



**ŚWIDNICKIE TOWARZYSTWO BUDOWNICTWA
SPOŁECZNEGO SP. Z O.O.**

58-100 Świdnica, ul. Głowackiego 39A

tel./fax: 74/852-55-32, 74/856-90-22

www.tbs-swidnica.eu e-mail: kontakt@tbs-swidnica.eu

Konto: PKO BP S.A. O/Świdnica 24 1020 5138 0000 9202 0008 7924
REGON 890630878, NIP 884-21-21-139, kapitał zakładowy 70 625 000
Sąd Rejonowy dla Wrocławia Fabrycznej KRS: 0000081668

Świdnica, 12-08-2024 r.

wszyscy Wykonawcy

dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr P 4/2024 pn.: „BUDOWA BUDYNKU MIESZKALNO-USŁUGOWEGO Z GARAŻEM PODZIEMNYM WRAZ Z INFRASTRUKTURĄ TECHNICZNĄ I ZAGOSPODAROWANIEM TERENU PRZY ULICY KSIĘCIA BOLKA II ŚWIDNICKIEGO 26-28 W ŚWIDNICY”

Pytania i odpowiedzi do SWZ nr 2

Zamawiający, na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) - dalej p.z.p., udziela odpowiedzi na pytanie/wniosek, które wpłynęło do treści SWZ.

Pytanie nr 1

Działając w imieniu wykonawcy (...) – niniejszym pismem, zwracam się z uprzejmą prośbą o:

- wyjaśnienie warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) /
- modyfikację warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) /
- uznanie referencji Wykonawcy w realizacji robót budowlanych na budynku użyteczności publicznej
- w sposób, który umożliwi złożenie oferty Wykonawcom, którzy posiadają dużo większe doświadczenie wykonawcze tj. doświadczenie na budynkach użyteczności publicznej.

Zgodnie z warunkiem określonym na dziś w Rozdziale IX pkt 1 ppkt 1) lit. d SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj.:

- *w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (zakończył):*

1. dwie (2) roboty budowlane, z których każda była o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł netto (słownie: siedem milionów złotych netto) i polegała na budowie budynku wielorodzinnego o powierzchni użytkowej mieszkań co najmniej 1.600 m² wraz z budową garażu podziemnego, o liczbie miejsc parkingowych nie mniejszej niż 25.

UWAGA!

Zamawiający dopuszcza możliwość wykazania się jednym zamówieniem-umową, o ile w zakresie przedmiotu zamówienia było wybudowanie więcej niż 1 budynku wielorodzinnego lub budynku użyteczności publicznej, pod warunkiem że każdy z tych budynków będzie spełniał postawiony powyżej warunek.

2. jedną (1) robotę budowlaną polegającą na budowie instalacji fotowoltaicznej zamontowanej na dachu budynku o mocy nie mniejszej niż 49 kWp,

3. jedną (1) robotę budowlaną polegającą na budowie kompletnej instalacji grzewczo-chłodzącej w budownictwie wielorodzinnym w oparciu o gruntowe pompy ciepła

z zastosowaniem mat kapilarnych o mocy grzewczej nie mniejszej niż 85 kW.

Przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego;

Przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji."

Ponieważ Zamawiający wskazał w ww. warunku, iż dopuszcza możliwość wykazania się jednym zamówieniem-umową, o ile w zakresie przedmiotu zamówienia było wybudowanie więcej niż 1 budynku wielorodzinnego lub budynku użyteczności publicznej, pod warunkiem że każdy z tych budynków będzie spełniał postawiony powyżej warunek – niniejszym Wykonawca zwraca się z uprzejmą prośbą o:

- wyjaśnienie warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) tj. udzielnie odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający rzeczywiście uzna za dopuszczalną możliwość wykazania się jednym zamówieniem-umową, o ile w zakresie przedmiotu zamówienia było wybudowanie jednego budynku użyteczności publicznej, pod warunkiem że chodzi o budynek o powierzchni użytkowej co najmniej 1.600 m² wraz z budową garażu podziemnego, o liczbie miejsc parkingowych nie mniejszej niż 25... " ?

