Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie

ul. Wielicka 265, 30-663 Kraków

Tel: 012 658-20-11; fax 012 658-10-81

Regon 351375886 NIP 679-252-57-95

Kraków, 20.01.2016

EZP-271-2/1/2016/p-1

dotyczy : przetargu na zadanie pn.:**„Przebudowa i remont budynków K, L, M, J-M, N, L-N, O, R, nadbudowa przewiązki J-M przebudowa i remont infrastruktury instalacyjnej, małej architektury, dróg, ogrodzenia terenu Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Krakowie.** Nr postępowania: EZP-271-2/162/2015 – pismo 1

W związku z zapytaniami Wykonawców, Zamawiający wyjaśnia:

Pytanie 1

*W pkt. 8 ppkt. 8.1.2. SIWZ Zamawiający zawarł warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, a mianowicie : „warunek ten będzie spełniony przez Wykonawcę, który posiada w wykazie wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną w zakresie budowy, lub remontu obiektów ochrony zdrowia (szpitalne lub o podobnych wymaganiach techniczno-sanitarnych) w tym co najmniej jedna dotycząca szpitala, o wartości* ***min 20 milionów zł brutto*** *każda“*

Jednocześnie w związku z uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.08.2011 r. posiadającej kapitalne znaczenie dla wniosku PB Dombud SA przytaczamy przedmiotową uchwałę w całości :

„Sygn. akt KIO/KU 63/11

U z a s a d n i e n i e Zamawiający – Miasto Białystok – prowadził w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r.

 Nr 223, poz. 1655, z pózn. zm.; zwanej dalej również ustawą pzp lub pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. dostawa 70 autobusów w ramach projektu: „Poprawa jakości funkcjonowania systemu transportu publicznego Miasta Białegostoku – Etap III” Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią tego postępowania, w wyniku której stwierdzono, iż postawiony przez Zamawiającego wymóg wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji takiej samej liczby 30 sztuk autobusów przegubowych, jak w udzielanym zamówieniu, należy uznać za warunek nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który mógł ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy wykonali mniejszą liczbę tego rodzaju autobusów, mógł zatem prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, stanowiąc tym samym naruszenie art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp (Informacja z 11 lipca 2011 r. znak UZP/DKUE/KU/107/011). Kontrolujący wskazał, iż zgodnie z przepisem art. 22 ust. 4 ustawy pzp, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, co stanowi wskazanie dyrektyw dla zamawiającego przy dokonywaniu tego opisu tego, które mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy pzp), co oznacza, iż opis ten nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Przez „związany z przedmiotem zamówienia” należy rozumieć opis warunków dokonywany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia, lecz nie w sposób, który wykracza poza realizację tego celu, z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, jego zakresu i stopnia złożoności. Przez „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” należy rozumieć opis adekwatny do osiągnięcia wspomnianego celu. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. W ocenie Kontrolującego nie można uznać, że do wykonania zamówienia polegającego na dostarczeniu 30 sztuk autobusów przegubowych, niezbędne jest doświadczenie w zakresie dostarczenia takiej samej liczby autobusów. Istota rzeczy sprowadza się bowiem do technicznej wiedzy i umiejętności wykonania takich autobusów Sygn. akt KIO/KU 63/11 3 oraz organizacyjnej zdolności ich dostarczenia, to jest czynników niezależnych od ilości dotychczas wykonanych autobusów. Niezbędny jest zatem odpowiedni potencjał techniczny i kadrowy wykonawcy gwarantujący realizację takiego zamówienia, jednak w tym zakresie Zamawiający nie dokonał opisu spełniania warunków oraz nie zażądał dokumentów dotyczących liczby pracowników, kwalifikacji kadry, czy sprzętu, jakim dysponują wykonawcy itp. Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli i 15 lipca 2011 r. (pismem z tej samej daty, znak BKM.I.341-91/2/10/11) i twierdząc, że warunek doświadczenia w zakresie dostawy autobusów dwuczłonowych na poziomie 30 sztuk w okresie 3 lat, nie został określony na poziomie nadmiernym i nieadekwatnym do określonych przez niego wielkości i warunków dostawy, a w szczególności nie doprowadził do ograniczenia uczciwej konkurencji, nie stanowi więc naruszenia art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp – wniósł zastrzeżenia podnosząc następujące argumenty.

