

Biuro Zakupów
tel.: +48 22 474 91 41
fax. +48 22 474 91 77
e-mail: przetargi@pkp.pl

Warszawa, dnia 23.03.2018 r.

Znak pisma: KIZ02.21.17.2018.IK/3
UNP: 2018-0134010

Wszyscy Wykonawcy

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne pn.: Świadczenie usług całodobowej ochrony fizycznej osób i mienia na dworcu kolejowym Łódź Fabryczna (postępowanie nr: KIZ/2018/WNP-008225).

WYJAŚNIENIE NR 1 I ZMIANA NR 1 TREŚCI OGŁOSZENIA

Zamawiający, działając na podstawie Rozdziału IX pkt. II ppkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu „Tryb udzielania wyjaśnień w sprawach dotyczących ogłoszenia”, poniżej przesyła treść pytań (bez ujawniania źródła) wraz z wyjaśnieniami oraz na podstawie Rozdziału X pkt. 3 Ogłoszenia „Tryb wprowadzenia ewentualnych zmian w Ogłoszeniu” dokonuje zmiany jego treści:

I. Wyjaśnienie treści Ogłoszenia:

Pytanie nr 1:

„ ... uprzejmie proszę o informację, czy grupa interwencyjna przeznaczona do realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia może być zapewniona przez podwykonawcę?”

Odpowiedź:

W odpowiedzi na pytanie Zamawiający informuje, iż zgodnie z rozdziałem VIII Ogłoszenia o zamówieniu „Informacja o możliwości powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom”, nie dopuszcza udziału podwykonawcy w realizacji usług ochrony osób i mienia.

Pytanie nr 2:

„Na podstawie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych prosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wykreślenie postanowień przewidujących możliwość wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 2 i pkt 4 Pzp.

Uzasadnienie

Wykonawca sygnalizuje, że z obserwacji rynku zamówień publicznych wynika, iż jeżeli zamawiający przewidują możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie aktualnego przepisu art. 24 ust. 5 pkt. 2 Pzp (do dnia 27 lipca 2016r. przesłanka ta była ujęta w obecnie uchylonym art. 24 ust. 2a Pzp), to takie postępowanie jest naznaczone licznymi odwołaniami do Krajowej Izby Odwoławczej, które w sposób znaczący przedłużają procedurę prowadzonego postępowania i mogą zagrozić powodzeniu postępowania i udzieleniu zamówienia. Z obserwacji Wykonawcy wynika, iż schemat działania oferentów jest następujący:

po podjęciu przez Zamawiającego decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawca, którego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą, składa pierwsze z serii odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej (dalej także „KIO”) twierdząc, że konkurent poważnie naruszył obowiązki zawodowe, podając przykłady tych rzekomych naruszeń, w wyniku takiego odwołania KIO wydaje wyrok, w którym może stwierdzić faktyczne dopuszczenie się przez wykonawcę naruszenia obowiązków zawodowych – w takim wypadku KIO unieważnia decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty i nakazuje Zamawiającemu

powtórzenie czynności badania i oceny oferty, w tym przeprowadzenie procedury zmierzającej do uzyskania od danego wykonawcy wyjaśnień w celu ustalenia czy przeprowadzone zostało postępowanie naprawcze przez danego wykonawcę (przed ewentualnym wykluczeniem danego wykonawcy z postępowania, zamawiający ma obowiązek ocenić przedstawione przez wykonawcę dowody, o których mowa w art. 24 ust. 8 Pzp),

w wyniku takiego wezwania wykonawca składa stosowne wyjaśnienia, Zamawiający dokonuje oceny tych wyjaśnień i albo wybiera ponownie, jako najkorzystniejszą ofertę tego wykonawcy, uznając że doszło do skutecznego przeprowadzenia postępowania naprawczego (self-cleaning) przewidzianego w art. 24 ust. 8 w zw. z ust. 9 Pzp – wtedy kolejne odwołanie do KIO na tę decyzję Zamawiającego składa wykonawca, którego oferta nie była ofertą najkorzystniejszą, lub w sytuacji uznania, że postępowanie naprawcze nie zostało przeprowadzone należyście odwołanie do KIO składa wykluczony wykonawca.

