

PREZYDENT MIASTA PRUSZKOWA



Pruszków, 08.09.2022 r.

WSR.271.4.44.2022 (142)

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia

Działając na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2022 roku, poz. 1710), Zamawiający poniżej zamieszcza pytania dotyczące postępowania wraz z udzielonymi na nie odpowiedziami.

I. Wniosek o wyjaśnienie i zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z prośbą o dokonanie modyfikacji zapisu Specyfikacji Warunków Zamówienia Rozdziału II ust. 7 pkt 7.1 ppkt. 4), 4.1 SWZ:

„Na podstawie art. 112 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

4) Zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni ten warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że

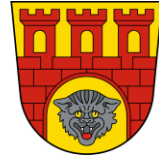
4.1/ wykonał roboty budowlane nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w tym:

- co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tj. polegające na: budowie budynków w technologii stalowej modułowej lub prefabrykowanego szkieletu drewnianego, o powierzchni użytkowej min. 1500 m². Każda z przedstawionych prac musi mieć wartość brutto min. 16 000 000,00 zł,

oraz - co najmniej jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tj.: polegającą na: nadbudowie budynków w technologii stalowej modułowej lub prefabrykowanego szkieletu drewnianego o wartości brutto min. 12 000 000,00 zł.”

Warunek ten jest nieproporcjonalny, nadmierny i tym samym Wykonawca wnosi o zmianę SWZ i wprowadzenie warunku adekwatnego do przedmiotu zamówienia czyli obowiązku wykazania, iż wykonawca wykonał roboty budowlane nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w tym:

PREZYDENT MIASTA PRUSZKOWA



- co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tj. polegające na: budowie budynków w technologii stalowej modułowej lub prefabrykowanego szkieletu drewnianego, o powierzchni użytkowej min. 1500 m². Każda z przedstawionych prac musi mieć wartość brutto min. **12 000 000,00 zł**,

z jednoczesnym usunięciem warunku w zakresie dotyczącym wykazania wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tj.: polegającej na: nadbudowie budynków w technologii stalowej modułowej lub prefabrykowanego szkieletu drewnianego o wartości brutto min. 12 000 000,00 zł.

Warunek udziału zastrzeżony w obecnym brzmieniu w przedmiotowym postępowaniu narusza zasadę proporcjonalności, zasadę równego traktowania oraz uczciwej konkurencji, a także opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej udziału w postępowaniu rozumianej jako adekwatność, do przedmiotu zamówienia, tj. narusza art. 16 pkt 1) i 3), art. 112 ust. 1 oraz art. 106 ust. 2 Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt. 4) i art. 116 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.02.2022 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 206/22 „Zamawiający może określić w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy oraz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia na poziomie minimalnym gwarantującym realizację przedmiotu zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, w sposób proporcjonalny do jego specyfiki, zakresu, wartości i celów. Zamawiający nie może opisywać warunków udziału w zamówieniu w sposób, który nie jest uzasadniony jego obiektywnymi potrzebami i celami postępowania. Warunków udziału w postępowaniu nie można też opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności, gdy zawężenie warunków nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców.”

„Zasada proporcjonalności oznacza, iż opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. (...) Minimalny poziom wymagań postawionych przez zamawiającego nie powinien przy tym prowadzić do eliminacji z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2746/21).

Brak proporcjonalności warunku stawianego przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia potencjalnego wykonawcy wynika z faktu, że budowa budynków w technologii stalowej modułowej lub prefabrykowanego szkieletu drewnianego, o pow. użytkowej 1500 m² (jak wynika chociażby z doświadczenia Wykonawcy, pochodzącego z postępowań o udzielenie zamówienia w przedmiocie podobnego rodzaju prac) nie ma w praktyce wartości minimum 16 000 000 zł.

Dla zobrazowania powyższego można poniżej wykaz ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia na budowę podobnego obiektu budowlanego

PREZYDENT MIASTA PRUSZKOWA



INFORMACJA Z OTWARCIA OFERT

Zamawiający działając na podstawie art. 222 ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) zamieszcza informacje z otwarcia ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, prowadzonym w trybie podstawowym na realizację zadania pn. „Zaprojektowanie i budowa budynku przedszkola w m. Wolica przy ul. Złotego Kłosa, działka nr ew. 513, 514, gmina Nadarzyn”, realizowanego w ramach Rządowego Funduszu Polski Ład.