Odnośnie proporcjonalności kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia, zwrócił uwagę, iż ponieważ zakres dostawy dotyczył łącznie 70 sztuk pojazdów, to w odniesieniu do tej liczby należy badać proporcję warunku do przedmiotu zamówienia. Tymczasem Kontrolujący zwracał się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie uzasadnienia warunku w odniesieniu do jednego z jego elementów, to jest wykazania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw autobusów dwuczłonowych. Zamawiający wskazał także, iż wykonawcy mogli wykazać się dostawami autobusów w partiach liczących dowolną liczbę sztuk, kilka lub kilkanaście, suma tych dostaw musiała wynieść co najmniej 30 sztuk, przy czym dostawy te mogły być zrealizowane w okresie 3 lat przed terminem składania ofert, chyba że okres prowadzenia działalności jest krótszy. Warunek doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu spełniają zatem wszyscy wykonawcy wykazujący się praktycznymi możliwościami wykonania dostawy na średnim poziomie 10 sztuk autobusów w okresie jednego roku, czyli jednej trzeciej przedmiotu zamówienia. Zamawiający przyjął, że wykonawca z takim doświadczeniem jest zdolny do realizacji zamówienia i daje rękojmię jego należytego wykonania. Jednocześnie zamawiający wymagał, aby wykonawca dostarczył zamawianą ilość autobusów (70 sztuk) w okresie 12 miesięcy od daty podpisania umowy. Potwierdza to, iż zamawiający nie sformułował warunków wygórowanych, gdyż nie wymagał wykazania dostaw autobusów w takiej samej ilości i czasie, jak jest to wymagane w przedmiotowym zamówieniu. Zestawienie parametrów ilości i czasu realizacji dostaw stanowi dowód, iż nie było to Żądanie nadmierne czy nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. W innym przypadku taki stan rzeczy byłby Sygn. akt KIO/KU 63/11 4 podstawą do skutecznego skorzystania przez wykonawcę z przysługujących mu środków prawnych przewidzianych w ustawie pzp, co w postępowaniu nie miało miejsca. Zdaniem zamawiającego opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków posiadania wiedzy i doświadczenia oraz przebieg postępowania potwierdza, iż zapewniono realizację podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy pzp), gdyż zapewnione zostały warunki uczciwej konkurencji i umożliwiono ubieganie się o zamówienie wszystkim wykonawcom zdolnym do jego prawidłowego wykonania, stawiając wobec potencjalnego wykonawcy wymagania służące zabezpieczeniu interesu zamawiającego, zminimalizowaniu ryzyk mogących powstać w toku realizacji zamówienia i w większym stopniu gwarantujące poprawne wykonanie zamówienia. Zamawiający podniósł, iż w doktrynie i orzecznictwie brak jest jednolitego stanowiska co do samego pojęcia proporcjonalności w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wymóg proporcjonalności wymaganego doświadczenia do wielkości zamówienia należy jednak rozumieć w taki sposób, że wymagane doświadczenie nie może przekraczać wielkości zamówienia. Tak również wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z 20 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/KU 34/10): przepis ten nie nakazuje określenia warunku mniejszego niż przedmiot zamówienia, lecz proporcjonalnego, o zgodnie z definicją „proporcja” to „równość dwóch stosunków”, o zatem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oznaczałoby mniej więcej taki sam. Natomiast w uchwale z 5 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 46/10) Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, że norma z art. 22 ust.2 ustawy Pzp nie określa jakimi kryteriami należy się posługiwać oby ustalić warunki udziału w postępowaniu w sposób nieograniczający uczciwej konkurencji i aby były adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z linią orzeczniczą Izby – „warunki udziału w postępowaniu winny być formułowane w sposób odpowiadający wielkości, charakterowi, złożoności oraz rodzajowi przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem” (KIO/UZP 434/09). Zdaniem Zamawiającego przywołane uchwały KIO potwierdzają jego prawo do określenia poziomu, od którego uzna doświadczenie wykonawcy za wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia, zachowując właściwe proporcje do wielkości tego zamówienia, a art. 22 ust. 4 pzp nie nakazuje określenia warunku mniejszego niż przedmiot zamówienia