

WŁ-ZPZ.271.17.2024.TS

Władysławowo, 30.04.2024 r.

Dot. Postępowania nr 17/2024 Termomodernizacja internatu Albatros oraz budowa

łącznika z krytą pływalnią w OPO we Władysławowie – **odpowiedź na pytania – pakiet nr 3**

Niniejszym Zamawiający informuje, iż w postępowaniu wpłynęło pismo o następującej treści (Zamawiający cytuje w całości):

„PYTANIE DO SWZ nr 17/2024

Dotyczy warunków udziału w postępowaniu. Czy Zamawiający uznaje za spełniające wymogi SWZ doświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy Wykonawcy ci w tym samym składzie osobowym wykonali wspólnie w całości dwie te same roboty spełniające warunki określone w pkt 9.2.I SWZ (doświadczenie).

W przypadku odpowiedzi negatywnej, wnosimy o dostosowanie zapisów SWZ do przepisów art. 117 ust. 1 p.z.p. poprzez wprowadzenie obiektywnie uzasadnionych i niedyskryminujących warunków udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności przez zapewnienie, że w przypadku gdy Wykonawcy, którzy dotychczas wspólnie w całości w tym samym składzie wykonywali roboty budowlane spełniające wymogi doświadczenia ustalone w SWZ nie są pozbawieni możliwości udziału w przetargu jedynie z uwagi na charakter ich udziału w postępowaniu (wspólny a nie pojedynczy).

W przypadku odpowiedzi negatywnej należy stwierdzić, że Zamawiający w sposób jednoznaczny dyskryminuje Wykonawców, którzy dotychczasowe zamówienia realizowali rzetelnie w formie konsorcjów uznając, że nie posiadają oni żadnego doświadczenia.

Takie postawienie warunku jednoznacznie wprowadza nieobiektywne, nieuzasadnione charakterem zamówienia i nieproporcjonalne warunki udziału w postępowaniu dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zwracamy przy tym uwagę, że pozytywna odpowiedź na powyższe pytanie nie będzie prowadzić do sytuacji sumowania doświadczenia z dwóch różnych robót budowlanych, lecz sytuacji, w której wszyscy wykonawcy składający ofertę w dotychczasowej swojej całej wieloletniej działalności realizowali wszystkie kontrakty w ramach dwuosobowego konsorcjum i którzy dysponują tym samym wspólnym wymaganym doświadczeniem, a nie doświadczeniami sumowanymi z ich odrębnych od siebie realizacji.

Wskazać należy, że w orzecznictwie jednoznacznie uznaje się nieadekwatność sumowania doświadczenia wynikającego z różnych robót budowlanych. KIO 1495/14 : „wykazania PO jednej robocie budowlanej opisanej przez Zamawiającego potwierdzałyby, że żaden z Wykonawców nie ma wymaganego doświadczenia.” oraz KIO/KU 62/14: „Wykazanie się przez poszczególnych członków konsorcjum wykonaniem po jednej robocie opisanej przez zamawiającego w warunku, lub sumowanie większej ilości robót”.

W żadnym zaś wypadku orzecznictwo ani obecnie obowiązująca ustawa Prawo zamówień publicznych, nie przewiduje możliwości dyskryminowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, którzy dotychczasowe zamówienia publiczne realizowali wspólnie w całości w ramach tego samego konsorcjum. W takiej sytuacji nie zachodzi bowiem żadna sytuacja sumowania oddzielnych realizacji, a



wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie wykazują wspólne całościowe wykonanie powtarzalnych robót zgodnie z warunkami postawionymi w SWZ.

Innymi słowy, za dyskryminacyjne wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie należy postawienie warunku, aby wszystkie roboty były wykonane przez jednego z nich a nie przez nich wspólnie. Wykonawcy, którzy wykonali wspólnie kilkadziesiąt robót danego typu posiadają niewątpliwie takie same lub większe doświadczenie - przystępując wspólnie do przetargu na kolejną robotę, co jeden wykonawca, który wykonał samodzielnie dwie takie roboty budowlane

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie zmienia warunków udziału w postępowaniu w opisanym zakresie.

