

Wrocław10.2022 r.

PUZ-2380-118-075-118/2022/MR

Uczestnicy postępowania

WYJAŚNIENIE TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Działając na podstawie *art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.)* Zamawiający wyjaśnia treść specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu, którego przedmiotem jest **realizacja zadania pn. pn. Budowa budynku Komisariatu Policji Wrocław Stare Miasto oraz Centralnego Biuro Zwalczania Cyberprzestępczości w technologii modułów 3 D w trybie zaprojektuj i wybuduj, numer sprawy PUZ-2380-118-075-118/2022/MR.**

Pytanie nr 1

rozd. XII, p. I, poprzez zmianę wysokości wadium z 400 000,00 zł na 200 000,00 zł oraz rozdz. XII, p. II ppkt. 1,, poprzez zmianę zabezpieczenia należytego wykonania umowy z 5% na 2% lub 3% ceny ofertowej brutto.

Wprowadzenie proponowanej zmiany umożliwi nam oraz innym oferentom udział w niniejszym postępowaniu, a Zamawiającemu uzyskanie bardziej konkurencyjnych ofert.

Odpowiedź: Zamawiający nie zmienia zapisów SWZ dotyczących wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy jak i wysokości wymaganego wadium. Zamawiający ustalił powyższe warunki odpowiednia dla prowadzonego postępowania.

Pytanie nr 2

Działając na podstawie art. 135 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 2269 z późn. zm.), zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia poprzez udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

1. Rozdz. IX ust. II pkt 1.1-1.2: Mając na uwadze art. 16 pkt 3) ustawy PZP (zasada proporcjonalności) jak również zapisy rozdz. V SWZ (Opis Przedmiotu zamówienia), prosimy o zmianę warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W naszej ocenie warunki udziału w obecnym brzmieniu zostały określone przez Zamawiającego w sposób niewspółmierny do opisu przedmiotu zamówienia oraz niegwarantujący udziału w postępowaniu wykonawców posiadających odpowiednie doświadczenie.

Zakres przedmiotowego postępowania obejmuje bowiem m.in. takie czynności jak: **wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej budynku w systemie modułowym**, uzyskanie przez wykonawcę wszelkich niezbędnych zgód i pozwoleń oraz realizację robót budowlanych i docelowo oddanie obiektu do użytkowania.

Brak zatem postawienia przez Zamawiającego wymogu posiadania przez wykonawcę odpowiedniego doświadczenia projektowego może skutkować opracowaniem przez danego wykonawcę nieskoordynowanej dokumentacji projektowej, której wady w znacznym stopniu mogą przyczynić się do nieterminowej i wadliwej realizacji zadania.

Jako doświadczony wykonawca wskazujemy, że w przypadku realizacji zadania w oparciu o system modułów 3D krytycznym elementem dla powodzenia całej realizacji jest przygotowanie wysoko jakościowej, bogatej w detale techniczne, wzajemnie skoordynowanej dokumentacji projektowej oraz rysunków warsztatowych, które to warunkują możliwość uzyskania przez wykonawcę, w założonym terminie, pozwolenia na budowę, jak również sprawnie przebieg procesu prefabrykacji, montażu budynku oraz pozostałych robót resztkowych wykonywanych na terenie budowy.

W związku z powyższym, w zakresie warunków udziału, wnosimy o zmianę jak niżej:

