



Warszawa, 06 maja 2020 r.

Ministerstwo
Spraw Zagranicznych

BDG.741.015.2020/11

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:

Proszę o podanie ilości oraz sumy kar umownych jakimi Zamawiający obciążył aktualnego Wykonawcę.

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Zamawiający nie udziela odpowiedzi, ponieważ pytanie nr 1 nie dotyczy treści ogłoszenia.

Pytanie nr 2:

Czy Zamawiający wyraża zgodę na użycie własnego wzoru pełnomocnictwa? Wzór przekazuje w załączeniu.

Odpowiedź na pytanie nr 2:

Zamawiający wyraża zgodę na użycie własnego wzoru pełnomocnictwa, spełniającego wymogi przewidziane dla pełnomocnictw. Zamawiający nie opiniuje wzorów dokumentów Wykonawcy przekazanych w ramach pytań do treści ogłoszenia.

Pytanie nr 3:

Proszę o podanie wysokości trzech ostatnich faktur brutto dot. aktualnie realizowanej usługi.

Odpowiedź na pytanie nr 3:

Zamawiający nie udziela odpowiedzi, ponieważ pytanie nr 3 nie dotyczy treści ogłoszenia.

Pytanie nr 4:

Czy Zamawiający wymaga by wykonawca do realizacji usługi skierował osoby zatrudnione wyłącznie na podstawie umowy o pracę (każda roboczogodzina pracy pracownika ochrony winna być wypracowana na

obiekcie Zamawiającego wyłącznie na podstawie umowy o pracę) zgodnie z art.29 ust.3a ustawy prawo zamówień publicznych?

Odpowiedź na pytanie nr 4:

Tak. Do powyższej kwestii Zamawiający odniósł się już w odpowiedzi na pytanie nr 10 zawarte w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r.

Pytanie nr 5:

Czy w przypadku zadeklarowania przez pracownika ochrony pracy powyżej pełnego etatu, Zamawiający oprócz wymogu umowy o pracę w pełnym wymiarze godzin, pozostawia w gestii Wykonawcy formę zatrudnienia w dodatkowym wymiarze roboczogodzin dla tego samego pracownika?

Odpowiedź na pytanie nr 5:

Nie. Zamawiający, zgodnie z odpowiedzią z dnia 28.04.2020 r. udzieloną na pytanie nr 14 zawarte w pakiecie pytań oraz odpowiedzią udzieloną na pytanie 4 powyżej, nie dopuszcza realizacji zamówienia na innej podstawie niż umowa o pracę. Tym samym, Zamawiający nie dopuszcza realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę wyłącznie w ramach wymiaru czasu pracy określonego taką umową, a powyżej tego wymiaru na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Pytanie nr 6:

W związku z oficjalnie przyjętym założeniem projektu budżetu państwa na rok 2020 (<https://www.premier.gov.pl/wydarzenia/decyzje-rzadu/zalozenia-do-projektu-budzetu-panstwa-na-2020-r.html>) i uchwałą nr 31 Rady Ministrów z dnia 24.04.2019, która dotyczy oskładkowania wszystkich umów zleceń (ograniczenie unikania płacenia składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe) w roku 2020, proszę o informację czy Zamawiający przewiduje możliwość waloryzacji wynagrodzenia umownego w powyższym zakresie?

Odpowiedź na pytanie nr 6:

Zamawiający wprost przewidział w § 15 ust. 4 pkt 3 Istotnych Postanowień Umowy (dalej IPU) możliwość zmiany umowy w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym, jednakże ze względu na odpowiedzi udzielone na pytania nr 4 i 5 (powyżej), umowa zlecenia nie może być podstawą współpracy między wykonawcą a pracownikiem ochrony w ramach realizacji umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia niniejszego postępowania przetargowego. Dlatego też, w odniesieniu do wykonania zamówienia, sytuacja opisana w pytaniu nie będzie mogła być podstawą do dokonania zmiany umowy.

