

Stargard 15.03.2021 r.

Otrzymują wszyscy Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne: **Rekultywacja kwatery nr V składowiska Odpadów zlokalizowanego na terenie Instalacji Komunalnej w Łęczycy, gmina Stara Dąbrowa – etap II - znak sprawy: ZP 01/2021**

W dniu 12 marca 2021 roku do Zamawiającego wpłynęły następujące zapytania:

Pytanie 1

Zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej określił:

„a) Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy składający ofertę wykazali się, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonaniem co najmniej jednej roboty polegającej na przeprowadzeniu rekultywacji terenu o powierzchni minimum 2,5 ha;”.

Wykonawca zwraca się z pytaniem czy Zamawiający dopuści doświadczenie z ostatnich 10 lat? Ewentualnie, czy Zamawiający zmieni warunek w ten sposób, iż dla wykonania przedmiotowego zamówienia wystarczające jest posiadanie przez Wykonawców następującego doświadczenia dającego rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia:

- 1) wykonanie robót ziemnych, w zakres których wchodzi wykonanie wykopów, formowanie nasypów ziemnych i przemieszczanie mas ziemnych oraz
- 2) wykonanie robót polegających na uszczelnieniu dna i skarp kwatery.

Uzasadnienie

Wskazujemy, iż określony przez Zamawiającego warunek zaburza poziom konkurencji w postępowaniu oraz jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Żądanie od Wykonawców wykazania się doświadczeniem konkretnie w przeprowadzeniu rekultywacji i to w okresie ostatnich 5 lat ogranicza konkurencję, albowiem niewielu wykonawców w Polsce jest w stanie wykazać się takimi referencjami. W istocie prace, które składają się na rekultywację, wykonuje wiele firm na rynku - działających jako podwykonawcy. Nadto podobne prace wykonywane są przy innych zamówieniach, np. podobnych robotach budowlanych.

Oznacza to, że szersze grono Wykonawców jest w stanie dać rękojmię prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia, gdyż wykonują oni prace składające się na te roboty, tj. prace ziemne, wykopy, formowanie nasypów, przemieszczanie mas ziemnych, etc. Jednakże firmy te, co naturalne, nie posiadają referencji w brzmieniu określonym przez Zamawiającego.

Poprzez takie nieuzasadnione doprecyzowanie warunku zarówno przedmiotowo jak i czasowo, Zamawiający w istocie ograniczył dostęp do zamówienia przez doświadczonych Wykonawców, którzy są w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Jednocześnie nadmiernie precyzyjna konstrukcja warunku udziału w postępowaniu umożliwi udział w niniejszym zamówieniu tylko uprzywilejowanej grupie Wykonawców lub wymusza na Wykonawcach utworzenie konsorcjów. W tym miejscu wskazujemy na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2018 r., (KIO 83/18), w którym KIO wskazało, że warunki udziału w postępowaniu muszą mieć na celu zapewnienie wyboru wykonawcy mającego odpowiedni potencjał, nie mogą natomiast, w oderwaniu od tego celu, wymuszać zawiązywania konsorcjów. Możliwość utworzenia konsorcjum nie powoduje, że warunek taki staje się zgodny z przepisami Pzp.

Pragniemy zauważyć, iż w podobnych postępowaniach Zamawiający nie stawiają tak skonkretyzowanych warunków udziału w postępowaniu. Jako przykłady wskazujemy:

1. Postępowanie: Rekultywacji kwatery „C” składowiska odpadów komunalnych na terenie miasta Tomaszów Lubelski

Warunek: 4.7.3. Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 4.2.lit. c), jeżeli wykaże, że: a) w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty

budowlane obejmujące swym zakresem roboty ziemne i inne im towarzyszące o wartości min. 1000000 zł.(netto).

Link: <http://pgkim-tomaszow.pl/wp-content/uploads/2019/08/SIWZ-1.pdf> 2. Postępowanie: Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne i obojętne w Nowosadach.