- 1.1. Wykonawca spełni warunek zdolności technicznej, jeżeli wykaże, że w okresie **3 ostatnich lat** przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie **wykonał minimum 2 usługi projektowe polegające na**

opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy, w technologii budownictwa modułowego, minimum trzykondygnacyjnego budynku użyteczności publicznej,

oraz

- 1.2. Wykonawca spełni warunek zdolności technicznej, jeżeli wykaże, że w okresie 5 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał **minimum 1 robotę budowlaną polegającą na budowie w systemie budownictwa modułowego (system modułów 3D), obiektu użyteczności publicznej, o konstrukcji stalowej, o wartości robót co najmniej 15 000 000, 00 zł brutto,**
- oraz
- 1.3. Wykonawca spełni warunek zdolności technicznej, jeżeli wykaże, że w okresie 5 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał **minimum 1 zadanie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych polegających na budowie w technologii budownictwa modułowego (system modułów 3D), o konstrukcji stalowej, obiektu użyteczności publicznej, o wartości robót co najmniej 25 000 000, 00 zł brutto.** oraz
- 1.4. Wykonawca spełni warunek zdolności zawodowej, jeżeli wykaże, że będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia tj.
- osobą posiadającą kwalifikacje zawodowe – uprawnienia do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane oraz doświadczenie zawodowe w opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla budowy w technologii budownictwa modułowego, trzykondygnacyjnego budynku użyteczności publicznej o powierzchni nie mniejszej niż 3000 m²
 - osobą posiadającą kwalifikacje zawodowe – uprawnienia do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane oraz doświadczenie zawodowe w opracowaniu dokumentacji projektowokosztorysowej dla budowy w technologii budownictwa modułowego, trzykondygnacyjnego budynku użyteczności publicznej,
 - osobą posiadającą kwalifikacje zawodowe – uprawnienia do projektowania w specjalności instalacyjnej, w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane,
 - osobą posiadającą kwalifikacje zawodowe – uprawnienia do projektowania w specjalności instalacyjnej, w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane,
 - kierownikiem budowy posiadającym kwalifikacje zawodowe – uprawnienia konstrukcyjnobudowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane, uprawniające do kierowania i nadzorowania robót budowlanych bez ograniczeń, posiadającym min. 5 letnie doświadczenie jako kierownik budowy, w tym jako kierownik budowy przy realizacji budowy dwukondygnacyjnego budynku użyteczności publicznej, wykonanego w technologii budownictwa modułowego, o pow. użytkowej min. 3 000,00 m² lub o kubaturze min. 9 000,00 m³ , – kierownikiem robót posiadającym kwalifikacje zawodowe – uprawnienia w specjalności instalacyjnej, w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane, uprawniające do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, oraz posiadającym min. 3 letnie doświadczenie jako kierownik robót/budowy, w tym przy realizacji min. jednego budynku użyteczności publicznej wykonanego w technologii budownictwa modułowego,
 - kierownikiem robót posiadającym kwalifikacje zawodowe – uprawnienia w specjalności instalacyjnej, w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych, do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane, uprawniające do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, oraz posiadającym min. 3 letnie doświadczenie jako kierownik robót/budowy, w tym przy realizacji min. jednego budynku użyteczności publicznej wykonanego w technologii budownictwa modułowego,
 - kierownikiem robót posiadającym kwalifikacje zawodowe – uprawnienia w specjalności instalacyjnej, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń, uprawniające do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, oraz posiadającym min. 3 letnie doświadczenie jako kierownik robót/budowy, w tym przy realizacji min. jednego budynku użyteczności publicznej wykonanego w technologii budownictwa modułowego

Odpowiedź:

Przed wszystkim, Zamawiający wskazuje, iż tryb art. 135 ust. 1 PZP jest niewłaściwy do wystąpienia z przedmiotowym wnioskiem. Celem przedmiotowej regulacji jest wyjaśnienie wykonawcy treści SWZ, a nie pole do składania wniosków, w sytuacji, kiedy sama treść SWZ nie budzi wątpliwości.

