

TWŁ.DP.241. 7. 1061 .2024

### **Wykonawcy**

uczestniczący w postępowaniu

*dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez przeprowadzania negocjacji na zakup okotowania sceny dla Teatru Wielkiego w Łodzi ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 kwietnia 2024 roku pod numerem 2024/BZP 00302453/01, numer referencyjny sprawy: DP/TP/03/2024*

### **WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA**

W związku z nadesłanymi pytaniami, dotyczącym treści Specyfikacji warunków zamówienia (dalej SWZ), na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późniejszymi zmianami, dalej uPzp) Zamawiający wyjaśnia co następuje:

#### **Pytanie:**

1. wnoszę o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia przedmiotowego dla sprawy zamówienia „Zakup okotowania sceny dla Teatru Wielkiego w Łodzi” (dalej także: „SWZ”) poprzez podanie:
  - 1) czy warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wskazany w Rozdziale 4. pkt. 3 SIWZ należy rozumieć w ten sposób, że aby spełnić ten warunek Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, wykonał co najmniej 1 (jedną) dostawę profesjonalnego okotowania dla scen operowych, operetkowych lub teatralnych lub innych profesjonalnych sal koncertowych / widowiskowych o wartości minimum 350 000,00 (trzysta pięćdziesiąt tysięcy) złotych brutto na podstawie jednej umowy i na rzecz jednego podmiotu czy też należy rozumieć ten warunek w ten sposób, że dostawa ta mogła następować na rzecz kilku podmiotów i na podstawie więcej niż jednej umowy?
  - 2) jak rozumieć należy UWAGĘ 2 do warunku opisanego powyżej: „w przypadku wykazywania warunku przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum, spółka cywilna) Zamawiający dopuszcza łączne spełnianie warunku.” –czy w takim wypadku wystarczające byłoby celem spełnienia warunku wykazanie, że każdy z konsorcjantów wykonał w podanym w warunku okresie zamówienie o wartości np. 200000,00 zł (a więc 2x200000,00 zł > 350000,00 zł) czy też treść warunku w tym zakresie należy rozumieć w inny sposób, a jeśli tak, to jaki? W jaki sposób co najmniej dwa podmioty mogą łącznie spełnić warunek wykonania jednej dostawy na co najmniej 350000,00 zł?
2. wyjaśniam, że w ocenie Wykonawcy:
  - 1) w doktrynie oraz orzecznictwie przyjmuje się za dopuszczalne, aby wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie umowy lub większą liczbę umów jako

jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem oraz celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich –co w niniejszej sprawie nie nastąpiło (zob. wyrok TS z 4.05.2017 r., C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. v. Województwo Łódzkie, EU:C:2017:338);

- 2) skoro dopuszcza się łączne spełnienie warunku, to takie jego ukształtowanie jest sprzeczne z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, albowiem mogłoby dojść do złożenia ofert przez 3 konsorcjantów, z których każdy wykonałby dostawy na 120000,00 zł i warunek zostałby spełniony, podczas gdy Wykonawca, który złożyłby ofertę indywidualną, a legitymował się samodzielnie wykonanymi dostawami o wyżej opisanej wartości 3 x 120000,00 zł, nie spełniłby warunku, co prowadziłoby do jego nieuprawnionego pokrzywdzenia, albowiem taki wykonawca indywidualny dysponowałby przecież co najmniej taką samą, a w istocie większą zdolnością techniczną do wykonania zamówienia niż tychże 3 konsorcjantów, którzy wykonywali je zupełnie niezależnie,
- 3) w ocenie Wykonawcy w przedmiotowym dla sprawy okresie 3 lat poprzedzających termin złożenia ofert brak było na rynku polskim zamówień publicznych o przedmiocie wskazanym w wyżej opisanym warunku, o wartości powyżej 350000,00 zł brutto, realizowanych na rzecz jednego podmiotu, zatem warunek ten jawi się jako w istocie niemożliwy do spełnienia i całkowicie nieproporcjonalny,
- 4) w piśmiennictwie wskazuje się, że warunek udziału w postępowaniu ustalony przez zamawiającego podlega ocenie pod kątem proporcjonalności do opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia oraz zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warunek ten nie może być nadmierny oraz w nieuzasadniony sposób eliminować z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawców zdolnych do jego wykonania. Nie tylko wynika to z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, lecz także znajduje bezpośrednie potwierdzenie w treści ust. 1 in fine komentowanego przepisu, stanowiącego o minimalnych poziomach zdolności. Wykroczenie poza całokształt działalności wykonawcy lub poza zasoby niezbędne do realizacji umowy uznaje się za nieproporcjonalne.<sup>1</sup>,
- 5) jedynie podmioty zagraniczne działające na rynku polskim mogłyby potencjalnie spełnić warunek udziału w postępowaniu, zaś dostawy powyżej 350000,00 zł przez te podmioty realizowane, były (jeśli w ogóle) najprawdopodobniej dokonywane w ramach postępowania na dostawę sukcesywną lub dostawę dla podmiotu zagranicznego,
- 6) w obliczu bardzo wysokiej inflacji i dynamicznego wzrostu cen surowców i materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotowego dla sprawy zamówienia, dostawy realizowane przed wybuchem pandemii COVID-19, o wartości znacznie niższej niż 350000,00 zł, cechowały się tym samym rozmiarem przedsięwzięcia (a jedynie niższą wartością), a zatem ich realizacja wskazuje na zdolność techniczną i zawodową Wykonawcy do wykonania niniejszego zamówienia, zwłaszcza że swoją zdolność do wykonania zamówienia w zakresie ekonomicznym i finansowym Wykonawca spełni w sposób opisany w SIWZ, a dostawy o takich samych rozmiarach i trudności (a jedynie znacznie „tańsze” z uwagi na inflację) już realizował.,
- 7) fakt, że Wykonawca uszył w podanym w SIWZ okresie 3-letnim podobnej wielkości kurtyny (wielkość pojedynczych dostarczanych przez Wykonawcę już wcześniej na rzecz

