

Szczecin, dnia 22.06.2022 r.

Internet

znak sprawy: SZP.2612.12.2022

WYJAŚNIENIE TREŚCI OGŁOSZENIA I INFORMACJI OGÓLNYCH

Dotyczy: przetargu ograniczonego na Wykonanie robót budowlanych polegających na budowie budynku operacyjno – biurowego na potrzeby Grupy Rozpoznania Obrazowego i Elektronicznego w Mirostawcu.

Nr Sprawy: 23/OB/UPT/22

Zamawiający informuję, że w dniach 20.06.2022 r., 22.06.2022 r., wpłynęły wnioski do Zamawiającego o wyjaśnienie treści ogłoszenia. Treść zapytania wraz z wyjaśnieniem Zamawiający zamieszcza poniżej:

Pytanie 1. Wykonawca zwraca uwagę, że zgodnie z art. 395 ust. 1 pkt 1) lit. a) tiret pierwsze ustawy Pzp, do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się przepisy działu II z wyjątkiem art. 110 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp. Przepis art. 110 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp referuje bezpośrednio wobec tego do tzw. procedury „self-cleaning”, która została wprowadzona tymi przepisami. Z art. 110 ust. 2 ustawy wynika jednocześnie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił określone przesłanki wymienione w pkt 1) – 3) przepisu. Zacytowane przepisy wyłączają zatem w ramach zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa możliwość przeprowadzenia procedury self-cleaning w celu udowodnienia przez wykonawcę wykluczonego z postępowania na podstawie przesłanek wykluczenia, że naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej swoim nieprawidłowym postępowaniem, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem, a także że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu w przyszłości. Należy zatem podkreślić, że choć wydaje się, że niekoniecznie taka była intencja ustawodawcy, wyłączona została wobec wykonawców w tzw. „przetargach wojskowych” możliwość „oczyszczenia się” wykonawcy z sytuacji potencjalnie problematycznych, które mogły mieć miejsce w jego przeszłości.

W tym miejscu należy jednocześnie wskazać na dwie okoliczności, które mają istotne znaczenie w związku z tą sytuacją.

Po pierwsze, aktualnie w doktrynie i orzecznictwie istnieje bardzo poważna rozbieżność dotycząca właśnie przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z punktu widzenia aktualnego przetargu jest to kwestia o tyle istotna, że przecież Zamawiający nawiązując do art. 405 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp w treści dokumentacji postępowania wprost odnosi się do art. 109 – do całego przepisu, a więc

