



Warszawa, 28 kwietnia 2020 r.

Ministerstwo  
Spraw Zagranicznych

BDG.741.015.2020/4

**Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Kompleksowa ochrona wybranych obiektów MSZ”; znak sprawy: BDG.741.015.2020.**

### WYJAŚNIENIA I ZMIANY TREŚCI OGŁOSZENIA

Na podstawie art. 38 ust. 1-2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), w odpowiedzi na pytania, które wpłynęły do Zamawiającego, udziela się następujących wyjaśnień oraz dokonuje zmian treści szczegółowego ogłoszenia:

#### Pytanie nr 1:

Czy w związku z nadzwyczajną sytuacją, spowodowaną zagrożeniem zarażenia koronawirusem i wprowadzeniem na terenie RP stanu epidemii, Zamawiający dopuszcza zawarcie umowy o zamówienie publiczne oraz wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie pisemnej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym?

#### Odpowiedź na pytanie nr 1:

Tak, Zamawiający dopuszcza zawarcie umowy oraz wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie pisemnej, podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

#### Pytanie nr 2:

**Proszę o informację, jak będą realizowane obowiązki stron w przypadku wystąpienia tzw. „siły wyższej”. Jednocześnie, w związku z zaistniałą sytuacją zagrożenia pandemią koronawirusa, wnoszę o wprowadzenie do wzorca umowy postanowień dotyczących wystąpienia siły wyższej. Poniżej przykładowe zapisy, które zamawiający – wzorem innych zamawiających publicznych - mógłby wprowadzić do wzorca umowy:**

#### SIŁA WYŻSZA

- 1. Na czas działania Siły Wyższej obowiązki Strony, która nie jest w stanie wykonać danego obowiązku ze względu na działanie Siły Wyższej, ulegają zawieszeniu.*
- 2. Strona Umowy, która opóźnia się ze swoim świadczeniem wynikającym z Umowy ze względu na działanie Siły Wyższej nie jest narażona na konsekwencję finansowe (w tym odsetki, kary albo inne konsekwencje finansowe) lub odstąpienie od Umowy przez drugą Stronę z powodu niedopełnienia obowiązków Umownych.*
- 3. Dla potrzeb Umowy, "Siła Wyższa" oznacza zdarzenie, którego wystąpienie jest niezależne od Stron i któremu nie mogą one zapobiec przy zachowaniu należytej staranności, a w szczególności: wojny, stany nadzwyczajne, klęski żywiołowe, epidemie, ograniczenia związane z kwarantanną, embargo, rewolucje, zamieszki i strajki, które uniemożliwiają wykonywanie Przedmiotu Umowy.*

4. Każda ze Stron jest obowiązana do niezwłocznego zawiadomienia drugiej ze Stron o zajściu przypadku Siły Wyższej. O ile druga ze Stron nie wskaże inaczej na piśmie, Strona, która dokonała zawiadomienia będzie kontynuowała wykonywanie swoich obowiązków wynikających z Umowy, w takim zakresie, w jakim jest to praktycznie uzasadnione, jak również musi podjąć wszystkie alternatywne działania zmierzające do wykonania Umowy, których podjęcia nie wstrzymuje zdarzenie Siły Wyższej.

5. W przypadku ustania Siły Wyższej, Strony niezwłocznie przystąpią do realizacji swych obowiązków wynikających z Umowy.

#### **Odpowiedź na pytanie nr 2:**

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści Istotnych Postanowień Umowy (dalej IPU) w zakresie objętym pytaniem nr 2.

IPU zawierają postanowienia odnoszące się do wystąpienia siły wyższej (§ 11). Ponadto, zgodnie z § 11 ust. 3 IPU, zasady dotyczące siły wyższej stosuje się również do innych zdarzeń, niezależnych od woli Stron, w szczególności będących konsekwencją wprowadzenia stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii, jeżeli ich wprowadzenie bezpośrednio oddziałuje na wykonywanie umowy. Zamawiający zwraca również uwagę na § 15 ust. 8 IPU, zgodnie z którym zmiany umowy są możliwe na innych podstawach niż wskazane w postanowieniach IPU, jeżeli możliwość dokonania zmiany wynika z przepisów prawa. W tym kontekście należy zauważyć, że na takie zmiany pozwala m.in. art. 15r ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374 ze zm.).