Pytanie nr 7:

Jeśli Zamawiający dopuści możliwość zatrudnienia powyżej pełnego etatu pracowników pracujących na podstawie umowy cywilnoprawnej czy przewiduje waloryzację minimalnej stawki godzinowej na podstawie art. 142 ust. 5 pkt 2 PZP?

Odpowiedź na pytanie nr 7:

Zamawiający nie dopuszcza takiej możliwości, zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie 5 (powyżej).

Pytanie nr 8:

Czy Zamawiający dopuszcza do realizacji usługi osoby z orzeczonym stopniem niepełnosprawności?

Odpowiedź na pytanie nr 8:

Nie. Do powyższej kwestii Zamawiający odniósł się już w odpowiedzi na pytanie nr 13 zawarte w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r.

Pytanie nr 9:

Czy Zamawiający wyraża zgodę na zawarcie umowy dot. wzajemnego powierzenia przetwarzania danych osobowych? Umowa chroni interesy zarówno Zamawiającego, jaki i Wykonawcy, w związku z obowiązującymi przepisami RODO. Wzór w załączeniu.

Odpowiedź na pytanie nr 9:

Zamawiający nie dokonuje zmiany IPU w zakresie objętym pytaniem 9. Wzór umowy powierzenia Wykonawcy danych osobowych do przetwarzania stanowi załącznik nr 4 do umowy z Zamawiającym.

Pytanie nr 10:

Wnoszę o modyfikację par.2 ust.9 Umowy, w zakresie: „(...) kopię oświadczenia o nie figurowaniu w krajowym rejestrze karnym złożonym przez wykonawcę (...)”.

Odpowiedź na pytanie nr 10 (odpowiedź zawiera zmianę treści ogłoszenia):

Zamawiający dokonuje następującej zmiany treści ogłoszenia:

W § 2 ust. 9 IPU otrzymuje brzmienie:

„9. Przed przystąpieniem do wykonywania obowiązków przez osobę wyznaczoną do świadczenia usług ochroniarskich, Wykonawca przekaze Zamawiającemu - potwierdzone za zgodność z oryginałem - kopie legitymacji kwalifikowanego pracownika ochrony, kopie dopuszczeń do informacji niejawnych wraz z aktualnymi zaświadczeniami o przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych, kopię oświadczenia o nie figurowaniu w krajowym rejestrze karnym tej osoby złożonego przez Wykonawcę (nie starszego niż miesiąc), wraz z okazaniem oryginałów. Zamawiający zastrzega sobie możliwość odmowy dopuszczenia do świadczenia usług osób, co do których dokumentów wymienionych w zdaniu poprzedzającym nie przedstawiono bądź w inny sposób nie spełniających wymogów Zamawiającego określonych w umowie lub w OPZ.”

Pytanie nr 11:

Wnoszę o skrócenie terminu w par.2 ust.10 Umowy co najmniej do 2 dni roboczych, ze względu na trudności w dochowaniu terminu określonego przez Zamawiającego, ze względu na różne sytuacje życiowe.

Odpowiedź na pytanie nr 11:

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści IPU w zakresie objętym pytaniem 11. Termin 14 dni kalendarzowych jest minimalnym terminem, w ciągu którego Zamawiający jest w stanie zweryfikować osobę, którą Wykonawca zamierza skierować do realizacji umowy pod kątem bezpieczeństwa.

Pytanie nr 12:

Czy zapis par.2 ust.12 Umowy oznacza zakaz osób z orzeczonym stopniem niepełnosprawności?

Odpowiedź na pytanie nr 12:

Zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie nr 13 zawarte w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r. oraz z odpowiedzią na pytanie nr 8 (powyżej) Zamawiający nie dopuszcza realizacji umowy przez osoby z orzeczonym stopniem niepełnosprawności.

Jednak § 2 ust. 12 IPU dotyczy przede wszystkim bieżącego stanu pracownika ochrony skierowanego do realizacji umowy.

