



ZARZĄD
WOJEWÓDZTWA
ZACHODNIOPOMORSKIEGO

Adres do korespondencji:

Województwo Zachodniopomorskie

– Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego

Wieloosobowe stanowisko ds. zamówień publicznych

ul. Wyzwolenia 105, pokój 305

70-421 Szczecin

Tel.: 91 44 67 184 (120)

Fax: 91 44 67 185

adres e-mail: zamowienia.publiczne@wzp.pl

strona internetowa: www.przetargi.wzp.pl

Szczecin, dnia .. maja 2017 r.

Znak sprawy: WOIRZL-II.272.8.2017.JD

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne o wartości poniżej 750 000 euro na „*Świadczenie usług ochrony w obiektach Urzędu Marszałkowskiego województwa zachodniopomorskiego*”.

**ODPOWIEDZI NA PYTANIA WYKONAWCY,
ZMIANA TREŚCI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA,
ORAZ ZMIANA TERMINU SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT**

Zgodnie z art. 38 ust. 2, ust. 4 i ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) – dalej „ustawa PZP”, **Zamawiający odpowiada na pytania Wykonawcy dotyczące treści Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „IWZ”):**

I. ODPOWIEDZI NA PYTANIA WYKONAWCY / ZMIANA TREŚCI IWZ:

Pytanie nr 1:

W związku z ogłoszeniem o zamówieniu do w/w postępowania, bardzo proszę o odpowiedź na poniższe pytania:

- Z uwagi na to, iż na polskim rynku funkcjonuje wiele Agencji Ochrony nie posiadających swoich Grup Interwencyjnych, mimo to obsługujących swoich Klientów w tym zakresie za pomocą profesjonalnych Podwykonawców zaznaczam, iż według wieloletniego doświadczenia na rynku ochrony korzystanie z Podwykonawstwa Grup Interwencyjnych nie skutkuje obniżeniem jakości świadczonych usług. Proszę zatem o informację, czy Zamawiający dopuści Podwykonawców w zakresie interwencji Grup Interwencyjnych?

Odpowiedź:

- Żadne z postanowień IWZ nie wprowadza ograniczenia co do korzystania z podwykonawców na etapie realizacji zamówienia.

Pytanie nr 2:

- Zamawiający w rozdziale IV pkt 1 IWZ wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób bezpośrednio wykonujących czynności ochrony fizycznej.

Wnosimy o wyłączenie z wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wchodzących w skład grupy interwencyjnej (patrolu interwencyjnego) bowiem jest on sprzeczny z ratio legis wprowadzenia przedmiotowego uprawnienia dla zamawiającego w art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, który uprawnia zamawiającego do wprowadzenia wymogu zatrudnienia na wskazanej podstawie jedynie jeśli cyt: „*wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.)*”. Przywołana przesłanka ustawowa nie dotyczy czynności wykonywanych przez grupę interwencyjną ponieważ nie są one wykonywane pod kierownictwem pracodawcy oraz w z góry wyznaczonym czasie, zatem usług świadczonych przez osoby tworzące grupę nie można utożsamiać ze stosunkiem pracowniczym co nakazuje uznać, iż kwestionowane zastrzeżenie stanowi przekroczenie przyznanego zamawiającemu uprawnienia.

Co ważne kwestionowane wymogi naruszają przepis art. 138o 1 i 2 uPzp nakazujący prowadzić postępowanie o wartość zamówienia na usługi społeczne mniejszej niż kwoty określone w art. 138g ust. 1 uPzp w sposób obiektywny i niedyskryminujący bowiem ukształtował opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję nie uwzględniając specyfiki usług stanowiących przedmiot w/w zamówienia należy bowiem mieć na uwadze, iż na rynku usług ochrony istnieją firmy wyspecjalizowane w węższym zakresie tych usług tj. wykonywaniu czynności w zakresie grupy interwencyjnej równocześnie na rzecz kilku podmiotów, posiadające stosowny sprzęt i wyspecjalizowane zasoby osobowe, którym wykonawcy powierzają te czynności jako podwykonawcom, co pozwala zapewnić Zamawiającym bardziej konkurencyjne ceny bowiem nie muszą nabyć a tym samym uwzględnić w zaoferowanej zamawiającemu cenie kosztów wyposażenia grupy – jednakże firmy te nie zatrudniają osób tworzących grupę na podstawie umów o pracę i ze względu na charakter czynności grupy nie są zainteresowane zmianą formy zatrudnienia. Podkreślenia wymaga, że sami pracownicy nie wyrażają zainteresowania zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę. W tym miejscu zasadnym wydaje wskazanie na niezwykle trafne spostrzeżenie Sadu okręgowego we Wrocławiu, poczynione w wyroku z dnia 27 maja 2010 r. sygn. akt. X Ga 123/10, iż „*przy określaniu warunków udziału w postępowaniu, zamawiający winien mieć na uwadze również cechy rynku, na którym będzie się udzielać zamówienia*”. Należy wskazać, iż utrzymanie kwestionowanego wymogu bezpodstawnie bowiem wbrew przesłankom uprawniającym do jego wprowadzenia dyskryminuje liczne grono wykonawców, którzy z powodzeniem wskazaną powyżej praktykę stosowali, czyniąc tym samym opis przedmiotu zamówienia nadmiernym, nieproporcjonalnym do oczekiwanego rezultatu.

