

Biezuń, dnia 19.07.2024 r.

Gmina Biezuń
Ul. Warszawska 2
09-320 Biezuń

PRZPiFP.271.1.10.2024

Wszyscy Wykonawcy

Dotyczy postępowania nr PRZPiFP.271.1.10.2024 - prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji art. 275 pkt .1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na zadanie pn. „Rozbudowa wraz z nadbudową i przebudową budynku Miejsko – Gminnego Ośrodka Kultury w Bieźuniu”

Zamawiający – Gmina Biezuń, informuje, że w dniu 18.07.2024 r. wpłynęły pytania do niniejszego postępowania. Zamawiający zgodnie z art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) udostępnia poniżej treść zapytań wraz z odpowiedziami:

I. Wniosek o wyjaśnienie treści swz

W pkt 10.1 swz w pkt 4 lit a Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 ustawy Pzp dotyczące (...) Zdolności technicznej lub zawodowej;

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

a) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie wykonał, co najmniej dwie roboty budowlane polegające na rozbudowie i/lub przebudowie i/lub nadbudowie ogólnodostępnego obiektu kulturalnego np. kina, sale koncertowe, opery, teatry, sale kongresowe, domy kultury, teatry muzyczne o kubaturze minimum 2 400,00 m3 każda

W przypadku, gdy ww. zakres robót budowlanych będzie stanowił część robót o szerszym zakresie wykonawca zobowiązany jest wyodrębnić rodzajowo roboty budowlane niezbędne do wykazania spełniania w/w warunku.

Wykonawca zwraca uwagę, że zgodnie z art. 112 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.

Powyższe wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie (np. w wyroku KIO z 26 marca 2021 r., sygn. akt KIO 655/21, wyroku z 08 września 2021 r., sygn. akt KIO 2173/21).

W wyroku z 19 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 882/22, KIO wskazała, że:

„Jednocześnie ustawodawca ogranicza swobodę gospodarza postępowania zakazując mu stawiania wymogów, które są nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ograniczające uczciwą konkurencję czy wykraczające poza cel podmiotowej weryfikacji wykonawcy.

Każdy warunek udziału w postępowaniu musi, więc zostać przez zamawiającego merytorycznie uzasadniony i znajdować usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia. Nie można mówić o potencjale do wykonania zamówienia w sposób hipotetyczny, bez powiązania go z konkretnym świadczeniem, które ma zostać zrealizowane w ramach wykonania danej umowy, tak by możliwa była rzeczywista weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, o które się ubiega. Jak trafnie wskazał Naczelny Sąd Administracyjny „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?” (Tak. Wyrok NŚA z 20.04.2017 R., sygn. akt [II GŚK 2633/15](#))."

Również w wyroku z 29 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3489/21, KIO podkreśliła, że:

„Omawiając zasadę proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt 2180/16) Izba **odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu.** (...)

Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć, jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością, o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza, zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

W związku z powyższym, Wykonawca zwraca uwagę, że wskazany powyżej warunek udziału w postępowaniu jest warunkiem nadmiernym, przekraczającym minimalny poziom zdolności, jakich Zamawiający może wymagać od wykonawców, nieznajdującym uzasadnienia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego, a przez co ograniczającym konkurencję i krąg Wykonawców zdolnych do złożenia oferty w tym postępowaniu.

Naruszenie polega na określeniu opisu warunku udziału w postępowaniu w sposób ograniczający krąg potencjalnych wykonawców jedynie do wykonawców posiadających doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych w zakresie ogólnodostępnego obiektu kulturalnego.

Przyjmując, że przedmiotem inwestycji jest wykonanie Rozbudowy wraz z nadbudową i przebudową budynku Miejsko - Gminnego Ośrodka Kultury w Bieżuniu, Zamawiający uznał, że Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi legitymować się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych w zakresie ogólnodostępnego obiektu kulturalnego.

Powyższe założenie jest błędne, co wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie (np. w wyroku KIO z dnia 8 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 224/23, wyroku KIO z dnia 22 marca 2022 r., sygn. akt KIO 558/22, wyroku KIO z dnia 6 maja 2021 R., sygn. akt KIO 834/21).

