

Wszyscy zainteresowani
(strona internetowa Zamawiającego)

22.BLT.SZP.2612.76.2018

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nazwa zadania: Świadczenie całodobowej ochrony osób i mienia w systemie zmianowym realizowanym przez specjalistyczne uzbrojone formacje obronne (SUFO) w latach 2019 - 2021 dla 22. Bazy Lotnictwa Taktycznego w Malborku, 49. Bazy Lotniczej w Pruszczu Gdańskim, 8. batalionu radiotechnicznego – kompleks wojskowy 5429 Lasowice Wielkie, Regionalnego Centrum Informatyki – Punkt Obserwacyjny i Łączności nr 30 Skowronki.

**WYJAŚNIENIA TREŚCI INFORMACJI I OGŁOSZENIA
ZMIANA TREŚCI INFORMACJI**

Na podstawie art. 38 ust. 2 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień, Zamawiający w odpowiedzi na skierowane zapytanie wyjaśnia.

Zapytanie z dnia 05.09.2018r.

1. Prosimy o potwierdzenie, że wartości poszczególnych usług wykazane w ramach spełnienia warunku zdolności technicznych lub zawodowych nie muszą zostać wypracowane w przeciągu 12 miesięcy, ale sama usługa musi trwać powyżej 12 miesięcy w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wyjaśnienie: W przypadku usług wykonywanych (tj. rozpoczętych, a nie zakończonych) na poczet wymaganej wiedzy i doświadczenia będzie zaliczona wyłącznie jej zrealizowana część na wymaganą wartość po warunkiem, że umowa została zawarta na okres co najmniej 12 miesięcy.

2. Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do więcej niż jednej części zamówienia Zamawiający uzna w ramach kryterium selekcji wykazanie się tymi samymi usługami do różnych części.

Wyjaśnienie: Tak.

3. Prosimy o potwierdzenie, że w kryterium selekcji „doświadczenie” w przypadku składania oferty wspólnej, wykonawcy mogą wykazać się łącznie różnymi usługami.

Wyjaśnienie: Ponieważ usługi wyszczególnione w wyżej wymienionym wykazie nie są wykazywane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie podlegają przepisom art. 22a. Tym samym usługi wykazywane w tym wykazie muszą stanowić doświadczenie własne wykonawcy składającego wniosek tj. muszą być wykonane lub wykonywane samodzielnie przez wykonawcę.

Tak. Wykonawcy składający ofertę wspólną mogą wykazywać się łącznie różnymi usługami.

W przypadku gdy w skład oferty wspólnej będzie wchodziło trzech wykonawców, którzy zrealizowali 3 usługi na łączną np. 1.500.000,00 zł Zamawiający potraktuje to jako realizację 1 umowy i przyzna 2 punkty.

4. Prosimy o doprecyzowanie w jakim okresie usługi zrealizowane w ramach kryterium „doświadczenie” mogą być wykazywane, gdyż istnieje rozbieżność pomiędzy sekcją IV pkt 1.2 Ogłoszenia o zamówieniu („w latach od 2010r. do 2017r.”) a str. 14 *Informacji do postępowania* i Załącznik nr 1 do *Informacji do postępowania*.

Wyjaśnienie: Zamawiający prosi, aby w ogłoszeniu było jasno określone, że w latach od 2011r. do 2018r. „

5. Czy Wykaz usług w załączniku nr 1 do *Informacji do postępowania* jest zarówno wykazem usług na spełnienie warunku udziału w postępowaniu zdolności technicznych i zawodowych, jak i kryterium selekcji „doświadczenie”? Opisy wymaganych usług są różne.

Wyjaśnienie: Nie. Przekazany wykaz usług potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Wykonawca w ramach potwierdzenia kryterium selekcji „doświadczenie” wypełnia tabelę pn. WYKAZ ZREALIZOWANYCH USŁUG ŚWIADCZONYCH W LATACH OD 2011 DO 2018 R, która jest umiejscowiona we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

6. W nawiązaniu do zapisu Rozdział 19 pkt 4 *Informacji do postępowania* prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza aby wykonawca wskazał podwykonawcę na zasoby którego nie powołuje się na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 uPzp, wraz z przedłożeniem jego dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej, przed podpisaniem umowy bądź w trakcie realizacji? Jeżeli tak to prosimy o informację, czy w/w dokumenty podwykonawcy muszą być ważne na dzień jego zgłoszenia czy też na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu?

Wyjaśnienie: Realizacja obowiązku informacyjnego oraz konieczność przedkładania ważnych dokumentów dotyczących podwykonawcy następuje wyłącznie w okolicznościach, gdy firmy podwykonawców, z którymi wykonawca zamierza zrealizować określone działania, są mu w tym momencie już znane. Wobec tego Zamawiający dopuszcza wykazanie podwykonawcy na różnych etapach postępowania z zastrzeżeniem, że dokona oceny podwykonawcy względem przesłanek braku podstaw do jego wykluczenia z postępowania.

7. Czy Zamawiający w ramach kryterium selekcji „posiadanie ważnego certyfikatu AQAP 2110:2009” Zamawiający uzna certyfikat AQAP 2110:2016?

Wyjaśnienie: Tak. Zamawiający uzna również certyfikat AQAP 2110:2016r.