W związku z powyższym wnosimy o wyłączenie z wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób tworzących grupę interwencyjną oraz dopuszczenie w tym zakresie podwykoawstwa.

Odpowiedź:

- Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenia wnioskowanych zmian. Usługi ochrony będące przedmiotem niniejszego postępowania są wskazywane jako klasyczny przykład przedmiotu zamówienia, którego realizacja wymaga świadczenia pracy w rozumieniu art. 22 § 1 kodeksu pracy. Obszerne uzasadnienie znajduje się m.in. w opinii Generalnego Inspektora Danych Osobowych z dnia 28 kwietnia 2017 r. <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/opinia-dotyczaca-art.-29-ust.-3a-ustawy-pzp-uwzgledniajaca-wspolne-stanowisko-prezesa-urzedu-zamowien-publicznych-oraz-generalnego-inspektora-danych-osobowych-z-dnia-28-kwietnia-2017-r>.

Pytanie nr 3:

- W nawiązaniu do Załącznika nr 5 do IWZ, wnosimy o zmianę § 9 ust. 8 na następującą: *„Każdej ze stron przysługuje prawo rozwiązania umowy w każdym czasie z zachowaniem 30-dniowego okresu wypowiedzenia”.*

Odpowiedź:

- Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenia wnioskowanych zmian.

Pytanie nr 4:

- Proszę o podanie jak często dla każdej z części dochodzi do interwencji Grupy Interwencyjnej (w skali miesiąca)?

Odpowiedź:

- Ilość interwencji patroli:
Zadanie nr 1 – około 10 interwencji miesięcznie (łączenie dla wszystkich obiektów).
Zadanie nr 2 – około 2 interwencji miesięcznie.

Pytanie nr 5:

- Czy Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany 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.**

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

Ocenić należy, że fakultatywna przesłanka wykluczenia przewidziana w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, podobnie jak obowiązująca od 28 lipca 2016 r. 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 zastosować 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 wykazał 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 wykazał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnianiu 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-465/11 Forposta 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.

(...)

Zadaniem ustawodawcy krajowego jest natomiast uregulowanie procedury dotyczące ocennych podstaw wykluczenia np. w związku z nienależyтым 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 stosowanego postępowania zamawiającego np. poprzez złożenie zawiadomienia o zamiarze wykluczenia z jednoczesnym umożliwieniem wykonawcy w rozsądnym terminie przedstawienia dowodów potwierdzających podjęcie środków naprawczych.”

[tak: Aleksandra Sołtysińska, 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 ogłoszenia, niewątpliwie pozostawia po stronie wykonawców liczne wątpliwości interpretacyjne, co prawdopodobnie będzie miało wymierny wpływ na ograniczenie liczny złożonych ofert.

Odpowiedź:

- Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenia wnioskowanych zmian. Zamawiający ukształtował postanowienia IWZ w sposób zgodny z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm. – dalej jako p.z.p.). Zamawiający jest uprawniony do korzystania z wszelkich instrumentów przewidzianych przepisami prawa krajowego, pod warunkiem nie naruszania podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Wymagania zawarte w IWZ nie naruszają reguł konkurencji i wymogu równego traktowania wykonawców. Każdy z potencjalnych uczestników postępowania będzie potraktowany według takich samych reguł.