Warunek: Warunek ten będzie spełniony, jeżeli Wykonawca udokumentuje że wykonał przynajmniej 1 zamówienie w zakresie robót ziemnych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały prawidłowo wykonane. Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków wymaganych od Wykonawców nastąpi na podstawie dokumentów złożonych przez Wykonawców i oparty będzie na zasadzie spełnia/niespełnia.

Link:

http://bip.ug.hajnowka.wrotapodlasia.pl/tab_oglosze/przetargi/archprzetiwyn/przeRok2010/si_wz_rekultyw_skladowi.html

3. Postępowanie: Rekultywacja składowiska odpadów w miejscowości Józefów-etap II.

Warunek: brak warunków udziału w postępowaniu

Link: http://www.ejzefow.pl/images/przetargi/przetarg_rso_2020/SIWZ.pdf

4. Postępowanie: Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych w Gołdapi przy ul. Gumbińskiej w ramach projektu pn.: Rekultywacja składowisk odpadów komunalnych w Kośmidrach i w Gołdapi przy ul. Gumbińskiej.

Warunek: Dla uznania, że wykonawca spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający wymaga, by wykonawca wykazał, iż wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres, prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone roboty budowlane związane z przedmiotem zamówienia, przy czym za takie roboty Zamawiający uzna: - roboty obejmujące co najmniej jedno zamówienie w zakresie wykonywania robót ziemnych w tym (niwelacje terenu, wykonywanie skarp, wykopów szeroko przestrzennych, kształtowanie terenu itp.) o wartości min. 300 000,00 zł brutto

Link: <http://bip.goldap.pl/pl/1227/4644/ogloszenie-o-zamowieniu-pn-rekultywacja-skladowiska-odpadow-komunalnych-w-goldapi-przy-ul-gumbinskiej-w-ramach-projektu-pn-rekultywacja-skladowisk-odpadow-komunalnych-w-kosmidrach-i-w-goldapi-przy-ul-gumbinskiej-.html>

5. Postępowanie: Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych w miejscowości Moczydła , gmina Jakubów

Warunek: W tym celu należy wykazać, iż Wykonawca wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tj. rekultywacja, budowa, przebudowa składowisk odpadów lub roboty budowlane ziemne (niwelacja terenu, wykonywanie wykopów itp.) o wartości co najmniej 50 000,00 zł.

Link: <http://bip.jakubow.pl/?a=5854>

6. Postępowanie: Rekultywacja składowiska odpadów komunalnych w Wojcieszowie

Warunek: wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na rekultywacji lub budowie/przebudowie składowiska odpadów albo polegające na wykonaniu robót ziemnych z zakresu budowy/rozbudowy/przebudowy wałów, nasypów, grobli, dróg, cieków lub zbiorników wodnych, o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto każda.

Link:

https://gminawojcieszow.bipgmina.pl/wiadomosci/3/wiadomosc/420854/rekultywacja_skladowiska_odpadow_komunalnych_w_wojcieszowie_ofer

Powyższe przykłady potwierdzają Nasze stanowisko, iż określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu ograniczają dostęp do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Wskazujemy, iż zgodnie z treścią art. 16 ustawy Pzp: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny”.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę, iż zgodnie z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej określenie warunku weryfikującego doświadczenie wykonawcy w realizacji zamówień winno odbywać się na płaszczyźnie zamówienia podobnego, a nie takiego samego (identycznego co do zakresu) jak w OPZ. Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Świdnicy: "Przy opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający obowiązany jest zatem zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców" (wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z 20.12.2005 r., II Ca 584/05, niepubl.).

Co istotne w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż dla wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie trzeba wykazywać doświadczenia w zakresie usług tożsamy, identycznych z przedmiotem zamówienia, ale takich, które są do nich zbliżone, podobne pod względem rodzaju czy charakteru. Domaganie się przez zamawiającego doświadczenia tożsamego z przedmiotem zamówienia jest z mocy ustawy wyłączone (np. wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2011 r. i uchwała KIO z dnia 28 sierpnia 2012 r., KIO/KD 76/12). Po drugie, mając na uwadze poczynione wyżej uwagi, Wykonawca wnosi o zmianę przyjętego w warunku okresu badanego doświadczenia Wykonawcy poprzez dopuszczenie wykazania robót budowlanych wykonanych w okresie dłuższym, niż ostatnie 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Wykonawca wskazuje, iż okres 5 lat jest zdecydowanie za krótki i zaburzący poziom konkurencji. Dla przedmiotowego zamówienia okres badanego doświadczenia powinien wynosić co najmniej ostatnie 10 lat przed upływem terminu składania ofert.