W pierwszej kolejności należy zważyć, iż warunki udziału w postępowaniu są proceduralnymi warunkami zamówienia określającymi minimalne poziomy zdolności, którymi muszą wykazać się wykonawcy, aby wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Rodzaj i poziom tych zdolności określa zamawiający. Określenie warunków udziału w postępowaniu jest uprawnieniem zamawiającego¹. To do niego należy decyzja, czy wprowadzić je do warunków zamówienia.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający postawił warunek doświadczenia na minimalnym poziomie kwotowym w wysokości 7 mln zł, co stanowi niecałe 50% wartości szacunkowej zamówienia w zakresie robót budowlanych, natomiast żądana dwukrotność wykonania tego rodzaju robót również nie jest żądaniem wygórowanym, a możliwym do wykonania przez nawet małe i średnie podmioty funkcjonujące na rynku wskazanym w SWZ w definicjach dotyczących doświadczenia. Jednocześnie Zamawiający ujednolicił wskazany warunek dla wszystkich potencjalnych wykonawców, zarówno tych dysponujących odpowiednim doświadczeniem samodzielnie, jak i poprzez podmioty trzecie, jak i w ramach konsorcjum.

Należy wskazać, że okoliczność, że wykonawcy stworzyli konsorcjum, nie oznacza automatycznie, że uzyskano podmiot, który posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego. Innymi słowy - dwóch niedoświadczonych wykonawców tylko poprzez zawiązanie konsorcjum nie tworzy doświadczonego podmiotu. Nie powoduje powstania podmiotu, który posiada doświadczenie odpowiadające wielokrotnemu zrealizowaniu usługi. Konsorcja mogą być tworzone zupełnie dowolnie, gdyż przede wszystkim muszą być one zdolne do realizacji konkretnego przedsięwzięcia/zamówienia oraz nie mogą być w sposób nieuzasadniony faworyzowane w stosunku do wykonawców indywidualnych, bo to także narusza uczciwą konkurencję między wykonawcami. Zamawiający stoi na stanowisku, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana jednakowo – zarówno w odniesieniu do wykonawcy biorącego udział samodzielnie w postępowaniu, jak również w odniesieniu do podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Fakt połączenia poszczególnych wykonawców w konsorcjum nie może prowadzić do złagodzenia wymagań względem podmiotów tworzących konsorcjum.

Dodatkowo dopuszczenie wyjątków, jak zaproponowano w ww. piśmie prowadziłoby do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, a mianowicie zasady równego traktowania wykonawców rozumianej jako nakaz analogicznego traktowania wykonawców znajdujących się w analogicznych sytuacjach. Sprzeczne z tą zasadą będzie więc traktowanie dyskryminujące, ale także uprzywilejowujące niektórych wykonawców. Nie chodzi tu o nakaz traktowania wszystkich wykonawców jednakowo, lecz o obowiązek stosowania względem nich jednakowej miary². Obowiązek równego traktowania wykonawców przejawia się m.in. w określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób, który nie dyskryminuje ani nie uprzywilejowuje wykonawcy względem pozostałych. Gdyby więc Zamawiający przystał na zastosowanie wyjątku zaproponowanego przez wykonawcę, to uprzywilejowałby

¹ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 433-434.

² H. Nowak, M. Winiarz (red.), op.cit, s. 157.



pozycję wykonawców występujących wspólnie w ramach „jego” konsorcjum względem innych wykonawców, nabywającym też doświadczenie w ramach wspólnego realizowania przedsięwzięć.



Dyrektor
COS OPO im. Feliksa Stamma
Cetniewo



tel. +48 58 674 63 00
fax +48 58 674 63 30



sekretariat@cetniewo.cos.pl
www.cos.pl



ul. Żeromskiego 52
84-120 Władysławowo