lecz proporcjonalnego. Zdaniem zamawiającego jest to zbyt dalekim uproszczeniem jest twierdzenia, że liczby 30 użyte w warunku doświadczenia i ilości zamawianych autobusów są takie same, gdyż użycie wyłącznie parametru ilościowego nie upoważnia do określenia proporcji, a tym bardziej nie pozwala na postawienie między nimi znaku równości. W przedmiotowym postępowaniu proporcjonalność należy zmierzyć poprzez iloraz wielkości zamówień do czasu ich realizacji. Zamawiający wymaga dostarczenia 30 autobusów w okresie jednego Sygn. akt KIO/KU 63/11 5 roku, natomiast od wykonawców wymaga potwierdzenia zdolności wykonania dostaw 30 autobusów w okresie trzech lat, a więc 10 autobusów w okresie jednego roku. Oznacza to, iż zdolność wykonawcy dopuszczonego do realizacji przedmiotowego zamówienia może być nawet 3-krotnie niższa w przypadku autobusów przegubowych, 4-krotnie niższa odnośnie 40 autobusów jednoczłonowych, a dla całego zamówienia liczącego łącznie 70 autobusów proporcja ta wynosi 3,50 (70szt./12 m-cy do 60szt./36 m-cy). Zamawiający podniósł, iż krajowe orzecznictwo przywołane przez niego w toku prowadzenia kontroli nie zostało wzięte przez Kontrolującego pod uwagę, który jako rozstrzygający przedmiotową kwestię uznaje wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 grudnia 2003 roku w sprawie C-448/01, gdzie stwierdzono, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może skutkować udaremnieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję. Podstawą do stanowiska ETS jest okoliczność, iż zamawiający wymagał dostawy energii elektrycznej na poziomie 22,5 GWh przez okres dwóch lat, a od wykonawcy wymagał wyprodukowania lub wykonania dostaw energii w ciągu ostatnich dwóch lat na poziomie co najmniej 22,5 GWh. W tym przypadku można mówić o równości dwóch parametrów jak i proporcji, gdyż wielkość dostawy i czas jej wykonania są rzeczywiście równe. Powyższe rozstrzygnięcie ETS nie jest jednak adekwatne do zakresu i przedmiotu postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, gdyż kryterium ilości energii było w tym przypadku zarówno warunkiem dopuszczającym, jak również kryterium oceny oferty. Wyrok ETS odnosi się do ilości energii nie jako warunku dopuszczenia, lecz w związku z oceną ofert, a to faktycznie wprowadzało preferencje dla dużych dostawców, dyskryminując dostawców mniejszych, którzy również byliby w stanie zrealizować zamawiane ilości energii elektrycznej. Odnośnie braku ograniczenia uczciwej konkurencji, Zamawiający wskazał, iż zamawiając autobusy miejskie występuje w roli ich użytkownika, więc według swojej najlepszej wiedzy formułuje opis przedmiotu zamówienia, jednocześnie będąc zobligowanym przepisami prawa, jako dysponent środków publicznych, do zrealizowania zamówienia w sposób pewny, bezpieczny i skuteczny, a zatem dający rękojmię należytego wykonania zamówienia z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem, iż doświadczenie wykonawcy co do liczby dostarczonych autobusów nie jest istotne dla prawidłowego wykonania zamówienia i winien uznać za wiarygodnego wykonawcę, który dostarczył bliżej nieokreśloną liczbę autobusów, w szczególności bardzo małą, ale za to oświadczyłby, iż posiada techniczną wiedzę i umiejętności oraz organizacyjną zdolność wykonania zamówienia, gdyż dysponuje Sygn. akt KIO/KU 63/11 6 potencjałem technicznym i kadrowym. Sam potencjał techniczny i kadrowy nie gwarantuje realizacji zamówienia, potrzeba do tego również między innymi stosownego doświadczenia, co te uzasadnia stosowanie wymogu zrealizowania określonego poziomu dostaw. Doświadczenie bowiem, to nie samo posiadanie teoretycznych kompetencji i dostatecznego potencjału technicznego, ale ogół zdobytych już umiejętności i wiadomości. Zdaniem Zamawiającego należy przyjąć, iż intencją ustawodawcy nie było założenie, iż dostawę usług i towarów będą zamawiać ich dostawcy i producenci od innych podobnych podmiotów. Praktyka pokazuje, że zamawiający jest co najwyżej wykwalifikowanym użytkownikiem lub konsumentem, który w dobrym stopniu potrafi opisać swoje oczekiwania co do przedmiotu zamówienia. Stwierdzenie, iż Zamawiający powinien Żądać dokumentów określających liczbę pracowników, kwalifikacje kadry, sprzęt jakim dysponuje wykonawca jest nieuprawnione i sprzeczne z logiką działania instytucji publicznych, które nie są producentem