Ocenić należy, że fakultatywna przesłanka wykluczenia przewidziana w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, podobnie jak obowiązująca od 28 lipca 2016r. przesłanka z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, są bardzo nieostre, podobnie jak trudna do jednoznacznej oceny jest procedura naprawcza przewidziana w powyższym zakresie, zaś stosowanie w praktyce przedmiotowych przepisów, przy aktualnym braku stosownych opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (w myśl art. 154c Pzp), niesie z sobą jedynie wątpliwości i obstrukcję postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

Omawiane w niniejszym piśmie przesłanki wykluczenia mają swoje źródło w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej jako: dyrektywa).

W art. 57 ust. 4 lit. c i g dyrektywy przewidziano:

Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:

(...)

c) jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość;

(...)

g) jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji;

Przesłanka określona w art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy stanowi podstawę dla wprowadzenia w ustawie Pzp przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, natomiast określona w art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy stanowi ratio legis dla przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Już z samego zestawienia przepisów dyrektywy i odpowiadającym im przepisów ustawy Pzp wyłania się znaczna swoboda implementacyjna polskiego ustawodawcy. Przykładowo, pojęcie „w istotnym stopniu” (art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp) nie zostało zdefiniowane ani w dyrektywie, ani w prawie krajowym.

Wątpliwości w powyższym zakresie wyraża również doktryna. Obawy jakie pojawiły się jeszcze przed implementacją dyrektywy do prawa krajowego, pozostają niestety w dalszym ciągu aktualne:

„Warto zwrócić uwagę, że omawiana dyrektywa 2014/24/UE wyodrębnia dodatkową podstawę dotyczącą zasadniczo nienależytego wykonania umowy. Siódma podstawa wykluczenia dotyczy bowiem wykonawcy, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne lub innej umowy z zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania takiej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

(...)

Wszystkie wymienione powyżej podstawy wykluczenia uwzględniające takie pojęcia, jak: wina czy zaniedbanie, wymagają doprecyzowania przez ustawodawcę krajowego, jednak przy uwzględnieniu celu dyrektywy 2014/24/UE i dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE m.in. w cytowanej sprawie C-465/11Forposta SA. W praktyce istnieje wiele rozbieżności dotyczących zakresu pojęciowego wskazanych terminów. Problem wynika z tego, że regulacje dotyczące wykluczenia z przetargu mają mieszany charakter – z jednej strony pełnią funkcję swojego rodzaju sankcji, a z drugiej strony odnoszą się do czynności podejmowanych przez przedsiębiorców w ramach prowadzenia działalności gospodarczej objętej regulacjami prawa prywatnego. Zasadniczo pojęcie winy odnosi się tradycyjnie do sfery prawa karnego i wiąże się z działaniem osoby fizycznej. Tymczasem wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego są nie tylko osoby fizyczne. Wydaje się potrzebne doprecyzowanie zakresu pojęciowego strony podmiotowej tych podstaw wykluczenia – jeśli nawet nie w prawie krajowym, to poprzez zapewnienie jednolitej praktyki orzeczniczej lub w drodze komunikatów interpretacyjnych, ponieważ proces implementacji nie kończy się na wydaniu ustawy, a obejmuje również etap stosowania prawa.

(...)

Jednym z istotnych zagadnień przy regulowaniu instytucji tzw. self-cleaning jest konieczność respektowania zasady równego traktowania i przejrzystości. W tej sytuacji powierzenie zamawiającym oceny wyników podjętych środków naprawczych może doprowadzić do niejasności odnośnie sytuacji prawnej konkretnego wykonawcy. W jednym postępowaniu przetargowym może on zostać zweryfikowany pozytywnie, natomiast inny zamawiający może odmiennie ocenić poziom uzyskanej rzetelności.

(...)

Zadaniem ustawodawcy krajowego jest natomiast uregulowanie procedury dotyczącej oceny podstaw wykluczenia np. w związku z nienależytym wykonaniem poprzedniej umowy o zamówienie publiczne. W praktyce często sporna jest ocena należytości wykonanej umowy o zamówienie publiczne i wykonawca przystępujący do postępowania przetargowego może nie mieć przekonania o zaistnieniu przedmiotowej podstawy wykluczenia. Zadaniem regulacji krajowych jest zatem wybór drogi stosownego postępowania zamawiającego np. poprzez złożenie zawiadomienia o zamiarze wykluczenia z jednoczesnym umożliwieniem wykonawcy w rozsądnym terminie przedstawienia dowodów potwierdzających podjęcie środków naprawczych.”