Pytanie nr 13:

Wnoszę o wykreślenie w par.2 ust.12 Umowy zapisu „Zamawiający zastrzega sobie także możliwość poddania pracowników badaniu alkomatem, pod rygorem odsunięcia od wykonywania obowiązków osoby, która odmówi poddania się takiemu badaniu”. Uprawnienia i kompetencje w powyższym zakresie ma wyłącznie Policja.

Odpowiedź na pytanie nr 13:

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści IPU w zakresie objętym pytaniem nr 13.

Do powyższej kwestii Zamawiający odniósł się już w odpowiedzi na pytanie nr 9 zawarte w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r.

Pytanie nr 14:

Wnoszę o modyfikację par.2 ust.15 pkt.8 Umowy, w zakresie: „(...)w przypadku zawinionego niewykonania lub zawinionego nienależytego (...)”

Odpowiedź na pytanie nr 14:

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści IPU w zakresie objętym pytaniem 14.

Pytanie nr 15:

Wnoszę o wykreślenie w par.3 ust.1 Umowy, słowa „pełną”.

Odpowiedź na pytanie nr 15:

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści IPU w zakresie objętym pytaniem 15.

Pytanie nr 16:

W związku z par.4 ust.1 Umowy, proszę o informację czy każda roboczogodzina pracy pracownika ochrony winna być wypracowana wyłącznie na podstawie umowy o pracę?

Odpowiedź na pytanie nr 16:

Tak. Do powyższej kwestii Zamawiający odniósł się już w odpowiedzi na pytanie nr 10 zawarte w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r. oraz w odpowiedzi na pytania nr 4-6 (powyżej).

Pytanie nr 17:

Wnoszę o modyfikację par.10 ust.1 Umowy, w zakresie: „z tytułu zawinionego niewykonania lub zawinionego nienależytego wykonania umowy (...)”

Odpowiedź na pytanie nr 17:

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści IPU w zakresie objętym pytaniem 17. Kara umowna naliczana jest w przypadku stwierdzenia zawinienia przez zobowiązanego.

Pytanie nr 18:

Wnoszę o obniżenie kar umownych określonych w par.10 Umowy co najmniej o 50% ze względu na ich wygórowaną wysokość. Niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji zamawiający powinien tak ukształtować treść umowy, aby realizacja zamówienia była możliwa (np. wyrok o sygn. akt KIO 283/14). Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga o sygn. akt IV Ca 508/05). Określając wysokość kar umownych, zamawiający powinien jednak kierować się zdrowym rozsądkiem. Zbyt restrykcyjne i zbyt wysokie kary umowne z jakimi mamy do czynienia w tym przypadku, w połączeniu z wynikającą z ustawy o finansach publicznych koniecznością ich dochodzenia przez zamawiającego może prowadzić nie tylko do negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, ale być powodem niemożności zrealizowania zamówienia. Podkreślenia wymaga fakt, iż kara umowna powinna skłaniać wykonawcę do realnego, zgodnego z treścią zawartej umowy, wykonania ciężących na nim na mocy tej umowy obowiązków a nie stanowić podstawę do zachwiania płynności finansowej wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia.

Odpowiedź na pytanie nr 18:

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści IPU w zakresie objętym pytaniem nr 18. Do powyższej kwestii Zamawiający odniósł się już w odpowiedzi na pytanie nr 5 zawarte w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r.

Biorąc pod uwagę częstotliwość pytań Wykonawców kwestionujących wysokość kar umownych przyjętych przez Zamawiającego, Zamawiający uważa za konieczne szersze odniesienie się do tej kwestii jeszcze na etapie postępowania przetargowego.