NR OFERTY	NAZWA I ADRES WYKONAWCY	Cena (zł brutto)
1	WIMAKS HIŃCZA Spółka Komandytowa ul. Narcyzowa 20A 04-930 Warszawa	15 729 240,00
2	Zakład Remontowo – Budowlany „ELLA” Bronisław Gawrylczyk ul. Wróblewskiego 4 96-500 Sochaczew	12 820 000,00
3	REMBUD Sp. z o. o. ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 175 06-300 Przasnysz	15 590 000,00
4	F.B. Ekoinbud Sp. z o. o. Sp.k ul. Geodetów 29 80-298 Gdańsk	13 486 320,38

Jak wynika z tego zestawienia, zastrzeżenie warunku udziału w postępowaniu w obecnie określonym brzmieniu powodowałoby pozbawienie możliwości udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców. Roboty budowlane polegające na budowie budynków w technologii stalowej modułowej lub prefabrykowanego szkieletu drewnianego, o powierzchni użytkowej min. 1500 m² w praktyce nie mają i nie miały w okresie ostatnich 5 lat wartości brutto min. 16 000 000 zł, gdyż wybierane są oferty o wartości niższej.

Odnosnie natomiast drugiej części wniosku Wykonawcy, należy zaznaczyć, że warunek w postaci wykazania wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tj.: polegającą na: nadbudowie budynków w technologii stalowej modułowej lub prefabrykowanego szkieletu drewnianego o wartości brutto min. 12 000 000,00 zł jest warunkiem nadmiernym i nieadekwatnym, powodującym eliminację z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Wykonawcy, którzy mają doświadczenie w budowie, posiadają odpowiednie kompetencje do tego, aby wykonać nadbudowę.

Jak podkreśla się w orzecznictwie KIO (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2021 r., sygn. KIO 834/21) warunek udziału w postępowaniu nie musi i nie powinien obejmować zamówienia identycznego, bo też nie taka jest rola wykazania warunków udziału w postępowaniu. Powinien umożliwiać on ocenę zdolności (potencjału) wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto, warunki udziału w postępowaniu powinny być określone z zachowaniem zasady proporcjonalności.

Warunek zastrzeżony w obecnym brzmieniu nie może być uznany za warunek niezbędny w rozumieniu art. 116 ust. 1 Pzp. Nie ma szczególnych powodów uzasadniających twierdzenie, iż podmiot, który posiada odpowiednie doświadczenie w budowie całości obiektów budowlanych miałby nie być zdolny do wykonania samej tylko nadbudowy obiektu budowlanego - w szczególności biorąc pod uwagę definicję z art. 3 pkt. 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane

PREZYDENT MIASTA PRUSZKOWA



(Dz.U. z 2018 r. poz. 2096 ze zm.), zgodnie z którą, nadbudowa jest rodzajem budowy polegającej na powiększeniu istniejącego obiektu budowlanego przez zwiększenie jego wysokości z zachowaniem tej samej powierzchni zabudowanej (por. wyrok WSA z dnia 26 lutego 2020 r., sygn. akt VII SA/Wa 2370/19). Jak wskazuje natomiast KIO (por. wyrok z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1776/17), „Zamawiający powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu wymaganego potencjału, wiedzy i doświadczenia, który uwzględnia przedmiot zamówienia, jego zakres czy wartość nie wykraczając ponad wymagane i niezbędne minimum. Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby.”

