

Rzaśnia dnia 06.02.2019 roku

Do zainteresowanych

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych dla robót budowlanych, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i budowę budynku urzędu gminy w systemie budynku pasywnego

Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986.) w związku z prośbą o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wyjaśnia:

Pytanie nr 1: W związku z ogłoszeniem postępowania przetargowego na zadanie pn.: „Przetarg nieograniczony na zaprojektowanie i budowę budynku urzędu gminy w systemie budynku pasywnego” i zapisanym w SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu określonym cyt.:” Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego spełni ten warunek jeżeli wykaże, że: „Wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 1 zadanie polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu budynku użyteczności publicznej z wyposażeniem o kubaturze nie mniejszej niż 8000 m³ w technologii budynku pasywnego, który uzyskał certyfikat potwierdzający jego pasywność wydany przez Polski Instytut Budownictwa Pasywnego i Energii Odnawialnej lub innej równoważnej jednostce certyfikującej. Wykonawca musi posiadać dowody określające czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.” Wnioskujemy o zmianę tego warunku w zakresie kubatury obiektu do określenia jej na poziomie min. 5000m³ bez zmiany pozostałych zapisów i oczekiwań Zamawiającego. Jak wiadomo bardzo istotnym a być może najważniejszym aspektem przy zaprojektowaniu i budowie budynku pasywnego jest uzyskanie certyfikatu potwierdzającego jego pasywność wydany przez Polski Instytut Budownictwa Pasywnego i Energii Odnawialnej lub innej równoważnej jednostce certyfikującej. To ta niezależna jednostka ocenia w sposób jednoznaczny potwierdza osiągnięcie efektu pasywności. Kwestia rozmiaru budynku, a w przedmiotowej sytuacji jego kubatury jest sprawą wtórną. Przy tego typu

objektach liczy się skala, a porównując obiekty wykonane w tej samej technologii o kubaturze 5000m³ czy 8000m³ są one dość porównywalne i trudno odmówić doświadczenia wykonawcy, który ma w swoim portfolio zaprojektowanie i wybudowanie obiektu wg. wymagań zamawiającego sprecyzowanych w SIWZ i mającego kubaturę na poziomie 5000 czy 5500m³. Trudno uznać, że nie sprostą wykonaniu takiego obiektu o kubaturze 8000m³, tak sformułowany warunek stanowi istotne ograniczenie dostępu do zadania. Utrzymując taki warunek i tok myślenia zamawiającego taki wykonawca nie miał by szans na rozwój napotykać tak sformułowane bariery. W orzecznictwie przyjmuje się, że niezbędne doświadczenie wykonawcy należy rozumieć jako potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania zamówień określonego rodzaju. Zgodnie z ustalonym poglądem orzecznictwa i doktryny, uznaje się, że „przepisy p.z.p. nie wymagają, by warunki, których spełnienie umożliwia wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego, w tym wypadku w zakresie wiedzy i doświadczenia ściśle odpowiadały przedmiotowi zamówienia. Usługa, której wykonanie (wykonywanie) należy wykazać jako spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie musi być tożsama z usługą stanowiącą przedmiot zamówienia, ma ono być jedynie związana z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalna” (KIO 1400/11; KIO 920/11; KIO 2792/10). Istotnym jest także, iż „ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku wymagania ścisłych proporcji wykazania posiadanej wiedzy i doświadczenia wykonawcy, w stosunku do przedmiotu zamówienia” (KIO 1528/11). Zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne określił poziom wymaganego od wykonawców doświadczenia w sposób ściśle odpowiadający przedmiotowi zamówienia, czym w ocenie Odwołującego nie tylko bez uzasadnionej przyczyny, bezpodstawnie ograniczył konkurencję w postępowaniu(...)”

Zatem wnioskujemy o modyfikację warunków jak na wstępie.

Odpowiedź: Zamawiający nie dokona modyfikacji SIWZ we wnioskowanym zakresie. Według oceny Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu określone są wręcz na minimalnym poziomie niezbędnym do weryfikacji zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający całkowicie zgadza się z tezą wnioskodawcy/pytającego, iż: cyt „przepisy p.z.p. nie wymagają, by warunki, których spełnienie umożliwia wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego, w tym wypadku w zakresie wiedzy i doświadczenia ściśle odpowiadały przedmiotowi zamówienia”. I to właśnie dlatego Zamawiający warunku zdolności technicznej lub zawodowej **nie opisał poprzez wymóg:**

- Wykonania co najmniej 3 zadań tożsamyh z przedmiotem zamówienia co byłoby zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych
- Opisanie warunku poprzez określenie minimalnej kubatury na poziomie 8.500m^3 co byłoby proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych,
- Wymogu wykazania się doświadczeniem w wykonaniu budynku o określonej funkcji np. administracyjno – biurowym bo przecież taką funkcję będzie miał przedmiot zamówienia,
- Określenia w wartości wykonanych robót poprzez podanie minimalnej kwoty wykonanych robót np. na 13.000.000,00 zł co też byłoby adekwatne do przedmiotu zamówienia i zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych,
- Określenie warunku poprzez wymóg wykazania się określoną ilością podobnych prac (np. min 2 lub 3 roboty) o kubaturze (min 8.500m^3) i wartości robót min 13.000.000,00 zł.