Cel regulacji. Ustawodawca podtrzymał dotychczasowe rozwiązania w zakresie możliwości zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Jest to niezwykle istotna regulacja, bowiem prawidłowość zapisów SWZ, jak również ich rozumienia, ma znaczenie zarówno dla wykonawcy, jak i dla zamawiającego. Daje możliwość bowiem, z jednej strony, wyeliminowania ewentualnych błędów w dokumentacji, poprzez ich wskazanie przez wykonawcę, jak również pomaga wykonawcy właściwie zinterpretować zapisy SWZ. Należy zatem mieć na uwadze, że jest to narzędzie służące zarówno wykonawcy, jak i zamawiającemu, chociażby z tego powodu, że: "na gruncie prawa polskiego, i to nie tylko w zakresie stosunków z udziałem konsumentów (art. 385 § 2 KC), wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, niedających usunąć się w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zredagowała umowę" (wyr. SN z 15.12.2006 r., III CSK 349/06, MoP 2007, Nr 3, s. 117).¹

Już z samego powyższego powodu Zamawiający nie przychylił się do wniosku.

Ponad powyższe Zamawiający pragnie wskazać, iż przedstawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pozostają jak najbardziej w zgodzie z przepisami prawa, w tym także w zgodzie z przepisami art. 112 ust. 1 oraz art. 116 ust. 1 PZP.

*Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunek udziału w postępowaniu nie musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia. Kluczowe znaczenie ma jego proporcjonalność do przedmiotu zamówienia i możliwość oceny zdolności wykonawcy do jego należytej realizacji zamówienia. **Decyzja w zakresie ustanowienia warunku, jego rodzaju, rozmiaru czy zakresu, należy do zamawiającego.** Jednocześnie zamawiający ponosi odpowiedzialność za ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, aby każdy wykonawca, który wykaże się spełnieniem warunku, mógł być jednocześnie zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia (KIO wyr. z 23.6.2020 r., KIO 550/20, Legalis). Co oczywiście **nie oznacza, że warunek musi umożliwić złożenie oferty każdemu wykonawcy** (zob. wyr. KIO z 26.10.2021 r., KIO 2572/21, niepubl.).²*

*Przepis [art. 116 ust. 1 PZP] potwierdza zatem zasadę, że warunki udziału w postępowaniu mają za zadanie **zapewnić zamawiającym wybór podmiotu rzetelnego i profesjonalnego, który zapewni rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego.** Z uwagi na wynikającą obecnie z art. 16 pkt 3 PrZamPubl zasadę proporcjonalności, określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne i nienadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia i odnosić się do minimalnego poziomu, który zapewni wybór wykonawcy rzetelnego.³ Przy powyższym wskazać jednakże należy, iż zamawiający ma prawo określić warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do przedmiotu zamówienia oraz w sposób uwzględniający obiektywne potrzeby Zamawiającego **pomimo, że wyklucza on możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku.** Prawem Zamawiającego jest **takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania Zamawiającego w ramach realizacji danego przedmiotu zamówienia.**⁴*

W ocenie Zamawiającego przedstawione warunki udziału w postępowaniu są adekwatne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia zawarty w PFU wyraźnie zaznacza, że budynek ma być wzniesiony w technologii modułów 3D. Zamawiający zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP ma prawo wymagać doświadczenia w budownictwie modułowym, a przy tak dużej wartości całego zamówienia wyraźnie określić

¹ M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022

² *ibidem*;

³ P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021

⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2022 r. KIO 206/22

kwotę żądanych referencji. Zabezpiecza to interes Zamawiającego w stosunku co do właściwego wykonania zadania bez narażania się na zbędne koszty i osiągnięcie zakładanego celu.

