Wszyscy Wykonawcy
biorący udział w postępowaniu

Znak sprawy: ZEOŚ.271.6.2020
ZP. 175/20

Data: 13 listopada 2020 r.

Dotyczy: przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie parku miejskiego im. Stefana Złotnickiego w Zduńskiej Woli wraz z pielęgnacją i konserwacją uszczelnionych zbiorników wodnych o zamkniętym obiegu wody".

Wyjaśnienia nr 1

Na podstawie art. 38 ust. 1 i ust. 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej ustawą, Zamawiający Miasto Zduńska Wola udziela niniejszym wyjaśnień w związku z zadanymi pytaniami przez Wykonawców – uczestników niniejszego postępowania przetargowego.

Pytanie 1

Zamawiający w niniejszym postępowaniu, odmiennie aniżeli w przetargach ogłaszanych na tożsame usługi w latach poprzednich zaniechał dokonania podziału zamówienia na części. Już na wstępie wskazać należy, że na podstawie ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020, dalej: „nowelizacja Pzp"), wprowadzono nowy przepis art. 96 ust. 1 pkt 11), zgodnie z którym w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części. Powyższy przepis stanowi implementację do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej (tj. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) który stanowi, że instytucje zamawiające mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach; mogą też określić wielkość i przedmiot takich części. Z wyjątkiem zamówień, w przypadku których podział był obowiązkowy na mocy ust. 4 niniejszego artykułu, instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy.

Zgodnie Raportem dotyczącym stosowania art. 96 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp opublikowanym przez Urząd Zamówień Publicznych (https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/37662/Raport-art-96-ust-1-pkt-11.pdf) „zasadniczym celem powyższej regulacji jest zwiększenie udziału małych i średnich przedsiębiorstw (dalej: „MŚP") w rynku zamówień publicznych, a także zwiększenie konkurencji między wykonawcami. Ustawodawca europejski w motywie 78 preambuły do dyrektywy klasycznej wskazał, że zamówienia publiczne powinny być dostosowane do potrzeb MŚP. W tym celu odwołuje się do stosowania najlepszych praktyk określonych w dokumencie roboczym służb Komisji Europejskiej z dnia 25 czerwca 2008 r.: Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych. Przedmiotowy dokument zawiera wytyczne dotyczące analizy potrzeby dzielenia na części dużych zamówień. W dyrektywie klasycznej w odniesieniu do dużych zamówień wskazano, że podziału takiego można dokonać na:

1) zasadzie ilościowej, tak by wielkość poszczególnych zamówień lepiej odpowiadała możliwościom MŚP, lub

98-220 ZDUŃSKA WOLA, UL. STEFANA ZŁOTNICKIEGO 12
SEKRETARIAT +48 43 825 02 01
CENTRALA +48 43 825 02 00
FAX +48 43 825 02 02
WWW.ZDUNSKAWOLA.PL
WWW.BIP.ZDUNSKAWOLA.PL
E-MAIL: URZAD_MIASTA@ZDUNSKAWOLA.PL
SEKRETARIAT@ZDUNSKAWOLA.PL

2) zasadzie jakościowej, z uwzględnieniem różnych zaangażowanych branż i specjalizacji, tak by w większym stopniu dostosować treść poszczególnych zamówień do wyspecjalizowanych sektorów MŚP, lub

3) zasadzie różnych kolejnych etapów projektu"

Jednocześnie, zgodnie z powołanym raportem w przypadków zamówień na usługi – „w 70% analizowanych zamówień (7 z 10) zamówienie zostało podzielone na części, zaś w 100% zamówień, w których nie dokonano podziału na części (3 z 3), zostały wskazane powody niedokonania podziału zamówienia"

Mając na względzie fakt, że w postępowaniach ogłaszanych w latach ubiegłych Zamawiający nie widział przeszkód do dokonania podziału zamówienia na części należy uznać, że dokonanie podziału zamówienia na części jest oczywiście możliwe tj. np. podział vide przetarg IT.OŚ.271.40.2018:

a) „Pielęgnacja i konserwacja uszczelnionych zbiorników wodnych o zamkniętym obiegu wody wraz z urządzeniami technicznymi znajdującymi się na terenie Parku im. Stefana Złotnickiego w Zduńskiej Woli.",

b) „Utrzymanie Parku Miejskiego im. Stefana Złotnickiego w Zduńskiej Woli wraz z toaletą publiczną.",

W konsekwencji, zdziwienie budzi fakt, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający zaniechał takiego podziału. Wątpliwe jest także faktyczne istnienie powodu do zaniechania dokonania tego podziału przez Zamawiającego. Należy także zauważyć za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2236/17