W konsekwencji powyższego, warunek udziału w postępowaniu sformułowany w Rozdziale II ust. 7 pkt 7.1 ppkt 4), 4.1 SWZ jest niewątpliwie nadmierny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a postulowana przez Wykonawcę zmiana zapewni poszanowanie zasady konkurencyjności i proporcjonalności wynikających z ustawy Pzp.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę warunku zgodnie z propozycją oferenta. Podany jako przykład obiekt wskazany jako podobny, nie jest pod wieloma względami porównywalny z obiektem przewidzianym do realizacji w ramach przedmiotowego zamówienia. Powierzchnia użytkowa pomieszczeń w części nadbudowywanej i rozbudowywanej (bez uwzględnienia rozbiórek i części przeznaczonej do przebudowy i remontu) wynosi ok. 2600 m², podczas gdy powierzchnia użytkowa obiektu wskazanego jako podobny wynosi 1390,01 m². Dodatkowo, w przeciwieństwie do podanego przykładowego obiektu, przedmiotowe zamówienie zakłada:

- realizację obiektu w otoczeniu zwartej zabudowy,
- rozbudowę, nadbudowę i częściową rozbiórkę istniejącego budynku (nie zaś budowę nowego),
- budowę tymczasowych szatni szkolnych,
- wykonanie prac remontowo-budowlanych w istniejącej części obiektu,
- konieczność zapewnienia ciągłości funkcjonowania czynnej placówki szkolnej.

Wszystkie wyżej wymienione czynniki, wpływają na dużo wyższy koszt przeprowadzenia prac budowlanych przewidzianych w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, w porównaniu do obiektu wskazanego przez oferenta jako podobny. Dlatego w ocenie zamawiającego wymagania postawione oferentowi w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej są zgodne z zasadą proporcjonalności.

II. Zapytanie dot. treści specyfikacji warunków zamówienia

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z prośbą o dokonanie modyfikacji zapisu Specyfikacji Warunków Zamówienia Rozdziału II ust. 7 pkt 7.1 ppkt. 3) SWZ:

„Na podstawie art. 112 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

(...) 3) Sytuacji ekonomicznej lub finansowej:

Wykonawca spełni ten warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykáže, że:

- posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości 13 000 000,00 zł.”

PREZYDENT MIASTA PRUSZKOWA



Zmiana jest uzasadniona z uwagi na fakt, iż warunek jest nieproporcjonalny, nadmierny i tym samym Wykonawca wnosi o zmianę SWZ i wprowadzenie warunku adekwatnego, czyli obowiązku posiadania przez Wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej **5 000 000,00 PLN** (słownie: pięć milionów złotych).

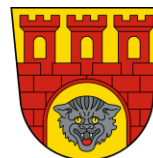
Warunek udziału zastrzeżony w obecnym brzmieniu w przedmiotowym postępowaniu narusza zasadę równego traktowania oraz uczciwej konkurencji, a także zasadę proporcjonalności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej udziału w postępowaniu, rozumianej jako adekwatność do przedmiotu zamówienia, tj. narusza art. 16 pkt 1) i 3), art. 112 ust. 1 oraz art. 106 ust. 2 Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt. 3) i art. 115 ust. 1 pkt 4) Pzp.

W Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2068/21 Izba wskazała, iż: „Zgodnie z art. 112 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Postawione wymogi nie mogą być jednak nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ograniczać uczciwej konkurencji, czy wykraczać poza cel weryfikacji podmiotowej. Każdy warunek udziału w postępowaniu musi również zostać merytorycznie uzasadniony i znajdować usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia. (...) Co do zasady, każdy warunek udziału w postępowaniu prowadzi do ograniczenia dostępu do wzięcia w nim udziału. Tym niemniej, ograniczenia takie są dopuszczalne w granicach zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności warunku do jego celu – co wynika z konieczności zachowania zasad naczelnych określonych w art. 16 pkt 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, przy braku ograniczenia możliwości złożenia oferty wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie. Zatem o określeniu warunku podmiotowego w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję można mówić wówczas, gdy zostanie on określony na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego, specyfiką wykonania zamówienia, czy też konieczne do wyłonienia wykonawcy zdolnego do należytego zrealizowania umowy.

Pogląd powyższy jest ugruntowany także w orzecznictwie wydanym na kanwie poprzedniej regulacji polskiego prawa zamówień publicznych tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz.U. Nr 19, poz. 117 z późn zm.) (por. m. in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2019 r. w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 51/19: „zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Obowiązek proporcjonalnego powiązania warunków z przedmiotem zamówienia nie oznacza jednak nakazu dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji. Zatem konsekwencją uwzględnienia zasady ogólnej, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jest konieczność oceny zachowania przesłanek z tego przepisu w realiach danego konkretnego przypadku. (...) Ponadto, każdy warunek udziału w postępowaniu musi być uzasadniony merytorycznie i znajdować usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia. O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego.”)