Zamawiający nie opisał przedmiotowego warunku w sposób określony powyżej tj. poprzez określenie wartości robót, ich większej ilości czy większej kubaturze ponieważ oczekuje większej konkurencyjności i zapewnienia możliwości udziału w postępowaniu jak najszerszemu kręgowi potencjalnych wykonawców. Warunek posiadania doświadczenia w ilości tylko 1 podobnego zadania o mniejszej kubaturze niż kubatura budynku wynikająca z przedmiotu zamówienia z pewnością nie można uznać za utrudniający dostęp do zamówienia. A contrario można byłoby postawić tezę, iż gdyby utrzymać tok myślenia wykonawcy/wnioskodawcy to każdy warunek stanowi ograniczenie jakiegoś potencjalnego wykonawcy do udziału w postępowaniu bo nawet zmiana minimalnej wymaganej kubatury na np. 5.000m^3 będzie stanowiła ograniczenie dla wykonawcy który wykonał budynek o kubaturze 100m^3 . Zgodnie z treścią art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Z treści tego przepisu wprost wynika, że to Zamawiający określa jakie warunki muszą spełniać oferenci przystępując do postępowania a **nie Wykonawcy dostosowując je subiektywnie do swojej sytuacji**. To Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z dyspozycją art. 22 ust 1 i 1 b ustawy Prawo zamówień publicznych wskazał, jaki krąg wykonawców może się ubiegać o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca zgodnie z art. 22 ust 1b Prawa zamówień publicznych

powinien posiadać zdolność techniczną i zawodową (czyli odpowiednią wiedzę, doświadczenie i potencjał do zrealizowania przedmiotu zamówienia) a obowiązkiem Zamawiającego jest określenie warunków udziału w postępowaniu w taki sposób by dopuścić do postępowania Wykonawców posiadających ww. przymioty – co też Zamawiający w odniesieniu do niniejszego postępowania uczynił. Poszanowanie zasad uczciwej konkurencji jest jedną z naczelnych zasad jakimi kieruje się Zamawiający. Zamawiający oczekuje aby w drodze niniejszego postępowania został wybrany oferent gwarantujący prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający informuje, iż zna orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przywołane przez wnioskodawcę/pytającego jednak dotyczą one zupełnie innych stanów faktycznych a cytowane fragmenty wyroków są wybiórcze i stanowią tylko fragment kontekstu. Powoływanie się na te wyroki KIO jest wyjątkowo nietrafne a część z nich wprost potwierdza prawidłowość działań Zamawiającego. I tak:

- wyrok KIO 1400/11 oddalający odwołanie dotyczy skargi na dokonanie wyboru oferty, która nie spełnia warunków określonych w SIWZ,
- wyrok KIO 920/11 -dotyczył skargi na brak dookreślenia budynku określonego jako „zwierzętarnia” bez bliższego doprecyzowania, o jaki budynek chodzi,
- wyrok KIO 2792/10 oddalający odwołanie – dotyczył skargi na czynność badania i oceny złożonych ofert (tzn. listów referencyjnych dla dostawy terminali mobilnych)
- KIO 1528/11 skarga dotyczyła unieważnienia postępowania. Warto podkreślić, że wnioskodawca/pytający zacytował stanowisko wnoszącego odwołanie a nie KIO ponieważ właśnie w tym wyroku Krajowa Izba odwoławcza stwierdziła, że postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zdaniem Izby, odpowiada wskazaniom art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku wymagania ścisłych proporcji wykazania posiadanej wiedzy i doświadczenia wykonawcy, w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zarzutami odwołania nie był objęty sam postawiony warunek udziału w postępowaniu, ale sposób oceny jego spełnienia, ze względu na interpretację wymagań zamawiającego w tym zakresie.

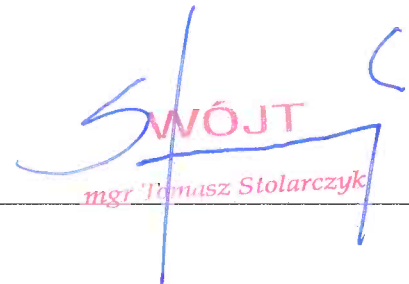
W tym miejscu Zamawiający może przytoczyć szereg wyroków sądowych i KIO odnoszących się do rozumienia warunków podmiotowych udziału w postępowaniu i potwierdzających prawidłowość określenia warunku przez Zamawiającego tj. wyrok Sądu

Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: III Ca 88/09), (KIO/UZP 80/07, KIO/UZP 428/08, KIO/UZP 235/09, KIO/UZP 259/08.

Reasumując należy stwierdzić, iż sam ustawodawca aby umożliwić wykonawcom, którzy np. rozpoczynają działalność, nie posiadają doświadczenia w wykonywaniu określonych robót czy też zdolności finansowej, dostęp do rynku a tym samym rozwoju swojej firmy stworzył w ustawie Prawo zamówień publicznych następujące możliwości dla takich wykonawców:

- możliwość ubiegać się o udzielenie zamówienia np. w konsorcjum z innymi wykonawcami,
- skorzystać z udostępnienia zdolności technicznych i zawodowych innych podmiotów na zasadzie art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych
- Możliwość spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez poleganie na zdolnościach technicznych i zawodowych podwykonawcy. Zamawiający przypomina, iż nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonywania żadnej części zamówienia przez Wykonawcę

Z poważaniem



mgr Tomasz Stolarczyk

