Warszawa, 19.04.2018

**KOMUNIKAT nr 3**

Komisja ds. Zamówień Publicznych Instytutu Lotnictwa, działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.), informuje, że w prowadzonym postępowaniu o sygnaturze 16/ZZ/AZLZ/2018, którego przedmiotem jest **sprzątanie budynków i terenów zewnętrznych Instytutu Lotnictwa** wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). Zamawiający, zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy, niniejszym przekazuje treść zapytań i odpowiedzi.

**Pytanie nr 1**

W odniesieniu do zapisu w pkt. IV ppkt. 12 i 21, wnoszę o rezygnację z konieczności posiadania aktualnych zaświadczeń z KRK o niekaralności pracowników na rzecz przedłożenia oświadczeń złożonych przez pracowników o niekaralności. Z uwagi na fakt, iż zgodnie z art. 26 ust. 1 pkt. 1 art. 27 ust 1 art. 36 ust 1 i 2 art. 39 ust 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o ochronie osób i mienia w związku z par. 3 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i administracji z dnia 29 kwietnia 2004 w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych zakazuje się Wykonawcy żądania od pracowników pozyskiwania oraz przechowywania informacji z KRK. Również decyzja GIODO w tym zakresie jest jednoznaczna, że Wykonawca nie może gromadzić, przechowywać i żądać od pracowników przedmiotowych zaświadczeń z KRK.

**Odpowiedź**

Ze względu na badania prowadzone przez Instytut Lotnictwa oraz bliskość lotniska, pracownicy oddelegowani do realizacji zamówienia muszą być niekarani. Zamawiający modyfikuje rozdział IV ust. 12 i 21 SIWZ oraz par. 1 ust. 4 pkt 1 i par. 11 projektu umowy w taki sposób, że będzie wymagał oświadczenia wykonawcy w zakresie niekaralności pracowników i żądał zapłaty kary umownej za niezgodność oświadczenia wykonawcy ze stanem faktycznym w zakresie niekaralności pracowników. Zamawiający dodaje do SIWZ załącznik nr 9 – oświadczenie Wykonawcy o niekaralności.

**Pytanie nr 2**

Czy pracownik nadzorujący i koordynujący pracę ekip sprzątających, może być jednocześnie osobą wykonującą usługę sprzątania? Czy też ma to być osoba oddelegowana tylko do nadzoru?

**Odpowiedź**

Ma to być osoba oddelegowana tylko do nadzoru.

**Pytanie nr 3**

„Na podstawie art. 38 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 15 ustawy Prawo zamówień publicznych zwracamy się z prośbą o zmniejszenie ustalonego procentu zabezpieczenia należytego wykonania umowy do 5% wskazując, iż wymóg zabezpieczenia realizacji umowy na tak wysokim poziomie przy tak dużej wartości zamówienia istotnie ogranicza konkurencję mając na uwadze, iż oznacza konieczność poniesienia kosztów z tego tytułu ze środków własnych wykonawcy gdyż jest wnoszone przed podpisaniem umowy. Taki wymóg w rzeczywistości może pozbawić możliwości ubiegania się o zamówienie podmiotom zdolnym do jego wykonania, posiadającym stosowne doświadczenie jednakże nie mogącym sobie pozwolić na wyłożenie z góry tak znaczącej kwoty. W tym miejscu należy wskazać, iż nawet wniesienie zabezpieczenia w gwarancji oznacza, że wykonawca musi zapewnić odpowiednią kwotę Gwarantowi tytułem zabezpieczenia sumy gwarancyjnej. Należy podkreślić, że zamówienia publiczne są adresowane do podmiotów zawodowo zajmujących się przedmiotem zamówienia zatem prawdopodobieństwo wadliwego wykonania umowy jest niewielkie. Ponadto w ocenie wykonawcy maksymalna wartość zabezpieczenia nie powinna dotyczyć postępowań o tak dużej wartości jak przedmiotowe postępowanie”.

**Odpowiedź**

Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie nr 4**

Działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (dalej także „Pzp”), niniejszym wnosimy o wyjaśnienie, czy Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu, poprzez wykreślenie postanowień przewidujących możliwość wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 2 Pzp.

Uzasadnienie

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…)

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

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

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

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

„Warto zwrócić uwagę, że omawiana dyrektywa 2014/24/UE wyodrębnia dodatkową podstawę dotyczącą zasadniczo nienależytego wykonania umowy. Siódma podstawa wykluczenia dotyczy bowiem wykonawcy, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w 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-465/11Forposta SA. W praktyce istnieje wiele rozbieżności dotyczących zakresu pojęciowego wskazanych terminów. Problem wynika z tego, że regulacje dotyczące wykluczenia z przetargu mają mieszany charakter – z jednej strony pełnią funkcję swojego rodzaju sankcji, a z drugiej strony odnoszą się do czynności podejmowanych przez przedsiębiorców w ramach prowadzenia działalności gospodarczej objętej regulacjami prawa prywatnego. Zasadniczo pojęcie winy odnosi się tradycyjnie do sfery prawa karnego i wiąże się z działaniem osoby fizycznej. Tymczasem wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego są nie tylko osoby fizyczne. Wydaje się potrzebne doprecyzowanie zakresu pojęciowego strony podmiotowej tych podstaw wykluczenia – jeśli nawet nie w prawie krajowym, to poprzez zapewnienie jednolitej praktyki orzeczniczej lub w drodze komunikatów interpretacyjnych, ponieważ proces implementacji nie kończy się na wydaniu ustawy, a obejmuje również etap stosowania prawa.