[tak: Aleksandra Sołtyśńska, Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tle dyrektyw europejskich, PZP 2016, Nr 2].

Mając na uwadze powyższe oraz piętrzące się wątpliwości, za zasadne uznać należy odstąpienie przez Zamawiającego od stosowania przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 pkt. 2 i ust. 4 Pzp, albowiem pozostawienie omawianych przesłanek w treści SIWZ i ogłoszenia, niewątpliwie:

- pozostawia po stronie wykonawców liczne wątpliwości interpretacyjne, co prawdopodobnie będzie miało wymierny wpływ na ograniczenie liczby złożonych ofert,
- skutkować może przedłużeniem całej procedury przetargowej o nie mniej niż kilka miesięcy oraz najczęściej koniecznością dwukrotnego prowadzenia sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą,
- w braku orzecznictwa Krajowej Izby odwoławczej i opinii Prezesa Urzędu Zamówień publicznych odnośnie wykładni pojęć: „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” i „istotnego stopnia” niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, nie przyczynia się do umacniania zasady przejrzystości oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

Odpowiedź:

W odpowiedzi na pytanie Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zmianę zapisów Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wskazanym w pytaniu. Z uwagi, iż postępowanie

prowadzone jest w oparciu o art. 138 o ustawy Pzp, wykonawca nie ma możliwości skorzystania ze środków odwoławczych przewidzianych w dziale VI ustawy Pzp.

Pytanie nr 3:

„Na podstawie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych zmniejszenie ustalonego procentu zabezpieczenia należytego wykonania umowy do 5% wskazując, iż wymóg zabezpieczenia realizacji umowy na tak wysokim poziomie przy tak dużej wartości zamówienia istotnie ogranicza konkurencję mając na uwadze, iż oznacza konieczność poniesienia kosztów z tego tytułu ze środków własnych wykonawcy gdyż jest wnoszone przed podpisaniem umowy. Taki wymóg w rzeczywistości może pozbawić możliwości ubiegania się o zamówienie podmiotom zdolnym do jego wykonania, posiadającym stosowne doświadczenie jednakże nie mogącym sobie pozwolić na wyłożenie z góry tak znaczącej kwoty. W tym miejscu należy wskazać, iż nawet wniesienie zabezpieczenia w gwarancji oznacza, że wykonawca musi zapewnić odpowiednią kwotę Gwarantowi tytułem zabezpieczenia sumy gwarancyjnej. Należy podkreślić, że zamówienia publiczne są adresowane do podmiotów zawodowo zajmujących się przedmiotem zamówienia zatem prawdopodobieństwo wadliwego wykonania umowy jest niewielkie. Ponadto w ocenie wykonawcy maksymalna wartość zabezpieczenia nie powinna dotyczyć postępowań o tak dużej wartości jak przedmiotowe postępowanie”.

Odpowiedź:

W odpowiedzi na pytanie Zamawiający informuje, iż pozostawia powyższe zapisy bez zmian.

Pytanie nr 4:

„Na podstawie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczenie do udziału w zamówieniu udziału podwykonawcy w zakresie realizacji usługi podjazdu grupy interwencyjnej. Jest to znikoma część zamówienia, która może być pełniona przez Podwykonawcę. Dopuszczenie udziału Podwykonawcy w tym zakresie usługi rozszerzy krąg Wykonawców mogących przystąpić do postępowania.”

Odpowiedź:

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1.

Pytanie nr 5:

„Na podstawie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych potwierdzenie, że wymóg zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę dotyczy tylko osoby pełniącej funkcję koordynatora.”

Odpowiedź:

W odpowiedzi na pytanie Zamawiający informuje, iż zgodnie z § 2 ust. 7 Wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób pełniących funkcje koordynatorów ochrony, o których mowa w § 7 ust. 1 Wzoru Umowy.

Pytanie nr 6:

„Na podstawie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych wyjaśnienie, zapisów dotyczących środków łączności bezprzewodowej (radiotelefonów). Wnosimy o potwierdzenie, iż wystarczy że Wykonawca będzie pracował na ogólnopolskim kanale radiowym?”

