

Bydgoszcz, 14.11.2022 r.

Znak sprawy ZP.TP.2.DAOiK.2022

Odpowiedź na zapytania wykonawcy

w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym na ochronę fizyczną osób i mienia oraz monitorowanie obiektów wraz z przyjazdem grupy interwencyjnej w budynkach i lokalach Zespołu Domów Pomocy Społecznej i Ośrodków Wsparcia w Bydgoszczy

- I. W związku ze zwróceniem się Wykonawcy do Zamawiającego o wyjaśnienia treści SWZ, działając na podstawie art. 284 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej zwana ustawą Pzp), zamawiający przekazuje treść zapytań wraz z odpowiedziami:

Pytanie nr 1:

1. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zatrudnienie pracowników na umowę zlecenia wyłącznie w przypadku nagłych i niespodziewanych nieobecności, pracownika zatrudnionego na umowę o pracę, wynikających z przyczyn losowych ( m.in. zwolnienia lekarskie, urlopu na żądanie).

Uzasadnienie:

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 poprzedzane jest spełnieniem szeregu wymagań m. in. wykonaniem i dostarczeniem badań lekarskich z zakresu medycyny pracy, czy szkoleń BHP, co w sytuacjach nagłych jest nierealne i wymaga dodatkowego czasu. W związku z powyższym wnosimy jak na wstępie.

Odpowiedź nr 1:

Zamawiający, stosownie do treści art. 95 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1510 ze zm.). Przedmiotowy wymóg dotyczy osób wykonujących czynności związane z przedmiotem zamówienia.

Przy czym dopuszcza się zatrudnianie:

- a) w zakresie jak wyżej na podstawie umów o pracę na czas określony lub nieokreślony albo o zastępstwo w zakresie i na zasadach, w jakich stosowanie takich umów dopuszcza kodeks pracy,

b) w pełnym lub częściowym wymiarze czasu pracy;

Wobec powyższego Zamawiający nie wyraża zgody na zatrudnienie pracowników na umowę zlecenie. Wymagana przez Zamawiającego liczba zatrudnionych osób na podstawie umowy o pracę w rozumieniu Kodeksu pracy w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia to trzy osoby zatrudnione w wymiarze pełnego etatu. Zamawiający co do pozostałych osób skierowanych do realizacji zamówienia nie stawia żadnych warunków.

Pytanie nr 2:

1. Zamawiający w zapisach projektu umowy §2 projektu umowy zawarł zapis dotyczący ustawy o elektro mobilności którego początek brzmi.

*W razie konieczności wykorzystania przy realizacji umowy pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym, Wykonawca:*

Prosimy o wskazanie zatem, co Zamawiający rozumie przez zapis „w razie konieczności”, czy wykonawca przy realizacji niemniejszego zamówienia jest zobowiązany do stosowania się do ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektro mobilności i paliwach alternatywnych?. Wykonawca przed skalkulowaniem i złożeniem oferty powinien dysponować takimi informacjami, tym bardziej wobec możliwości rozwiązania umowy przez Zamawiającego ze skutkiem natychmiastowym w przypadku uchybień w zakresie postanowień §2.

Odpowiedź nr 2:

Zamawiający wykreśla z projektu umowy, tj. z załącznika nr 3 do SWZ § 2 oraz ppkt f w § 6 ust.1.

Pytanie nr 3:

2. Zamawiający w zapisach umowy §3 ust. 2 zawarł zapis:

*Zamawiający zastrzega sobie, możliwość zmiany (zwiększenia lub zmniejszenia) ilości i zakresu usług, będących przedmiotem zamówienia z tym jednak zastrzeżeniem, że Zamawiający zobowiązuje się do dokonania zamówienia w zakresie nie niższym niż 60 % zamówienia.*

Wykonawca jest zobowiązany np. do ciągłego utrzymywania w gotowości kadr, niezbędnych do realizacji zamówienia, zatrudnionych - zgodnie z umową - na podstawie stosunku pracy. Zamawiający nie rekompensuje kosztów ww. zatrudnienia, ani też żadnych innych kosztów związanych z utrzymaniem gotowości usługi. Pomimo ponoszenia przez wykonawcę kosztów stałych kontraktu, Zamawiający ogranicza się wyłącznie do zapłaty za usługę w zrealizowanej faktycznie części, a więc bez kosztów utrzymania gotowości usługi. Z uwagi na powyższe, klauzula ta stanowi nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień SWZ. Przywołane postanowienie jest niekorzystne i dyskryminujące wobec wykonawcy, a nadto może być interpretowane jako wyzysk.