autobusów posiadającym znajomość technologii, organizacji pracy itp. czynników, aby móc oceniać potencjał i zdolność wykonania zamówień. Zamawiający wskazał, iż wymóg odnoszący się do wiedzy i doświadczenia ma także tę zaletę, że nie utrudnia złożenia oferty pośrednikom (przedstawicielom, dealerom), którzy sami nie posiadają potencjału techniczno kadrowo-produkcyjnego, lecz mogą się wykazać doświadczeniem dotyczącym wykonania samych dostaw pojazdów wyprodukowanych przez inny podmiot – przykładem takiego wykonawcy jest firma EVOBUS sp. z o.o., oferująca w przedmiotowym postępowaniu autobusy marki Mercedes. Zamawiający wskazał, iż zupełnie niezrozumiałe jest powoływanie się przez Kontrolującego na postępowanie prowadzone przez zamawiającego w kwietniu 2009 roku. Terminy i ilości dostaw określane w zamówieniach wynikają z aktualnych potrzeb i możliwości zamawiającego. Znane są przypadki zamówień z tak krótkim terminem dostawy, że nie ma on wówczas nic wspólnego z normalnym procesem wytwarzania autobusów, a praktycznie oznacza, iż autobusy należy dostarczyć z magazynu. Zamawiający ma prawo wymagać wykazania się wykonaniem dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. Wymagania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu są adekwatne do przedmiotu zamówienia, ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku dopuścić do postępowania wszystkich podmiotów działających na danym rynku – może określić ten krąg podmiotów zgodnie z wymogami przedmiotu zamówienia (tak również: wyrok KIO z 15 września 2010 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1927/10). Zamawiający podniósł również uwagi odnośnie rynku producentów autobusów. Zdaniem Zamawiającego nie ma podstaw twierdzenie o ograniczeniu dostępu wykonawcom, Sygn. akt KIO/KU 63/11 7 którzy wykonali mniejszą liczbę takiego rodzaju autobusów w sytuacji, gdy produkcja autobusów w samej tylko Polsce w każdym z trzech lat poprzedzających ogłoszenie o zamówieniu mierzona jest w setkach, a nawet tysiącach sztuk. Zamawiający uważa, iż nieuprawnionym jest postawienie zarzutu co do potencjalnego ograniczenia dostępu do zamówienia potencjalnym wykonawcom w sytuacji, gdy ci ostatni nie wyrastali zainteresowania przedmiotem przetargu. Przedmiotowy warunek nie budził zainteresowania wykonawców na etapie do składania ofert i nie był przedmiotem zapytań ani odwołań. Zamawiający zwrócił także uwagę, że na skutek ostatnich nowelizacji ustawy pzp, obowiązujących w momencie wszczęcia postępowania, harmonizujących prawo polskie z prawem unijnym wprowadzone zostało korzystne dla potencjalnych wykonawców uregulowanie dotyczące możliwości powoływania się wykonawcy na wiedzę i doświadczenie innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków (art. 26 ust. 2b ustawy pzp). Tym samym wykonawca, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, może odwołać się do zasobów innego podmiotu w celu uzyskania zamówienia (co wskazano w rozdz. V pkt 5 s.i.w.z. oraz w rozdz. 11.2.1 pkt 5 ogłoszenia o zamówieniu). Regulacja ta stanowi zatem dogodne rozwiązanie dla ubiegania się o zamówienie przez wykonawcę, który ma niewystarczające doświadczenie w realizacji zamówienia lub nie posiada go w ogóle. Ponadto art. 23 ustawy pzp (wyrażony przez Zamawiającego w zapisach rozdziału 111.2.1 pkt 4 ogłoszenia oraz w SIWZ - rozdz. V pkt 4) umożliwia udział w postępowaniach wykonawców działających w konsorcjach, gdzie wiedza i doświadczenie wykonawców badane są łącznie. Prezes UZP pismem z 29 lipca 2011 r. (znak UZP/DKUE/IM/28617/7589/11) nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego i w całości podtrzymał stanowisko z informacji o wyniku kontroli, a nadto odniósł się szczegółowo do podniesionych zastrzeżeń w następujący sposób. Kontrolujący wskazał, iż analizując przedmiotową sprawę należy mieć na uwadze cele systemu zamówień publicznych oraz fakt, iż zamówienie jest współfinansowane ze środków europejskich oraz przekracza próg, od którego zastosowanie mają dyrektywy europejskie, których podstawowym celem, a tym samym ustawy, która je implementuje, jest otwarcie na konkurencję. W kwestii tej Europejski Trybunał Sprawiedliwości zajmuje od lat jednoznaczne stanowisko. W wyroku z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), ETS wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji, gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską, w stopniu jak najmniejszym i jedynie Sygn. akt KIO/KU 63/11 8 niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie Conste SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), ETS wskazał, iź naruszeniem Traktatu jest Żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Ponadto ETS w wyroku z 16 września 1999 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii (C-414/97) wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. W świetle wspomnianych wyroków Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji oznacza, że powinny być one adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Norma wypływająca z art. 22 ust. 4 pzp ma charakter blankietowy i podlega konkretyzacji w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby warunki udziału w postępowaniu były adekwatne do przedmiotu zamówienia tzn. pozostawały z nim w związku na tyle ścisłym, by spełniający je wykonawca, był w stanie wykonać przedmiot zamówienia z należytą starannością. Zamawiający formułując zatem opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 28 maja 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 641/09, KIO/UZP 646/09) ...nienaruszeniem konkurencji jest (...) brak uniemożliwienia z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego (…). Również w wyroku z 20 marca 2009 r. (sygn. akt. VIII Ga 58/09) Sąd Okręgowy w Szczecinie wskazał, iż „dokonując wykładni przepisu art. 22 ustawy Pzp w nauce prawa wskazuje się, że zakaz utrudniania uczciwej konkurencji wymaga od zamawiającego, by precyzując warunki udziału w przetargu opierał się na przesłankach obiektywnych. Podkreśla się, że celem przepisu jest wyłącznie ochrona interesu publicznego i nie może on stanowić podstawy do nieuzasadnionego zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców. (...) jeżeli więc zamawiający twierdzi, że ma prawo żądać od oferenta chcącego wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...) spełnienia określonych kryteriów, to (...) jest zobowiązany wykazać istnienie faktów uzasadniających to prawo w tym również tego, że jego Żądanie nie narusza zakazu określonego normą art. 22 ust. 2 (w aktualnym stanie prawnym przepis znajduje odzwierciedlenie w art. 22 ust. 4 ustawy pzp). Określenie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji przez wykluczenie uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Ustawodawca wskazał, iż dostęp Sygn. akt KIO/KU 63/11 9 do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają podstawowe wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Odnosząc się do argumentu Zamawiającego dotyczącego proporcjonalności, tj. miary ilorazu wielkości zamówienia do czasu jego realizacji, Kontrolujący zwrócił uwagę na treść § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zgodnie z którym wykonawca wykazuje doświadczenie w realizacji dostaw z okresu ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – z tego okresu. W przypadku zatem wykonawcy działającego na rynku krócej niż 3 lata średnia liczba autobusów, której dostawą powinien się wykazać rocznie, będzie większa niż 10. Tym samym sposób oceny spełniania warunku nie jest zgodny ze wskazaną w zastrzeżeniach intencją Zamawiającego, aby wykazana przez wykonawcę średnia liczba dostaw w skali roku wyniosła 10. Niezależnie od powyższego zgodnie z linią orzeczniczą KIO oraz sądów okręgowych należy zwrócić uwagę, iż nie ma podstaw ku temu by twierdzić, iż wymóg dostawy w ilości 30 autobusów jest niezbędny do realizacji potrzeb zamawiającego bez względu na okres czasu, w którym dostawy te miałyby być zrealizowane. Zamawiający uzasadniając proporcjonalność warunku do opisu przedmiotu zamówienia nie wykazał, że wykonawca posiadający doświadczenie w dostawie mniejszej od zamawianej liczby autobusów nie byłby zdolny do należytego wykonania zamówienia. W konsekwencji, sytuacja taka może doprowadzić do ograniczenia kręgu wykonawców mogących wykonać zamówienie. W tym kontekście nie można przyjąć, iż do wykonania zamówienia polegającego na dostawie 30 sztuk autobusów przegubowych (dwuczłonowych), jest niezbędnym posiadanie doświadczenia w zakresie dostarczenia również co najmniej 30 sztuk autobusów przegubowych (dwuczłonowych). W opinii Prezesa Urzędu wykonawca mający doświadczenie w dostarczeniu nie 30, ale 10 