

Odpowiedzi na pytania do SIWZ na usługę sprzątnia obiektów Akademii Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego w Warszawie – sprawa SSZP 371/ 35 / 2018

1. 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.

Odpowiedz: zapis odnośnie art. 24 ust. 5 pkt. 2 Pzp. Pozostaje bez zmian.

2. Czy Zamawiający potwierdza, że warunki udziału w postępowaniu Wykonawcy występujący w konsorcjum mogą spełniać łącznie?

Odpowiedz: zgodnie z rozdziałem IV SIWZ

3. W związku z koniecznością składania JEDZ i ewentualnie załączników do JEDZ drogą elektroniczną prosimy o informację o maksymalnej objętości w MB załączników do przesyłanej wiadomości.

Odpowiedź: Zgodnie z Rozdziałem IX ust 2 pkt 2.12.

4. Prosimy o podanie ilości toalet i łazienek, które w artykuły higieny będzie zaopatrywał Wykonawca, wraz z orientacyjną ilością podajników na papier toaletowy, ręczniki zz oraz mydło w płynie.

Odpowiedź: Dozowników jest 45 a podajników na papier 40.

5. Prosimy o informacje czy Wykonawca będzie zaopatrywał budynki Zamawiającego w maty podłogowe. Jeśli tak to prosimy o podanie ich ilości, rozmiarów i częstotliwości wymiany.

Odpowiedź: Nie.

6. Prosimy o podanie orientacyjnego metrażu okien do mycia wraz z informacją, jaka ich ilość wymaga zastosowania technik alpinistycznych.

Odpowiedź: Ok. 1.400 m² jednostronnych powierzchni szklanych. Prace alpinistyczne na ok. 700 m. Zamawiający nie przewiduje mycia okien na wysokościach alpinistycznych częściej niż 1x w roku, o ile stan dachu pozwala na takie prace.

7. Prosimy o doprecyzowanie, które z obiektów wymagają realizacji usługi przez 7 dni w tygodniu przez wskazaną obsadę.

Odpowiedź: SIWZ zawiera specyfikację każdego z odcinka, gdzie podane są obsady. W większości weekendów pracuje większość z obiektów i szatnie.

8. Czy wymagana przez Zamawiającego obsada minimalna 19 osób, jest równoznaczna z pełnym wymiarem czasu pracy, tj. pełnymi etatami?

Odpowiedź: Zamawiający sugeruje, że 18 osób wypracuje 8 godzin dziennie/5 dni w tygodniu. Zaś 1 osoba na nocnej zmianie wykona pracę w czasie 5-6 godzin dziennie/4 dni w tygodniu.

9. Czy Zamawiający udostępni Wykonawcy pomieszczenia magazynowe i socjalne nieodpłatnie?

Odpowiedź: Tak.

10. Czy Wykonawca będzie ponosić koszt mediów? Jeśli tak, to prosimy podać miesięczną wartość mediów netto.

Odpowiedź: Wykonawca nie ponosi kosztów mediów.

11. Czy Zamawiający dopuszcza zatrudnienie osób na umowy cywilno – prawne w sytuacjach nagłych tj. urlop na żądanie, choroba oraz prace w sobotę, niedzielę i Święta (ruchoma ilość osób), prace okresowe?

Odpowiedź: Zamawiający nie dopuści do pracy w weekendy osób, dla których sobota i niedziela są pierwszym dniem pracy na AWF.

12. Czy istnieje możliwość zamontowania pralki do prania mopów w pomieszczeniach przekazanych Wykonawcy?

Odpowiedź: Tak.