W wyroku z dnia 8 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 224/23, KIO wskazała, że

„Sam fakt, iż określone przedsięwzięcie stanowi przedmiot zamówienia nie oznacza, że wykonawca winien legitymować się doświadczeniem w realizacji dokładnie takiego samego przedsięwzięcia. Bardzo często doświadczenie zdobyte na innych polach wciąż daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a mimo to, przez błędny opis warunków udziału, legitymowanie się takim doświadczeniem uniemożliwia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia wzięcie udziału w postępowaniu.” (...) W pierwszej kolejności należy ponownie podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu nie muszą być tożsame i identyczne z przedmiotem zamówienia. Warunki mają jedynie pozostawać w odpowiedniej proporcji do OPZ. Istotny jest także cel formułowania warunków, służą one jedynie weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Zdolny do wykonania zamówienia to nie zawsze taki wykonawca, który wykonał identyczne zamówienie z obecnie zamawianym (tak też: KIO w wyroku z dnia 25 maja 2020 r., [457/20](#)).”

W wyroku z dnia 22 marca 2022 r., sygn. akt KIO 558/22, KIO uznała, że *„Warunek powinien korespondować z przedmiotem zamówienia i pozwalać na stwierdzenie, iż wykonawca posiadający np. określone doświadczenie podoła realizacji zamówienia, jednakże posiadane doświadczenie nie musi być tożsame z przedmiotem zamówienia, gdyż wówczas mogłoby ograniczać dostęp do pozyskania zamówienia podmiotom zdolnym do realizacji zamówienia. Zamawiający nie może, zatem wymagać, aby w treści referencji posługiwano się takimi samymi pojęciami, czy też definicjami jak przyjętymi przez niego w danym Postępowaniu.”*

W wyroku z dnia 6 maja 2021 r., sygn. akt KIO 834/21, KIO stwierdziła z kolei, że „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 oni ocenę zdolności (potencjału) wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto, warunki udziału w postępowaniu powinny być określone z zachowaniem zasady proporcjonalności.”

Nieuprawnionym jest, zatem stanowisko Zamawiającego, że skoro przedmiot postępowania obejmuje wykonanie roboty budowlanej w budynku Miejsko - Gminnego Ośrodka Kultury w Bieżuniu, to Wykonawca ubiegając się o udzielenie zamówienia musi legitymować się dokładnie takim samym doświadczeniem. Takie wymaganie w nieuzasadniony sposób ogranicza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy zdolni są do jego wykonania.

Świadczeniu usług dla instytucji finansowych, uznano za niezwiązany z przedmiotem zamówienia i nieproporcjonalny,

Poniżej pytanie dotyczące przedstawionego stanu faktycznego:

W jakim celu Zamawiający, jako warunek udziału w postępowaniu wskazał doświadczenie w zakresie realizacji, co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na rozbudowie i/lub przebudowie i/lub nadbudowie ogólnodostępnego obiektu kulturalnego np. kina, sale koncertowe, opery, teatry, sale kongresowe, domy kultury, teatry muzyczne o kubaturze minimum 2 400,00 m3 każda

II. Wniosek o zmianę treści swz

W oparciu o wskazaną wyżej argumentację, działając w imieniu Wykonawcy **wnoszę o modyfikację postanowień dokumentów przedmiotowego postępowania w zakresie warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia** w ten sposób, że

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 ustawy PZPN dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej;

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

*a) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie wykonał, co najmniej dwie roboty budowlane polegające na rozbudowie i/lub przebudowie i/lub nadbudowie **obiektu użyteczności publicznej** o kubaturze minimum 2 400,00 m³ każda*

W przypadku, gdy ww. zakres robót budowlanych będzie stanowił część robót o szerszym zakresie wykonawca zobowiązany jest wyodrębnić rodzajowo roboty budowlane niezbędne do wykazania spełniania w/w warunku.

Doświadczenie zdobyte w zakresie obiektów użyteczności publicznej będzie wystarczające, aby dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Jednocześnie, z uwagi na fakt, że dokonane modyfikacje są istotne dla sporządzenia ofert, **niezbędne jest przedłużenie terminu składania ofert.**

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż zmienia warunek udziału w postępowaniu określony w SWZ w punkcie 10.1)4)a) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej na następujący:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

a) W okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie wykonał co najmniej dwie roboty budowlane polegające na rozbudowie i/lub przebudowie i/lub nadbudowie **obiektu użyteczności publicznej** o kubaturze minimum 2 400,00 m³ każda

W przypadku, gdy ww. zakres robót budowlanych będzie stanowił część robót o szerszym zakresie wykonawca zobowiązany jest wyodrębnić rodzajowo roboty budowlane niezbędne do wykazania spełniania w/w warunku.

Z uwagi na w/w modyfikację, zmianie ulega treść SWZ, ogłoszenie o zamówieniu oraz termin składania ofert.