- modyfikację dotychczasowego warunku udziału w postępowaniu wprost tj. w taki sposób, że dopuści również doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych na budynkach użyteczności publicznej, dokonując zmiany na wskazaną poniżej:

„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj.:

- w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (zakończył):

- dwie (2) roboty budowlane , z których każda była o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł netto (słownie: siedem milionów złotych netto) i polegała na budowie budynku wielorodzinnego lub jednego budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 1.600 m² wraz z budową garażu podziemnego, o liczbie miejsc parkingowych nie mniejszej niż 25... "

Uzasadnieniem dla naszej prośby - jest nasza konkurencyjność i duży zakres posiadanej wiedzy oraz doświadczenia, w tym m.in. w zakresie większym niż realizacja przedmiotu zamówienia tj. w zakresie budynków użyteczności publicznej, tym samym w pełni spełniamy szczegóły Państwa warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia).

Powyższe nie wpłynie również na gwarancję jakościowego wykonania Państwa przedmiotu zamówienia.

Cały nasz dorobek potwierdza, i jednocześnie gwarantuje Państwu, iż jesteśmy w stanie nie tylko złożyć Państwu konkurencyjną ofertę ale i w pełni zrealizować budowę przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca powołuje poniżej argumentację, wnikającą z Komentarza do ustawy Pzp, opublikowanego na stronach UZP dla określenia warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej z zastosowaniem minimalnych poziomów zdolności.

I tak, zgodnie z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę

zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Cel przepisu art. 112 ust. 1 Pzp wyznacza zespół wymagań, które zamawiający powinien uwzględnić każdorazowo przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu. Ustalając takie wymagania, zamawiający powinien z jednej strony zapewnić jak najszerszy dostęp do zamówienia, z drugiej zaś strony powinien w ograniczyć ten dostęp do podmiotów, które są w stanie realnie wykonać zamówienie.

W świetle przepisów art. 57 pkt 2 i art. 112 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu to określone przez zamawiającego pozytywne warunki uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia o charakterze podmiotowym, służące:

- ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Należyte wykonanie zamówienia oznacza wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, czyli z zachowaniem terminu, miejsca, sposobu lub jakości itp. Tak rozumiane warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć wyłącznie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.

Zamawiający powinien uwzględnić każdorazowo przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu. Ustalając takie wymagania, zamawiający powinien z jednej strony zapewnić jak najszerszy dostęp do zamówienia, z drugiej zaś strony powinien w ograniczyć ten dostęp do podmiotów, które są w stanie realnie wykonać zamówienie.

W świetle przepisów art. 57 pkt 2 i art. 112 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu to określone przez zamawiającego pozytywne warunki uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia o charakterze podmiotowym, służące:

- ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Należyte wykonanie zamówienia oznacza wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, czyli z zachowaniem terminu, miejsca, sposobu lub jakości itp. Tak rozumiane warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć wyłącznie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 16 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Wszystkie działania Zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają ocenie przez pryzmat zasad wymienionych w art. 16 Pzp.

Zasada zachowania uczciwej konkurencji.

Dotychczasowe orzecznictwo i doktryna dają wiele przykładów naruszenia tej zasady, takich jak warunki udziału w postępowaniu, które ograniczają udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom poza jednym konkretnym wykonawcą bądź nieliczną grupą wykonawców.

Zasada proporcjonalności.

W oparciu o zasadę proporcjonalności wybory dokonywane przez Zamawiającego oraz wymagania stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powinny być adekwatne do rodzaju

i zakresu zamówienia, czyli być racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem w szczególności jego rodzaju i zakresu).

Na tle dorobku orzeczniczego TSUE można uznać, że właściwym narzędziem dla oceny, czy wprowadzane warunki udziału w postępowaniu są proporcjonalne jest przeprowadzenie tzw. testu proporcjonalności w stosunku do podejmowanych rozstrzygnięć i decyzji. Oznacza to sprawdzenie, czy spełniają one cztery przesłanki:

- 1) czy są stosowane w sposób niedyskryminujący,*
- 2) czy są uzasadnione względami interesu publicznego,*
- 3) czy są odpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu służą, oraz*
- 4) czy nie są nadmierne i nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu (czy nie można osiągnąć tego celu przy pomocy mniej restrykcyjnych środków).*

Nie jest zatem wystarczający np. sam związek warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia, ale powinny być one odpowiednie i wystarczające do osiągnięcia celu, w jakim są stawiane.

Stosowanie zasady proporcjonalności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma wymiar praktyczny i wpływa korzystnie na przebieg tego postępowania.

Proporcjonalne ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu i zasad wyboru oferty najkorzystniejszej działa stymulująco na konkurencyjność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z drugiej strony brak proporcjonalności np. w kształtowaniu kryterium selekcji, polegający na postawieniu wymagań wielokrotnie wyższych niż wynika to z potrzeb samego zamówienia może być przyczyną znacznie mniejszego zainteresowania wykonawców postępowaniem.