Zamawiający konstruując postanowienia dotyczące kar umownych jest świadomy, że kary te nakładane będą w przypadku zawinięcia przez Wykonawcę (w tym osobę, która w jego imieniu będzie wykonywała umowę). Zakładając w pełni profesjonalne podejście Wykonawcy do realizacji umowy, a także biorąc pod uwagę dotychczasową wieloletnią praktykę Zamawiającego przy realizacji takich umów w przeszłości i bardzo sporadyczne nakładanie na wykonawców je realizujących kar umownych, Zamawiający w dobrej wierze przyjmuje, że kary umowne będą nakładane wyłącznie za pojedyncze zdarzenia lub nie będą nakładane w ogóle. Zamawiający zwraca uwagę Wykonawców zamierzających złożyć oferty w postępowaniu, że kary umowne mają na celu zabezpieczenie prawidłowej realizacji jednej z najbardziej kluczowych umów zawieranych przez Zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa. Ze względu na charakter Zamawiającego nie chodzi tu wyłącznie o jego własne bezpieczeństwo, ale również o bezpieczeństwo Państwa. Zabezpieczenie obiektów Zamawiającego, będącego jednym z kluczowych ministerstw, wymaga najwyższego standardu usług świadczonych przez wyłonionego w toku postępowania przetargowego Wykonawcę. Zapewnieniu tego standardu mają m.in. służyć postanowienia o karach umownych. Jeżeli umowa będzie realizowana prawidłowo, Wykonawca nie musi się obawiać nakładania kar umownych w ogóle. Jeżeli natomiast Wykonawca jeszcze przed złożeniem oferty rozważa świadczenie usług ochrony obiektów Zamawiającego w standardzie, który skutkować będzie koniecznością częstego nakładania przez Zamawiającego kar umownych, wówczas zarówno fakt, że Zamawiający te kary przewidział, jak i ich wysokość, są w pełni uzasadnione.

Pytanie nr 19:

Wnoszę o wykreślenie par.10 ust.2 Umowy.

Odpowiedź na pytanie nr 19:

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści IPU w zakresie objętym pytaniem 19. Jest to standardowe postanowienie w umowach o zamówienie publiczne.

Pytanie nr 20:

Wnoszę o wprowadzenie do par.10 Umowy, zapisu: „ Zamawiający jest zobowiązany do wyznaczenia pisemnie dodatkowego terminu do zaprzestania naruszeń określonych powyżej. Dopiero po jego bezskutecznym upływie ma prawo obciążenia Wykonawcy karą umowną”.

Odpowiedź na pytanie nr 20:

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści IPU w zakresie objętym pytaniem 20.

Pytanie nr 21:

Co Zamawiający rozumie poprzez zapis par.13 ust.1 Umowy „z odpowiednim uprzedzeniem”.

Odpowiedź na pytanie nr 21:

Zamawiający dokonuje następującej zmiany treści ogłoszenia:

W § 13 ust. 1 IPU otrzymuje brzmienie:

„1. Zamawiający zastrzega sobie prawo zastosowania prawa opcji, tj. zmniejszenia liczby roboczogodzin maksymalnie o 25 000 (słownie: dwudziestu pięciu tysięcy) roboczogodzin w stosunku do liczby wskazanej w § 1 ust. 3 umowy. O skorzystaniu z prawa opcji Zamawiający zobowiązany jest powiadomić Wykonawcę na piśmie z co najmniej 7-dniowym wyprzedzeniem. Prawo opcji może być wykonane wedle wyboru Zamawiającego przez czasową lub zupełną rezygnację z ochrony wskazanych przez Zamawiającego Obiektów lub przez zmniejszenie liczby pracowników ochrony fizycznej ochraniających wskazane Obiekty.”

Pytanie nr 22:

Wnoszę o doprecyzowanie terminu co najmniej 30 dniowego.

Odpowiedź na pytanie nr 22:

Zamawiający nie dokonuje zmiany w zakresie objętym pytaniem 22. Pytanie nie wskazuje, o doprecyzowanie jakiego terminu Wykonawca wnosi.

Pytanie nr 23:

Wnoszę o doprecyzowanie rodzaju naruszeń stanowiących podstawę odstąpienia od umowy w par.14 ust.3 pkt.3 Umowy. Wskazany zapis jest zbyt ogólnikowy, a sankcje są bardzo poważne.