(…)

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

(…)

Zadaniem ustawodawcy krajowego jest natomiast uregulowanie procedury dotyczącej 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 ust. 4 Pzp, albowiem pozostawienie omawianych przesłanek w treści SIWZ i ogłoszenia, niewątpliwie:

- pozostawia po stronie wykonawców liczne wątpliwości interpretacyjne, co prawdopodobnie będzie miało wymierny wpływ na ograniczenie liczby złożonych ofert,

- skutkować może przedłużeniem całej procedury przetargowej o nie mniej niż kilka miesięcy oraz najczęściej koniecznością dwukrotnego prowadzenia sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą,

- w braku orzecznictwa Krajowej Izby odwoławczej i opinii Prezesa Urzędu Zamówień publicznych odnośnie wykładni pojęć: „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” i „istotnego stopnia” niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, nie przyczynia się do umacniania zasady przejrzystości oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

**Odpowiedź**

Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie nr 5**

Prosimy o podanie osób przebywających na stałe na obiektach oraz orientacyjną ilość gości odwiedzających w ujęciu miesięcznym, którzy będą korzystali z artykułów higieny.

**Odpowiedź**

max 410 osób x 20-22dni, gości max 50 osób x 20-22dni

**Pytanie nr 6**

Prosimy o podanie ilości i wielkości koszy i niszczarek, które Wykonawca będzie zaopatrywał w worki w budynkach oraz na powierzchniach zewnętrznych.

**Odpowiedź**

Liczba niszczarek max 40 szt. Liczba koszy na śmieci max 300. W pomieszczeniach socjalnych znajdują kosze na śmieci o pojemności 50-60 l, w pozostałych pomieszczeniach znajdują się kosze na śmieci o pojemności 20-30 l.

**Pytanie nr 7**

Czy powierzchnia okien do mycia podana jest jednostronnie czy dwustronnie, tam gdzie okna myte są dwustronnie?

**Odpowiedź**

Informacje te znajdują się w załączniku 1b tabela nr 10 – wykaz powierzchni objętej zamówieniem – podana jest powierzchnia okna do umycia zgodnie z uwagami.

**Pytanie nr 8**

Prosimy o wskazanie powierzchni okien, które wymagają mycia technikami alpinistycznymi lub z podnośnika.

**Odpowiedź**

Zamawiający nie wymaga mycia okien technikami alpinistycznymi lub z podnośnika.

**Pytanie nr 9**

Prosimy o podanie ilości lodówek i mikrofalówek.

**Odpowiedź**

Lodówek około 30 szt. a, mikrofalówek max 40 szt.

**Pytanie nr 10**

Czy w zakresie obowiązków Wykonawcy leży zapewnienie środków i obsługa zmywarek? Jeśli tak to prosimy o podanie ilości.

**Odpowiedź**

4 sztuki

**Pytanie nr 11**

Brak pytania

**Pytanie nr 12**

Czy na sprzęt mechaniczny Zamawiający zapewni miejsce do garażowania? Wiata itp.

**Odpowiedź**

Garaż około 10/6m w budynku GN1 znajdującym się na terenie Instytutu. Zamawiający zaleca wizję lokalną.

**Pytanie nr 13**

Czy w zakres usługi wchodzi odśnieżanie dachów?

**Odpowiedź**

Nie

**Pytanie nr 14**

Prosimy o podanie kwoty netto/brutto miesięcznie za jaką świadczy ww. usługę obecny Wykonawca oraz informację czy były nakładane na niego kary umowne. Jeśli tak to w jakiej wysokości.

**Odpowiedź**

Umowa z firmą Security & Cleaning System Sp. z o.o. została zawarta na okres 12 miesięcy. Wartość umowy wynosi 597 371,16 netto 663 081,96 brutto. Kary nie były nakładane.

**Pytanie nr 15**

Wnosimy o:

1. obniżenie wysokości kar umownych przewidzianych w projekcie umowy, jako oczywiście rażąco wygórowanych o co najmniej 50% każda;
2. naliczanie kar umownych od wynagrodzenia miesięcznego brutto, a nie od całkowitego wynagrodzenia brutto.

Uzasadnienie:

W procedurze udzielania i realizacji zamówień publicznych to zamawiający jest w pozycji uprzywilejowanej względem wykonawców, umożliwiającej mu narzucanie warunków dotyczących realizacji zamówienia, jednak powinien on tak ukształtować treść umowy aby realizacja zamówienia w ogóle była możliwa. Zatem zastrzeganie kar umownych nie powinno być celem samym w sobie, ale środkiem dyscyplinującym wykonawcę. Wielokrotnie wskazywała na to Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyroku z dnia 5 marca 2014 r., sygn. akt KIO 283/14.

Zamawiający próbuje wykorzystać swoją pozycję dominującą w przetargu i wbrew zasadom współżycia społecznego, wprowadzić do umowy rażąco wygórowaną karę umowną, która z uwagi na swą konstrukcję, może mieć zastosowanie zarówno w przypadku drobnego uchybienia, nieskutkującego powstaniem jakiejkolwiek szkody po stronie Zamawiającego, jak i w przypadku niewykonania zobowiązania w znacznej części. Kara umowna winna zostać opisana w sposób zróżnicowany, w zależności od rangi, skutków i okresu trwania uchybienia, jak i wpływu uchybień na funkcjonowanie Zamawiającego. 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, zróżnicowanie ich wysokości w stosunku o rangi, skutku i okresu trwania uchybienia i jego wpływu na funkcjonowanie zamawiającego 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**

Zamawiający modyfikuje par. 11 projektu umowy (załącznik nr 6 do SIWZ) w tym zakresie.