego UE inne niż obywatelstwo polskie, Krajowy Rejestr Karny, wydając informację o niekaralności takiej osoby, dodatkowo ma obowiązek wysłać zapytanie o taką osobę również do państwa obywatelstwa i załączyć do informacji z KRK informację z rejestru państwa obywatelstwa osoby, której dotyczy wniosek.

W przypadku postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne, w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy, zamawiający nie ma obowiązku żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia (art. 273 ust. 1 pkt 1 ustawy). W związku z tym w § 4 projektowanego rozporządzenia wprowadzono regulację, która umożliwi zamawiającemu żądanie ogólnego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, które zastępuje podmiotowe środki dowodowe ujęte w katalogu zawartym w § 2.

Z kolei przepisy § 5 projektowanego rozporządzenia dają podstawę do żądania podmiotowych środków dowodowych, które służą potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy oraz podwykonawców niebędących takimi podmiotami. Przepisy te stanowią odpowiedniki § 9 ust. 2 i 3 dotychczasowego rozporządzenia. Różnice jakie zachodzą między dotychczasową a projektowaną regulacją mają wyłącznie charakter redakcyjny. Należy przypomnieć, że art. 119 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek badania, czy wobec podmiotu udostępniającego zasoby nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Zamawiający powinien zatem zasadniczo żądać podmiotowych środków dowodowych

potwierdzających brak podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby w takim samym zakresie w jakim żąda ich od wykonawcy. Wyjątkiem od tej zasady jest oświadczenie o przynależności albo braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W świetle brzmienia podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy takie oświadczenie powinno być składane wyłącznie przez oferenta lub wnioskodawcę.

Podmiotowe środki dowodowe potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji

W ramach katalogu podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie „warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji” wyodrębnia się, odpowiednio do ustawowej typologii warunków udziału w postępowaniu, dokumenty służące weryfikacji:

- 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;
- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z § 6 projektowanego rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, zamawiający może żądać od wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą lub zawodową dokumentu potwierdzającego, że jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem. Celem tego przepisu jest umożliwienie sprawdzenia, czy wykonawca składający ofertę jako przedsiębiorca został wpisany do odpowiedniego rejestru. Nie oznacza to jednak, że wykonawcą może być wyłącznie podmiot prowadzący działalność gospodarczą lub zawodową. Definicja wykonawcy została określona w art. 7 pkt 30 ustawy.

Prowadzenie niektórych rodzajów działalności gospodarczej lub zawodowej wymaga posiadania szczególnych uprawnień. W związku z tym zgodnie z § 7 projektowanego rozporządzenia zamawiający powinien mieć możliwość żądania zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, a także dokumentu potwierdzającego status członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania (ust. 1). W przypadku zaś gdy, wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamawiający może również żądać odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub

wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania (ust. 2).

Przepis § 8 ust. 1 projektowanego rozporządzenia zawiera katalog dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Przepis jest zmienioną wersją § 2 ust. 2 dotychczasowego rozporządzenia. Pierwsza zmiana polega na tym, że na wzór europejski (Część I „Sytuacja ekonomiczna i finansowa” załącznika XII do dyrektywy klasycznej) w projektowanym przepisie wymieniono jedynie przykłady dokumentów uznając je za katalog otwarty poprzez użycie określenia „w szczególności”. Zamawiający może zatem żądać również innych dokumentów niż wymienione w tym przepisie np. promesy kredytowej (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 13 lipca 2017, C-76/16, *Ingsteel*, ECLI:EU:C:2017:549, pkt 41). Druga zmiana polega na tym, że obecnie okres ważności informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy będzie wynosił 3 miesiące wstecz od dnia jej złożenia, zamiast 1 miesiąc wstecz od dnia upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W § 8 ust. 2 projektowanego rozporządzenia utrzymano regulację § 2 ust. 3 dotychczasowego rozporządzenia, stanowiącą przeniesienie art. 60 ust. 3 akapit drugi dyrektywy klasycznej, która przyznaje wykonawcom możliwość wykazania spełnienia warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej przy pomocy innych niż żądane przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych.

Przepisy § 9 projektowanego rozporządzenia regulują kompleksowo problematykę dokumentowania zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy. § 9 ust. 1 projektowanego rozporządzenia wylicza w sposób wyczerpujący rodzaje podmiotowych środków dowodowych, jakich może żądać zamawiający w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Zdanie wprowadzające do wyliczenia wdraża art. 60 ust. 4 dyrektywy klasycznej, który uzależnia rodzaje środków jakich zamawiający może wymagać na dowód zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw lub usług. Rodzaje środków dowodowych wymienione w § 9 ust. 1 pkt 1-12 projektowanego rozporządzenia odpowiadają katalogowi takich środków ustalonemu w części II załącznika XII do dyrektywy klasycznej. Z kolei środki dowodowe, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 13 i 14 projektowanego rozporządzenia, w postaci zaświadczeń niezależnego podmiotu poświadczających spełnianie wymagań norm zapewnienia jakości albo systemów lub norm zarządzania środowiskowego, odpowiadają określonym w art. 62 ust. 1 i 2 dyrektywy klasycznej stosownym zaświadczeniom sporządzonym przez niezależne jednostki. Polski ustawodawca

zaliczył bowiem spełnianie wymagań norm zarządzania jakością oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego do kategorii zdolności technicznej lub zawodowej (art. 116 ust. 1 zdanie drugie ustawy).