#### **Pytanie nr 3:**

Zamawiający we wzorcu umowy określa sposób regulowania płatności za wykonaną usługę na podstawie wystawionej przez Wykonawcę faktury VAT. Czy zamawiający akceptuje wystawianie i dostarczanie w formie elektronicznej, w formacie PDF: **nieustrukturyzowanych faktur, faktur korygujących oraz duplikatów faktur**, zgodnie z art. 106n ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2016 r., Nr 710, z późn. zm.)? Jeżeli tak, to bardzo proszę o modyfikację wzorca umowy w zakresie sposobu rozliczania się z wykonanej usługi poprzez dodanie następujących zapisów:

*Strony akceptują wystawianie i dostarczanie w formie elektronicznej, w formacie PDF: nieustrukturyzowanych faktur, faktur korygujących oraz duplikatów faktur, zgodnie z art. 106n ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2016 r., Nr 710, z późn. zm.). Faktury elektroniczne będą Zamawiającemu wysyłane na adres e-mail: .....*

*Zamawiający zobowiązuje się do poinformowania Wykonawcy o każdorazowej zmianie ww. adresu mailowego. Osobą upoważnioną do kontaktów w sprawie e-faktur ze strony Zamawiającego jest .....*

#### **Odpowiedź na pytanie nr 3 (odpowiedź zawiera zmianę treści ogłoszenia):**

Zamawiający akceptuje przesyłanie faktur w formie elektronicznej w PDF. Wykonawca ma też możliwość, zgodnie z ustawą o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych, przysyłać faktury elektroniczne za pośrednictwem platformy elektronicznego fakturowania, a Zamawiający ma obowiązek taką fakturę odebrać.

Zamawiający wprowadza do treści IPU następujące postanowienia (zostaną dodane w § 9 w ust. 5):

*„Strony akceptują wystawianie i dostarczanie w formie elektronicznej, w formacie PDF: nieustrukturyzowanych faktur, faktur korygujących oraz duplikatów faktur, zgodnie z art. 106n ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2016 r., Nr 710, z późn. zm.). Faktury elektroniczne będą Zamawiającemu wysyłane na adres e-mail: .....*

*Zamawiający zobowiązuje się do poinformowania Wykonawcy o każdorazowej zmianie ww. adresu mailowego. Osobą upoważnioną do kontaktów w sprawie e-faktur ze strony Zamawiającego jest .....*”

#### Pytanie nr 4:

Proszę o potwierdzenie, że Zamawiający wyraża zgodę, aby każda z firm wchodząca w skład konsorcjum firm wystawiała Zamawiającemu **osobną fakturę VAT**.

Wykonawcy składają oferty jako konsorcjum firm. Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z dnia 11.09.2019 r.; poz. 1843) wykonawca posiada pełną dowolność w kreowaniu składu konsorcjum oraz w podziale obowiązków pomiędzy poszczególnymi członkami konsorcjum. W konsekwencji Zamawiający wybierając ofertę wykonawcy będącego konsorcjum, nie ma możliwości wpływać na sposób podziału zakresu realizacji usługi wewnątrz konsorcjum oraz na treść samej umowy konsorcjum. Zamawiający ma prawo jedynie do wglądu do treści umowy konsorcjum w zakresie jego składu i podziału obowiązków pomiędzy członków konsorcjum. W ramach realizacji umowy każda z firm wchodząca w skład konsorcjum wykonuje odmienne czynności dające w sumie pełny zakres realizacji przedmiotu umowy. Każda z firm wchodzących w skład konsorcjum za wykonane usługi zobowiązana jest mocą przepisów prawa podatkowego do wystawienia faktury VAT na rzecz podmiotu, dla którego usługę wykonała – czyli w tym przypadku dla Zamawiającego. Wystawianie faktur na lidera konsorcjum przez członków konsorcjum może być uznane za nieprawidłowe z przyczyn podatkowych podczas kontroli przez organy podatkowe. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny podatkowej, o wspólnym przedsięwzięciu należy mówić w każdym przypadku, gdy co najmniej dwa podmioty podejmują się współpracy w realizacji określonego, i najczęściej w miarę precyzyjnie zdefiniowanego, celu gospodarczego. Podmioty te zawierają więc umowę gospodarczą w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia, które ze względu na potencjał finansowy, zakres przedmiotowy lub kompetencyjny przekracza możliwości jednego tylko podmiotu – umowę konsorcjum.