„Swoboda zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części ograniczona jest zasadą uczciwej konkurencji. Należy zatem badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia, co do ilości części nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie"

Brak podziału zamówienia na części stanowi jednak tylko niejako wstęp do sformułowania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w sposób jawnie naruszający przepisy ustawy PZP tj. art. 22 ust. 1 ustawy PZP zgodnie z którym:

1a. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z pkt. V.1.2 a) SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

„w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedną usługę przez okres dwóch sezonów wegetacyjnych o wartości nie mniejszej niż 285 000,00zł, polegającą na utrzymaniu zamkniętego ekosystemu wodnego o powierzchni nie mniejszej niż 10 000,00m2. „

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający zobligowany jest do bezwzględnego przestrzegania zasady proporcjonalności formułując warunki dopuszczające do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z wyrokiem zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 1859/19, Zasada proporcjonalności przy opisywaniu warunków udziału w postępowaniu. - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej LEX nr 2745384 - wyrok z dnia 4 października 2019 r.

TEZA | aktualna

Zgodnie z art. 22 ust. 1a p.z.p., zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności

wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Za minimalne poziomy zdolności należy uznać takie wartości, wielkości lub wymagania, które nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji (umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogliby należycie wykonać także inni wykonawcy). Zamawiający co prawda może określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem że nie spowoduje to wyeliminowania z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy mogą to zamówienie wykonać.

Postawiony przez Zamawiający w pkt. V.1.2 a) SIWZ wymóg narusza zasadę proporcjonalności w następujący sposób. Po pierwsze, oczekiwanie wylegitymowania się przez Wykonawcę doświadczeniem w utrzymaniu zamkniętego ekosystemu wodnego o powierzchni nie mniejszej niż 10 000,00m2. dla przedmiotu zamówienia, którego realizacja w przeważającej części polega na utrzymaniu samego Parku (czemu dał wyraz Zamawiający w latach ubiegłych wydzielając czynności utrzymania parku oraz zbiorników wodnych o zamkniętym obiegu wody) jest oczekiwaniem nadmiernym. Nadto, skoro sam Zamawiający w latach ubiegłych dzielił zamówienie na dwie części a tym samym dopuszczał realizację przedmiotu zamówienia w różnych częściach przez różnych Wykonawców to formułując warunek w taki sposób, że dla realizacji przedmiotu zamówienia wymagane jest doświadczenie w utrzymaniu zamkniętego ekosystemu wodnego o powierzchni nie mniejszej niż 10 000,00m2 eliminuje z udziału w postępowaniu każdego z Wykonawców który realizował należycie w latach ubiegłych samodzielną część zamówienia. Tego rodzaju działanie należy uznać za jawnie naruszające zasady formułowania warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 22 ust. 1a ustawy PZP. Okoliczność powyższą potwierdza wyrok KIO 1233/19, Warunki udziału w postępowaniu a naruszenie zasady uczciwej konkurencji. - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej LEX nr 2730209 - wyrok z dnia 18 lipca 2019 r.

TEZA | aktualna

Zasadniczym problemem jaki powstaje na gruncie określania warunków udziału w postępowaniu oraz ich proporcjonalności, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Opisując sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zamawiający definiuje cechy podmiotu, jakie są obiektywnie adekwatne dla uznania, że wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia i daje gwarancję wiarygodności. Warunki udziału w postępowaniu związane są z przymiotami wykonawcy, poprzez które zamawiający określa, zgodnie z potrzebami danego postępowania, które powinny być rzeczowo uzasadnione, jakie doświadczenie i wiedza pozwolą na uznanie wykonawcy za wiarygodnego partnera. Jednakże granicą wymagań zamawiającego, co do opisu sposobu oceny spełniania warunku, jest przestrzeganie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych - równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

TEZA | aktualna

Opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu należy dokonać w sposób proporcjonalny, a więc z uwzględnieniem charakteru zamówienia, ilości lub jego znaczenia oraz przeznaczenia. Minimalny poziom wymagań postawionych przez zamawiającego nie powinien przy tym prowadzić do eliminacji z postępowania wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Niemniej jednak celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, ale tylko tych wykonawców, którzy wykażą swą zdolność do należytego wykonania danego zamówienia. Dlatego też opisany przez zamawiającego

warunek udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonania oceny jego spełnienia powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. powinien być niezbędny do realizacji jego celu, czyli ograniczenia ryzyka wyboru wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest przy tym zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi wówczas, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

Zamawiający eliminując z udziału w postępowaniu Wykonawców realizujących dotychczas zamawiane usługi nie tylko dopuszcza się naruszenia przepisów ustawy PZP, ale również istnieje ryzyko naruszenia zasad dyscypliny finansów publicznych i wydatkowania środków publicznych w sposób możliwie najbardziej racjonalny. Tak określone warunki udziału w postępowaniu dopuszczają do udziału w postępowaniu wyłącznie Wykonawców o bardzo dużej, ogólnokrajowej lub europejskiej sile działania eliminując mniejsze przedsiębiorstwa dające rękojmie należytej realizacji przedmiotu zamówienia za niższą cenę.