Wskazana przez Zamawiającego wartość inwestycji referencyjnej - 15.000.000,00 zł w opinii Zamawiającego jest wystarczająca dla wyłonienia wykonawcy, który w połączeniu z innymi warunkami Zamawiającego zapewni wybór wykonawcy, który będzie zdolny do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w żaden sposób nie ograniczają konkurencji. Na rynku UE działa wiele firm realizujących budowy w systemie modułów 3D (kila w Polsce, w tym 2 na Pomorzu, w Szwecji, Francji, Niemczech czy Czechach). Z uwagi na specyfikę zadania Zamawiający ma prawo do wyłonienia wykonawcy, który zapewni prawidłowe wykonanie obiektu w systemie modułów. Nie narusza to więc zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Pytanie nr 3

Na podstawie art. 284 ustawy prawo zamówień Wykonawca, zwraca się z prośbą o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, jak następuje.:

1. Wykonawca prosi o następującą zmianę warunku określonego w rozdz. IX, II pkt 1.1.:

z

*1.1. Wykonawca spełni warunek zdolności technicznej, jeżeli wykaże, że w okresie 5 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, należyście wykonał minimum 2 roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie obiektów w systemie budownictwa modułowego (system modułów 3D) o wartości co najmniej **15 000 000, 00 zł brutto** każda.*

Przez budowę w technologii modułowej (systemów 3D) rozumie się wykonanie obiektów o wysokim stopniu prefabrykacji przestrzennych jednostek kubaturowych, wykonanych z odpowiednich konstrukcyjnie elementów stalowych, wykończonych wewnątrz oraz wyposażonych we wszystkie przewidziane w PFU instalacje. Moduł musi stanowić zamkniętą jednostkę przygotowaną technicznie do transportu oraz ostatecznego montażu i przeprowadzenia resztkowych prac wykończeniowych. Konstrukcja tego typu pozwala na szybkie połączenie ze sobą gotowych od kilku do kilkudziesięciu modułów zarówno w poziomie jak i w pionie zgodnie z potrzebami inwestora.

Na:

*„Wykonawca spełni warunek zdolności technicznej, jeżeli wykaże, że w okresie 5 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, należyście wykonał minimum 2 roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie obiektów użyteczności publicznej o wartości co najmniej **15 000 000, 00 zł brutto** każda.“*

Obecnie postawiony warunek narusza art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 Pzp poprzez określenie tego warunku w sposób nieadekwatny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, wskazujący na możliwość spełnienia warunków udziału przez nieuzasadnienie wąski krąg wykonawców, podczas, gdy warunki realizacji zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wynikającym z ogłoszenia spełnia więcej wykonawców, a w konsekwencji w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Należy stwierdzić, że wymaganie od generalnego wykonawcy doświadczenia w wykonaniu prac dotyczącym budowy lub przebudowy obiektów w systemie budownictwa modułowego (system modułów 3D) o wartości co najmniej 15 000 000, 00 zł brutto każda., jest wymaganiem nadmiernym i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Zamawiający prowadzi niniejsze postępowanie w celu wyłonienia wykonawcy robót budowlanych a nie dostawcy i monterów modułów. Sformułowanie niniejszego wymagania powoduje, że w tak rozległej i skomplikowanej inwestycji wymagającej dużego doświadczenia w realizacji robót budowlanych o znacznym zakresie i wartości kryterium wyłonienia wykonawcy stanowi to czy posiada doświadczenie budownictwie modułowym o znikomej w stosunku do wartości niniejszego zamówienia wartości wykonanych robót.. W żaden sposób nie można uznać, że taki warunek jest proporcjonalny i stanowi minimalny poziom zdolności zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp. *Tak więc każda Firma, która realizuje budynki kubaturowe tradycyjną metodą może wykonać taki budynek w porozumieniu z wytwórnią, która odpowiednio wykona takie moduły na jej zlecenie (tym bardziej że jest to forma zaprojektuj i wybuduj) i bezzasadne jest formułowanie warunku zdolności technicznej jakie wskazał Zamawiający. Realnie patrząc to wykonawca w tym przypadku staje się koordynatorem takiej budowy i odpowiada za prawidłowe zamontowanie już wytworzonych gotowych z wytwórni elementów.*

Tak więc warunek jaki wskazuje zamawiający wykazanie się wiedzą i doświadczeniem jest nieadekwatny.