lub 5 autobusów (łącznie, bez względu na czas w jakim dostawy te winny być zrealizowane), byłby również w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie. Wyrok ETS z 4 grudnia 2003 r. (sygn. akt. C-488/01) odzwierciedla sytuację jaka ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu, dotyczy bowiem tożsamej ilości zamawianej dostawy w stosunku do zamówienia już zrealizowanego. Zgodnie ze stanowiskiem ETS postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia Sygn. akt KIO/KU 63/11 10 udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremnieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję. Podobne stanowisko zostało zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1053/09), w którym Izba stwierdziła, iż niezasadne jest postawienie warunku udziału – równego wykazaniem zrealizowanych dostaw, na poziomie ilości tramwajów, odpowiadających ściśle przedmiotowi zamówienia (24 sztuki). Świadczy to w ocenie Izby o wymaganiu wykazania doświadczenia tożsamego, a nie odpowiadającego swoim rodzajem i zakresem przedmiotowi zamówienia. Wykonawca, który wykonał np. 20 wagonów, zdolny będzie wykonać je zarówno w ilości 24 sztuk. Stawianie zatem wymogu, aby wykonawca wykonał w przeszłości co najmniej taką samą liczbę dostaw, jak przy udzielanym zamówieniu, nie służy w istocie potwierdzeniu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, lecz potwierdzeniu tego, czy potencjał techniczny i kadrowy wykonawcy gwarantuje realizację przedmiotowego zamówienia (uchwała KIO z 4 czerwca 2010 r., sygn. akt. KIO/KU 39/10). W wyroku KIO z 4 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 749/08) Izba stwierdza ponadto, że zachowanie uczciwej konkurencji jest badane pod kątem kręgu podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu, a wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia nie powinni być eliminowani z postępowania na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podobne stanowisko zostało przedstawione również w wyroku KIO z 13 października 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2106/10): zamawiający winien w taki sposób dokonać opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiały wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do ich wykonania. Działanie przeciwne, nie tylko ogranicza konkurencję, ale pozostaje też w sprzeczności z oczywistym interesem zamawiającego. Większa konkurencja w postępowaniu daje zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty. W związku ze wskazanym w zastrzeżeniach do wyniku kontroli zestawieniem produkcji autobusów w Polsce Kontrolujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego jakoby wymóg postawiony w przedmiotowym postępowaniu nie ograniczał konkurencyjności. Zamawiający podał kilka pierwszych pozycji, natomiast pominął kolejne nie wykazujące tak dużej skali produkcji (kilkaset, a nawet kilka tysięcy) na przykład w zestawieniu z roku 2009 wykonawca Jelcz Polskie Autobusy wyprodukował 2 autobusy, a wykonawca AMZ Kutno wyprodukował tylko 1 autobus. Zdaniem Prezesa UZP nie jest również zasadne stanowisko Zamawiającego, iż wykonawcy aby spełnić warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy pzp mogli polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków oraz zgodnie z Sygn. akt KIO/KU 63/11 11 dyspozycją art. 23 ustawy pzp, wykonawcy mogli zawiązać konsorcja, gdzie wiedza i doświadczenie wykonawców badane są łącznie. Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 350/08): Zamawiający nie może tak konstruować warunków zamówienia, aby praktycznie uniemożliwić wykonawcom samodzielne ubieganie się o zamówienie. Możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie jest prawem wykonawców, a nie ich obowiązkiem. Na podstawie art. 171 a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Prezes UZP przekazał 29 lipca 2011 r. (pismem z tej daty, znak UZP/DKUE/IM/28617/7591/11) zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli uprzedniej przeprowadzonej przez Prezesa UZP, ustaliła i zważyła, co następuje. W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia kontroli udzielenia zamówienia publicznego, jak również wszczęcia postępowania objętego kontrolą po wejściu w Życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zarówno do kontroli przedmiotowego postępowania, jak i do oceny prawidłowości