Pytanie nr 24:

Wnoszę o modyfikację par.14 ust.3 pkt.3 Umowy, w zakresie: „w innych przypadkach rażącego zawinionego niewykonywania lub rażącego zawinionego nienależytego (...) tj. brak wymaganych uprawnień, pracownicy pod wpływem alkoholu, działanie na szkodę Zamawiającego”

Odpowiedź na pytania nr 23 i 24 (odpowiedź zawiera również zmianę treści ogłoszenia):

Zamawiający, odczytując intencję Wykonawcy, wyrażoną w pytaniach nr 23 i 24, poprzez zapewne błędne odniesienie się do § 14 ust. 3 pkt 3 IPU (treść pytań wskazuje na zapis § 14 ust. 3 pkt 5 IPU), dokonuje następującej zmiany treści ogłoszenia:

W § 14 ust. 3 pkt 5 IPU otrzymuje brzmienie:

„5) w innych zawinionych przez Wykonawcę przypadkach niewykonywania lub nienależytego wykonywania umowy, po bezskutecznym wezwaniu przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień lub wykonania (należytego wykonania) umowy i wyznaczeniu w tym celu terminu, nie krótszego niż 3 (trzy)

dni; uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługuje Zamawiającemu również kiedy złożone wyjaśnienia lub sposób wykonania (należytego wykonania) umowy nie są wystarczające do przyjęcia braku zawinienia po stronie Wykonawcy lub uznania w zakresie objętym wezwaniem umowy za wykonaną (należyście wykonaną);”

Pytanie nr 25:

Wnoszę o wprowadzenie do par.15 Umowy, zapisu: „Wykonawca ma prawo rozwiązać umowę ze skutkiem natychmiastowym w przypadku zalegania Zamawiającego z zapłatą umówionego wynagrodzenia”

Odpowiedź na pytanie nr 25:

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści IPU w zakresie objętym pytaniem 25.

Pytanie nr 26:

Wnoszę o modyfikację par.15 ust.4 pkt.2 Umowy, w zakresie: „, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę”

Odpowiedź na pytanie nr 26 (odpowiedź zawiera zmianę treści ogłoszenia):

Zamawiający dokonuje następującej zmiany treści ogłoszenia:

W § 15 ust. 4 pkt 2 IPU otrzymuje brzmienie:

„2) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia lub minimalnej stawki godzinowej, o ile wynagrodzenie pracownika wykonującego umowę zostało w umowie o pracę ustalone według stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;

Pytanie nr 27:

Wnoszę o wprowadzenie do par.15 Umowy, zapisu zgodnego z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, znowelizowanego poprzez ustawę z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw:

- a) zmianę terminu wykonania umowy lub jej części, lub czasowe zawieszenie wykonywania umowy lub jej części,
- b) zmianę sposobu wykonywania dostaw, usług lub robót budowlanych,
- c) zmianę zakresu świadczenia wykonawcy i odpowiadającą jej zmianę wynagrodzenia wykonawcy – o ile wzrost wynagrodzenia spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekroczy 50% wartości pierwotnej umowy.

Odpowiedź na pytanie nr 27:

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści IPU w zakresie objętym pytaniem 27. Na takie zmiany pozwalać będzie w odpowiednim przypadku § 15 ust. 18 IPU.

Do powyższej kwestii Zamawiający odniósł się również w odpowiedzi na pytanie nr 2 zawarte w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r.

Pytanie nr 28:

Wnoszę o wprowadzenie do par.15 Umowy, klauzuli „Każda ze stron może rozwiązać umowę za 3 miesięcznym okresem wypowiedzenia”

Odpowiedź na pytanie 28:

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści IPU w zakresie objętym pytaniem nr 28. Do powyższej kwestii Zamawiający odniósł się już w odpowiedzi na pytanie nr 6 zawarte w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r.

Pytanie nr 29:

Zgodnie z pkt 19.5 c) Ogłoszenia, najpóźniej do dnia podpisania umowy wykonawca musi złożyć wykaz osób do realizacji zamówienia, który ma być zgodny ze złożonym w ramach postępowania wykazem osób które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia.