Przepis § 9 ust. 1 pkt 1 projektowanego rozporządzenia upoważnia zamawiającego do żądania wykazu robót budowlanych „porównywalnych z robotami budowlanymi stanowiącymi przedmiot zamówienia”. Porównywalny nie oznacza taki sam lub identyczny, ale raczej, że stopień skomplikowania wykonanych robót budowlanych był pod względem technicznym lub organizacyjnym tak samo wysoki lub wyższy. Zgodnie z częścią II lit. a podlit. ii załącznika XII do dyrektywy klasycznej dowodem zdolności technicznej wykonawców może być „wykaz głównych dostaw lub usług”. Również przepis § 9 ust. 1 pkt 2 projektowanego rozporządzenia wprowadza jako zasadę żądanie wykazu głównych dostaw lub usług. Główne dostawy lub usługi to takie, które pozwalają na ocenę ogólnej zdolności technicznej wykonawcy. Warunek posiadania ogólnej zdolności technicznej jest wystarczający w przypadku dostaw produktów lub usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych (produktów lub usług katalogowych), które nie posiadają newralgicznego znaczenia dla funkcjonowania zamawiającego. Natomiast w przypadku produktów lub usług specjalistycznych lub dostosowanych do potrzeb zamawiającego, ewentualnie posiadających kluczowe znaczenie dla prowadzenia działalności przez zamawiającego, zamawiający może wymagać szczególnej zdolności technicznej adekwatnej do konkretnego zamówienia. Dlatego jeżeli jest to uzasadnione charakterem, znaczeniem, przeznaczeniem lub zakresem dostaw lub usług, zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług porównywalnych z dostawami lub usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia.

W przypadku zamówień na dostawy zamawiający – stosownie do § 9 pkt 11 projektowanego rozporządzenia – może żądać:

- a) próbek, opisów lub fotografii dostarczanych produktów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego,
- b) zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

Wymienione środki dowodowe są żądane na potwierdzenie zdolności technicznych wykonawcy dotyczących jego wiedzy i umiejętności (*know-how*), które umożliwiają mu dostarczenie produktów na odpowiednim poziomie jakości (art. 116 ust. 1 ustawy). Zwłaszcza próbki umożliwiają zamawiającemu przeprowadzenie fizycznej kontroli jakości produktu. Wykazy robót budowlanych, dostaw lub usług oraz oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz liczebności kadry kierowniczej, określone w § 9 ust. 1, 2 i 9 projektowanego rozporządzenia, mają co do zasady dotyczyć „ostatnich” 5 lub 3 lat. W § 9

ust. 2 projektowanego rozporządzenia doprecyzowano sposób liczenia tych okresów mając na uwadze fakt, że zamawiający może żądać wymienionych dokumentów nie tylko w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przepis § 9 ust. 3 projektowanego rozporządzenia służy doprecyzowaniu przepisów § 8 ust. 1 pkt 1 i 2 projektowanego rozporządzenia. Wynika z niego, że jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie konsorcjum, którego był członkiem, to w wykazach robót budowlanych, dostaw lub usług uwzględnia wyłącznie te roboty budowlane, dostawy lub usługi, które faktycznie wykonał. Przepis ten nie miał odpowiednika w przepisach dotychczasowego rozporządzenia. Projektowana regulacja koresponduje z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r., C-387/14, *Esaprojekt*, EU:C:2017:338, w którym Trybunał orzekł, iż niedopuszczalne jest, „by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji”.

Zamawiający nie ma obowiązku żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (art. 124 pkt 2 i art. 273 ust. 1 pkt 2 ustawy). W związku z tym w § 10 projektowanego rozporządzenia przewidziano możliwość żądania przez zamawiającego ogólnego oświadczenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, które zastępuje podmiotowe środki dowodowe wymienione w § 5-9.

Przepisy § 11 zawierają szczególną regulację dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. § 11 ust. 1 projektowanego rozporządzenia nakazuje stosowanie do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa § 2, § 3 i § 5-9 projektowanego rozporządzenia. Jednocześnie jednak przepis wprowadza szereg odrębności w stosunku do § 9 projektowanego rozporządzenia, które są wynikiem różnic jakie zachodzą między art. 60 ust. 4 dyrektywy klasycznej oraz częścią II załącznika XII do tej dyrektywy z jednej strony a art. 42 dyrektywy obronnej z drugiej strony.

