

ODPOWIEDZI NA PYTANIA WYKONAWCY

dotyczy: postępowania pn. **„Rewitalizacja zabytkowego budynku Szkoły Podstawowej nr 7 im. Adama Mickiewicza w Pile”**.

Działając na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), informuję, iż w dniu 16.07.2021 r. do Zamawiającego wpłynął wniosek o zmianę treści Specyfikacji Warunków Zamówienia. Poniżej przedstawiam jego treść wraz z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego.

Wniosek o zmianę treści SWZ

Działając w imieniu Wykonawcy informuję, iż Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do postanowień rozdziału VIII ust. 2 pkt 4 lit. a. gdyż wskazane tam postanowienia naruszają w naszej ocenie art. 16, art. 112 ust. 1 oraz art. 116 ust. 1 ustawy 7 z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) - dalej jako PZP, a tym samym naruszają zasady zapewnienia uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności. Na wstępie należy zatem wskazać, iż w celu przywrócenia fundamentalnych zasad przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, wnosimy o zmianę treści przywołanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazanego w SWZ w sposób następujący:

z obecnie obowiązującego:

„Warunek zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że: a) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwa zamówienia zrealizowane w systemie zaprojektuj i wybuduj na obiekcie użytkowanym, z których każde zamówienie obejmowało swoim zakresem prace konserwatorskie na elewacji budynku o wartości jednostkowej każdego z zamówień równej lub wyższej niż 1 800 000,00 zł brutto, oba zamówienia dotyczyły budynków objętych jedną z form ochrony zabytków zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa;

oraz

nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał jedno zamówienie na kompleksową renowację elewacji ceglanej o powierzchni przynajmniej 5 000 m² wraz z obróbkami blacharskimi, na obiekcie użytkowanym, o wartości równej lub wyższej niż 1 800 000,00 zł brutto;

Na:

„Warunek zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że:

a) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane w ciągu 460 dni na obiekcie użytkowym, z których każda robota budowlana obejmowała swoim zakresem prace konserwatorskie na elewacji budynku o wartości łącznej minimum 1.800.000,00 zł brutto i obie z tych robót dotyczyły budynków objętych jedną z form ochrony zabytków zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

oraz

nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w ciągu 460 dni co najmniej jedną robotę polegającą na kompleksowej renowacji elewacji ceglanej o powierzchni łącznej przynajmniej 5 000 m² wraz z obróbkami blacharskimi, na obiekcie użytkowanym, o wartości łącznej tych robót minimum 1.800.000,00 zł brutto".

UZASADNIENIE

Wykonawca podnosi, że w/w warunek udziału w postępowaniu został określony przez Zamawiającego w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i ograniczający konkurencję. Jako taki skutkuje bezpodstawnym uniemożliwieniem skutecznego złożenia oferty wielu podmiotom, które byłyby w stanie rzetelnie i zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wykonać przedmiotowe zamówienie. Przy tym zapisie mogą wziąć udział tylko bardzo duże firmy a wyklucza się firmy, które w takim samym czasie wykonały kilka mniejszych zleceń lecz na taką samą lub większą kwotę i powierzchni większej niż wymaga Zamawiający.

Na potwierdzenie powyższego stanowiska należy sprecyzować, iż po myśli art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek określić warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z treścią art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, opisując zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy może postawić minimalne warunki dotyczące m.in. doświadczenia wykonawcy, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Wynika stąd, że stawiany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy może mieć jedynie na celu zagwarantowanie, by zamówienie zostało udzielone podmiotowi, który zrealizuje je na odpowiednim poziomie, a podyktowany będzie obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, które winien wykazać i uzasadnić. Odnosząc powyższe uwagi do zamówienia będącego przedmiotem niniejszego wniosku, stwierdzić trzeba, że postawiony warunek udziału dotyczący się świadczenia przez Wykonawców zrealizowania co najmniej dwóch zamówień (w systemie zaprojektuj i wybuduj), z których każde z nich miało wartość co najmniej 1.800.000,00 zł. Bezsprzecznym jest, że swoboda w kształtowaniu przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczona, gdyż jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, z drugiej zaś respektować i przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien jednak być w stanie udowodnić, że postawione przez niego warunki mają charakter „minimalny”, co oznacza, że brak określonego warunku lub jego złagodzenie nie da mu należytej rękojmi realizacji zamówienia. W doktrynie i orzecznictwie KIO podnosi się także, że formułując warunki udziału zamawiający powinien dopuścić każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji (*por. wyrok KIO z dnia 7 września 2017 r., sygn. akt: KIO 1777/17; wyrok KIO z dnia 28 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1867/18*).

Ponadto, jak wskazała KIO w wyroku z dnia 23 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 550/20 (który zachowuje aktualność na gruncie obecnego stanu prawnego) „Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Należy zatem odróżnić określenie przedmiotu zamówienia od warunków udziału w postępowaniu, które zawsze muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i umożliwiać ocenę wykonawcy, pod kątem jego zdolności do należytego wykonania zamówienia. Nie oznacza to jednak, iż warunek udziału w postępowaniu musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia, istotne jest aby był on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do jego należytej realizacji”.

