



Szczecin, dnia 12.05.2021r.

A-ZP.381.22.2021.WB

WYJAŚNIENIE TREŚCI SWZ nr 1

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: **dostawa i wdrożenie Symulatora osoby ze szczególnymi potrzebami w technologii VR, w tym licencji bezterminowej, sprzętu wraz z opieką serwisową i szkoleniem w ramach projektu „Jak najbliżej dostępności” (POWR.03.05.00-00-PU04/19-00).**

Do siedziby Zamawiającego wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści SWZ. Działając na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019) – dalej p.z.p., udziela poniższych wyjaśnień:

Pytanie nr 1:

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie podstawy prawnej do wymagania od Wykonawcy przedłożenia wyników testów RT-PCR na obecność koronawirusa SARS-CoV-2, w zakresie jego przedstawiciele skierowanych do szkoleń, wykonanych nie później niż 3 dni terminem szkolenia, o czym mowa w § 2 ust. 7 umowy. Wykonawca podnosi, że obowiązek ten nie ma odzwierciedlenia w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, a wystarczającym jest spełnienie podstawowych środków bezpieczeństwa epidemiologicznego, czyli co najmniej wymaganie od takiej osoby zakrycia ust i nosa przy użyciu odpowiedniej maseczki. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o odpowiednią zmianę tego postanowienia lub jego usunięcie.”

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż wprowadzenie w § 2 ust. 7 projektu umowy wymagania zgodnie z którym „Wykonawca zobowiązuje się, że osoby przeprowadzające szkolenie kadry dydaktycznej, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 przedstawią do wglądu kierownikowi projektu negatywny wynik testu RT-PCR na obecność koronawirusa SARS-CoV-2, wykonanego nie później niż w ciągu 3 dni licząc wstecz od terminu szkolenia”, nie wymaga istnienia w tym zakresie wyraźnej podstawy prawnej, w szczególności zawartej w specustawach o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19. Należy bowiem zwrócić uwagę, że strony mogą tak ukształtować umowę, aby okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19 w jak najmniejszym stopniu wpłynęły na należyte wykonanie umowy. Niemniej jednak, mając na uwadze specyfikę zamówienia w części dotyczącej usługi szkolenia wymagającej bezpośredniego kontaktu z kadrami dydaktyczną, a także obecny stan zaawansowania szczepień przeciw COVID-19, Zamawiający dokonuje zmiany treści § 2 ust. 7 projektu umowy, który otrzymuje następujące brzmienie: „Wykonawca zobowiązuje się, że osoby przeprowadzające szkolenie kadry dydaktycznej, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 przedstawią do wglądu kierownikowi projektu negatywny wynik testu RT-PCR na obecność koronawirusa SARS-CoV-2, wykonanego nie później niż w ciągu 3 dni licząc wstecz od terminu szkolenia lub zaświadczenie o odbyciu pełnego cyklu szczepień, bez względu na rodzaj szczepionki, o ile od przyjęcia ostatniej dawki szczepionki upłynęło nie mniej niż 14 dni.”.

Pytanie nr 2:

Zgodnie z pkt. 1. 8)-9) Części IV SWZ Zamawiający wykluczy z postępowania Wykonawcę:

- „który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów”;
- „który, 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 w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady”;

W opinii Wykonawcy pozostawienie powyższego (fakultatywnego) zapisu może prowadzić do nieuzasadnionego ograniczenia grona potencjalnych Wykonawców, posiadających niezbędne zasoby do realizacji zamówienia, którzy z przyczyn od siebie niezależnych nie wykonali lub nienależycie wykonali zamówienie publiczne. W przypadku podmiotów/firm realizujących liczne zamówienia (w tym zamówienia publiczne), istnieje realne prawdopodobieństwo wystąpienia sytuacji, w której Wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał pojedyncze zamówienie (publiczne), co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Może się również zdarzyć, iż Zamawiający wypowiedział umowę Wykonawcy jednak powód rozwiązania umowy, wina Wykonawcy, oraz roszczenia finansowe Zamawiającego są kwestionowane przez Wykonawcę, a w sprawie tej toczy się postępowanie sądowe. Zatem fakt rozwiązania umowy z Wykonawcą nie musi wskazywać na jego nierzetelność lub obniżyć jego wiarygodność. Dodatkowo ww. przesłanka wykluczenia z postępowania budzi wątpliwości interpretacyjne, m.in. w zakresie pojęcia „istotne zobowiązania” jak i skutku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia jako przesłanki do wykluczenia. W opracowaniu Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, rok 2020 wyd. 12, wskazano, że „Rozwiązanie umowy za porozumieniem stron, nawet w przypadku, gdy spowodowane jest niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zamówienia, raczej nie powinno skutkować wykluczeniem z postępowania. Obopólna zgoda stron na zakończenie umowy jest bowiem pewnym rodzajem konsensusu i niekoniecznie musi oznaczać, że **interesy zamawiającego zostały naruszone wskutek działania wykonawcy.**” Poglądy te znalazły również potwierdzenie w orzecznictwie KIO (wyr. KIO z 4.7.2017 r., KIO 1166/17, niepubl.). Mając na uwadze powyższe, wnosimy o zmianę zapisów SWZ w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania, poprzez wykreślenie przesłanek o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 PZP.

Odpowiedź nr 2:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów w tym zakresie.

Zamawiający jednocześnie wskazuje, że pierwsza przesłanka wykluczenia związana z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez wykonawcę zawarta w art. 109 ust. 1 pkt 5 PzP wymaga wykazania przez zamawiającego winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa. Nie obejmuje zatem przypadków, w których wykonawcy nie można przypisać winy, a zatem gdy do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy doszło na skutek okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. W odniesieniu zaś do drugiej przesłanki wykluczenia zawartej w art. 109 ust. 1 pkt 7 PzP konieczne jest udowodnienie przez zamawiającego, że przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania (w istotnym stopniu) leżą po stronie wykonawcy, a dodatkowo, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zamawiający zwraca w tym zakresie uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, powyższy przepis nie obejmuje swym zakresem przypadku rozwiązania umowy za porozumieniem stron, a jedynie jednostronne czynności prawne prowadzące do wygaśnięcia istniejącego stosunku prawnego, tj. odstąpienie od umowy oraz jej wypowiedzenie. Po drugie, ustalenie, że przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w istotny sposób leżą po stronie wykonawcy oznaczam że, wykluczenie nie może mieć charakteru automatycznego. W każdym przypadku należy ocenić rozmiar i powagę naruszenia oraz stopień zawinienia. Oznacza to między innymi, że nie każde nienależyte wykonanie umowy, nawet w przypadku naliczenia kar umownych czy odstąpienia od umowy, będzie podstawą do wykluczenia wykonawcy. Ponadto zamawiający zwraca uwagę na ocenę proporcjonalności ww. naruszeń wskazaną w przepisie art. 109 ust. 3 PzP zgodnie z którym zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Zamawiający wskazuje również, na możliwość skorzystania przez wykonawcę, również w przypadku toczących się postępowań sądowych z procedury *self-cleaning* (art. 110 PzP), która umożliwia wykazanie przez wykonawcę, że pomimo wystąpienia przesłanki wykluczenia podjęte zostały środki niezbędne do wykazania jego rzetelności, a tym samym brak jest podstawy wykluczenia.

Z poważaniem,