13. Czy wraz z przejęciem usługi wykonawca przejmie pracowników w trybie art. 23' KP? Jeżeli tak, to prosimy o odpowiedź na następujące pytania.
- a) Na podstawie jakiego rodzaju umowy o pracę są zatrudnieni przejmowani pracownicy? Ile osób i do kiedy ma zawarte umowy o pracę na czas określony / na zastępstwo?
 - b) Ile osób przebywa na długich zwolnieniach lekarskich (powyżej 30 dni) i do kiedy?
 - c) Czy wśród osób przewidzianych do przejęcia są osoby przebywające na urloпах macierzyńskich, wychowawczych, bezpłatnych, świadczeniach rehabilitacyjnych? Jeśli tak to ile osób i do kiedy?
 - d) Prosimy o podanie terminów ważności badań lekarskich (dat do kiedy) poszczególnych pracowników przewidzianych do przejęcia.
 - e) Prosimy o jednoznaczne wskazanie czy w stosunku do przejmowanych pracowników zastosowanie ma Regulamin Wynagradzania czy Układ Zbiorowy pracy.
 - f) Prosimy o przesłanie kopii wszystkich aktualnych Regulaminów, Układu Pracy, postanowień (w tym Regulaminu Pracy, Wynagradzania, Układu Zbiorowego pracy, Regulaminu Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych, Regulaminu Funduszu mającego zastosowanie w stosunku do osób niepełnosprawnych) mających zastosowanie w stosunku do przejmowanych pracowników. Jedynie dogłębna analiza tych dokumentów pozwoli na prawidłowe skalkulowanie kosztów wynagrodzeń pracowników podlegających przejęciu.
 - g) W jakich systemach czasu pracy zatrudnieni są poszczególni pracownicy?
 - h) Prosimy o wskazanie ilu pracowników z przewidzianych do przekazania kolejnemu wykonawcy jest byłymi pracownikami Zamawiającego.
 - i) Czy Zamawiający zobowiązuje się do przejęcia pracowników w przypadku rozwiązania lub zakończenia kontraktu?
 - j) Czy przejmowanym pracownikom przysługuje uprawnienie do dodatkowego wynagrodzenia rocznego wynikającego z ustawy z dnia 12.12.1997r. o dodatkowym wynagrodzeniu rocznym dla pracowników jednostek sfery budżetowej (Dz. U. nr 160, poz. 1080 z późn. zm.)?
 - k) Czy z tytułu ewentualnych zaległości wynikających z ustawy z dnia 12.12.1997r. o dodatkowym wynagrodzeniu rocznym dla pracowników jednostek sfery budżetowej (Dz. U. nr 160, poz. 1080 z późn. zm.) Zamawiający bądź obecny wykonawca wypłacił wszystkie wymagane kwoty?
 - l) Czy przejmowanym pracownikom przysługuje uprawnienie do podwyżki wynagrodzenia na podstawie ustawy z dnia 22.07.2006r. o przekazaniu środków finansowych świadczeniodawcom na wzrost wynagrodzeń (Dz. U. nr 149, poz. 1076)?
 - m) W jakiej wysokości przysługują poszczególnym pracownikom podwyżki na podstawie ustawy z dnia 22.07.2006r. o przekazaniu środków finansowych świadczeniodawcom na wzrost wynagrodzeń (Dz. U. nr 149, poz. 1076)?
 - n) Czy pracownikom wypłacone zostały wszystkie wymagane kwoty z tytułu podwyżek na podstawie ustawy z dnia 22.07.2006r. o przekazaniu środków finansowych świadczeniodawcom na wzrost wynagrodzeń (Dz. U. nr 149, poz. 1076)?
 - o) Czy pracownikom wypowiedziano warunki umów o pracę w części dotyczącej wynagrodzenia? Jeśli tak, to które składniki wynagrodzeń zostały zmienione?
 - p) Czy w stosunku do Zamawiającego toczą się postępowania sądowe wszczęte przez pracowników przewidzianych do przejęcia? Jeśli tak, prosimy o podanie wykazu

Usługa sprzątania

spraw ze wskazaniem wartości przedmiotu sporu, roszczenia pracowników i etapu, na którym znajduje się sprawa.

