



Egz. pojedynczy

Olsztyn, 18 stycznia 2022 r.

### **„Adresaci według rozdzielnika”**

**Nr sprawy RZI w Olsztynie – SZP.2612.1.2022**

**Dotyczy:** *Budowa magazynu wielobranżowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Łomży – postępowanie nr 57/RB*

Szanowni Państwo,

w odpowiedzi na pytanie Wykonawcy wyjaśniam:

#### **Pytanie nr 1:**

Zwracamy się z prośbą o zmianę ogłoszenia i SWZ poprzez:

1. Odstąpienie przez Zamawiającego od badania przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8, 9 i 10 ustawy Pzp w przedmiotowym Postępowaniu poprzez wykreślenie z Rozdziału VII SWZ Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 405 ust. 2 ustawy Pzp – pkt 1 ppkt 7, 8, 9 SWZ (strona 10 SWZ),

względnie

2. Określenie poprzez zamieszczenie w ogłoszeniu do Postępowania, stosownie do zastrzeżenia poczynionego w SWZ w rozdz. VII ust. 2 pkt 1 akapit 5 (str. 9) następującej treści postanowienia:

*Zgodnie z art. 405 ust. 8 ustawy Pzp, Zamawiający przewiduje możliwość odstąpienia od odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty wykonawcy, w stosunku do którego zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w ust. 109 ust. 1 pkt 1-5, oraz 7-10 ustawy Pzp, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne a wykonawca jest wiarygodny i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, w szczególności jeżeli wykonawca*

*podjął czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp i są one wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy.*

W pierwszej kolejności pragniemy wskazać, iż podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ustawy Pzp mają charakter fakultatywny, tym samym zastosowanie ich w postępowaniu zależy od decyzji Zamawiającego, mając na uwadze zastosowaniu zasady proporcjonalności przy wykluczeniu wykonawców.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa klasyczna”) w motywie 101 wyraźnie wskazuje, że stosując fakultatywne podstawy wykluczenia Zamawiający powinni zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Jej motyw 101 stanowi: *Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie.* Ten zapis należy interpretować w świetle przepisu art. 18 Dyrektywy klasycznej, który zobowiązuje Zamawiających do działania w sposób proporcjonalny – co w polskiej ustawie jest wpisane jako obowiązek w art. 16. W konsekwencji, w przypadku stosowania przesłanki fakultatywnej wykluczenia dyrektywa w motywie 101 wzmacnia znaczenie ogólnej zasady proporcjonalności w zamówieniach publicznych. Przy tym, tę regulację należy rozumieć tak, że ma zastosowanie do tej grupy przesłanek, które są kwalifikowane jako fakultatywne na poziomie unijnym. Powyższe wyraża i potwierdza także mająca zastosowanie w niniejszym przypadku Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 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 w swoim motywie 15 oraz 69. Oprócz zaakcentowania zasady proporcjonalności Dyrektywa w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w art. 39 ust. 2 stanowi, że przesłanki odpowiadające art. 109 polskiej ustawy także są fakultatywne oraz, że Państwa członkowskie określają, zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu.

W zakresie przesłanek fakultatywnych wypowiedział się UZP i na pytanie dot. Zastosowania zasady proporcjonalności w czynności wykluczenia wykonawcy, np. jaka kwota zaległego podatku lub jakie zdarzenie u wykonawcy powinno stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy, wskazał:

*„Zamawiający powinien zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności w toku badania wskazanych podstaw wykluczenia, uwzględniając drobny charakter nieprawidłowości lub powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości (do czego nawiązuje motyw 101 preambuły Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE).”*

Ponadto pragniemy wskazać, iż przedmiotowe Postępowanie prowadzone jest zgodnie z Działem VI ustawy Pzp (Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, który w art. 395 ust. 1 pkt a stanowi, że postanowienia art. 110 ust. 2 i 3 nie mają zastosowania w prowadzeniu tego typu postępowań, co wprost nie pozwala Wykonawcy dokonać „samooczyszczenia” w przypadku stwierdzenia przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8-10 ustawy Pzp. Nie mniej jednak regulacja art. 405 ust. 8 ustawy Pzp w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa pozwala Zamawiającemu odstąpić od wykluczenia na podstawie przesłanek obligatoryjnych bądź fakultatywnych, o ile takie warunki określi w ogłoszeniu. Zamawiający w SWZ w rozdz. VII ust. 2 pkt 1 akapit 5 (str. 9) powielił ten przepis ustawy Pzp, co wyraża wolę Zamawiającego realnej i proporcjonalnej oceny spełniania warunków w postępowaniu, nie tylko w ograniczeniu do przesłanek wymienionych w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. Nie mniej jednak samo odesłanie do przepisu ustawy w ocenie Wykonawcy może nie wystarczyć do skutecznego odstąpienia od wykluczenia (odrzczenia wniosku) w przypadku stwierdzenia ziszczenia się danej przesłanki wykluczenia. Redakcja przepisów jak i jego celowościowa wykładnia nakazywałyby dookreślić w treści ogłoszenia w jakich przypadkach i zakresach Zamawiający to uczyni. Zamawiający w Postępowaniu dokonał takie zastrzeżenie w odniesieniu do części przesłanek wykluczenia, do których referuje art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast art. 405 ust. 8 ustawy Pzp ma charakter autonomiczny, niezależny od art. 109 ust. 3 ustawy Pzp i pozwala na znacznie szersze zastosowanie.