8. Czy każda roboczogodzina pracownika ma zostać wypracowana w ramach umowy o pracę?

Wyjaśnienie: Zamawiający nie ingeruje w wewnętrzną politykę płacową Wykonawcy, ale sugeruje aby przyjąć formę zapłaty za nadgodziny na podstawie umowy o pracę

9. Wnosimy o wykreślenie wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę pracowników wchodzących w skład grupy interwencyjnej bowiem jest on sprzeczny z ratio legis wprowadzenia przedmiotowego uprawnienia dla zamawiającego a zatem z przepisem 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 ważne kwestionowany wymóg narusza przepis art. 29 ust. 2 uPzp w zw z art. 7 ust. 1 uPzp oraz art. 138k uPzp 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 się wskazanie na niezwykle trafne spostrzeżenie Sądu 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 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.

Należy również wskazać, iż tak rygorystyczny opis warunków realizacji przedmiotu zamówienia stanowi istotne naruszenie art. 44 ust. 3 pkt. 1 lit a i b ustawy z dnia 27.08.2009 r o finansach publicznych (Dz.U. 2009 nr 157 poz. 1240) nakazującego dokonywać wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z dotychczasowych nakładów i optymalnego doboru nakładów i środków służących osiągnięciu założeń bowiem w ich wyniku Zamawiający otrzyma istotnie mniejszą ilość ofert a w konsekwencji wyższe ceny.

Wyjaśnienie: Zamawiający nie będzie dokonywał zmian zapisów informacji. Zamawiający nie wymaga aby wszystkie osoby zaangażowane do realizacji zamówienia były zatrudnione na podstawie umowy o pracę, tylko taka ilość jak wskazano w pkt 4 str. 4 informacji. Wskazane ilości osób, które winny być zatrudnione na podstawie umowy o pracę nie stanowią 100% obsady do prawidłowej realizacji umowy.

Zapytanie z dnia 05.09.2018r.

1. 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 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 i 4 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:

- 1) 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,

- 2) 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 ofert, 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),
- 3) 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 należyte 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 i 4 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 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 zaniechanie, 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.***

(...)

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 ocennych 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 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 4 Pzp, albowiem pozostawienie omawianych przesłanek w treści *Ogłoszenia o zamówieniu*, 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 najczęstszą 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.

Wyjaśnienia: Zamawiający postanowił pozostawić przesłanki wykluczenia Wykonawców z postępowania bez zmian.

Zapytanie z dnia 06.09.2018r.

Czy w przypadku składania wniosku przez konsorcjum, dla uzyskania maksymalnej ilości punktów, wystarczające będzie jeśli tylko lider konsorcjum będzie posiadał certyfikat AQAP 2110:2009.

Wyjaśnienia: Tak. Zamawiający przyzna punkty w ramach kryterium selekcji jeżeli co najmniej jeden z członków konsorcjum będzie posiadał certyfikat AQAP 2110:2009.

Zapytanie z dnia 07.09.2018r.

Zamawiający wymaga, aby wykonawca przedłożył **na etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu** „*Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usługi, kontrolę jakości lub kierowanie usługami, wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie dysponowania tymi osobami*”

Z przyczyn wynikających ze specyfiki trybów dwustopniowych (przetarg ograniczony) wnioskuję o zmianę przytoczonego powyżej postanowienia na etap po wyborze a przed podpisaniem umowy, ewentualnie wraz z ofertą.

Z uwagi na czas pomiędzy ogłoszeniem postępowania a przystąpieniem do jego realizacji istnieje bardzo duże ryzyko zmian wśród osób wskazanych jako skierowane do realizacji zamówienia z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy (decyzja pracownika, przyczyny losowe m.in. względy zdrowotne, rodzinne, zmiana pracy itp.)

Z uwagi na powyższe zwracam się z prośbą o modyfikację zapisów Ogłoszenia i umożliwienie przedłożenia Wykazu osób na etapie po wyborze a przed podpisaniem umowy, ewentualnie wraz z ofertą natomiast na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o ograniczenie się do złożenia oświadczenia o dysponowaniu wymaganą liczbą pracowników.

Wyjaśnienia: Zamawiający nie będzie dokonywał zmian zapisów informacji.

Zamawiający dokonuje zmiany w opisie przedmiotu zamówienia w **części 1** nadaje mu brzmienie:

a) w pkt. III – ppkt. 3 - **OBIEKT C:**

Jest	Winno być
k) W obiekcie należy zamontować: - 1 (jedną) budkę wartowniczą oszkloną, zamkniętą z możliwością ogrzewania o wymiarach i standardzie co najmniej takim jak opisano w załącznikach 2 i 3, - 1 (jedną) szafkę wiszącą z przegrodami na zapalki, zapalniczki i papierosy	k) W obiekcie należy zamontować: - 2 (dwie) budki wartowniczą oszklone, zamknięte z możliwością ogrzewania o wymiarach i standardzie co najmniej takim jak opisano w załącznikach 2 i 3, - 1 (jedną) szafkę wiszącą z przegrodami na zapalki, zapalniczki i papierosy

Pozostałe zapisy informacji pozostają bez zmian. Zamawiający informuje, że wszelkie wyjaśnienia stają się integralną częścią informacji i będą wiążące przy składaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

ZASTĘPCA DOWÓDCY
22. BAZY LOTNICTWA TAKTYCZNEGO
/-/ ppłk dypl. Jerzy GOLENIOWSKI

Wykonano w 1 egz.: (T:2612)

Egz. Nr 1 – ad acta

Wykonała: J. Narloch (tel. 261 536 713)

Dostęp do dokumentu: Sekcja Zamówień Publicznych