- q) Czy istnieje jakiegokolwiek porozumienie, umowa, pakiet socjalny zawarty ze związkami zawodowymi, w którym pracodawca zobowiązał się do jakiegokolwiek gwarancji w zakresie zatrudnienia pracowników lub wysokości ich wynagrodzeń, także w przypadku przejęcia tychże pracowników przez następnego pracodawcę? Czy pracownicy są objęci jakimikolwiek gwarancjami uniemożliwiającymi nowemu pracodawcy modyfikację treści ich stosunków pracy?
- r) Czy na dzień przejęcia będą jakiegokolwiek nieuregulowane zobowiązania w stosunku do przekazywanych pracowników? Jeśli tak, z jakiego tytułu i w jakiej kwocie?
- s) Ilu pracowników nabydzie uprawnień do odpraw emerytalnych w trakcie trwania kontraktu? Prosimy o podanie ilości osób w rozbiciu na poszczególne lata oraz wysokości przysługujących odpraw.
- t) Ilu pracowników nabydzie uprawnień do nagród jubileuszowych w trakcie trwania kontraktu? Prosimy o podanie ilości osób w rozbiciu na poszczególne lata oraz wysokości przysługujących nagród.
- u) Ile osób ze wskazanych do przejęcia jest członkami związków zawodowych (jakich)? Jakie funkcje te osoby pełnią w związkach?
- v) Prosimy o przedstawienie wykazu wykorzystania urlopów za rok 2018 r. na poszczególnego pracownika z uwzględnieniem dodatkowych urlopów przysługujących pracownikom w związku z orzeczeniem o niepełnosprawności
- w) Prosimy o podanie wysokości wynagrodzeń zasadniczych brutto poszczególnych pracowników przewidzianych do przejęcia, kosztów ZUS pracodawcy, premii, dodatków do wynagrodzeń.
- x) Czy w związku z koniecznością przejęcia pracowników na podst. Art. 23' KP nowy Wykonawca przez i po zakończeniu okresu gwarancyjnego będzie mógł zmienić warunki pracy oraz miejsce pracy pracownikowi?
- y) Prosimy o wyszczególnienie osób, które obecnie znajdują się w wieku ochronnym /przedemerytalnym?
- z) Prosimy o wyszczególnienie osób, które zatrudnione są z orzeczoną stopniem niepełnosprawności wraz z określeniem jego rodzaju?
- aa) Prosimy o podanie zapisów znajdujących się w umowach o pracę pracowników dedykowanych do przejęcia, dotyczących dodatków do wynagrodzeń np. premia regulaminowa, dodatek stażowych, dodatek funkcyjny, dodatek negocjacyjny itp.?

Odpowiedz: Nie.

14. W związku z ukazaniem się w Dzienniku Ustaw RP z dnia 19 września 2018 r., poz. 1794 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 11 września 2018 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2019 r.
- ✓ od dnia 1 stycznia 2019 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2250 zł.
 - ✓ od dnia 1 stycznia 2019 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 14,70 zł.
 - ✓ rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2019 r.
- prosimy o odpowiedź na poniższe pytanie, które porusza istotną kwestię mającą znaczenie w kalkulacji ceny ofertowej oraz realizacji usługi:

Usługa sprzątnia

Czy w związku z tym, że Zamawiający określił realizację usługi przez 20 miesięcy od daty zawarcia umowy, nie wcześniej niż 07.12.2018, to czy Wykonawcy w swoich kalkulacjach ceny ofertowej mają przyjąć minimalne wynagrodzenie za pracę oraz minimalną stawkę godzinową obowiązujące od 01.01.2019 r. czy też mają przyjąć ww. obowiązujące w 2018 r. (stan obecny), a Zamawiający przewiduje waloryzacje i aneks do umowy obowiązujący od 01.01.2019 r.

Odpowiedz: Wykonawcy w swoich kalkulacjach muszą przyjąć minimalne wynagrodzenie za pracę oraz minimalną stawkę godzinową obowiązujące od 01.01.2019 r. bez możliwości waloryzacji za ten rok.

Jednocześnie informuję, iż zamawiający modyfikuje termin realizacji zamówienia. Rozdział III SIWZ oraz §2 ust 1 otrzymuje brzmienie „termin realizacji zamówienia: od dnia podpisania umowy do dnia 31.07.2020 roku.”

Jednocześnie informuję, iż termin składania i otwarcia ofert pozostaje bez zmian.