Wpływ na liczbę wykonawców uczestniczących w postępowaniu mają przede wszystkim warunki udziału w postępowaniu (wymagania minimalne), które będą stawiane wykonawcom w celu zakwalifikowania ich do udziału w postępowaniu. Jeżeli te warunki nie są proporcjonalne do charakteru i zakresu zamówienia, powoduje to zmniejszenie zainteresowania udziałem w postępowaniu.

Swoboda określenia warunków udziału w postępowaniu i jej ograniczenia.

Warunki udziału w postępowaniu są każdorazowo indywidualizowane przez samego zamawiającego, z uwzględnieniem granic określonych w ustawie Pzp. Swoboda określenia warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną określone. Zgodnie bowiem z art. 57 pkt 2 Pzp o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający zatem może, ale nie musi określać warunki udziału w postępowaniu.

Przepis art. 112 ustawy Pzp wymienia czynniki wyznaczające granice swobody określania warunków udziału w postępowaniu, którymi są:

- 1) proporcjonalność do przedmiotu zamówienia oraz*
- 2) niezbędność do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a także*
- 3) referowanie do zdolności technicznej lub zawodowej.*

Warunki niezbędne do należytego wykonania zamówienia.

Przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp stwierdza, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Przy interpretacji tego wyrażenia należy uwzględnić postanowienia przepisu art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej, który jest wzorcem dla tej normy. Zgodnie z art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej „[instytucje zamawiające] ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia”.

Posłużenie się w przepisie art. 112 ust. 1 ustawy Pzp sformulowaniem „w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia” oznacza zatem, że zamawiający nie może swobodnie i arbitralnie kształtować warunków udziału w postępowaniu, nawet jeśli trzyma się kategorii warunków określonych ust. 2, ale przy ich określaniu musi ograniczyć się wyłącznie do wymagań niezbędnych do należytego wykonania zamówienia.

Przyjęte przez zamawiającego warunki udziału nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne do osiągnięcia celu, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia.

Prawidłowo wskazuje się w orzecznictwie KIO, iż warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie.

Związek z przedmiotem zamówienia i proporcjonalność do tego przedmiotu.

Zgodnie z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis uwzględnia zatem zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp.

W myśl postanowień art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej wszystkie wymagania dotyczące udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu. Wprawdzie z przepisu art. 112 ust. 1 ustawy Pzp wynika wprost, że warunki udziału w postępowaniu muszą być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jednak taka relacja warunkowana jest powiązaniem warunków udziału z przedmiotem zamówienia.

W pierwszym rzędzie warunki udziału nie mogą być określone w sposób abstrakcyjny, lecz muszą odnosić się do konkretnego zamówienia i jego przedmiotu. Stawiane wykonawcom wymagania podmiotowe powinny zatem znajdować umocowanie przede wszystkim w opisie przedmiotu zamówienia.

Przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do charakteru (w tym stopnia złożoności), ilości (w tym zakresu) lub znaczenia, a także przeznaczenia nabywanych robót budowlanych.

O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego.

Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania.

Minimalne poziomy zdolności.

Przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp odwołuje się do najczęściej stosowanego sposobu określenia warunków udziału w postępowaniu, polegającego na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”. Minimalne poziomy zdolności konkretyzują ogólne kryteria stosowane przy ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający nie jest zobowiązany do ustalenia minimalnych poziomów zdolności, co wynika z posłużenia się przez ustawodawcę wyrażeniem „w szczególności”. Określając je odmiennie, musi jednak określić je w sposób umożliwiający obiektywną ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Z uwagi na podaną powyżej argumentację, wnikającą z Komentarza do ustawy Pzp, opublikowanego na stronach UZP dla określenia warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej z zastosowaniem minimalnych poziomów zdolności – Wykonawca wnosi jak na wstępie niniejszego pisma.

Z góry dziękujemy za zwiększenie konkurencyjności poprzez wyjaśnienie / modyfikację – w zakresie warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej.

Jednakże informujemy, iż w przypadku braku wyjaśnienia warunku udziału w postępowaniu/modyfikacji warunku udziału w postępowaniu – będziemy zmuszeni odwołać się na warunki udziału w postępowaniu do Krajowej Izby Odwoławczej.

Odpowiedź nr 1

Zamawiający odsyła do **Modyfikacji SWZ nr 1.**

PREZES ZARZĄDU
Świdnickiego TB Sp. z o.o.

Marek Zawisza