Uprzejmie zwracam uwagę, iż wykaz składany wraz z ofertą ma za zadanie jedynie potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dopuszczalne jest świadczenie usługi za pośrednictwem innych osób spełniających postawione wymagania. Dane tych osób oraz stosowne dokumenty wystarczy podać przed podpisaniem umowy o zamówienie publiczne z wybranym wykonawcą. Zatem proszę o dopuszczenie zmiany osób na inne spełniające postawione wymagania.

Odpowiedź na pytanie nr 29:

Zamawiający dopuszcza zmianę osób wskazanych w Wykazie osób składanym w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu na inne osoby spełniające wszystkie postawione wymagania.

Pytanie nr 30:

Zgodnie z pkt 4.2 opisu przedmiotu zamówienia, w ramach usługi realizowany będzie również ciągły monitoring lokalnych elektronicznych systemów antywłamaniowych, antynapadowych, przeciwpożarowych, CCTV i innych. Czy Zamawiający wymaga jedynie obsługi już zainstalowanych systemów monitoringu przeciwpożarowego, CCTV i innych, czy wykonawca musi zainstalować własne systemy?

Odpowiedź na pytanie nr 30:

Zamawiający wymaga obsługi systemów zainstalowanych przez Zamawiającego. Zamawiający nie wymaga od Wykonawcy instalowania własnych systemów.

Pytanie nr 31:

Czy Zamawiający wymaga jednej sztuki rejestratora obchodów dla każdego obiektu podlegającego ochronie?

Odpowiedź na pytanie nr 31:

Tak.

Pytanie nr 32:

Proszę o obniżenie wysokości kar umownych o 50% z uwagi na poniższe uwarunkowania:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 31.07.2015 r. (sygn. akt KIO/1519/15): „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 rażąco naruszenie prawa w zakresie równości stron, 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 kodeksu cywilnego w związku z art. 58 §1 kodeksu cywilnego”;

- wyrok Sądu Najwyższego z 29.11.2013 (sygn. akt I CSK 124/13): „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela”.

Odpowiedź na pytanie nr 32:

Zamawiający nie dokonuje zmiany umowy w zakresie objętym pytaniem nr 32. Do powyższej kwestii Zamawiający odniósł się już w odpowiedzi na pytanie nr 5 zawarte w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r. oraz w odpowiedzi na pytania nr 18 (powyżej).

Pytanie nr 33:

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

Odpowiedź na pytanie nr 33:

Tak. Do powyższej kwestii Zamawiający odniósł się już w odpowiedzi na pytanie nr 10 zawarte w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r. oraz w odpowiedzi na pytanie nr 4 (powyżej).

Pytanie nr 34:

Czy zamawiający dopuszcza aby absencje chorobowe i urlopowe były realizowane w oparciu o umowy cywilno-prawne?

Odpowiedź na pytanie nr 34:

Nie. Zamawiający dopuszcza wykonywanie zamówienia wyłącznie przez osoby, z którymi wykonawca będzie miał zawartą umowę o pracę, a wykonywanie zamówienia przez te osoby będzie się odbywało na podstawie tej umowy. Do powyższej kwestii Zamawiający odniósł się już w odpowiedzi na pytanie nr 10 w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r. oraz w odpowiedziach na pytania nr 4-6, 16 i 33 (powyżej).

Pytanie nr 35:

Wnoszę o zawarcie w umowie klauzuli, która umożliwi obu stronom rozwiązania umowy za wypowiedzeniem to „Każdej ze stron przysługuje prawo rozwiązania umowy z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia. Wypowiedzenie winno być dokonane w formie pisemnej, pod rygorem nieważności.”

Odpowiedź na pytanie nr 35:

Zamawiający nie dokonuje zmiany treści IPU w zakresie objętym pytaniem nr 35. Do powyższej kwestii Zamawiający odniósł się już w odpowiedzi na pytanie nr 6 zawarte w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r. oraz w odpowiedzi na pytanie nr 28 (powyżej).