Pytanie nr 6:

- Wskazujemy, iż w ramach przedmiotowego postępowania, wbrew przepisom art. 138o ust. 2 uPzp, art. 138k uPzp oraz postanowieniom rozdz. II pkt 3 IWZ Zamawiający zamierza udzielić zamówienia z naruszeniem zasad obiektywności i niedyskryminacji oraz zasad równego traktowania i konkurencji oraz proporcjonalności, gdyż przewidywał możliwość wykazania działań naprawczych w sytuacjach wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 a nie przyznał analogicznej możliwości wykonawcom wobec których zachodzą przesłanki wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4 u Pzp co należy pożytywać jako nieuzasadnione dyskryminowanie tych drugich.

Z ostrożności wskazujemy, iż ustawodawca wprowadzając fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania, w tym również przepis art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4 uPzp z mocy ustawy przewidział, iż nawet jeśli wykonawca dopuścił się w przeszłości poważnego naruszenia to może ubiegać się o zamówienie jeśli przedstawi dowody „**na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy**”, zatem ustanowienie w ramach postępowania podstawy do wykluczenia bez możliwości wykazania podjętych działań naprawczych należy uznać za przekroczenie ustawowego upoważnienia przyznanego zamawiającemu do ustalenia podstaw wykluczenia w ramach

podstaw sformułowanych w ustawie. Delegacja ta przewiduje jedynie możliwość zastosowania określonych przesłanek (w brzmieniu ustalonym przez ustawodawcę) bądź też nie a nie ich dowolnej modyfikacji.

Podsumowując należy wskazać, iż taki sposób prowadzenia postępowania, poprzez formułowanie nadmiernych, niczym nie uzasadnionych wymagań, które eliminują z kręgu wykonawców mogących ubiegać się z przedmiotowe zamówienie wykonawców, którzy mogli ubiegać o udzielenie zamówień o wartości znacznie wyższej, w procedurze w całości podlegającej ustawie Prawo zamówień publicznych rażąco narusza przepisy dotyczące zasad wydatkowania środków publicznych, w szczególności przepis art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a i b ustawy z dnia 27.8.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. 09 Nr 157 poz. 1240) wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów – bowiem Zamawiający otrzyma zdecydowanie mniejszą ilość ofert w porównaniu do sytuacji, gdyby kwestionowanego braku nie było.

Odpowiedź:

- Zamawiający przychyła się do prośby wykonawcy. W efekcie uwzględnienia wniosku dokonuje się zmiany w treści IWZ w następujący sposób:

W rozdziale VII pkt 2.3) otrzymuje brzmienie:

„3) - zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4) który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania;”

W rozdziale VII pkt 4 i 5 otrzymuje brzmienie:

„4. Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 ustawy PZP, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym ub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Regulacji, o której mowa w zdaniu pierwszym nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

5. Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli Zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie pkt 4.”.

Powyższe wyjaśnienia stają się częścią IWZ wiążącą dla Wykonawców. Wykonawcy są zobowiązani uwzględnić powyższe zmiany podczas sporządzania ofert.

II. ZMIANA TERMINU SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający zmienia termin składania i otwarcia ofert z dnia 10 maja 2017 r. na dzień 12 maja 2017 r.

Oferty należy składać w terminie do dnia **12 maja 2017 r.** do godziny **12.00** w budynku **Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego, Al. Wyzwolenia 105, pokój 305, 71 – 421 Szczecin.**

Otwarcie ofert jest jawne i nastąpi tego samego dnia (tj. **12 maja 2017 r.**) o godzinie **12.30** w budynku **Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego, Al. Wyzwolenia 105, pokój 301, 71 – 421 Szczecin.**

z up. ZARZĄDU WOJEWÓDZTWA

Przemysław Włosek
.....
Sekretarz Województwa
Dyrektor Generalny Urzędu
Kierownik Zamawiającego

Proszę o zwrotne potwierdzenie otrzymania niniejszego pisma na nr faksu: 091 44 67 185

Potwierdzam otrzymanie stron pisma w dniu maja 2017 r. o godz.

podpis osoby przyjmującej korespondencję oraz pieczętka firmy

ZASTĘPCA DYREKTORA
Wydziału Organizacji
i Rozwoju Zasobów Ludzkich

Bartłomiej Kardas

KIEROWNIK

Biura ds. realizacji zamówień publicznych
i obsługi zarządcy

Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin,
tel. (+48 91) 48 07 243, (+48 91) 48 07 253, fax (+48 91) 48 93 968 www.wzp.pl

Wojciech Nowakowski