Na powyższe wskazuje także treść pytań zadanych w dniu 10 marca przez innego Wykonawcę, który również wnioskował o przedłużenie okresu badanego doświadczenia. Potwierdza to tylko, że dla wielu Wykonawców 5-letni okres badanego doświadczenia jest za krótki, a tym samym ograniczający konkurencję. To powinno stanowić dla Zamawiającego dostateczny asumpt do tego, aby wprowadzić przedmiotową zmianę.

Wykonawca wskazuje, iż zgodnie z § 9 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może dopuścić, aby wykaz dotyczył robót budowlanych wykonanych w okresie dłuższym niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2.11.2016 r. (KIO 1959/16) zgodnie z którym „przepis § 2 ust. 5 pkt 2 r.w.r.d. (odpowiednik aktualnego § 9 ust. 4 pkt 1 ww. Rozporządzenia – przypis Wykonawcy) ma charakter fakultatywny dla zamawiającego. Jednak w sytuacji, gdyby ustalone przez zamawiającego na podstawie § 4 ust. 2 r.w.r.d. warunki miały doprowadzić do zaburzenia odpowiedniego poziomu konkurencji, zamawiający będzie zobligowany do wydłużenia terminu zgodnie z § 2 ust. 5 pkt 2 r.w.r.d. Tego rodzaju konstatacja wynika również z jednej z podstawowych dla postępowań o udzielenie zamówień publicznych zasad, tj. zawartej w art. 7 p.z.p. zasady zachowania uczciwej konkurencji.”.

Powyższe orzeczenie zachowuje aktualność w obecnym stanie prawnym, gdyż regulacje aktualnego Rozporządzenia są analogiczne do Rozporządzenia obowiązującego przed wejściem w życie nowego prawa zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe pytania Wykonawca wnosi o udzielenie przez Zamawiającego rzetelnych i jasnych wyjaśnień zawierających uzasadnienie odpowiedzi na zadane pytania oraz wnioskowane zmiany.

Prośba taka znajduje swoje uzasadnienie w Wyroku z dnia 4 czerwca 2020 r. KIO 505/20, zgodnie z którym: „Zdaniem Izby zamawiający w każdym przypadku oświadczając „Zgodnie z SIWZ”, nie udzielił odpowiedzi na te pytania. Oświadczenie takie nie stanowi rzeczywistego wyjaśnienia, gdyż odsyła jedynie SIWZ. (...) Obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o zamówienia publiczne jest współdziałanie z zamawiającym polegające na zadawaniu pytań wyjaśniających treść SIWZ (vide: wyrok SN z 5 czerwca 2014 r. sygn. akt CSK 626/13), zatem analogicznym obowiązkiem zamawiającego jest udzielanie rzetelnych i jasnych wyjaśnień”.

W konkluzji wskazujemy, iż zmiana warunku udziału w postępowaniu jest zasadna, oraz wyrażamy przekonanie, że Zamawiający zmieni brzmienie warunku udziału w postępowaniu i będzie respektował podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że zmienia zapisy SWZ w pkt. 6.2 pkt 1 lit a i otrzymuje on brzmienie „a) Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy składający ofertę wykazali się, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonaniem co najmniej jednej roboty polegającej na przeprowadzeniu rekultywacji terenu o powierzchni minimum 1 ha lub wykażą się doświadczeniem w zakresie prawidłowego wykonania robót polegających na wykonaniu robót ziemnych, w zakres których wchodzi wykonanie wykopów, formowanie nasypów ziemnych i przemieszczanie mas ziemnych oraz wykonanie robót polegających na uszczelnieniu dna i skarp kwatery o powierzchni minimum 1 ha.

Pytania i odpowiedzi stanowią integralną część postępowania.