

Warszawa, dnia 24 marca 2022 r.

INFORMACJA NA STRONĘ INTERNETOWĄ

Nr sprawy: SZI-SZP.2612.3.2022

Dotyczy: przetargu ograniczonego – Sprawa 4/01746/01750/2022

Działając na podstawie art. 411 ust. 4 ustawy Pzp w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na wykonanie robót budowlanych wraz z konserwacją i serwisowaniem zainstalowanych urządzeń dla zadania: *Zadanie 01746 - Budowa infrastruktury do zabezpieczenia funkcjonowania uzbrojenia specjalistycznego, Zadanie 01750 - Budowa budynku nr 52 A do potrzeb szkoleniowych i SD Brygady* informuję:

Pytanie nr 10:

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 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 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**. 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 wszystkich fakultatywnych przesłanek wykluczenia opisanych w ramach art. 109 ust. 1 ustawy Pzp.

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?

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 Ustęp 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.

Art. 109 Ustęp 1 pkt 2 Zamawiający może wykluczyć z postępowania takiego wykonawcę w stosunku do którego wydano ostateczną decyzję administracyjną i na podstawie tej decyzji wymierzoną karę pieniężną za naruszenie obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, a zatem nie jest możliwe wykluczenie wykonawcy wobec którego toczy się postępowanie i nie jest wydana decyzja administracyjna.

Zamawiający na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy PZP zmienia treść Ogłoszenia o zamówieniu:

Sekcja VI.3) (Informacje dodatkowe):

Jest:

(...)

3.8) 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:

(...)

3.8) 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), 3), 4), 5), 6); 7) 8), 9)

(...)

Sekcja VI.3) (Informacje dodatkowe):

Jest:

(...)

3.10) Podmiotowe środki dowodowe składane wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu:

(...)

15) Informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP

b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,

c) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP,

d) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, dotyczącej ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu,

e) art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, dotyczącej skazania za przestępstwo lub ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu

- sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem (**oddzielnie składa lider, partner konsorcjum, wspólnicy spółki cywilnej, podmiot udostępniający zasoby, podwykonawca**)

20) Jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 17, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób

uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy. Przepis pkt 18 stosuje się.

Powinno być:

(...)

3.10) Podmiotowe środki dowodowe składane wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu:

(...)

15) Informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PZP

b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,

c) art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, dotyczącej skazania za przestępstwo lub ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu

- sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem (***oddzielnie składa lider, partner konsorcjum, wspólnicy spółki cywilnej, podmiot udostępniający zasoby, podwykonawca***)

20) Jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 17, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy, zastępuje się je odpowiednio

w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie Wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania Wykonawcy. Przepis pkt 19 stosuje się.

Jest:

(...)

3.9) Dokumenty składane wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

- 1) Oświadczenie w zakresie wskazanym w ***Załączniku nr 02 do Wniosku***. Informacje zawarte w oświadczeniu będą stanowić potwierdzenie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu na dzień składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (...)

Powinno być:

(...)

3.9) Dokumenty składane wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

- 1) Oświadczenie w zakresie wskazanym w ***Załączniku nr 02a do Wniosku***. Informacje zawarte w oświadczeniu będą stanowić potwierdzenie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu na dzień składania Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (...)

We wszystkich miejscach Ogłoszenia o zamówieniu gdzie mowa jest o art. 405 ust. 2 ustawy Pzp należy przyjąć w pkt. 5 przesłanki wykluczenia z art.. 109 ust. 1 pkt. 1), 3), 4), 5), 6); 7) 8), 9)

W związku z powyższym Zamawiający przesuwając termin składania i otwarcia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na wykonanie

robót budowlanych wraz z konserwacją i serwisowaniem zainstalowanych urządzeń dla zadania: *Zadanie 01746 - Budowa infrastruktury do zabezpieczenia funkcjonowania uzbrojenia specjalistycznego, Zadanie 01750 - Budowa budynku nr 52 A do potrzeb szkoleniowych i SD Brygady – Sprawa 4/01746/01750/2022.*, z dnia 29.03.2022 r. **na dzień 05.04.2022 r.**

Wszystkie występujące w Ogłoszeniu o zamówieniu daty należy zastąpić datą 05.04.2022 r.

Godziny złożenia i otwarcia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie ulegają zmianie.

Sekcja VI.3) (Informacje dodatkowe):

Jest:

(...)

3.16) Informacje dotyczące przebiegu postępowania

2) Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do dnia 29.03.2022 r., do godziny 08:00:00

6) Termin otwarcia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: 29.03.2022 r., o godz. 08:15:00

Powinno być:

(...)

3.16) Informacje dotyczące przebiegu postępowania

2) Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do dnia 05.04.2022 r., do godziny 08:00:00

6) Termin otwarcia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: 05.04.2022 r., o godz. 08:15:00

Niniejsze pismo wraz z załącznikiem stanowi integralną część Ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na wykonanie robót budowlanych wraz z konserwacją i serwisowaniem zainstalowanych urządzeń dla zadania: *Zadanie 01746 - Budowa infrastruktury do zabezpieczenia funkcjonowania uzbrojenia specjalistycznego, Zadanie 01750 - Budowa budynku nr 52 A do potrzeb szkoleniowych i SD Brygady – Sprawa 4/01746/01750/2022.*

Załącznik nr 1 na 2 str. - Oświadczenie dot. spełnienia warunków udziału (*Załącznik nr 02a do Wniosku*)

Z poważaniem

SZEF ZARZĄDU

plk Krzysztof OSOWICKI

