

Warszawa, dnia 02 czerwca 2022 r.

INFORMACJA NA STRONĘ INTERNETOWĄ

Nr sprawy: SZI-SZP.2612.32.2022

Dotyczy: przetargu ograniczonego – Sprawa 28/01534/2022

Działając na podstawie art. 411 ust. 4 ustawy PZP w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na wykonanie robót budowlano-montażowych wraz z konserwacją i serwisowaniem zainstalowanych urządzeń dla zadania: Dostosowanie zespołu budynków nr 7, 8 i 14 w tym dostosowanie pomieszczeń na potrzeby przetwarzania informacji niejawnych dla potrzeb Dowództwa Generalnego RSZ w kompleksie wojskowym przy ul. Żwirki i Wigury 103/105 w Warszawie – Sprawa 28/01534/2022 informuję:

Pytanie nr 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.

1) 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 wynika na kanwie niedawnych wyroków Krajowej Izby Odwoławczej zasada 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 konsekwencja 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**. Omawiany przypadek dotyczy korelacji art. 109 ust. 1 pkt 7 i pkt 8-10 ustawy Pzp, jednak jest to tylko jedna z szeregu innych problematycznych kwestii dotyczących interpretacji fakultatywnych przesłanek wykluczenia i ich związku z wdrożeniem procedury 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. Podobnie jeśli chodzi na przykład o kary administracyjne związane z przepisami dotyczącymi środowiska, których ujawnienie zamawiających zostało określone w art. 109 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. 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 wszystkich 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”.

- 2) Drugi aspekt wymagający skrótowego 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 intencją Zamawiającego w aktualnym postępowaniu było uwzględnienie wszystkich fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania 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? Wykonawca zwraca się również do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy Zamawiający świadomie w aktualnym postępowaniu pominął uwzględnienie możliwości przewidzianej w art. 405 ust. 8 ustawy Pzp tj., 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. 1 i 2? 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, powziąwszy wiedzę o wyłączeniu procedury self-cleaning w tych postępowaniach, kilku zamawiających modyfikowało treść dokumentacji już po jej ogłoszeniu, przykładowo Rejonowy Zarząd Infrastruktury i Stołeczny Zarząd Infrastruktury.

Odpowiedź:

Intencją zamawiającego było uwzględnienie fakultatywnych przesłanek wykluczenia nie mniej jednak mając na uwadze zasadę konkurencyjności oraz konieczność pozyskania

jak największej ilości ofert w celu racjonalnego wydatkowania środków finansowych tj. wydatkowanie środków publicznych w sposób celowy i oszczędny z uzyskaniem jak najlepszych efektów z danych nakładów, zasadna jest zmiana polegająca na zmianie treści ogłoszenia pod kątem przesłanek z art. 109 ustawy PZP.

Art. 109 ust. 1 pkt 10 nie ogranicza zakresu podawanych przez Wykonawcę informacji, ponieważ nie precyzuje (odmiennie niż w przypadku przesłanki wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 8) o jakie informacje chodzi. Można zatem przyjąć, że obejmuje on swoją hipotezą także informacje wymienione w art. 109 ust. 1 pkt 8, a zatem informacje, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy PZP zmienia treść SWZ:

Rozdział I pkt 2 ppkt 3), 5) i 6) SWZ:

Jest:

(...)

- 3) Zamówienie może zostać udzielone Wykonawcy, który:
 - spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane w Rozdziale II pkt 7 SWZ,
 - nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 405 ust. 1 i 2 ustawy PZP.
 - złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy PZP.
- 5) Potencjał podmiotu trzeciego
W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca może polegać na potencjale podmiotu trzeciego na zasadach opisanych w art. 118–123 ustawy PZP. Podmiot trzeci, na potencjał którego Wykonawca powołuje się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 405 ust. 1 i 2 ustawy PZP.
- 6) Podwykonawstwo
Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań.
Podwykonawca nie może podlegać wykluczeniu na podstawie 405 ust. 1 i 2 ustawy PZP.

Powinno być:

(...)

- 3) Zamówienie może zostać udzielone Wykonawcy, który:
 - spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane w Rozdziale II pkt 7 SWZ,
 - nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 405 ust. 1 i 2, z wyłączeniem art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.
 - złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy PZP.
- 5) Potencjał podmiotu trzeciego
W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca może polegać na potencjale podmiotu trzeciego na zasadach opisanych w art. 118–123 ustawy PZP. Podmiot trzeci, na potencjał którego Wykonawca powołuje się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 405 ust. 1 i 2, z wyłączeniem art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.
- 6) Podwykonawstwo
Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań.
Podwykonawca nie może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 405 ust. 1 i 2, z wyłączeniem art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.

