

Wasze pismo z dnia: 15.04.2019, 16.04.2019

Znak: 03/04/2019, 04/04/2019, 05/04/2019

Nasz znak sprawy: GBL.26.1.2019

Data: 18.04.2019r.

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup "USŁUGI OCHRONY MIENIA I OSÓB GŁÓWNEJ BIBLIOTEKI LEKARSKIEJ W WARSZAWIE".

Działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, ze zm. dalej: Ustawa dalej: „ustawa”) Główna Biblioteka Lekarska z siedzibą w Warszawie przy ul. Chocimskiej 22, zwana w dalszej treści pisma „Zamawiającym”, udziela odpowiedzi na pytania zgłoszone w niniejszym postępowaniu.

1. Czy Zamawiający żąda aby do ochrony obiektów wykonawca zatrudnił kwalifikowanych pracowników ochrony tzn. wpisanych na listę KG Policji?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że szczegółowe warunki sprawowania ochrony reguluje ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2142, ze zm.).

2. Czy Zamawiający dopuszcza zatrudnienie osób niepełnosprawnych?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że szczegółowe warunki sprawowania ochrony reguluje ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2142, ze zm.).

3. W Rozdziale V pkt. 6 SIWZ Zamawiający nie wyraża zgody na zatrudnienie podwykonawców w każdym zakresie. Jak to się ma do faktu, że ogłoszony przetarg jest nieograniczony, praktycznie mogą wziąć udział firmy z całej Polski, które na terenie Warszawy nie mają swoich grup interwencyjnych. Proszę o zmianę decyzji w SIWZ w tej kwestii i wyrażenie zgody na zatrudnienie podwykonawców w zakresie przyjazdu grupy interwencyjnej.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę zapisów SIWZ w powyższym zakresie. Zgodnie z zapisami ustawy tj. art. 36a. ust. 2 pkt. 1) Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Kluczową (i jedyną) usługą w przedmiotowym postępowaniu jest usługa ochrony mienia. Zamawiający dbając o należyte zabezpieczenie swojego mienia chce mieć pewność, że podczas realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego nie będą w nim uczestniczyły osoby przypadkowe zatrudnione na umowę o podwykonawstwo. Ważnym aspektem jest także fluktuacja kadr, która powinna być jak najniższa przy realizacji usług ochrony mienia.

4. Czy Zamawiający wymaga aby osoby pełniące obowiązki ochrony były w pełni sprawne fizycznie i psychicznie?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że szczegółowe warunki sprawowania ochrony reguluje ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2142, ze zm.).

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

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że każda roboczogodzina pracownika ma zostać wypracowana w ramach umowy o pracę.

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

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że dopuszcza aby absencje chorobowe i urlopowe były realizowane w oparciu o umowy cywilno-prawne.

7. Czy Zamawiający wymaga od wykonawcy utrzymywania porządku na posterunkach?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że wymaga od wykonawcy utrzymywania porządku na posterunkach.

8. W związku z zapisami we Wzorce 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, umożliwiając 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: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę wysokości kar.

9. Czy pracownicy skierowani do realizacji zadania mają być pracownikami kwalifikowanymi z ważnymi legitymacjami kwalifikowanych pracowników ochrony?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że szczegółowe warunki sprawowania ochrony reguluje ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2142, ze zm.).

10. W związku z zapisami paragrafu 7 ust. 1.6 proszę o wskazanie czasu w jakim grupa interwencyjna ma dojechać do chronionych obiektów. Kara naliczana będzie za przekroczenie czasu przyjazdu, który nie jest wskazany.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że czas w jakim grupa interwencyjna ma dojechać do chronionych obiektów to 7 minut.

11. Proszę o podanie wyposażenia grupy interwencyjnej( ilość pracowników, wyposażenie, uprawnienia).

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że grupa interwencyjna musi się składać z co najmniej dwóch kwalifikowanych pracowników ochrony wyposażonych w środki przymusu bezpośredniego bez orzeczenia o niepełnosprawności.

