



CENTRUM ONKOLOGII ZIEMI LUBELSKIEJ im. św. JANA z DUKLI



ST. JOHN OF DUKLA CANCER CENTER, LUBLIN, POLAND

COZL/DZP/ED/3412/TP-72/21

Lublin, dnia 10.08.2021r.

Do wszystkich wykonawców

Dotyczy postępowania prowadzonego w trybie podstawowym na: **Świadczenie usług prawnych we wszystkich dziedzinach działalności COZL.**

Działając w oparciu o zapisy art. 284 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) informuję, że w niniejszym postępowaniu wpłynęły następujące zapytania:

Pytanie Nr 1

W dokumentacji przetargowej nie znalazłem wzoru umowy - czy coś mi umknęło, czy nie został opublikowany. Jeśli nie został opublikowany, to czy mogę prosić o jego przesłanie.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 281 ust. 1 pkt. 7) Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), SWZ zawiera projektowane postanowienia umowy, które zostaną wprowadzone do treści umowy z Wykonawcą, który złoży najkorzystniejszą ofertę.

Pytanie Nr 2

Zamawiający na potwierdzenie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wymaga: a) załączenia wykazu usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia (minimum 2 usługi), wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, (na formularzu określonym w zał. nr 6 do SWZ), przy czym jedna z usług na kwotę nie niższą niż 100 000 zł brutto w skali roku a druga na kwotę nie niższą niż 600 000 zł brutto w skali roku wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów (Zamawiający wymaga aby jeden z obsługiwanych podmiotów należał do dużego przedsiębiorstwa zatrudniającego powyżej 1 800 pracowników a usługa ta powinna obejmować prowadzenie dla co najmniej dwóch podmiotów postępowań sądowych dotyczących realizacji inwestycji budowlanych), na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub

ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne 8 dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Zwracamy się o sprecyzowanie treści ww. warunku w zakresie opisu referencyjnych usług, określonych obecnie jako „usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia”. Takie opisanie warunku udziału w postępowaniu, nie spełnia wymagań przepisu art. 112 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym, treść warunku musi umożliwiać ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warunkiem sine qua non zapewnienia sobie przez Zamawiającego takiej możliwości jest precyzyjne uregulowanie i opisanie, referencyjnej usługi, w sposób jaki nie wymaga od Wykonawców podejmowania próby identyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu w oparciu o opis przedmiotu zamówienia. Takie stanowisko zajmuje Krajowa Izba Odwoławcza wskazując, że: Warunki udziału w postępowaniu winny mieć zakotwiczenie w przedmiocie zamówienia w taki sposób, aby z jednej strony pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony, aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Jednocześnie warto zauważyć, że wskazany przepis tylko potwierdza wcześniejsze rozważania, że "warunki udziału w postępowaniu" i "opis przedmiotu zamówienia" to dwie odrębne instytucje, a zatem nie jest możliwe wnioskowanie o jednej na podstawie drugiej, czy też odkodowywanie treści jednej w oparciu o treść tej drugiej. (...) Warunków udziału w postępowaniu nie można rekonstruować na podstawie całokształtu postanowień zawartych w SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający, jeśli skorzysta z uprawnienia do sformułowania warunków udziału w postępowaniu ma obowiązek ich opisanie w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ (art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p.) oraz wskazania dokumentów, które służą potwierdzeniu ich spełnienia (art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p.). Wykonawca nie ma zatem obowiązku ich domniemywania na podstawie innych postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym Zamawiający nie jest uprawniony do konkretyzowania spornego warunku udziału w postępowaniu w świetle wszelkich postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które mogłyby mieć znaczenie z punktu widzenia warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, aby doprowadzić ww. warunek w omawianym zakresie do zgodności z przepisami ustawy, zwracamy się do doprecyzowanie tego warunku przez jednoznaczne zdefiniowanie pojęcia „usługi odpowiadającej przedmiotowi zamówienia”, a więc wskazanie jakie konkretne świadczenia i obowiązki Wykonawcy powinny być objęte co najmniej jego referencyjnym doświadczeniem. Obecnie bowiem, aby ustalić jakie doświadczenie uznane zostanie za spełniające warunek udziału w postępowaniu, koniecznym byłoby przeprowadzenie analizy OPZ, której wyniki, jako przeprowadzanej przez różne podmioty, nie byłyby jednoznaczne, a tym samym, niemożliwe do zerojedynkowego zweryfikowania po złożeniu przez Wykonawców ofert w postępowaniu. Co oczywiste, weryfikacja spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może być uznaniową lub subiektywną, a obecny kształt warunków udziału w postępowaniu, nie daje widoków na inną niż taka właśnie, niedozwolona ocena.

