

WSZYSCY WYKONAWCY

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym, zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na zadanie: **Postępowania: ZP.272.3.2022 Przebudowa pasa drogowego drogi powiatowej nr 1881P Brody – Turowo (II etap) oraz drogi powiatowej nr 2734P Brody - granica powiatu szamotulskiego (Duszynki).**

Zamawiający informuje, że wpłynęło zapytanie do Specyfikacji Warunków Zamówienia. Działając na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy Zamawiający udostępniła jego treść wraz z udzieloną odpowiedzią:

Na podstawie art. 135 ust. 1, ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.) wnosi się o wyjaśnienia związane z treścią specyfikacji warunków zamówienia (zwaną dalej SWZ):

W rozdziale VI Warunki udziału w postępowaniu ust. 1 pkt 4 a) zamawiający ustalił warunki spełnienia zdolności technicznej lub zawodowej na „*dwie roboty budowlane porównywalne z przedmiotem zamówienia tj. polegające na budowie, przebudowie lub remoncie drogi o wartości minimum 7.000.000,00 zł*”.

Ustawa prawo zamówień publicznych (dalej ustawa PZP) stawia zamawiającym obowiązek takiego określenia warunków udziału wykonawców w postępowaniu, aby została zachowana równowaga pomiędzy własnym interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, którzy mogliby zostać wyeliminowani z udziału w postępowaniu przez wprowadzenie nadmiernych wymagań. Zapewnieniu takiej równowagi służyć ma zasada proporcjonalności.

Już pobieżna analiza 22 ust. 1a Ustawy PZP oznacza, że ustawodawca dał zamawiającym wskazówkę jak należy interpretować zasadę proporcjonalności, nakazując, by warunki udziału w postępowaniu zostały wyrażone jako **minimalne** poziomy zdolności. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 24 stycznia 2018 r. (KIO 82/2018) podkreśliła, że przepisy ustawy nie wymagają, aby wykonawca legitymował się dokładnie takimi samymi zrealizowanymi zamówieniami, jak przedmiot zamówienia, o które się ubiega.

Według Izby określenie warunków podmiotowych musi polegać na wyznaczeniu „**minimalnych poziomów zdolności**”, a więc nawiązywać do posiadania doświadczenia w realizacji np. robót budowlanych o zbliżonym charakterze do przedmiotu udzielanego zamówienia. Wykazywane doświadczenie musi jedynie potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji umowy, w tym jej istotnych elementów. Krajowa Izba Odwoławcza konsekwentnie stoi na stanowisku, że zasada proporcjonalności oznacza, iż opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny one także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmi należytego jego wykonania (zob. wyrok KIO z 27 kwietnia 2017 r., KIO 697/17). 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), zaś ważną wskazówką, płynącą z orzeczenia KIO z 8 marca 2013 r. (KIO 426/13) jest **obowiązek oceny sytuacji rynkowej przez zamawiającego przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu**. Literalne znaczenie przymiotnika „proporcjonalny” może być mylące, gdyż warunek związany z przedmiotem zamówienia zawsze pozostaje w jakiejś proporcji do niego, dlatego też w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się że przez proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu

w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji i **brak nadmierności** co wyraźnie podkreśliła KIO w wyroku z 12 maja 2017 r. (KIO 843/17), a także w wyroku z dnia 12 stycznia 2018 r. (KIO 2737/17).

Warunki udziału w postępowaniu powinny być oceniane pod kątem ich adekwatności do przedmiotu zamówienia i pozostawać w ścisłym związku ze sposobem jego realizacji. Jak uznała KIO w wyroku z dnia 17 maja 2018 r. (KIO 829/18) nawet jeżeli zamówienie jest zamówieniem o znacznej wartości i postawione warunki udziału w porównaniu z wartością i złożonością zamówienia wydają się zasadne, to jednak w skonfrontowaniu ze sposobem realizacji zamówienia mogą być uznane za zbyt wygórowane, nieproporcjonalne, ograniczające krąg wykonawców mogących złożyć ofertę.

Izba przyznała rację odwołującemu wskazując, że skoro z punktu widzenia technicznego zamówienie nie jest zbyt skomplikowane, polega na wykonywaniu w sposób zautomatyzowany czynności stale powtarzających się, to postawiony przez zamawiającego warunek jest zbyt rygorystyczny. Zdaniem Izby określenie warunku powinno stanowić uzasadniony kompromis pomiędzy potrzebą Zamawiającego, a oczekiwaniami rynku wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Mając na względzie wyżej przytoczone argumenty zwracamy się z prośbą o zmianę w rozdziale VI Warunki udziału w postępowaniu ust. 1 pkt 4) a) ustalając warunki spełnienia zdolności technicznej lub zawodowej na *„dwie roboty budowlane porównywalne z przedmiotem zamówienia tj. polegające na budowie, przebudowie lub remoncie drogi o wartości minimum 5.000.000 zł”*.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje określony w SWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej. Zapisy pozostawia bez zmian.