Kluczowe jest jednak, że na płaszczyźnie podatku dochodowego od osób prawnych (CIT), wspólne przedsięwzięcie czy konsorcjum nie posiada statusu podatnika. **Oznacza to, że podatnikami podatku dochodowego są poszczególni członkowie takiej grupy gospodarczej (czyli podmioty współpracujące).**

Jednocześnie, jako podstawę do indywidualnego rozliczania należy wskazać art. 8, art. 19 a, art. 106 b Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług Dz. U. z 2018 r. poz. 2174 ze zm. Zgodnie z którymi, jeśli podatnik VAT (konsorcjant) świadczy usługę bezpośrednio na rzecz zamawiającego, to jest zobligowany do rozliczenia VAT należnego od tego świadczenia i wystawienia faktury na rzecz odbiorcy świadczenia czyli Zamawiającego.

Mając na uwadze różnorodność czynności składających się na przedmiot zamówienia, często zdarza się, że poszczególne usługi realizowane w ramach całego przedmiotu umowy opodatkowane są różnymi stawkami podatku VAT, dlatego też, aby zapewnić przejrzystość podatkową, uzasadnione jest wystawianie faktur przez członków konsorcjum bezpośrednio Zamawiającemu jako faktycznemu odbiorcy usługi. Powyższe wynika, z faktu, że członek konsorcjum świadczący usługę opodatkowaną w innym wymiarze niż 23% lub zwolnioną z podatku z powodu rodzaju świadczonej usługi, jako jedyny podmiot w ramach konsorcjum ma możliwość wystawienia faktury zgodnie z przysługującym mu zwolnieniem z podatku lub innym niż 23 % podatkiem VAT. Każdy z pozostałych członków w tym lider konsorcjum – świadczący usługi oprocentowane 23 % podatkiem VAT nie ma możliwości, wystawienia faktur ze zwolnieniem podatkowym lub w innym wymiarze niż 23 %. Wystawienie przez lidera konsorcjum faktury zbiorczej na Zamawiającego zawierającego m.in. określenie wynagrodzenia za usługę np. zwolnioną z podatku, może być kwestionowane przez organy podatkowe i uznane za nieprawidłowe – bowiem lider jako konkretny płatnik podatku nie ma prawa korzystać ze zwolnień od podatku w ramach swojej działalności.

Innymi słowy – każdy podmiot gospodarczy może świadczyć usługi i pobierać za nie wynagrodzenie w ramach przedmiotu swojej działalności i posiadanych uprawnień. Niedopuszczalne jest pobieranie wynagrodzenia, a tym bardziej wystawienia faktur za usługi, co do których dany podmiot nie posiada odpowiednich licencji, pozwoleń czy też przywilejów podatkowych w postaci np. zwolnienia z podatku lub obniżonej stawki podatku.

Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w dniu 8.07.2013 r. IPPP1/443-377/13-3/AS wydał opinię w sprawie „rozliczenia konsorcjum - podział przychodów i kosztów”, w której napisano: „Zawarcie umowy o wspólne przedsięwzięcie gospodarcze - umowy konsorcjum - nie ma na celu powstania nowego swobodnego podmiotu gospodarczego, lecz stanowi porozumienie stron w zakresie realizacji wspólnego celu gospodarczego. Odnośnie rozliczenia podatku VAT przez uczestników konsorcjum, stwierdzić należy iż zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy, podatnikami są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 2, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności. Oznacza to, że z punktu widzenia VAT każdy z członków konsorcjum jest odrębnym podatnikiem. Podatnikiem nie jest i nie może być natomiast samo konsorcjum. Dlatego też podmioty działające w ramach konsorcjum powinny do wzajemnych rozliczeń oraz **do rozliczeń z podmiotem, na rzecz którego konsorcjum świadczy usługę stosować ogólne zasady w zakresie wystawiania faktur VAT dokumentujących wykonywane przez nich czynności.**”