Należy też zwrócić uwagę, że zmiana w postulowanym zakresie, korzystna będzie też dla Zamawiającego. Po pierwsze bowiem, opisując prawidłowo wspomniany warunek, zapewni sobie możliwość jednoznacznej weryfikacji, czy podmiot składający ofertę, posiada odpowiednie, pożądane przez gospodarza postępowania doświadczenie. Po drugie, Zamawiający uniknie sytuacji, w której to interpretacja wykonawcy, a nie Zamawiającego będzie rozstrzygającą – zgodnie bowiem z orzecznictwem KIO, wszelkie niejasności SWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawców.

Odpowiedź:

Zamawiający precyzyjnie wskazał w opisie referencyjnych usług, że mają odpowiadać przedmiotowi zamówienia, który został szczegółowo określony w SWZ.

Pytanie Nr 3

Zwracamy się o zmianę treści ww. warunku przez obniżenie wartości drugiej z referencyjnych usług z 600.000 zł brutto w skali roku do kwoty 200.000 zł w skali roku lub do 500.000 zł w skali 3 lat. W naszej ocenie, treść zastrzeżonego warunku udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalną do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy PZP, warunek udziału w postępowaniu musi być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z orzecznictwa, tak krajowego jak i europejskiego wynika, że proporcjonalność warunku musi być rozpatrywana przez pryzmat celu w jakim warunek jest zastrzegany, a więc zapewnienia sobie przez Zamawiającego wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, z tym, że warunki takie muszą być określane jako tzw. minimalne poziomy zdolności. Zwrócić należy uwagę, że TSUE w wyroku z dnia 16.09.1999 r., C-414/97 (Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii), że ocena warunku udziału w postępowaniu wymaga tzw. testu proporcjonalności, tj. wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Wspomniane orzecznictwo TSUE, za warunki nieproporcjonalne, uznaje takie, w których żądanie zamawiającego wykazania się przez wykonawcę potencjałem jest nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia (wyrok TSUE z dnia 27.10.2005 r., C-234/03 (Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingresa)). Jak wskazuje się z kolei w orzecznictwie KIO: Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania umowy. Obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2020 r. KIO 1988/20. Mając na uwadze powyższe, ww. warunek, w zakresie referującym do wartości usługi w wysokości 600.000,00 zł, nie ustanawia, na minimalnych poziomach zdolności, wymagania zapewniającego gospodarzowi postępowania rękojmię należytego wykonania zamówienia przez przyszłego wykonawcę. Zastrzeżony w tym zakresie warunek, referuje do wartości prawdopodobnie tożsamy z wartością zamówienia szacowaną przez Zamawiającego, co w ocenie KIO nie odpowiada nakazowi proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu. Opis przedmiotu zamówienia i opis warunków udziału w postępowaniu są ze sobą nierozdzielnie powiązane, jednakże powyższe nie oznacza, że ustalając warunki udziału w postępowaniu zamawiający wymagać musi doświadczenia stricte odpowiadającego każdemu elementowi świadczenia usługi, który wynika z opisu przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu konstruowane są w ten sposób, aby wykonawca mógł wykazać się doświadczeniem tożsamym, co nie oznacza dokładnie identycznym, takim samym jak opis przedmiotu zamówienia (...) (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2014 r. KIO 2274/14). W kontekście powyższego, uregulowanie przez instytucję zamawiającą warunku udziału w postępowaniu „jeden do jednego” z opisem przedmiotu zamówienia w zakresie wartości referencyjnych usług, jawi się jako niezgodne z PZP, w zakresie w jakim de facto eliminuje w zasadzie z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy, tak organizacyjnie jak i merytorycznie, są w stanie należyte zrealizować przedmiotowe zamówienie. Zwrócić należy uwagę, że zadośćuczynienie niniejszemu wnioskowi, poza doprowadzeniem brzemienia warunku do zgodności z przepisem art. 112 ust. 1 PZP, może zwiększyć też konkurencyjność przedmiotowego postępowania, a tym samym pozytywnie wpłynąć też na

gospodarność wydatkowania przez Zamawiającego środków publicznych, jak również przyspieszyć tok przedmiotowego postępowania (a więc wyeliminować ryzyko kwestionowania ww. warunku w drodze odwołań do Prezesa KIO).

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ

ZASTĘPCA DYREKTORA
ds. Finansowych i Infrastruktury
Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej
im. Św. Jana z Dukli
mgr Dariusz Ciwiński

KIEROWNIK
DZIAŁU ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH
Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej
im. Św. Jana z Dukli
mgr Marianna Koziej

STARSZY SPECJALISTA
DZIAŁU ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH
Centrum Onkologii Ziemi Lubelskiej
im. Św. Jana z Dukli

mgr Ewa Dorosz