Możliwość ograniczenia wielkości zamówienia do 40%, oznacza, że minimalna wielkość zamówienia została określona w sposób rażąco niski. Zamawiającemu przysługuje bowiem prawo do zmiany wielkości umowy w zakresie prawie połowy kontraktu. Wykonawca podnosi, że ww. postanowienia projektu umowy nie stanowią jednoznacznej deklaracji Zamawiającego, co do wielkości zamówienia lub gwarancji do tejże wielkości. Przywołane postanowienie dowodzą, że wielkość kontraktu, i tym samym, rzeczywiste potrzeby Zamawiającego, są zdecydowanie poniżej założeń i wartości określonych w SWZ, oraz, że mogą nie przekroczyć nawet 60% przewidywanego wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym, w ocenie Wykonawcy, wątpliwym jest, aby podany w SWZ zakres zamówienia, był wartością i wielkością rzeczywistą, która powinna stanowić podstawę wyceny oferty.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o zmianę zapisu §3 ust. 2 projektu umowy na:  
*Zamawiający zastrzega sobie, możliwość zmiany (zwiększenia lub zmniejszenia) ilości i zakresu usług, będących przedmiotem zamówienia z tym jednak zastrzeżeniem, że Zamawiający zobowiązuje się do dokonania zamówienia w zakresie nie niższym niż 80% zamówienia.*

Odpowiedź nr 3:

Zamawiający wykreśla z projektu umowy, tj. z załącznika nr 3 do SWZ ust. 2 w § 3.

Pytanie nr 4:

3. Zamawiający w zapisach SWZ zawarł zapis:

*Wszelka korespondencja oraz rozliczenia dokonywane będą z pełnomocnikiem (lider)*

Prosimy o potwierdzenie, iż Zamawiający dopuszcza wystawienie faktur przez poszczególnych członków konsorcjum w ramach świadczonego przez nich zakresu usług, posiadanych uprawnień oraz doświadczenia. Zamawiający nie ma prawa ingerować w sposób realizacji usługi oraz formułowania warunków umowy między grupą wykonawców stanowiących konsorcjum. Należy podkreślić, że każdy wykonawca ma prawo do samodzielnego rozliczenia z Zamawiającym w stosunku do wykonanej przez siebie części zamówienia. Przepis art. 445 ust. 1 Pzp co prawda przewiduje solidarność wykonawców, którym wspólnie udzielono zamówienia, ale tylko w zakresie ich obowiązków z umowy o zamówienie publiczne, czyli przede wszystkim wykonania przedmiotu zamówienia. Nie ma to analogicznego zastosowania do ich wierzytelności, polegających na zapłacie wynagrodzenia. Nie wynika to bowiem ani z ustawy PZP ani przepisów Kodeksu Cywilnego. Skoro tak, solidarność wykonawców w zakresie zapłaty wynagrodzenia, polegająca na tym, że Zamawiający ma prawo zapłacić całe wynagrodzenie jednemu spośród kilku wykonawców, musiałaby wynikać z ustawy bądź z czynności prawnej. Taka sytuacja nie występuje, a zatem każdy z wykonawców ma własne, odrębne od współkonsorcjantów prawo do żądania należnej mu części wynagrodzenia od Zamawiającego.

Potwierdzenie powyższego faktu znalazło odzwierciedlenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

KIO 2002/21 z 26 sierpnia 2021 r. – KIO stwierdziła, że postanowienie SWZ, zgodnie z którym **tylko jeden członek konsorcjum/wspólnik spółki cywilnej będzie miał prawo prowadzenia rozliczeń** z Zamawiającym poprzez wystawienie faktur na rzecz Zamawiającego, narusza art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3531 kodeksu cywilnego. Zdaniem Izby takie postanowienie stanowi **niedozwoloną ingerencję Zamawiającego w kształt umowy konsorcjum**, zaś z obowiązujących przepisów ustawy Pzp, jak również kodeksu cywilnego **nie wynika uprawnienie Zamawiającego do tak szerokiego ingerowania w relacje kontraktowe członków konsorcjum**

Odpowiedź nr 4:

Zamawiający zmienia treść ust.5 pkt 3 rozdziału XV SWZ, który otrzymuje brzmienie:

„3. Wszelka korespondencja prowadzona będzie z pełnomocnikiem (liderem).”

- II. Wobec dokonanych zmian, Zamawiający zgodnie z art. 283 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zmienił treść SWZ oraz załącznika nr 3 do SWZ w brzmieniu stanowiącym załączniki do niniejszej informacji.
- III. W konsekwencji dokonanych zmian treści SWZ, na podstawie art. 286 ust. 9 ustawy Pzp zmianie ulegają zapisy sekcji VIII ogłoszenia o zamówieniu nr 2022/BZP 00421370/01 z dnia 3.11.2022 r.
- IV. Wyjaśnienia i zmiana treści SWZ stają się obowiązujące dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia z dniem ich zamieszczenia na platformie zakupowej.

załączniki:

- 1) SWZ,  
załącznik nr 3 do SWZ – projekt umowy

DYREKTOR  
Zespołu Domów Pomocy Społecznej  
i Ośrodków Wsparcia w Bydgoszczy  
*Emilia Nikodem-Bożek*