12. Proszę o informację czy polisa odpowiedzialności cywilnej będzie wystarczająca w związku z zapisami paragrafu 5 ust. 9?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że polisa odpowiedzialności cywilnej będzie wystarczająca w związku z zapisami paragrafu 5 ust. 9 wzoru umowy.

13. W rozdziale V pkt. 6 INFORMACJA DOTYCZĄCA PODWYKONAWCY, zamawiający wskazał, iż nie wyraża zgody, aby jakkolwiek część zamówienia była wykonywana (realizowana) przez podwykonawcę. Wnosimy o zmianę przywołanego postanowienia jako naruszającego ustawę Pzp.

Zgodnie z art. 36a. ustawy Pzp:

1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

2. Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:

1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;

2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Jak wynika z literalnego brzmienia ustawy Pzp w chwili obecnej obowiązujące prawo zamówień publicznych jako zasadę przyjmuje możliwość realizacji zamówienia przy

udziale podwykonawcy. Wyjątkiem, który nie może być traktowany rozszerzająco jest możliwość zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Powyższy wyjątek będzie miał zastosowanie w ściśle określonych przypadkach tj. obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę może dotyczyć wyłącznie kluczowych części zamówienia na usługi bądź prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją w ramach zamówienia na dostawy. Mając powyższe na uwadze wyraźnie widać iż postanowienia SIWZ pozostają w otwartej sprzeczności z przepisami ustawy Pzp w brzmieniu nadanym nowelizacją z 2016 r.

Przewidując z SIWZ możliwości zastrzeżenia przez Zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na usługi, Zamawiający zobowiązany jest wskazać kluczowe części zamówienia poprzez wskazanie rodzaju tych czynności.

Uzasadniając powyższe stanowisko o nierealności wyłączenia podwykonawstwa w zamówieniu na usługi oraz o konieczności wskazania naprawdę kluczowych elementów zamówienia jako zastrzeżonych należy przywołać następujące orzeczenia:

W uchwale z dnia 4 listopada 2016 r., KIO/KU 67/16, Krajowa Izba Odwoławcza odnoszą się do możliwości powierzenia wykonania całości zamówienia podwykonawcy, stwierdziła, że Przepis ust. 2 art. 36a ustawy Pzp pozwala Zamawiającemu na ograniczenie podwykonawstwa wyłącznie poprzez rodzajowe wskazanie prac, które muszą być wykonane osobiście przez wykonawcę i są kluczowymi elementami danego zamówienia. To uprawnienie polega na tym, że ustawodawca przyznał zamawiającym prawo do określenia, że w całym zamówieniu są takie części (mające charakter kluczowych), które nie mogą być w danym postępowaniu podzlecane podwykonawcom. Jednakże uprawnienie to nie zmienia treści ust. 1 art. 36a ustawy Pzp, bowiem ani zamawiający ani wykonawca nie mogą zdecydować, iż w danym zamówieniu możliwe będzie podzlecenie całości zadania do wykonania. Zatem, zamawiający w ramach uprawnienia wynikającego z ust. 2 art. 36a ustawy Pzp może jedynie dokonać wyboru konkretnych elementów (części zamówienia), co do których nie będzie działał art. 36a ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający powinni podchodzić z dużą ostrożnością do wprowadzania zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania, a w szczególności do tworzenia katalogu kluczowych

części zamówienia, których takie zastrzeżenie miałyby dotyczyć. Katalog taki nie powinien być nadmiernie szeroki, natomiast powinien być uzasadniony faktycznymi potrzebami zamawiającego. Formułowanie takiego katalogu powinno odbywać się w ścisłej korelacji z konstruowaniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia.