Projektowane rozporządzenie, w odróżnieniu od dotychczas obowiązującego rozporządzenia, nie wskazuje, że zamawiający przy udzielaniu zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, będzie mógł żądać, oprócz podmiotowych środków dowodowych składanych w postępowaniach o udzielenie zamówień klasycznych, również innych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania, takich jak aktualne odpowiednie poświadczenia bezpieczeństwa, o których mowa w ustawie o ochronie informacji niejawnych oraz aktualne świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, gwarantującego zdolność do ochrony informacji niejawnych, o którym mowa w ustawie o ochronie informacji niejawnych. Projektowane

rozporządzenie, w odróżnieniu od dotychczas obowiązującego rozporządzenia, ale w ślad za art. 42 ust. 1 lit. j dyrektywy obronnej, zalicza tego rodzaju dokumenty do podmiotowych środków dowodowych składanych na potwierdzenie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy (§ 11 ust. 1 pkt 2 lit. c). Należy zwrócić uwagę, że katalog tych ostatnich jest otwarty (§ 11 ust. 1 pkt 2 zdanie wprowadzające do wyliczenia).

Z kolei przepisy § 12 projektowanego rozporządzenia dopuszczają możliwość zastąpienia podmiotowych środków dowodowych odpowiednim zaświadczeniem o wpisie do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców lub certyfikatem wydanym przez jednostkę certyfikującą oraz wprowadzają zasadę domniemania prawdziwości informacji wynikających z zaświadczenia lub certyfikatu (ust. 1), a także przewidują wyjątki od tych reguł (ust. 2). Stosowne zaświadczenie lub certyfikat może stanowić dowód spełnienia wymogów kwalifikacji podmiotowej zarówno wykonawcy, jak i podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy oraz podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach (ust. 3).

Inne oświadczenia lub dokumenty

Projektowane rozporządzenie dotyczy również innych dokumentów i oświadczeń. Termin „inne oświadczenia lub dokumenty” nie został zdefiniowany w ustawie, ale z art. 70 pkt 1 oraz art. 128 ust. 1 i 6 w zw. z art. 107 ust. 2 ustawy wynika, iż należy przez nie rozumieć dokumenty lub oświadczenia jakich może żądać zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie, które nie są oświadczeniem, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, podmiotowym środkiem dowodowym, przedmiotowym środkiem dowodowym lub zwykłą informacją.

Projektowane rozporządzenie w § 13 określa wyłącznie rodzaje dokumentów żądanych w celu potwierdzenia umocowania reprezentantów. Przede wszystkim zamawiający może żądać od wykonawcy odpisu lub informacji z właściwego rejestru, z którego wynika umocowanie osób działających w imieniu wykonawcy, takiego jak Krajowy Rejestr Sądowy lub Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej (ust. 1). Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia odpisu lub informacji z właściwego rejestru, jeżeli zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, o ile wykonawca dostarczył dane umożliwiające dostęp do tych dokumentów (ust. 2). Jeżeli w imieniu wykonawcy lub wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia działa osoba, której umocowanie do reprezentowania nie wynika z odpisu lub informacji z właściwego rejestru, zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania wykonawcy (ust. 3 i 4). Przykładami innych dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania wykonawcy lub współwykonawców są akt powołania na stanowisko prezesa zarządu, członka zarządu spółki lub,

w przypadku spółek działających w systemie *common law*, członka rady dyrektorów spółki, a także umowa spółki cywilnej lub uchwała jej wspólników, wskazująca jednego ze wspólników jako umocowanego do reprezentacji spółki. Te same reguły co wobec osoby działającej w imieniu wykonawcy stosuje się wobec osoby działającej w imieniu podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach (ust. 5).

W § 14 projektowanego rozporządzenia określono wymagania w zakresie formy podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w rozporządzeniu. Podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składa się w formie elektronicznej, w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, w formie pisemnej lub w formie dokumentowej, w zakresie i w sposób określony w przepisach wydanych na podstawie art. 70 ustawy.

Termin wejścia w życie rozporządzenia został ustalony na dzień 1 stycznia 2021 r., tj. dzień wejścia w życie ustawy. Zgodnie bowiem z § 127 Zasad techniki prawodawczej, stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. z 2016 r. poz. 283), rozporządzenie powinno wchodzić w życie w dniu wejścia w życie ustawy, na podstawie której jest ono wydawane.

Projektowane rozporządzenie nie zawiera przepisów technicznych w rozumieniu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. poz. 2039, z późn. zm.), w związku z tym nie podlega notyfikacji Komisji Europejskiej.

Przedmiotowy projekt jest zgodny z obowiązującymi regulacjami Unii Europejskiej w tym zakresie.

Projektowane rozporządzenie nie wymaga przedłożenia instytucjom i organom Unii Europejskiej, w tym Europejskiemu Bankowi Centralnemu, w celu uzyskania opinii, dokonania powiadomienia, konsultacji albo uzgodnienia.

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. z 2017 r. poz. 248) projekt rozporządzenia został zamieszczony w Biuletynie Informacji Publicznej Urzędu Zamówień Publicznych.

Jednocześnie, zgodnie z § 52 uchwały nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów (M.P. z 2016 poz. 1006, z późn. zm.), projekt rozporządzenia został zamieszczony w Biuletynie Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji, w serwisie „Rządowy Proces Legislacyjny”.