wszystkich przesłanek fakultatywnych. Rozbieżność wynikała na kanwie niedawnych wyroków Krajowej Izby Odwoławczej zasadza się po pierwsze na kwestii kwalifikacji przypadków występujących w historii realizowanych przez wykonawców kontraktów z uwzględnieniem wszystkich elementów przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 i skorelowanych z tym przepisem działaniem wykonawców polegającym na wprowadzaniu w błąd zamawiających i na podawaniu nieprawdziwych informacji, a po drugie - na kwestii poprawnego wypełniania formularza JEDZ. Warto w tym miejscu nadmienić, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp jest przepisem o charakterze skutkowym, sankcję wykluczenia przewiduje więc w sytuacjach, w których konsekwencją w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi była następstwem określonego zachowania wykonawcy, tj. sytuacji, w której *z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy (...).* Bez zaistnienia przypadku wskazanego w pierwszej części przepisu (niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwale nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w znacznym stopniu lub zakresie) nie wystąpi sankcja określona w jego drugiej części. Tymczasem z jednego z ostatnich wyroków Krajowej Izby Odwoławczej wynika na przykład, że również naliczenie wykonawcy kar umownych – mimo, że kary umowne nie stanowią substratu odszkodowania i nie zostały wprost wpisane w treści przepisu, powinny zostać ujawniane w treści formularza JEDZ, nawet jeśli przypadki takie nie wypełniają wszystkich przesłanek przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. W przypadkach natomiast, w których wykonawcy nie poinformują zamawiających o naliczonych karach umownych, zostaną wykluczeni z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) / 10) i konsekwentnie, aby móc w dalszym ciągu brać udział w zamówieniach publicznych, muszą przeprowadzić procedurę self- cleaningu. W skrócie więc, niedawne wyroki KIO otworzyły w pewnym sensie drogę do możliwości zaistnienia bardzo daleko idących konsekwencji, które w branży budowlanej będą dotyczyły niemal wszystkich (jeśli nie wszystkich) dużych wykonawców. Jest bowiem bardzo mało prawdopodobne, że którykolwiek wykonawca nie ma w swojej historii np. przypadków wypowiedzenia / odstąpienia od umowy (czy w ogóle rozwiązania), naliczonych kar umownych, wykonania zastępczego czy sytuacji, w których doszło do realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, a które oczywiście każdy wykonawca kontestuje i dochodzi swoich praw w ramach postępowania sądowego. Zgodnie z interpretacją KIO wszystkie takie przypadki, nawet jeśli są kontestowane i skarżone w ramach procedury cywilnej, trzeba byłoby wpisywać do formularza JEDZ. Każde więc odstępstwo od tego rodzaju „transparentności absolutnej” (nie wynikającej ani z przepisów ustawy Pzp, ani z dyrektywy zamówieniowej) może prowadzić do wykluczenia, a każde wykluczenie – do konieczności wdrożenia procedury self-cleaningu, która jest w zamówieniach z dziedziny obronności i bezpieczeństwa wyłączona. To z kolei prowadzi do konkluzji, że niejasne przepisy i ich dowolna oraz rozszerzająca interpretacja KIO działająca na niekorzyść wykonawców będzie w dłuższej perspektywie prowadzić do znacznego ograniczenia możliwości składania przez dużych wykonawców ofert w postępowaniach „wojskowych”. Dotyczy to oczywiście przypadków, w których zamawiający zdecydują się na każdorazowe uwzględnianie konkretnych (w szczególności tych wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp) fakultatywnych przesłanek wykluczenia opisanych w ramach art. 109 ust. 1 ustawy Pzp, a także nie zdecydują się na wpisanie w treści dokumentacji postępowania zastrzeżenia dopuszczonego w art. 405 ust. 8 ustawy Pzp, z którego wynika, że „zamawiający może odstąpić od odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty wykonawcy, w stosunku do którego zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w ust. 1 i 2, jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i jest to uzasadnione interesem ogólnym”.

Drugi aspekt wymagający skrótego chociaż omówienia związany jest właśnie z aspektem fakultatywności. Wykonawca zwraca uwagę, że art. 109 odnosi się do fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Aby wykonawca mógł być wykluczony na jej

podstawie musi to zostać przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia. Jeśli z kolei zostanie to przewidziane w ww. dokumentach przez Zamawiającego, to wówczas w toku postępowania Zamawiający nie może już odstąpić od zastosowania przewidzianych przesłanek wykluczenia – przewidzenie danej przesłanki fakultatywnej w ogłoszeniu/SWZ powoduje, że staje się ona przesłanką obligatoryjną (vide: KIO 434/18). Nawet więc jeśli zamawiający przewiduje fakultatywne przesłanki wykluczenia w dobrej wierze i znajduje się w przekonaniu, że w końcu ostatecznie nie musi na tej podstawie wykluczać – należy podkreślić, że jest to przekonanie błędne. Referowanie w treści dokumentacji do tych fakultatywnych przesłanek wykluczenia oznacza, że na późniejszym etapie postępowania nie można już rezygnować z badania wniosków / ofert wykonawców pod kątem przesłanek z art. 109 ustawy Pzp.

W związku z powyżej przedstawionymi okolicznościami, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy Zamawiający w aktualnym postępowaniu zrezygnuje z fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania w zakresie art. 109 ust. 1 pkt. 10) ustawy Pzp mając na uwadze okoliczność, że w zamówieniach z dziedziny obronności i bezpieczeństwa wyłączona jest procedura self-cleaning określona w ramach art. 110 ust. 2 i ust. 3?

Ponadto, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy Zamawiający przewiduje uwzględnienie możliwości zastosowania art. 405 ust. 8 ustawy Pzp, tj. możliwości odstąpienia od odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty wykonawcy, w stosunku do którego zachodzą podstawy wykluczenia? W ocenie Wykonawcy przesłanki wykluczenia, które w sposób najbardziej kompleksowy i przejrzysty wpływają na ocenę statusu wykonawców w postępowaniu znajdują się w przepisach dotyczących obligatoryjnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 108 ustawy Pzp, a także, ewentualnie, w ramach fakultatywnych przesłanek wykluczenia uwzględnionych w art. 109 ust. 1 pkt 1, pkt 3, pkt 4. Wykonawca zwraca również uwagę, że w ostatnim czasie w ramach postępowań w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, powziąwszy wiedzę o wyłączeniu procedury self-cleaning w tych postępowaniach, kilku zamawiających modyfikowało treść dokumentacji już po jej ogłoszeniu, przykładowo Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie czy Stołeczny Zarząd Infrastruktury.