Zawarcie umowy konsorcjum nie prowadzi do powstania nowego bytu prawnego. W szczególności konsorcjum nie posiada zdolności prawnej lub zdolności do czynności prawnych – w zdolność tą wyposażone są natomiast podmioty tworzące konsorcjum (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4 marca 2016 r., sygn. akt. VI ACa 83/16). Powyższe dotyczy również konsorcjum tworzonego w celu zawarcia i realizacji umowy o zamówienie publiczne, zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 17 grudnia 2014 r., sygn. akt: I ACa 1308/14: Brzmienie przepisu art. 23 ust. 3 Pzp przesądza jednoznacznie, iż konsorcjum na gruncie tej ustawy nie posiada podmiotowości prawnej, co oznacza, że nie jest odrębnym podmiotem (wykonawcą), a raczej „sumą pojedynczych wykonawców”.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 28 maja 2015 r., sygn. akt: I ACa 29/15: *Konsorcjum jest stosunkiem obligacyjnym kreowanym umową, w wyniku której powstaje stosunek prawny konsorcjum, w którym każda z jego stron (konsorcjant) zobowiązuje się do określonego uczestnictwa w konsorcjum i do oznaczonego działania na jego rzecz, a tym samym na rzecz pozostałych konsorcjantów dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta. Konsorcjanci zobowiązują się do działań i świadczeń zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum, zobowiązując się do wspólnego działania. „Wspólność” celu gospodarczego jest podstawowym atrybutem konsorcjum. Umowa konsorcjum nie jest uregulowana w kc, jest zatem zaliczana do umów nienazwanych kreowanych treścią umowy w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego przewidzianej w art. 3531 kc i traktowana jako umowa, do której stosuje się odpowiednio przepisy art. 860–875 kc.*

Umowa konsorcjum winna wskazywać podmiot uprawniony do reprezentowania konsorcjum na zewnątrz i podejmowania czynności w imieniu pozostałych jego członków (tzw. lider konsorcjum).

W myśl art. 141 Pzp: *Wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania.* Solidarna odpowiedzialność podmiotów tworzących konsorcjum oznacza, że zamawiający może żądać wykonania umowy o zamówienie publiczne od wszystkich członków konsorcjum, kilku spośród nich lub każdego z osobna, zaspokojenie roszczenia zamawiającego przez jednego z konsorcjantów zwalnia zaś pozostałych. Nie jest możliwe wyłączenie solidarnej odpowiedzialności konsorcjum wykonawców względem zamawiającego w drodze umowy, natomiast wzajemny podział zadań przyjęty w umowie konsorcjum wywołuje wyłącznie skutki wewnętrzne pomiędzy jego członkami.

Z powyższego wynika, że istota umowy konsorcjum nie uzasadnia tego, by Zamawiający mógł przyjmować faktury tylko od jednego podmiotu wchodzącego w skład konsorcjum. Zgodnie z zasadą – Konsorcjum ponosi odpowiedzialność solidarną wobec Zamawiającego, a Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia za wykonaną usługę lub dostawę każdemu z członków konsorcjum wg ustalonego w umowie wynagrodzenia. Jest zatem w pełni uzasadnione i konieczne ze względu na przepisy prawa podatkowego, aby wynagrodzenie należne Wykonawcy, będącemu konsorcjum firm, było płatne zgodnie z fakturami VAT, wystawionymi przez każdego z członków konsorcjum realizujących usługę na kwoty, które w sumie stanowią wysokość miesięcznego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy.

**Odpowiedź na pytanie nr 4:**

Zamawiający nie dokonuje zmiany IPU w zakresie objętym pytaniem nr 4.

**Pytanie nr 5:**

Zgodnie ze wzorem umowy, Zamawiający przewiduje kary umowne za nienależyte wykonywanie usługi. Czy Zamawiający, po analizie poniższych argumentów Wykonawcy, zmodyfikuje wysokość kar umownych? Wykonawca wnosi o zmianę o 50% wysokości kar, zastrzeżonych przez Zamawiającego.

W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Zespołów Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych ustanawianie przez zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy bezwzględnie za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w przepisie art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z dnia 11.09.2019 r.; poz. 1843) , które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe znajduje pełne potwierdzenie m.in. wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 23 sierpnia 2007 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1030/07. Zważyć bowiem należy, że kara umowna (odszkodowanie umowne) ze swojej istoty ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny, a nie zaś prewencyjny. Ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych dla wykonawców stanowi zatem bezspornie rażące naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współżycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 3531 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.

**Odpowiedź na pytanie nr 5:**

Zamawiający nie dokonuje zmiany IPU w zakresie objętym pytaniem nr 5. W ocenie Zamawiającego określone w IPU kary umowne nie są rażąco wygórowane. Należy również zauważyć, że Zamawiający wprowadził górny limit kar umownych, jakie może nałożyć na podstawie umowy (§10 ust. 5). Na marginesie należy zauważyć, że brak jest podstaw do przyjęcia, że rażąco wygórowana kara umowna prowadzi do nieważności całej umowy o zamówienie publiczne.