Wprawdzie ustawa Pzp dopuszcza wykazywanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w sposób łączny przez wykonawców składających ofertę w formie konsorcjum, jak również możliwe jest powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego. Jednakże nie uzasadnia to formułowania warunku w taki sposób, że żaden wykonawca samodzielnie nie jest w stanie go spełnić, i kiedy w rzeczywistości na rynku spełnia go tylko bardzo wąski krąg Wykonawców.

Dostęp do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zapewnienie wykonawcom posiadającym możliwości wykonania danego zamówienia równego dostępu do realizacji zamówienia.

Trudno znaleźć wykonawcę działającego na rynku właściwym dla zamówienia takiego, jakie jest przedmiotem postępowania, posiadającego wymagane doświadczenie we wskazanych przez zamawiającego dziedzinach/zakresach. Zamawiający istotnie ograniczył konkurencję. Tym samym, zasadne i konieczne jest zmodyfikowanie omawianego warunku poprzez dokonanie zmiany warunku zaprezentowanej w petitum pytania. W ocenie Wykonawcy z posiadanego przez niego rozeznania rynku wynika, że w ostatnich latach ilość zakończonych w Polsce takich zadań, z których każda oddzielnie spełnia wszystkie wymagania zamawiającego jest znikoma. Oznacza to zawężenie przez Zamawiającego ilości wykonawców, którzy będą mogli ubiegać się o przedmiotowe zamówienia i pozbawienie takiej możliwości tych wszystkich wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia na wysokim poziomie jakości.

Z uwagi na powyższe w ocenie Wykonawcy ww. warunki są nadmierne i nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu niniejszego zamówienia oraz Zamawiający nie uwzględnił sytuacji rynkowej jaka ukształtowała się w związku z postawionymi warunkami, przez co ograniczył dostęp do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Ponadto warunki te nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Nie są to również wymagania minimalne oraz adekwatne do przedmiotu zamówienia. Natomiast ograniczają krąg wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu. Są to zatem warunki ograniczające konkurencję nie tylko w odniesieniu do wykonawców działających obecnie na polskim rynku budowlanym.

Zamawiający na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązany jest do przestrzegania zasad zawartych w art. 16 Pzp. Poszanowanie tych zasad wymaga, aby zamawiający kształtując warunki stawiane wykonawcom miał świadomość sytuacji na rynku w danej branży i uwzględnił ją przy ustalaniu poziomu swoich wymagań, tak aby nie doszło do wyłączenia konkurencji między wykonawcami. Nastąpiło to w tym postępowaniu, w którym zamawiający, doprowadził do sytuacji, gdy warunki udziału w postępowaniu może spełnić tylko wąski krąg wykonawców, podczas gdy mógł dopuścić konkurencję przy jednoczesnym zabezpieczeniu swego interesu przykładowo przez wskazanie ich odpowiedniej wartości.