Należy zwrócić uwagę, iż zasada proporcjonalności występuje również w art. 16 ustawy Pzp, przez co stanowi ona fundamentalną zasadę całego systemu prawa zamówień publicznych. Jak wynika z orzecznictwa KIO: stosowanie w praktyce zasady proporcjonalności wymaga od zamawiającego

doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie wartości, pozostających wobec siebie w opozycji. Osiągnięcie tej równowagi oznacza, że musi się on zaangażować w prowadzoną procedurę, znać relacje panujące na rynku, znać przedmiot zamówienia oraz rynek właściwy dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych - tak, aby zastosowane metody i środki zmierzające do osiągnięcia zakładanych celów nie skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej równowagi (*tak m.in. wyrok KIO z dnia 14 marca 2017 r., sygn. ok: KIO 371/17, wyrok KIO z dnia 13 maja 2016 r., sygn. akt K10 650/16*). Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 31 maja 2016 r.. sygn. akt KIO 786/16: „*Zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. Warunek proporcjonalny to przede wszystkim taki, który zachowuje właściwą proporcję do przedmiotu zamówienia, czyli nie jest w stosunku do niego nadmierny, nie zaś wyłącznie taki, który pozostaje w określonym arytmetycznym stosunku do niego. Istota proporcjonalności musi sprowadzać się do odpowiedzi na pytanie, czy warunek nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania*”.

Z treści kwestionowanego przez Wykonawcę warunku wynika, że w ocenie Zamawiającego - przedmiotowe zamówienie może zostać wykonane wyłącznie przez duży podmiot legitymujący się wspomnianym wcześniej doświadczeniem, tj. taki podmiot, który realizował ramach dwóch umów (zamówień) roboty budowlane (w tym konserwatorskie) o wartości 1.800.000,00 zł każda.

Pragniemy zauważyć, że taki sam potencjał do realizacji robót w ramach tego postępowania posiada jednak również wykonawca, który np. w czasie zaplanowanym przez Zamawiającego na realizację przedmiotowych robót, tj. w okresie kolejnych 460 dni zrealizował kilka lub kilkanaście robót o wartości nierzadko większej niż 1.800.000,00 zł, a których przedmiotem których był zakres wskazany przez Zamawiającego i w warunku udziału w postępowaniu i OPZ.

Sama bowiem wartość jednej inwestycji nie decyduje bezwzględnie o tym, że dany wykonawca nie jest w stanie zrealizować robót w ramach tego postępowania, skoro przecież przedmiot i zakres robót jest dokładnie taki sam również przy mniejszych kwotowo zamówieniach.

Ponadto, Wykonawca chciałby zwrócić uwagę, że żądanie wykazania się robotami jedynie w formule zaprojektuj i wybuduj nie znajduje podstaw faktycznych biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia w tym postępowaniu. Głównie bowiem znaczenie (głównym przedmiotem) przy realizacji tego typu kontraktów jest wykonanie skomplikowanych prac konserwatorskich zgodnie z doświadczeniem, sztuką budowlaną i przepisami prawa. Tym bardziej jest to istotne, że nierzadko prace takie realizowane są na budynkach stanowiących zbytki. Zamawiający zatem winien położyć szczególny nacisk na doświadczenie w realizacji właśnie samych robót budowlanych (a nie w formule zaprojektuj i wybuduj) z uwzględnieniem prac konserwatorskich, gdyż umiejętność ich wykonania stanowi kluczowy element przy rewitalizacji zabytkowych budynków.

Natomiast taki kształt postawionego warunku skutkuje de facto zablokowaniem możliwości skutecznego ubiegania się o zamówienie podmiotom, które byłyby w stanie wykonać je prawidłowo i zgodnie z potrzebami Zamawiającego, a jego utrzymanie skutkuje znacznym ograniczeniem konkurencji. Zamówienie, które w wyniku tego postępowania ma być wykonywane przez okres 460 dni może być również z powodzeniem realizowane przez podmiot, który nie legitymuje się posiadaniem dokładnie tego rodzaju doświadczenia jakiego wymaga obecnie Zamawiający. Naszym zdaniem, określone przez Zamawiającego warunki powinny zatem być odpowiednie do specyfiki zamówienia i nie mogą prowadzić do naruszenia zasad określonych w ustawie Pzp. Wskazane zasady, uregulowane w art. 17 ustawy Pzp, zakazują zamawiającym faworyzowania oferentów i nakazują jednakowo traktować wszystkich (również potencjalnych) uczestników postępowania na każdym jego etapie tak by mieli oni jednakowe szanse uzyskania zamówienia. „*Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej, niż standardowa, lub o podwyższonej parametrach, o ile jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami*” (wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akr: KIOIUZP 236/08, UZP, *Zamówienia publiczne w*

orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy nr 1, Warszawa 2008, s. 40). Jak wyjaśnił Naczelny Sąd Administracyjny w jednym ze swoich orzeczeń, „(...) tworzeniu i opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia musi towarzyszyć nie dość, że wymóg przestrzegania przepisów prawa w zakresie odnoszącym się do określonych nimi praw i obowiązków zamawiającego oraz skorelowanych z nimi podstawowych praw oferentów, których SIWZ nie może ograniczać, ani też wyłączać, ale również i wymóg odnoszący się do potrzeby zachowania niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego polegającym na gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, który wyraża się w usprawiedliwionym oczekiwaniu, że wobec nadmiernych, czy też nieuzasadnionych wymagań, nie zostaną oni wykluczeni z postępowania albo wręcz zniechęceni do udziału w nim, a tym samym, że nie zostaną pozbawieni prawa równej szansy ubiegania się o uzyskanie zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu winny być sformułowane w sposób odpowiadający co do wielkości, charakteru, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Powinny one opierać się na obiektywnych, weryfikowalnych przesłankach, tak aby do postępowania dopuszczony był każdy wykonawca zdolny do wykonania zamówienia. Zamawiający może ustalać określone standardy, jeśli tylko nie ograniczają one uczciwej konkurencji, czyli muszą być możliwe do spełnienia przez przeciętnego wykonawcę.

Przy opracowywaniu specyfikacji zamawiający zobowiązany jest zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielkiego kręgu wykonawców. Zamawiający ma obowiązek wskazać w SIWZ procedury i rozwiązania, które skierowane będą do takiego grona wykonawców, które faktycznie może zamówienie zrealizować, co prowadzi do ochrony przekazanych środków i prawidłowego ich wydatkowania. Zasada równego traktowania oznacza traktowanie bez przywilejów, ale nie oznacza jednakowej oceny wykonawców. Wykonawca musi być wiarygodny i zdolny do realizacji zamówienia i powinien być oceniany przez pryzmat celu, jaki ma być zrealizowany" (wyrok z dnia 24 listopada 2016 r. sygn. akt: II GSK 1127/15). Ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku wymagania ścisłych proporcji wykazania posiadanej wiedzy i doświadczenia wykonawcy stosunku do przedmiotu zamówienia (zob. wyrok KIO z dnia 26 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO 1528/11).

Podsumowując zatem, naszym zdaniem - warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej sformułowany został w sposób nadmierny, nieproporcjonalny oraz nieuzasadniony interesem Zamawiającego, co wskazuje na rażące i bezzasadne ograniczenie konkurencji w przedmiotowym postępowaniu oraz eliminację z grona wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienia, szeregu rzetelnych i zdolnych do jego realizacji podmiotów. Mając więc na uwadze powyższe wnoszę o zmianę wskazanego warunku z treści specyfikacji warunków zamówienia.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia zapisy SWZ w sposób następujący:

W rozdziale VIII Warunki udziału w postępowaniu pkt 4) po zmianie otrzymuje następujące brzmienie:

„Warunek zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że:

a) nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedno zamówienie zrealizowane w systemie zaprojektuj i wybuduj na obiekcie użytkowanym, które obejmowało swoim zakresem prace konserwatorskie na elewacji budynku o wartości zamówienia równej lub wyższej niż 1 800 000,00 zł brutto, zamówienie dotyczyło budynku objętego jedną z form ochrony zabytków zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa;

oraz

nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał jedno zamówienie na kompleksową renowację elewacji ceglanej o powierzchni przynajmniej 3 000 m² wraz z obróbkami blacharskimi, na obiekcie użytkowanym;”

Jednocześnie Zamawiający zmienia termin składania oraz otwarcia ofert, a także termin związania ofertą w sposób następujący:

Jest w rozdziale XVI SWZ:

2. Termin składania ofert upływa w dniu 29 lipca 2021 r. o godzinie 10.00.

3. Otwarcie ofert nastąpi w dniu 29 lipca 2021 r. o godzinie 10.10 za pośrednictwem Platformy w siedzibie zamawiającego, nie później jednak niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Otwarcie ofert jest niejawne.

Po zmianie:

2. Termin składania ofert upływa w dniu 3 sierpnia 2021 r. o godzinie 10.00.

3. Otwarcie ofert nastąpi w dniu 3 sierpnia 2021 r. o godzinie 10.10 za pośrednictwem Platformy w siedzibie zamawiającego, nie później jednak niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Otwarcie ofert jest niejawne.

Jest w rozdziale XIV SWZ:

1. Wykonawca będzie związany ofertą do: 26 sierpnia 2021 r.

Po zmianie:

1. Wykonawca będzie związany ofertą do: 30 sierpnia 2021 r.

Powyższe odpowiedzi stanowią integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia.

z up. PREZYDENTA MIASTA
/-/ Krzysztof Szewc
Zastępca Prezydenta