**Pytanie nr 6:**

Zwracam się z prośbą o zamieszczenie w projekcie umowy, postanowienia umożliwiającego stronom rozwiązanie umowy za 3 miesięcznym wypowiedzeniem.

W przypadku umów długoterminowych zawieranych na okres 2 - 4 lat w momencie zawierania umowy strony nie są w stanie przewidzieć wszystkich okoliczności oraz czynników mogących mieć negatywny wpływ na wykonywanie zobowiązań umownych dla każdej ze stron, jak również w sposób kompleksowy i wyczerpujący uregulować procedury postępowania w takich wypadkach. Wprowadzenie możliwości rozwiązania umowy za wypowiedzeniem ma na celu stworzenie podstaw prawnych do zakończenia stosunku prawnego pomiędzy stronami, jeżeli z określonych powodów nie są one zainteresowane dalszym kontynuowaniem współpracy na dotychczasowych warunkach. Mając na względzie dynamikę życia gospodarczego, czyli pojawianie się nowych technologii wykonywania zamówień, czy też nowych środków, może po kilku latach dojść do sytuacji, gdy jedna ze stron w tym również zamawiający będzie chciał skorzystać z jednostronnego uprawnienia do zakończenia umowy przed upływem jej obowiązywania. Obowiązujące przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie zawierają w tym zakresie żadnych zakazów.

**Odpowiedź na pytanie nr 6:**

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści IPU w zakresie objętym pytaniem nr 6.

**Pytanie nr 7:**

Uprzejmie proszę o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuszcza waloryzację wynagrodzenia umownego o wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych?

Zamawiający nie zamieścił w umowie, ani w zasadniczej części siwz zapisów dotyczących waloryzacji wynagrodzenia w innych okolicznościach niż wynikające z art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie zamawiający nie wykluczył zmian do umowy dokonywanych w oparciu o art. 144 ustawy pzp. Wobec powyższego, mając na uwadze długi okres realizacji zamówienia oraz dynamikę wzrostu cen towarów i usług – (Ceny towarów i usług konsumpcyjnych w maju 2019 r. w stosunku do poprzedniego miesiąca, wzrosły o 0,2% (przy wzroście cen towarów – o 0,6% i spadku cen usług – o 0,9%).

W porównaniu z analogicznym miesiącem ub. roku ceny towarów i usług konsumpcyjnych wzrosły o 2,4% (w tym usług – o 3,3% i towarów – o 2,0%) - dążąc do ustalenia optymalnej ceny za wykonanie przedmiotowej usługi (tj. bez zbędnego podnoszenia ceny ofertowej o rezerwę na wypadek ewentualnego dalszego wzrostu cen produktów, surowców, materiałów oraz energii) prosimy o wprowadzenie do umowy zapisu o treści: „Strony ustalają, że wynagrodzenie za przedmiot podlega raz do roku (w pierwszym kwartale każdego rozpoczętego roku realizacji umowy) waloryzacji według wskaźnika wzrostu cen, publikowanego przez GUS w Biuletynie Statystycznym. Waloryzacja będzie naliczana od dnia ..... 20....r. Naliczenie waloryzacji następuje wskaźnikiem za rok poprzedni”.

**Odpowiedź na pytanie nr 7:**

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści IPU w zakresie objętym pytaniem nr 7.

**Pytanie nr 8:**

Proszę o podanie podstawy prawnej żądania od wszystkich wykonawców występujących wspólnie dokumentu Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego, minimum III stopnia o klauzuli tajności POUFNE.

Wnosimy o wskazanie, które przepisy prawa nakładają obowiązek posiadania przez każdego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązek posiadania wspomnianego Świadectwa – zważywszy na fakt, że wspólne ubieganie się o zamówienie nie jest równoznaczne z wykonywaniem czynności, określonych umową przez wszystkie podmioty składające ofertę.

Zrzeszanie się w konsorcja w celu złożenia oferty może bowiem mieć na celu potwierdzenie dysponowania określonym potencjałem, wymaganym przez Zamawiającego, nie zaś każdorazowo realizację zamówienia przez wszystkie podmioty występujące wspólnie.