innych podmiotów kurtyn jest taka sama lub przewyższa wymiarem maksymalną zamawianą obecnie wielkość pojedynczej kurtyny, których jest łącznie w niniejszym zamówieniu kilkanaście) wskazuje na zdolność Wykonawcy do realizacji zamówienia pod kątem technicznym i zawodowym, albowiem Wykonawca posiada tkaninę na stanie i ma zdolności finansowe, aby zadanie wykonać. zatem na jego zdolność do wykonania zamówienia nie może wpływać fakt, że liczba jednorazowo zamawianych, pojedynczych kurtyn jest w przypadku tego zamówienia większa, co wpływa jedynie na zawyżoną wartość całego zamówienia, ale nie spowoduje dla Wykonawcy trudności technicznych czy logistycznych przy realizacji zamówienia (technologia pozostaje ta sama –zwiększa się jedynie liczba kurtyn),

a w związku z wątpliwościami i nieprawidłowościami opisanymi w pkt. 1 i 2 powyżej:

3. wnoszę o dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji treści SWZ, w ten sposób, że: w rozdziale 4 pkt. 3 fragment SIWZ:

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek określony w art. 116 ust. 1 uPzp, jeżeli w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, Wykonawca należycie wykonał lub wykonuje co najmniej 1 (jedną) dostawę profesjonalnego okotowania dla scen operowych, operetkowych lub teatralnych lub innych profesjonalnych sal koncertowych / widowiskowych o wartości minimum 350 000,00 (trzysta pięćdziesiąt tysięcy) złotych brutto.”

zostanie zastąpiony fragmentem

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek określony w art. 116 ust. 1 uPzp, jeżeli w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, Wykonawca należycie wykonał lub wykonuje dostawy profesjonalnego okotowania dla scen operowych, operetkowych lub teatralnych lub innych profesjonalnych sal koncertowych / widowiskowych o łącznej wartości minimum 350 000,00 (trzysta pięćdziesiąt tysięcy) złotych brutto.”

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści SWZ.

Odpowiadając na pierwszą część pytania – Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże wykonanie co najmniej 1 (jednej) dostawy o wartości minimum 350 000,00 (trzysta pięćdziesiąt tysięcy) złotych brutto. Wykazanie większej ilości zrealizowanych dostaw, spełniających kryterium cenowe, nie zostanie uznane za niespełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca sam zauważył, że Zamawiający ograniczył ilość do jednej dostawy, proponując modyfikację.

Przedmiotem dostawy winno być profesjonalne okotowanie dla scen operowych, operetkowych lub teatralnych lub innych profesjonalnych sal koncertowych / widowiskowych. Okres, w jakim dostawa winna być wykonana został ograniczony do okresu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, natomiast jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Zapis z Uwagi nr 2 Zamawiający wywiódł bezpośrednio z art. 117 uPzp – w przypadku wspólnej oferty kilku wykonawców (konsorcjum, spółka cywilna) wystarczającym będzie spełnienie powyższego warunku (w całości) przez jednego z współwykonawców.

Z poważaniem

DYREKTOR

Teatru Wielkiego w Łodzi  
prof. Marcin Nałęcz-Niesiołowski

Główny specjalista  
ds. zamówień publicznych  
Agnieszka Iwanowska