Wykonawca jest w stanie wykazać się spełnieniem wszystkich pozostałych postawionych przez Zamawiającego warunków, w tym w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, i pozostaje jednym z głównych potencjalnych konkurentów w postępowaniu. Pozbawienie Wykonawcy możliwości udziału w postępowaniu prowadziłoby do istotnego i nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Przedmiotowe ograniczenie nie miałoby przy tym jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego, ponieważ Wykonawca dysponuje potencjałem technicznym i zawodowym w celu wykonania zamówienia, a sytuacja finansowa Wykonawcy daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Adekwatność, konieczność i wystarczalność to wyznaczniki zasady proporcjonalności, które muszą być brane pod uwagę przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu (zob. uchwała KIO 24 kwietnia 2018 r., KIO/KU 15/18). W tym zakresie należy przywołać stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14.04.2008 r., sygn. X Ga 67/08, LEX nr 1713249, w którym czytamy: kształtowanie poszczególnych warunków udziału w postępowaniu nie może być działaniem dowolnym zamawiającego, a poziom postawionych wymagań musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. Dlatego też każdy dodatkowo, nadmiarowo, postawiony warunek ograniczający konkurencję winien być po pierwsze, niezbędny dla zrealizowania zamówienia, a po drugie, zasadność jego postawienia musi zostać wykazana przez Zamawiającego. Zamawiający winien zatem tak ustalić warunki udziału, aby nie została zachwiana równowaga pomiędzy interesem zamawiającego w pozyskaniu wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieuzasadnione niedopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, przez stawianie nadmiernych wymogów stanowi naruszenie art. 112, a także art. 16 Pzp, jako przejaw ograniczenia konkurencji i nierównego traktowania wykonawców. Jeśli bowiem zamawiający różnicuje sytuację wykonawców - dostęp do zamówienia w oparciu o kryterium spełniania warunku udziału, który jest zbędny dla zapewnienia należytej realizacji zamówienia - dyskryminuje tych wykonawców, którzy dają rękojmię należytej realizacji zamówienia, a nie spełniają zbędnego warunku udziału (vide wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scri przeciwko Comune di Milano (C - 376/08), Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wyrok TSUE z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse S/A przeciwko Institute Nacionai de Gestion Sanitaria (C - 234/03).

Reasumując, Wykonawca podnosi, że obecnie postawione warunki udziału w postępowaniu w obecnym brzmieniu prowadzą do nieuzasadnionego ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu, wykluczają bowiem z postępowania Wykonawców, który przedmiotowego warunku nie spełniają. Odwołujący znajduje się w stabilnej sytuacji finansowej i dysponuje potencjałem finansowym, technicznym i zawodowym do wykonania zamówienia. W ostatnich latach wykonał wiele przedsięwzięć budowlanych o dużej skali i stopniu skomplikowania, o ogromnych wartościach. Pozostaje jednym z głównych potencjalnych konkurentów w postępowaniu. Pozbawienie

Wykonawcy możliwości udziału w postępowaniu prowadziłoby do istotnego i nieuzasadnionego ucziwej ograniczenia konkurencji.

Odpowiedź:

Ze względu na fakt, iż przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem o wartości wyższej niż progi unijne, to wystosowanie wniosku na podstawie 284 ust. 1 PZP jest bezpodstawne. Zamawiający przyjmuje, iż rzeczony wystąpienie zostało złożone na podstawie art. 135 ust. 1 PZP

Przed wszystkim, Zamawiający wskazuje, iż tryb art. 135 ust. 1 PZP jest niewłaściwy do wystąpienia z przedmiotowym wnioskiem. Celem przedmiotowej regulacji jest wyjaśnienie wykonawcy treści SWZ, a nie pole do składania wniosków, w sytuacji, kiedy sama treść SWZ nie budzi wątpliwości.

Cel regulacji. Ustawodawca podtrzymał dotychczasowe rozwiązania w zakresie możliwości zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Jest to niezwykle istotna regulacja, bowiem prawidłowość zapisów SWZ, jak również ich rozumienia, ma znaczenie zarówno dla wykonawcy, jak i dla zamawiającego. Daje możliwość bowiem, z jednej strony, wyeliminowania ewentualnych błędów w dokumentacji, poprzez ich wskazanie przez wykonawcę, jak również pomaga wykonawcy właściwie zinterpretować zapisy SWZ. Należy zatem mieć na uwadze, że jest to narzędzie służące zarówno wykonawcy, jak i zamawiającemu, chociażby z tego powodu, że: "na gruncie prawa polskiego, i to nie tylko w zakresie stosunków z udziałem konsumentów (art. 385 § 2 KC), wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zredagowała umowę. Ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień umowy, niedających usunąć się w drodze wykładni, powinna bowiem ponieść strona, która zredagowała umowę" (wyr. SN z 15.12.2006 r., III CSK 349/06, MoP 2007, Nr 3, s. 117).⁵

Już z samego powyższego powodu Zamawiający nie przychyła się do wniosku.