Odpowiedź:

W odpowiedzi na pytanie Zamawiający informuje, iż Wykonawca musi wyposażyć pracowników ochrony w odpowiednie środki łączności (radiotelefony) gwarantujące pracownikom wykonującym usługę kontakt na terenie dworca oraz poza nim (telefon komórkowy dla dowódcy zmiany). Postępowanie Wykonawcy musi być zgodne z obowiązującymi zapisami prawa, tj. Ustawy z dnia 16 lipca 2014 r. *Prawo telekomunikacyjne* (Dz.U. z 2017 r. poz. 1907, 2201, z późn. zm.) oraz z Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 grudnia 2014 r. w sprawie *urządzeń radiowych nadawczych lub nadawczo-odbiorczych, które mogą być używane bez pozwolenia radiowego*.

Pytanie nr 7:

„Wnoszę o zawarcie w umowie, klauzuli, która umożliwi obu stronom rozwiązanie umowy za wypowiedzeniem tj.: „każda ze stron ma prawo wypowiedzieć umowę z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia”. Zaznaczam, iż sytuacja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, dlatego powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy wykonawcy i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były zrównoważone. Prawo jednostronnego wypowiedzenia umowy przysługujące obu stronom z okresem wypowiedzenia umożliwiającym drugiej stronie dostosowanie się do sytuacji, jest w opinii Wykonawcy celowe.”

Odpowiedź:

W odpowiedzi na pytanie Zamawiający informuje, iż pozostawia powyższe zapisy bez zmian.

Pytanie nr 8:

„W związku z określonym terminem zakończenia realizacji usługi obejmującym 3 miesiące 2019 roku, wnoszę o wprowadzenia do umowy klauzuli waloryzacyjnej za ten okres. Wykonawca biorąc pod uwagę zakres zmian jakie w ostatnich 2 latach następują w związku ze zmianą wynagrodzeń, wykonawca składając ofertę nie jest w stanie przewidzieć jakie zmiany od stycznia 2019 roku w zakresie płac nastąpią. Wniosek o wprowadzenie klauzuli do umowy jest o tyle istotny (mimo, że umowa jest zawierana na okres 12 miesięcy), iż oferta jest składana w marcu, gdzie wykonawca nie ma żadnych wytycznych, przepisów, informacji w zakresie zmiany wynagrodzeń przewidzianych na rok 2019.”

Odpowiedź:

W odpowiedzi na pytanie Zamawiający informuje, iż pozostawia powyższe zapisy bez zmian.

Pytanie nr 9:

„Czy Zamawiający potwierdza, że wykonawca zobowiązany jest do wliczenia w cenę kosztów zw. z wyposażeniem pomieszczeń socjalnych tj. w szafki ubraniowe, sprzęt (mikrofalą, czajnik), stoliki?”

Odpowiedź:

Zamawiający udostępni Wykonawcy pomieszczenia socjalne bez wyposażenia pracowniczego tj. szafek ubraniowych, sprzętu, czajników, stolików, krzeseł itp.

Pytanie nr 10:

„Czy Zamawiający udostępni Wykonawcy pomieszczenia socjalne z pełnym wyposażeniem pracowniczym tj. szafki ubraniowe, sprzęt, czajniki, stoliki, krzesła?”

Odpowiedź:

Zamawiający udostępni Wykonawcy pomieszczenia socjalne bez wyposażenia pracowniczego tj. szafek ubraniowych, sprzętu, czajników, stolików, krzesel itp.

II. ZMIANA NR 1 TREŚCI OGŁOSZENIA:

Zamawiający działając zgodnie z postanowieniami Rozdziału X pkt. 3 Ogłoszenia o zamówieniu „**Tryb wprowadzenia ewentualnych zmian w Ogłoszeniu**”, dokonuje zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu w zakresie **Rozdziału XVII pkt 1** (termin składania ofert):

Było:

1. Termin składania ofert upływa dnia 26.03.2018 r. o godz. 10:00

Jest:

1. Termin składania ofert upływa dnia 28.03.2018 r. o godz. 10:00

Pozostałe zapisy Ogłoszenia pozostają bez zmian.

Opracował:
Jerzy Paśnik
Specjalista