Należy w tym miejscu przypomnieć, iż uchybienia w zakresie nieuzasadnione nadużywania zastrzeżenia osobistego wykonania kluczowych części zamówienia mogą skutkować korektą finansową. Dokonanie zastrzeżenia obowiązku osobistego spełnienia praktycznie całości prac w ramach zamówienia może zostać zakwalifikowane jako naruszenie art. 36a ust. 1 i ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp z uwagi na brak podstaw do uznania wszystkich zastrzeżonych prac za kluczowe części zamówienia. Nieuzasadnione wyłączenie podwykonawstwa wpływa na ograniczenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców.

Warte przytoczenia w tym miejscu są fragmenty wyroku WSA w Lublinie z dnia 21 marca 2017 r. (sygn. akt: III SA/Lu 826/16) odnoszące się do zmian przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia:

*„W ocenie Sądu trafna jest w tej sytuacji argumentacja organu, że zmiana stanu prawnego (zastąpienie art. 36 ust. 5 przez art. 36a P.z.p.) nie prowadzi do przyznania zamawiającemu całkowitej swobody w zakresie wyłączenia powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom (do czego zmierza w istocie argumentacja skarżącej Gminy). W poprzednim stanie prawnym ograniczenie możliwości podwykonawstwa mogło być uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 5 P.z.p. w brzmieniu sprzed nowelizacji z 2013 r.). Obecnie ograniczenie może dotyczyć "kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi" (art. 36a ust. 2 pkt 1 P.z.p.).*

*Pomimo zmiany stanu prawnego nie zmieniła się podstawowa idea, wyrażająca się w powołanej wyżej tezie, że dopuszczalność podwykonawstwa jest regułą, jego ograniczenie wyjątkiem. Wskazuje na to z jednej strony treść powołanych wyżej regulacji unijnych, stanowiących podstawową dyrektywę interpretacyjną, z drugiej zaś motywy prawodawcy krajowego wyrażone w uzasadnieniu projektu nowelizacji z 2013 r. Jak trafnie zwraca*

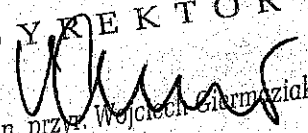
*uwagę organ w uzasadnieniu projektu wyraźnie wskazano, że przyznanie zamawiającym uprawnienia do nałożenia na wykonawcę obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia stanowi wyjątek od ogólnej zasady, zgodnie z którą wykonawca posiada swobodę w powierzeniu podwykonawcom części zamówienia.*

*W związku z tym również na gruncie art. 36a P.z.p. aktualne pozostaje wyrażane w orzecznictwie stanowisko, w myśl którego ograniczenie podwykonawstwa może mieć miejsce wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, związanych z charakterem i zakresem zamówienia, jak również z uwagi na oczekiwane przez zamawiającego osobiste przymioty wykonawcy, mające znaczenie dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia (por. wyrok WSA we Wrocławiu z 9 listopada 2016 r., III SA/Wr 921/16)."*

Mając na uwadze powyższe uwagi, za kluczową część zamówienia na usługę ochrony zdecydowanie nie można uznać czynności związanych z monitorowaniem czy podjazdem grupy interwencyjnej. Co więcej wyłączenie w tym zakresie podwykonawstwa jest naruszeniem przywołanych powyżej przepisów ustawy Pzp.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę zapisów SIWZ w powyższym zakresie. Zgodnie z zapisami ustawy tj. art. 36a. ust. 2 pkt. 1) Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi. Kluczową (i jedyną) usługą w przedmiotowym postępowaniu jest usługa ochrony mienia. Zamawiający dbając o należyte zabezpieczenie swojego mienia chce mieć pewność, że podczas realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego nie będą w nim uczestniczyły osoby przypadkowe zatrudnione na umowę o podwykonawstwo. Ważnym aspektem jest także fluktuacja kadr, która powinna być jak najniższa przy realizacji usług ochrony mienia.

**Zamawiający informuje, że termin składania i otwarcia ofert nie ulegają zmianie.**

DYREKTOR  
  
Dr n. przyr. Wojciech Garmaziak