Odpowiedź: Zamawiający rezygnuje z fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp.

Pytanie 2. Czy zamawiający dopuszcza możliwość wylegitymowania się przez kierownika jednostki organizacyjnego wydaną przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego zgodą na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli „poufne” oraz aktualnym zaświadczeniem stwierdzającym odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych?

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza wylegitymowanie się przez Kierownika jednostki organizacyjnej wydaną przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, na podstawie Art. 34 Ustawy z dnia 05 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, zgodą na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli „poufne” oraz aktualnym zaświadczeniem stwierdzającym odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych.

Pytanie 3. Proszę o wyjaśnienie jakich dokumentów Zamawiający oczekuje wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ponieważ w dokumentach dotyczących postępowania jest brak spójności: 1. W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający w zakresie podmiotowych środków dowodowych składanych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazuje min. Oświadczenie wykonawcy o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, natomiast w Informacjach ogólnych brak jest mowy o dołączeniu do wniosku takiego oświadczenia. Brak jest także wzoru takiego oświadczenia.

Odpowiedź: Zamawiający wymaga złożenia dokumentów wynikających z Ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający załącza „Oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej”. Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 9 do „Informacji ogólnych”.

Pytanie 4. W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający w zakresie podmiotowych środków dowodowych składanych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wymaga złożenia min. zaświadczenia ZUS, zaświadczenia US, odpis z KRS lub CEIDG, informację z KRK, a w Informacjach ogólnych jest mowa tylko o aktualnym odpisie z KRS lub CEIDG.

Odpowiedź: Zamawiający wymaga złożenia dokumentów wynikających z Ogłoszenia o zamówieniu. Ujęto wykaz podmiotowych środków dowodowych w „Informacjach ogólnych”, które należy złożyć wraz z Wnioskiem o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu.

Pytanie 5. W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wymaga załączenia do wniosku Koncesji MSWiA, natomiast w Informacjach ogólnych Zamawiający wymaga złożenia oświadczenia załącznik nr 5. Proszę o sprecyzowanie czy Wykonawca winien do wniosku załączyć dowody, o których mowa w oświadczeniu zał. nr 5, czy wystarczające będzie złożenie oświadczenia zał. nr 5, czy załączyć do wniosku kopię koncesji MSWiA zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu ?

Odpowiedź: Zamawiający wymaga złożenia dokumentów wynikających z Ogłoszenia o zamówieniu. Wykonawca załącza do „Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu” załącznik nr 5 – wraz z kopią koncesji MSWiA.

Pytanie 6. W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazuje, że Kierownik jednostki organizacyjnej musi posiadać ważne poświadczenie bezpieczeństwa (.....), natomiast w Informacjach ogólnych oraz wzorze oświadczenia zał. nr 5 nie ma już mowy o kierowniku jednostki organizacyjnej.

Odpowiedź: Kierownik jednostki organizacyjnej został wymieniony w załączniku nr 4 – Wykaz osób do „Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”.

Pytanie 7. W wykazie osób załącznik nr 4 do wniosku Zamawiający oczekuje wskazania pracowników wymienionych w sekcji III.2.3 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, a następnie Zamawiający oczekuje złożenia oświadczenia o posiadaniu tych samych pracowników na wzorze oświadczenia zał. nr 5. W jakim celu wykonawca ma oświadczać kilkakrotnie w tym samym zakresie?

Odpowiedź: Zamawiający wykreśla w załączniku nr 5 – Oświadczenie dotyczące ochrony informacji niejawnych punkt 4).

Pytanie 8. Czy Zamawiający oczekuje złożenia oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zał. nr 8 wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ponieważ wzór takiego oświadczenia znajduje się w dokumentach postępowania, jednakże brak jest wskazania zarówno w Ogłoszeniu o zamówieniu jak i w Informacjach ogólnych.

Odpowiedź: Wykonawca złoży zał. nr 8 – Oświadczenie składane przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wraz z „Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”.

Zał. 1 na 17. ark. – poprawione „Informacje ogólne”

KIEROWNIK ZAMAWIAJĄCEGO

z up. ppłk Krzysztof STANIOS