

dot: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Numer sprawy: WO.271.1.2017:

"Kompleksowe sprzątanie w budynku Urzędu Miejskiego w Pyrzycach (Ratusz) Plac Ratuszowy 1 i terenu wokół budynku Urzędu Miejskiego ".

### Wyjaśnienia treści SIWZ

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych (tj.Dz. U. Z 2015 r. poz.2164 z późniejszymi zmianami), w odpowiedzi na pytania Wykonawcy, Zamawiający wyjaśnia co następuje:

#### PYTANIE NR 1:

Proszę o podanie szacunkowej ilości roboczogodzin miesięcznie wymaganej czynności wymienionej w pkt. 6 ust. 1 tj. obsługa spotkań, narad, posiedzeń sesyjnych i komisji Rady Miejskiej, imprez okolicznościowych oraz obsługa imprez organizowanych przez podmioty zewnętrzne po godzinach pracy, a w szczególnych przypadkach w soboty, niedziele i święta, w tym przygotowywanie (kawy, herbaty oraz mycie naczyń po spotkaniach). Podanie szacunkowej ilości roboczogodzin miesięcznie potrzeba jest do w celu wyliczenia ceny oferty.

#### PYTANIE NR 2:

Zamawiający w formularzu ofertowym – załącznik nr 1 do SIWZ pkt. 3 wymaga podania ceny brutto, stawki podatku VAT oraz wartości podatku w jednej pozycji. Proszę o informację, co w przypadku zastosowania przez Wykonawcę różnych stawek podatku VAT? Czy Zamawiającemu wystarczy podanie jednej wartości kwoty podatku VAT oraz kwoty brutto, czy Wykonawca ma rozbić cenę na więcej pozycji?

#### PYTANIE NR 3:

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 i pkt 4 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 ofert, 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 należyć 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.

**Na powyższe zapytania Zamawiający udziela odpowiedzi:**

**Ad.1** Zamawiający nie jest w stanie określić ilości szacunkowej roboczogodzin miesięcznie. Zamawiający nie gromadził tego typu informacji uznając, że nie mają one wpływu na opis przedmiotu zamówienia.

**Ad.2** Zamawiający modyfikuje formularz ofertowy załącznik nr 1 do SIWZ pkt.3 oraz załącznik nr 6 do SIWZ § 8 poprzez dopisanie jeszcze jednej pozycji : " podatek VAT.....%......zł"

**Ad.3** Zamawiający nie wyraża zgody na przedmiotową modyfikację.

Zamawiający informuje, że pytania oraz odpowiedzi na nie stają się integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i będą wiążące przy składaniu ofert.

Z up. BURMISTRZA

*Robert Betyna*  
Z-CA BURMISTRZA

INSPEKTOR

*Agnieszka Boryczka*

*[Signature]*