

Znak sprawy Sp/AZP/382/6/2018

Pyskowice, 2018-05-10

WYJAŚNIENIA TREŚCI SIWZ nr 2

dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Numer sprawy:
Sp/AZP/382/6/2018. Nazwa zadania: „Sprzątanie Szpitala – Postępowanie Drugie”

W odpowiedzi na skierowane do zamawiającego zapytania dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia informujemy:

Pytanie nr 1

1. Zamawiający w SIWZ dopuszcza możliwość udziału w postępowaniu podmiotów działających w ramach konsorcjum. Zważywszy na fakt, iż:
 - a) obserwowaną na rynku praktyką jest sytuacja, w której o udzielenie zamówienia ubiegają się podmioty będące spółkami kapitałowymi, działające w ramach konsorcjum, a następnie – już na etapie świadczenia usługi - faktury wystawiane są przez kilkanaście spółek cywilnych założonych przez konsorcjantów,
 - b) powyższe może budzić wątpliwości co do zgodności takiej praktyki z przepisami ustawy z dnia 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (a zwłaszcza z art. 113 ust. 1 i 9 dotyczącym zwolnień podmiotowych, art. 106a – 106q dotyczącym zasad wystawiania faktur oraz art. 88 dotyczącym braku prawa do odliczenia VAT) co potwierdzają kontrole podatkowe prowadzone w firmach świadczących usługi outsourcingowe,

Zwracamy się zwracamy się z uprzejmą prośbą o udzielenie informacji, czy Zamawiający po udzieleniu zamówienia dopuszcza możliwość wystawiania faktur przez inny podmiot (de facto: przez innego podatnika VAT), niż ubiegający się o udzielenie zamówienia członkowie konsorcjum?

Odpowiedź:

Nie, faktura powinna być wystawiona przez wykonawcę zgodnie z SIWZ, ofertą, umową i przepisami prawa.

Pytanie nr 2

Zamawiający w SIWZ wśród ogółu prac wymienia także prace pomocnicze przy pacjencie. Zważywszy na fakt, iż:

- są one zwolnione z podatku VAT, natomiast prace pozostałe są opodatkowane wg stawki 23%,
 - prawidłowość ustalania relacji pomiędzy sprzedażą opodatkowaną a zwolnioną w już realizowanych kontraktach tego typu jest przedmiotem zainteresowania Urzędów Kontroli Skarbowej (w praktyce – organy te prowadzą obecnie ogólnopolskie kontrole w firmach świadczących usługi outsourcingowe, m.in. przesłuchując w ich w toku zatrudnioną w szpitalach kadre menedżerską, co prowadzić ma do obiektywnego ustalenia w toku kontroli wartości usługi zwolnionej w całej jej wartości),
- zwracamy się z uprzejmą prośbą o udzielenie informacji, jaki procent wartości usługi będą one w opinii Zamawiającego stanowić?
- W opinii Wykonawcy – ustalenie relacji pomiędzy wartością sprzedaży opodatkowanej i zwolnionej przez Zamawiającego, już na etapie prowadzonego postępowania – pozwoli na uniknięcie opisanych powyżej czynności w przyszłości.

Odpowiedź:

Zamawiający nie jest w stanie określić jaki procent wartości usługi będą stanowić prace pomocnicze przy pacjencie. Jest to wartość zmienna i zależy od obłożenia szpitala.

Pytanie nr 3

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 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:

- 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,

- 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),
- 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 należyście 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-465/11 Forposta 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:

Nie, zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 4

Jeżeli Zamawiający nie wykreśli przesłanek fakultatywnych, prosimy o modyfikację załącznika nr 4- „Oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z postępowania”, gdyż dotyczy tylko przesłanek o których mowa w art. 24 ust 1, oraz brak jest wzmianki dotyczącej art. 24 ust 8 Pzp.

Odpowiedź:

Nie, zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 5

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 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 jakichkolwiek 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 nabędzie 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 nabędzie 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 2017 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.?

Odpowiedź:

Nie, wraz z przejęciem usługi nowy Wykonawca nie przejmuje pracowników.

Pytanie nr 6

Ze względu na krótki okres przeznaczony na przygotowanie oferty, zwracamy się z prośbą o wyrażenie zgody na przedstawienie planu higieny dopiero na wezwanie Zamawiającego, a nie do oferty.

Odpowiedź:

Nie, zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 7

Zmawiający określił w SIWZ wymóg zatrudnienia pracowników wykonujących czynności porządkowe lub czynności sprzątnia na umowę o pracę. Wnosimy o wyrażenie zgody na zatrudnienie pracowników na umowę zlecenie wyłącznie na zastępstwa urlopowo-chorobowe. Konieczność zachowania wymogu zatrudnienia wyłącznie na umowę o pracę w sytuacjach losowych, zdarzeniach niemożliwych do przewidzenia jest nierealne. Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć ile osób będzie w danym okresie czasu np. na zwolnieniu lekarskim. Zatrudnienie na umowę o pracę wymaga chociażby dostarczenia badań lekarskich, co w sytuacjach nagłych jest nierealne i wymaga dodatkowego czasu. W związku z powyższym wnosimy jak na wstępie.

Odpowiedź:

Nie, zgodnie z SIWZ.

Pytanie nr 8

Prosimy o doprecyzowanie jaki dokument Zamawiający wymaga pisząc „dokument potwierdzający status członkowski wykonawcy w określonej organizacji, od którego

uzależnione jest prawo do świadczenia nabywanej przez Zamawiającego usługi w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania”.

Odpowiedź:

Dokument zgodny z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), w dokumencie zwanego rozporządzeniem ws. dokumentów.

Pytanie nr 9

Prosimy o modyfikacje formularza ofertowego poprzez dodanie pozycji „usług pomocniczych przy pacjencie” zwolnionych z podatku Vat

Odpowiedź:

Nie, zgodnie z SIWZ.

Zamawiający informuje, że pytania oraz odpowiedzi na nie stają się integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i będą wiążące przy składaniu ofert. W związku z faktem, że udzielona odpowiedź nie powoduje modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający nie przedłuża terminu składania ofert. Wszelkie ustalenia dotyczące miejsca i terminu składania i otwarcia ofert pozostają bez zmian.

PREZES ZARZĄDU
Leszek Kubiak