Pytanie nr 36:

W związku z zapisami we Wzorze umowy dotyczącymi kar umownych wnosimy o obniżenie wysokości kar, jako rażąco wygórowanych o 50%.

Uzasadnienie:

W procedurze udzielania i realizacji zamówień publicznych to zamawiający jest w pozycji uprzywilejowanej względem wykonawców, umożliwiającą mu narzucanie warunków dotyczących realizacji zamówienia, jednak powinien on tak ukształtować treść umowy aby realizacja zamówienia w ogóle była możliwa. Zatem zastrzeżenie kar umownych nie powinno być celem samym w sobie, ale środkiem dyscyplinującym wykonawcę.

Nie można również zapominać, że podstawową funkcją kary umownej jest naprawienie szkody (zryczałtowane odszkodowanie), a zatem stawka kary umownej nie powinna być ustalona abstrakcyjnie, lecz z uwzględnieniem przewidywanej szkody, jaka może powstać po stronie Zamawiającego. Jednakże postanowienie projektu umowy nie zostało oparte na powyższych założeniach, stąd wniosek o jego zmianę.

Zaproponowane przez wykonawcę zmiany poprzez obniżenie wysokości kar umownych, ma z jednej strony zapewnić, iż w dalszym ciągu kary umowne będą spełniały funkcję represyjną, z drugiej zaś, że zaczną spełniać funkcję odszkodowawczą, a nie „zarobkową”.

Odpowiedź na pytanie nr 36:

Zamawiający nie dokonuje zmiany umowy w zakresie objętym pytaniem nr 36. Do powyższej kwestii Zamawiający odniósł się już w odpowiedzi na pytanie nr 5 zawarte w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r. oraz w odpowiedzi na pytania nr 18 i 32 (powyżej).

Pytanie nr 37:

Czy pracownicy patrolu interwencyjnego muszą posiadać poświadczenie bezpieczeństwa o klauzuli poufne?

Odpowiedź na pytanie nr 37:

Nie.

Pytanie nr 38:

Czy Zamawiający dopuszcza podwykonawstwo na etapie realizacji umowy w sytuacji, gdy Wykonawca na etapie składania oferty nie wskazał iż będzie zlecał usługi podwykonawcom?

Odpowiedź na pytanie nr 38:

Tak, jednakże tylko w zakresie dopuszczalnego podwykonawstwa, tj. w zakresie patrolu interwencyjnego.

Pytanie nr 39:

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość przewidzianą w art. 34 ust. 9 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2010 Nr 182 poz. 1228 z późn. zm.)(dalej: u.o.i.n.)tj. wydanie zgody na udostępnienie informacji niejawnych o klauzuli „poufne” osobie, wobec której wszczęto postępowanie sprawdzające?

Odpowiedź na pytanie nr 39:

Tak, Zamawiający dopuszcza taką możliwość.

Pytanie nr 40:

Czy Zamawiający zezwala na zatrudnienie pracowników ochrony z orzeczoną stopniem o niepełnosprawności?

Odpowiedź na pytanie nr 40:

Nie. Do powyższej kwestii Zamawiający odniósł się już w odpowiedzi na pytanie nr 13 zawarte w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r. oraz w odpowiedziach na pytania nr 8 i 12 (powyżej).

Pytanie nr 41:

Wnosimy o dopuszczenie, w przypadku złożenia oferty przez Konsorcjum, aby posiadaniem Świadectwa Bezpieczeństwa Przemysłowego III stopnia o klauzuli „poufne” wykazał się ten członek konsorcjum, który wykonuje zadania związane z dostępem do informacji niejawnych, a nie wszyscy uczestnicy Konsorcjum. Wskazujemy, iż oczekiwanie, aby wszyscy członkowie Konsorcjum posiadali „Świadectwo Bezpieczeństwa Przemysłowego III stopnia o klauzuli „poufne” jest nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i zmierza jedynie do sztucznego ograniczenia konkurencji.