Dochowanie reguły proporcjonalności ma istotne znaczenie w kontekście zagwarantowania zamawiającemu możliwości oceny zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. W znaczeniu prawnym zasada proporcjonalności to założenie, przy którym zamawiający w postępowaniu powinien podejmować tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonych celów [tj. weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia poprzez sprawdzenie jego dotychczasowego doświadczenia]- wyrok Izby z dnia 16 grudnia 2016 r., sygn. KIO 2285/16. Określenie proporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu, jak się okazuje, odgrywa istotną rolę zarówno w kontekście obowiązków

PREZYDENT MIASTA PRUSZKOWA



spoczywających na gospodarzu postępowania, jak i w odniesieniu do zainteresowanych zamówieniem wykonawców. „Prawidłowe określenie warunków i wymogów w ogłoszeniu o zamówieniu wymaga zachowania niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego polegającym na gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, który wyraża się w ich usprawiedliwionym oczekiwaniu, że wobec nadmiernych 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 dostęp do zamówienia finansowanego ze środków publicznych” [Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. II GSK 2633/15].

Jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 16 listopada 2020 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2695/20, „Ogólna reguła, której winien przestrzegać zamawiający formułując warunki odnoszące się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawców, jest jednak taka, że zamawiający powinien uwzględnić m.in. specyfikę danego przedmiotu zamówienia i jego wartość, a także mieć na względzie planowany czas trwania umowy oraz ewentualne zaliczki czy płatności częściowe. Dotyczy to w szczególności kwestii wymagania od wykonawcy, aby posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową na określonym poziomie. (...) Jak zauważył odwołujący, wykonawcy zazwyczaj nie posiadają wolnych środków na koncie, gdyż co do zasady muszą nimi stale obracać i angażować je w nowe przedsięwzięcia.” Izba w uzasadnieniu przytoczonego wyżej wyroku wskazała, że zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu powinien brać pod uwagę w jakiej wysokości środki finansowe będą potrzebne wykonawcy do zainwestowania na pierwszym etapie realizacji umowy.

Nieadekwatnym jest zastrzeżenie warunku posiadania przez Wykonawcę jednorazowo środków finansowych w kwocie 13 000 000 zł w sytuacji, gdy termin realizacji zamówienia wynosi 540 dni od dnia podpisania umowy. Nie ma ekonomicznego uzasadnienia, aby Wykonawca składając ofertę, posiadał zasoby finansowe na w zasadzie całą budowę. Pomija to przecież metody finansowania działalności, cykliczność spływu należności etc. W rezultacie, zamawiający, żądając, aby wykonawca posiadał środki finansowe na tak wysokim poziomie (nieadekwatnym do potrzeb zamawiającego w niniejszym postępowaniu) ograniczył możliwość ubiegania się o zamówienie podmiotom, które są zdolne do realizacji zamówienia, ale nie będą mogły uzyskać stosownego zaświadczenia o spełnieniu komentowanego warunku.

W konsekwencji powyższego, warunek udziału w postępowaniu sformułowany w Rozdziale II ust. 7 pkt 7.1 ppkt 3) SWZ jest niewątpliwie nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a postulowana przez Wykonawcę wysokość posiadanych środków lub zdolności kredytowej w sposób wystarczający zabezpieczy interes zamawiającego, jednocześnie zapewniając poszanowanie naczelných zasad postępowania zgodnie z Pzp.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę warunku zgodnie z propozycją oferenta. W ocenie Zamawiającego został on określony zgodnie z zasadą proporcjonalności. Konieczność posiadania przez oferenta środków finansowych lub zdolności kredytowej na poziomie 13 000 000,- zł określono na podstawie szacunkowej wyceny inwestorskiej oraz z uwzględnieniem sposobu wypłacania transz z Programu Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych.

Zamawiający informuje, że pytania i odpowiedzi na nie stają się integralną częścią SWZ i będą wiążące przy składaniu ofert.

PREZYDENT
MIASTA PRUSZKOWA

/-/ Paweł Makuch