Zgodnie z art. 54 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych – warunkiem dostępu przedsiębiorcy do informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej w związku z wykonywaniem umów (...) jest zdolność do ochrony informacji niejawnych, potwierdzona świadectwem bezpieczeństwa przemysłowego. Oznacza to zatem, że takowe świadectwo wymagane jest tylko i wyłącznie od przedsiębiorcy, który w związku z wykonywaniem umowy lub zadania wynikającego z przepisów prawa – będzie miał dostęp do informacji niejawnych o klauzuli od „poufne” wwyż. Zatem przedsiębiorca, który wykonując umowę lub zadanie nie będzie miał dostępu do informacji niejawnych – nie ma obowiązku posiadania takowego świadectwa.

Żądanie wspomnianego dokumentu od wszystkich członków konsorcjum jest całkowicie sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa. Wnosimy o modyfikację kwestionowanego zapisu w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami, tj. żądanie Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego wyłącznie od tych podmiotów występujących wspólnie, które w ramach realizacji umowy o zamówienie publiczne będą miały dostęp do informacji niejawnych o klauzuli co najmniej „poufne”.

**Odpowiedź na pytanie nr 8 (odpowiedź zawiera zmianę treści ogłoszenia):**

Zamawiający dokonuje następującej zmiany treści ogłoszenia:

W punkcie 19.5 lit. a) otrzymuje następujące brzmienie:

*„a) kopię świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego co najmniej trzeciego stopnia, potwierdzającego zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli co najmniej „poufne”, zgodnie z art. 55 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228 ze zm.) – w przypadku wykonawców składających wspólną ofertę dokument przedstawia jeden z wykonawców – w tym przypadku dostęp do informacji, dla których wymagane jest świadectwo, przysługiwać będzie wyłącznie temu wykonawcy;”*

**Pytanie nr 9:**

Zamawiający w OPZ zastrzegł *„Zamawiający zastrzega sobie także możliwość poddania pracowników ochrony badaniu alkomatem, pod rygorem odsunięcia od wykonywania obowiązków osoby, która odmówi poddania się takiemu badaniu”*. Wskazujemy, że zgodnie ze znowelizowanymi przepisami Kodeksu Pracy jakie weszły od 4 maja 2019 r. w związku z RODO pracodawca nie ma możliwości wykonywania czynności kontrolnych w stosunku do pracownika odnośnie stanu trzeźwości. Do wykonania takich czynności jest uprawniona jedynie policja. Z uwagi na powyższe prosimy o usunięcie tego zapisu.

**Odpowiedź na pytanie nr 9:**

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści OPZ w zakresie objętym pytaniem nr 9.

Badania trzeźwości dokonuje wezwana przez Zamawiającego Policja. Ponadto Zamawiający nie jest pracodawcą pracowników Wykonawcy. Wykonawca jako pracodawca ma obowiązek niedopuszczenia do pracy pracownika, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że stanął się on do pracy w stanie po użyciu alkoholu albo spożywał alkohol w czasie pracy (art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi).

**Pytanie nr 10:**

Proszę o informację, czy wskazany przez zamawiającego wymóg zatrudnienia osób na umowę o pracę oznacza, że każda roboczogodzina pracy osób wykonujących czynności ochronne (za wyjątkiem grup interwencyjnych) musi być wypracowana w ramach umowy o pracę i Zamawiający nie dopuszcza w tym zakresie zawarcia z takimi osobami umów cywilnoprawnych.

**Odpowiedź na pytanie nr 10:**

Tak. Wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia muszą być zatrudnione na umowę o pracę. Zamawiający nie dopuszcza wykonywania zamówienia przez osoby, z którymi wykonawca będzie miał zawartą jedynie umowę cywilnoprawną.

**Pytanie nr 11:**

Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku gdy Wykonawca wykaże w formularzu ofertowym 5 usług spełniających wymagania Zamawiającego, to nie będzie on wzywany do wykazu usług i referencji, o których mowa w warunkach udziału w postępowaniu.

**Odpowiedź na pytanie nr 11:**

Tak, w przypadku gdy Wykonawca wykaże w formularzu ofertowym 5 lub więcej usług spełniających wymagania Zamawiającego, w tym wymaganie dołączenia do każdej usługi dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, Zamawiający nie będzie wzywał Wykonawcy do złożenia Wykazu usług, o którym mowa w pkt 8.3.3 szczegółowego ogłoszenia, pod warunkiem, że w formularzu ofertowym Wykonawca poda wszystkie informacje dotyczące usług, wymagane w Wykazie usług określonym w Załączniku nr 6 do ogłoszenia.