Przechodząc do uzasadnienia Wykonawca wskazuje, iż jak zostało opisane powyżej na Zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego, precyzyjnego, wyczerpującego określenia SIWZ w szczególności przez określenie warunków udziału w postępowaniu, w sposób przejrzysty, proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, umożliwiający ocenę rzeczywistej zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności wyrażając je jako minimalny poziom zdolności, zapewniający realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, a wszystko to ma być określone w sposób nieograniczający konkurencję.

Zamawiający może określić szczególny sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, ale tylko wtedy gdy ten szczególny sposób jest obiektywnie uzasadniony charakterem zamówienia i proporcjonalny.

Postawienie zbyt wygórowanych wymagań w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz w dokumentów do realizacji umowy, a tym samym wymagań przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu sprzeciwia się narzuconemu przez przepisy Pzp obowiązkowi Zamawiającego rzetelnego badania zdolności wykonawców do realizacji danego zamówienia.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej w wyroku z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 476/16 aby ustalić czy określone działania podejmowane przez zamawiającego nie naruszają zasady proporcjonalności konieczne jest określenie celu, jaki zamawiający zamierza osiągnąć podejmując określone czynności. W przypadku opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu cel został określony w art. 22 ust. 5 p.z.p., w którym wskazano, iż opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Oznacza to, że opis warunków udziału w postępowaniu winien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Kolejny wyrok KIO, który należy przywołać to wyrok z dnia 12 stycznia 2018 roku o sygnaturze KIO 2737/17, w którym Izba wskazała cyt: „Przez proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji, brak nadmierności. Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.”

Niezbędne jest interpretowanie określenia "proporcjonalny" przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TS, gdzie przymiotnik "proporcjonalny" używany jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". Warunek proporcjonalny więc, to tyle co warunek nie nadmierny.

Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 426/13), obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i

Consortio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03) orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

W orzeczeniu ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C - 448/01 EVN AG I Wienstrom GmbH stwierdzono natomiast, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremnieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję. (...)

Z kolei w wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, TS wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności TS UE zwracał również uwagę w innych orzeczeniach.

Art. 23 ust. 5 ustawy Pzp stanowi wyjątek od opisanej powyżej zasady. Jak każdy wyjątek nie może być interpretowany rozszerzająca. Należy pamiętać o ratio legis (powodach) wprowadzenia uregulowań z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp. Jak wskazuje stanowisko UZP: *„Tym samym Zamawiający może skorzystać ze wskazanego uprawnienia o ile będzie to usprawiedliwione z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia i adekwatne do towarzyszących mu okoliczności. W szczególności uznać należy za dopuszczalne żądanie przez zamawiającego spełnienia warunku zdolności zawodowej lub technicznej co najmniej przez jednego członka konsorcjum w przypadku, gdy zamówienie obejmuje np. skomplikowaną technicznie robotę budowlaną. Punktem odniesienia dla spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej nie będzie bowiem wartość wykonanej inwestycji tylko stopień skomplikowania technicznego”.*

Mając na uwadze powyższe trudno zgodzić się ze stanowiskiem, iż tzw. pozytywny warunek udziału w niniejszym postępowaniu spełnia przywołane w art. 23 ust. 5 ustawy Pzp dodatkowe warunki, od których zależy rzeczywista możliwość skorzystania z wyjątku od ogólnej zasady sumowania doświadczenia konsorcjum.

Odpowiedź na pytanie nr 41:

Do powyższej kwestii Zamawiający odniósł się już w odpowiedzi na pytanie nr 8 zawarte w pakiecie pytań i odpowiedzi z dnia 28.04.2020 r. Zamawiający dokonał zmiany treści pkt 19.5 lit. a) szczegółowego ogłoszenia w zakresie objętym pytaniem nr 41.

Tomasz Żuk
Przewodniczący Komisji Przetargowej
/podpisano elektronicznie/