Niezależnie od okoliczności wskazanych powyżej wskazać należy, że minimalne poziomy zdolności nie mogą oznaczać żądania wykazania doświadczenia w realizacji usług 1:1 tożsamych z usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia. Wielokrotnie okoliczność powyższa była potwierdzana przez Krajową Izbą Odwoławczą – tak min. KIO 1219/19, Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia. - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

LEX nr 2729791 - wyrok z dnia 11 lipca 2019 r.

TEZA | aktualna

Warunek ma służyć ocenie zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, nie zaś spełnieniu przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Przedmiotem dostawy, w ramach postawionego warunku, nie musi zaś być przedmiot dostawy w identycznej konfiguracji, jak również dostawa wykazana w ramach warunki nie musi być zrealizowana na rzecz tożsamego z Zamawiającym podmiotu.

TEZA | aktualna

Celem warunku jest ocena minimalnych zdolności wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia przy założeniu, że jeżeli wykonawca zrealizował z sukcesem zbliżone dostawy, jest również w stanie dokonać realizacji zbliżonego zamówienia, o ile cechuje się ono podobnymi właściwościami, zaś oferowany przedmiot dostawy jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Realizacji tego celu służyć ma sformułowana w treści art. 22 ust. 1a p.z.p. zasada proporcjonalności, którą należy odczytywać w ten sposób, że podmiot zamawiający nie powinien przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu stosować wymagań nadmiernych do przewidzianego do osiągnięcia celu jakim jest wyłonienie wykonawcy potencjalnie zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia.

KIO 916/19, Warunki udziału w postępowaniu a zasada proporcjalności. - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej LEX nr 2696044 - wyrok z dnia 4 czerwca 2019 r.

TEZA | aktualna

Warunek udziału w postępowaniu ustalony przez zamawiającego podlega ocenie pod kątem proporcji do opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia oraz zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warunek ten nie może być nadmierny i w nieuzasadniony sposób eliminować z udziału w postępowaniu wykonawców

zdolnych do wykonania zamówienia. Wynika to nie tylko z zasad prowadzenia postępowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, ale znajduje bezpośrednie potwierdzenie w treści art. 22 ust. 1a p.z.p. stanowiącym o minimalnych poziomach zdolności.

Mając na względzie wszystkie powyższe okoliczności Wykonawca wnioskuje o doprowadzenie do zgodności postanowień SIWZ z przepisami ustawy PZP oraz nadanie pkt. V.1.2 a) SIWZ brzmienia:

„w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedną usługę przez okres dwóch sezonów wegetacyjnych o wartości nie mniejszej niż 285 000,00zł.,"

Odpowiedź:

Na wstępie podkreślenia wymaga fakt, że art. 38 ust. 1 Ustawy pozwala na wyjaśnianie jedynie wątpliwości związanych z treścią SIWZ, nie powinno więc na jego podstawie domagać się wprowadzenia zmian do SIWZ, polemizować z treścią jej zapisów na innej drodze niż odwołanie czy też zadawać Zamawiającemu pytania związane wprawdzie z postępowaniem, ale niebędące treścią SWIZ.

Pomimo powyższego, Zamawiający zauważa, że argumentacja Wykonawcy jest całkowicie chybiona bowiem przedmiotowe zamówienie zostało już podzielone na części i postępowanie prowadzone pod nazwą: „Utrzymanie parku miejskiego im. Stefana Złotnickiego w Zduńskiej Woli wraz z pielęgnacją i konserwacją uszczelnionych zbiorników wodnych o zamkniętym obiegu wody" jest częścią większego postępowania. Postępowania są prowadzone w ramach oddzielnych postępowań i należy podkreślić, że szacowana wartość sumy tych postępowań przekracza tzw. progów unijnych i jest realizowana poprzez ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Gdyby przedmiotowe zamówienie nie było częścią większego zamówienia, nie byłoby prowadzone w takim reżimie Ustawy.

Zamawiający zatem informuje, że podtrzymuje zapisy SIWZ.

<u>Środki ochrony prawnej</u>

Zgodnie z art. 179-198g ustawy Prawa zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 1843 ze zm.) przysługują Państwu środki ochrony prawnej.

Signed by /
Podpisano przez:

Marcin Alberczak
Miasto Zduńska Wola

Date / Data: 2020-11-13 10:09