Przenosząc powyższe na warunki niniejszego Postępowania, wprowadzenie badania przesłanek fakultatywnych z art. 109 ustawy Pzp jak i brak doprecyzowania sposobu ich oceny w kontekście art. 405 ust. 8 ustawy Pzp prowadzi do arbitralnego wykluczenia z udziału w postępowaniu podmiotów, wobec których zaistniała jakakolwiek przesłanka wykluczenia niewymieniona w art. 109 ust. 3, a mianowicie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8, 9, 10 ustawy Pzp. Zasadniczo obligatoryjne wykluczenie dotknie podmioty duże, o rozbudowanej strukturze, aktywnie działające na rynku zamówień publicznych. W przypadku dużych podmiotów działających globalnie na rynku, w tym przy ilości zamówień, w jakich rocznie biorą udział i ilości kontraktów, jakie zawierają, niewielki ich ułamek prowadzi do stwierdzenia uchybień, często nieznacznych i nie wpływających na wiarygodność wykonawcy, które podpadają następnie pod przesłanki wykluczenia

z art. 109 ust. 1 pkt 8, 9, 10 ustawy Pzp. Takie uchybienia, zwłaszcza że mogą pojawić się na różnych szczeblach w różnych oddziałach są skutecznie korygowane i naprawiane przez wykonawców, wobec wdrożenia procedur self-cleaningu. Przeprowadzenie pełnej i aktywnej procedury self-cleaning jest rozwiązaniem prawnym, dopuszczonym Dyrektywą klasyczną i ustawą Pzp, które pozwala tym podmiotom nadal konkurować na rynku i zdobywać nowe kontrakty. O ile takie prawne rozwiązanie jest przewidziane w zamówieniach klasycznych, o tyle w przypadku zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa ustawodawca unijny postanowił w art. 39 Dyrektywy w zakresie obronności i bezpieczeństwa, że *Państwa członkowskie określają, zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu. Mogą one przewidzieć możliwość odstąpienia od przestrzegania wymogu, o którym mowa w akapicie pierwszym (dotyczy przesłanek obligatoryjnych), z uwagi na interes ogólny.* W przypadku przesłanek fakultatywnych zastosowanie znajduje 1 zdanie powyższego fragmentu dyrektywy, co znalazło następnie odzwierciedlenie w art. 405 ust. 8 ustawy Pzp. Przepis ten pozwala na odstąpienie od wykluczenia z udziału w postępowaniu w przypadku zaistnienia jakichkolwiek z przesłanek obligatoryjnych lub fakultatywnych, nie tylko tych wymienionych w art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. Wymaga to jednak wyraźnego wyartykułowania w ogłoszeniu zgodnie z art. 405 ust. 8 ustawy Pzp. Takie rozwiązanie pozwoliłoby wyeliminować konieczność wykluczania wykonawców za drobne i niemające wpływu na Postępowanie uchybienia a także zwiększyłoby grono wykonawców solidnych, wiarygodnych, dających rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Reasumując powyższe, brak odstąpienia od badania lub wprowadzenia odpowiednich regulacji w odniesieniu do przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8, 9 i 10 ustawy Pzp może prowadzić do niezasadnego i arbitralnego ograniczenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie publiczne. Co do zasady negatywnym i nieuniknionym skutkiem wykluczenia jest każdorazowo ograniczenie konkurencji w postępowaniu. Konieczne jest zatem odpowiednie wyważenie dwóch wartości – dążenia do pozbawiania możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne przez nierzetelnych, niewiarygodnych wykonawców oraz ochrony konkurencyjności rynku zamówień publicznych i jego różnorodności, co wyraża się także dbaniem o interes ogólny.

Zaproponowane na wstępie rozwiązania wydają się nie tylko prawnie dopuszczalne ale i zasadne w kontekście tego, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu odstąpił od zastosowania przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz pkt 5 ustawy Pzp oraz powołał się na możliwość jaką daje mu art. 405 ust. 8 ustawy Pzp.

**Odpowiedź na pytanie nr 1:**

Zamawiający nie zmienia zapisów SWZ w zakresie podstaw wykluczenia Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z poważaniem

**SZEF ZARZĄDU**

**wz. płk Sławomir OLSZEWSKI**