Ponad powyższe Zamawiający pragnie wskazać, iż przedstawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pozostają jak najbardziej w zgodzie z przepisami prawa, w tym także w zgodzie z przepisami art. 112 ust. 1 oraz art. 116 ust. 1 PZP.

*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. Warunek udziału w postępowaniu nie musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia. Kluczowe znaczenie ma jego proporcjonalność do przedmiotu zamówienia i możliwość oceny zdolności wykonawcy do jego należytej realizacji zamówienia. **Decyzja w zakresie ustanowienia warunku, jego rodzaju, rozmiaru czy zakresu, należy do zamawiającego.** Jednocześnie zamawiający ponosi odpowiedzialność za ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, aby każdy wykonawca, który wykaże się spełnieniem warunku, mógł być jednocześnie zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia (KIO wyr. z 23.6.2020 r., KIO 550/20, Legalis). Co oczywiście **nie oznacza, że warunek musi umożliwić złożenie oferty każdemu wykonawcy** (zob. wyr. KIO z 26.10.2021 r., KIO 2572/21, niepubl.).⁶*

*Przepis [art. 116 ust. 1 PZP] potwierdza zatem zasadę, że warunki udziału w postępowaniu mają za **zadanie zapewnić zamawiającym wybór podmiotu rzetelnego i profesjonalnego, który zapewni rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego.** Z uwagi na wynikającą obecnie z art. 16 pkt 3 PrZamPubl zasadę proporcjonalności, określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne i nienadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia i odnosić się do minimalnego poziomu, który zapewni wybór wykonawcy rzetelnego.⁷ Przy powyższym wskazać jednakże należy, iż zamawiający ma prawo określić warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do przedmiotu zamówienia oraz w sposób uwzględniający obiektywne potrzeby Zamawiającego **pomimo, że wyklucza on możliwość dopuszczenia do***

⁵ M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022

⁶ *ibidem*;

⁷ P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021

realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem Zamawiającego jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania Zamawiającego w ramach realizacji danego przedmiotu zamówienia.⁸

W ocenie Zamawiającego przedstawione warunki udziału w postępowaniu są adekwatne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia zawarty w PFU wyraźnie zaznacza, że budynek ma być wzniesiony w technologii modułów 3D. Zamawiający zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP ma prawo wymagać doświadczenia w budownictwie modułowym, a przy tak dużej wartości całego zamówienia wyraźnie określić kwotę żądanych referencji. Zabezpiecza to interes Zamawiającego w stosunku co do właściwego wykonania zadania bez narażania się na zbędne koszty i osiągnięcie zakładanego celu.

Wskazana przez Zamawiającego wartość inwestycji referencyjnej - 15.000.000,00 zł w opinii Zamawiającego jest wystarczająca dla wyłonienia wykonawcy, który w połączeniu z innymi warunkami Zamawiającego zapewnia wybór wykonawcy, który będzie zdolny do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w żaden sposób nie ograniczają konkurencji. Na rynku UE działa wiele firm realizujących budowy w systemie modułów 3D (kila w Polsce, w tym 2 na Pomorzu, w Szwecji, Francji, Niemczech czy Czechach). Z uwagi na specyfikę zadania Zamawiający ma prawo do wyłonienia wykonawcy, który zapewni prawidłowe wykonanie obiektu w systemie modułów. Nie narusza to więc zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Zamawiający uzupełnia opis przedmiotu zamówienia załączając do dokumentacji zamówienia Decyzję o lokalizacji inwestycji celu publicznego (w załączeniu).

Zmianę SWZ Zamawiający zamieści na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Zastępca Komendanta Wojewódzkiego Policji
we Wrocławiu
insp. *Marcin Muzylgan*
2022-10-10



Wyk. 1 egz
M.Rosołowicz 47 8713978

⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2022 r. KIO 206/22