Rozdział II pkt 6 ppkt 6.2 SWZ:

Jest:

(...)

6.2. Z postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający na podstawie art. 405 ust. 2 ustawy PZP wykluczy Wykonawcę:

(...)

5) o którym mowa w art. 109;

(...)

Powinno być:

6.2. Z postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający na podstawie art. 405 ust. 2 ustawy PZP wykluczy Wykonawcę:

(...)

5) o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1-9

(...)

Rozdział V pkt 3 SWZ:

Jest:

(...)

3. Zamawiający może badać, czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 405 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Wykonawca na żądanie Zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, lub podmiotowe środki dowodowe dotyczące tego podwykonawcy.

Powinno być:

(...)

3. Zamawiający może badać, czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 405 ust. 1 i 2, z wyłączeniem art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Wykonawca na żądanie Zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, lub podmiotowe środki dowodowe dotyczące tego podwykonawcy.

We wszystkich miejscach w SWZ gdzie mowa jest o art. 405 ust. 2 ustawy PZP należy przyjąć w pkt. 5 niniejszego artykułu przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 1-9

Pytanie nr 2:

Czy Zamawiający uzna za spełniony warunek udziału w postępowaniu wykazanie roboty budowlanej polegającej na przebudowie budynku koszarowego na kwotę powyżej 20 000 000,00 zł brutto?

Odpowiedź:

Zamawiający na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy PZP zmienia treść SWZ:

Rozdział II pkt 7.1 ppkt 4) lit. c):

Jest:

o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej:

(...)

c) Wykonawca ma wykazać, że wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z informacją o wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej

polegającej na **budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie i/lub remoncie budynku biurowego** na kwotę co najmniej **20 000 000,00 zł brutto (każda)** (...)

Powinno być:

o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej:
(...)

c) Wykonawca ma wykazać, że wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z informacją o wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na **budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie i/lub remoncie budynku biurowego lub budynku koszarowego** na kwotę co najmniej **20 000 000,00 zł brutto (każda)** (...)

W związku z powyższym zmianie ulega Załącznik nr 01 do Wniosku, Załącznik nr 02 do Wniosku i Załącznik nr 03 do Wniosku na Załącznik nr 01a do Wniosku, Załącznik nr 02a do Wniosku i Załącznik nr 03a do Wniosku.

We wszystkich miejscach w SWZ należy przyjąć Załącznik nr 01a do Wniosku, Załącznik nr 02a do Wniosku i Załącznik nr 03a do Wniosku.

Pytanie nr 3:

Zwracam się z uprzejmą prośbą o zmianę SIWZ w zakresie:

1. sytuacji ekonomicznej lub finansowej, tj. o dopuszczenie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości nie mniejszej niż 15 000 000,00 zł;

Wyrażenie zgody na wnioskowaną zmianą umożliwi złożenie oferty większej liczbie Oferentów, a tym samym będzie korzystniejsze dla Zamawiającego w zakresie większych możliwości wyboru i uzyskania najniższej ceny.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę w SWZ.

Pytanie nr 4:

Zwracam się z uprzejmą prośbą o zmianę SIWZ w zakresie:

2. zdolności technicznej lub zawodowej, tj. o dopuszczenie w zakresie doświadczenia roboty budowlanej „polegającej na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie i/lub remoncie budynku biurowego o wartości co najmniej 15 000 000,00 zł brutto.”

Wyrażenie zgody na wnioskowaną zmianą umożliwi złożenie oferty większej liczbie Oferentów, a tym samym będzie korzystniejsze dla Zamawiającego w zakresie większych możliwości wyboru i uzyskania najniższej ceny.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę w SWZ.

Niniejsze pismo wraz z załącznikami stanowi integralną część Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na wykonanie robót budowlano-montażowych wraz z konserwacją i serwisowaniem zainstalowanych urządzeń dla zadania: Dostosowanie zespołu budynków nr 7, 8 i 14 w tym dostosowanie pomieszczeń na potrzeby przetwarzania informacji niejawnych dla potrzeb Dowództwa Generalnego RSZ w kompleksie wojskowym przy ul. Żwirki i Wigury 103/105 w Warszawie – *Sprawa 28/01534/2022*.

- Załącznik nr 1 na 7 str. - Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu
(Załącznik nr 01a do Wniosku)
- Załącznik nr 2 na 1 str. - Wykaz wykonanych głównych robót budowlanych (Załącznik
nr 03a do Wniosku)
- Załącznik nr 2 na 2 str. - Oświadczenie dot. spełniania warunków udziału
w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia (Załącznik
nr 02a do Wniosku)

Z poważaniem

SZEF ZARZĄDU


płk Krzysztof OSOWICKI