**Pytanie nr 12:**

Dotyczy warunków udziału w postępowaniu – doświadczenie. Zamawiający wskazał, że „poprzez usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia Zamawiający rozumie zrealizowaną usługę ochrony osób i mienia w budynkach użyteczności publicznej z zainstalowaną kontrolą dostępu (...)”. Czy Zamawiający uzna usługi zrealizowane w obiektach użyteczności publicznej z zainstalowaną kontrolą dostępu spełniające pozostałe wymagania?

**Odpowiedź na pytanie nr 12:**

Nie, Zamawiający podtrzymuje brzmienie warunku określonego w pkt 7.1.4 ogłoszenia wraz ze wskazaną tam definicją „budynku użyteczności publicznej”, wynikającą z § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dn. 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. 2002 r. Nr 75, poz. 690 z ze zm.).

**Pytanie nr 13:**

Czy Zamawiający ze względu na charakter wykonywanej usługi tj. ochrona fizyczna osób i mienia przez kwalifikowanych pracowników ochrony wyraża zgodę na zatrudnienie osób niepełnosprawnych posiadających ograniczenia psychofizyczne oraz inne ograniczenia zdrowotne stwierdzone orzeczeniami o niepełnosprawności ?

Nadmieniam, że zgodnie z Ustawą o ochronie osób i mienia kwalifikowany pracownik ochrony nie może być osobą niepełnosprawną gdyż na podstawie poniższych jej artykułów stanowiłoby to naruszenia prawa ponieważ :

art. 33. 1. Badania lekarskie i psychologiczne osoby ubiegającej się o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej lub posiadającej taki wpis przeprowadza się na wniosek tej osoby.....

art. 33.2. Do wniosku, o którym mowa w ust. 1, osoba ubiegająca się o wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej lub posiadająca taki wpis jest obowiązana dołączyć oświadczenie, złożone pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, że nie jest osobą niepełnosprawną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 2046 i 1948 oraz z 2017 r. poz. 777, 935 i 1428) lub nie posiada orzeczenia o inwalidztwie lub niezdolności do pracy wydanego przez właściwy organ rentowy albo dokumenty potwierdzające orzeczony stopień niepełnosprawności, inwalidztwa lub niezdolności do pracy.

**Odpowiedź na pytanie nr 13:**

Zamawiający, w ramach realizacji usługi, nie dopuszcza zatrudnienia na obiektach MSZ osób niepełnosprawnych.

**Pytanie nr 14:**

Czy Zamawiający dopuszcza wykonywanie usługi przez pracowników Wykonawcy zatrudnionych na podstawie umowy o pracę i dodatkowo umowy zlecenia ?

**Odpowiedź na pytanie nr 14:**

Zamawiający, w ramach realizacji usługi dopuszcza tylko pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. W sytuacji, w której pracownika z wykonawcą łączy umowa o pracę i dodatkowo umowa zlecenie lub inna umowa, do której stosuje się przepisy o zleceniu, wykonywanie usługi będącej przedmiotem zamówienia może odbywać się wyłącznie w oparciu o umowę o pracę.



**Pytanie nr 15:**

Czy pracownicy ochrony w trakcie wykonywania zadań będą mieli dostęp do dokumentów niejawnych o klauzuli poufne oraz jakie to będą dokumenty ? Jeżeli nie będą mieli dostępu wówczas wnoszę o wykreślenie wymogu posiadania poświadczeń bezpieczeństwa ?

**Odpowiedź na pytanie nr 15:**

Zamawiający nie wykreśla wymogu posiadania poświadczenia bezpieczeństwa. Zamawiający dopuszcza możliwość powstania sytuacji konieczności dostępu przez pracowników do informacji niejawnych (poufnych) w związku z wykonywaniem obowiązków pracy na obiektach MSZ.

**Pytanie nr 16:**

W związku z wymogiem posiadania poświadczeń bezpieczeństwa o klauzuli poufne od pracowników czy zamawiający żąda od wykonawcy świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego ?

**Odpowiedź na pytanie nr 16:**

Zamawiający wymaga od wykonawcy Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego. Wymóg taki jest określony w pkt 19.5 lit. a) szczegółowego ogłoszenia oraz w odpowiedzi na pytanie nr 8.

Tomasz Żuk  
Przewodniczący Komisji Przetargowej