działań podejmowanych przez Zamawiającego w trakcie postępowania, należy brać pod uwagę przepisy ustawy pzp w brzmieniu znowelizowanym. W drugiej kolejności Izba ustaliła brzmienie zakwestionowanego opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia: W celu potwierdzenia spełnienia warunku Wykonawca winien przedłożyć wykaz wykonanych zamówień zrealizowanych z należytą starannością, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: a) dostarczył fabrycznie nowe niskopodłogowe, jednoczłonowe autobusy komunikacji miejskiej w ilości co najmniej 30 sztuk; b) dostarczył fabrycznie nowe niskopodłogowe, przegubowe autobusy komunikacji miejskiej w ilości co najmniej 30 sztuk. Izba podziela pogląd Prezesa Urzędu, iż wymaganie w przedmiotowym postępowaniu obejmującym między innymi dostawę 30 szt. autobusów przegubowych posiadania Sygn. akt KIO/KU 63/11 12 doświadczenia w należytym dostarczeniu co najmniej takiej samej ich liczby, stanowi dokonanie opisu spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia ograniczającego uczciwą konkurencję, gdyż uniemożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom potencjalnie zdolnym do jego wykonania, tym samym narusza przepisy art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Izba zasadniczo podziela, przytoczoną powyżej, uszczegółowioną argumentację merytoryczną Prezesa UZP, zawartą w piśmie z 29 lipca 2011 r. Zdaniem Izby z uwagi na brak możliwości składania ofert częściowych i konieczność spełnienia obu elementów warunku dotyczącego doświadczenia, nie ma wpływu dla oceny zasadności stwierdzonego naruszenia okoliczność, iż w przypadku autobusów jednoczłonowych zamawianych jest 40 sztuk, a element „b” warunku wymaga doświadczenia w uprzedniej realizacji dostaw 30 sztuk takich autobusów, co łącznie daje dla autobusów obu rodzajów stosunek 70 szt. zamawianych do 60 szt. objętych warunkiem autobusów. Nie zmienia to bowiem konieczności wykazania się przez każdego wykonawcę doświadczeniem w realizacji tożsamej liczby autobusów przegubowych (dwuczłonowych) jak objęta przedmiotowym zamówieniem, a właśnie w tym zakresie zostało stwierdzone przez Prezesa UZP naruszenie przepisów. Natomiast wobec niezakwestionowania w toku kontroli prawidłowości elementu warunku dotyczącego autobusów jednoczłonowych (będącego w proporcji jak 3 do 4 w stosunku do liczby autobusów zamawianych), za zbyt daleko idące i nielogiczne należy uznać stanowisko Kontrolującego, iż w stosunku do zamawianych 30 sztuk autobusów przegubowych, nawet doświadczenie w dostawie 5 sztuk takich autobusów nalewałoby uznać za wystarczającą rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Natomiast Izba podziela pogląd, iż 12-miesięczny termin wykonania zamówienia nie uzasadnia ograniczania dostępu do zamówienia do podmiotów, które w ciągu uprzednich 36 miesięcy dostarczyły taką samą ich liczbę. Okres trzech lat, z którego można wykazywać się doświadczeniem, wynika bowiem wprost z przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 przywołanego powyżej rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i nie podlega uznaniu zamawiających. Nie może zatem być podstawą do dokonywania przeliczeń liczby sztuk przypadającej na 1 rok, w celu wykazania, iż sprecyzowany przez Zamawiającego warunek jest w proporcji jak 1 do 3 w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na powyższe wskazuje również okoliczność, podniesiona przez Prezesa UZP, iż z przywołanego przepisu rozporządzenia wynika dla wykonawcy nowego, który prowadzi działalność w krótszym okresie, konieczność spełnienia warunku w takim samym zakresie, gdyż nie ulega ono proporcjonalnemu zmniejszeniu. Zdaniem Izby nieadekwatne jest odwoływanie się przez Zamawiającego do tego, iż proporcja może również teoretycznie oznaczać stosunek 1 do 1. Wychodząc od językowego Sygn. akt KIO/KU 63/11 13 rozumienia słowa „proporcjonalny”, należy stwierdzić, iż przymiotnik ten oznacza mający określony stosunek części do całości, wyrażający określony stosunek do jakiejś wielkości (Słownik języka polskiego pod redakcją Witolda Doroszewskiego, wersja elektroniczna, Wydawnictwo Naukowe PWN 1997). Natomiast w przypadku określania sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oczywistym jest, iż przy ustalaniu właściwej proporcji do przedmiotu zamówienia na podstawie przepisu art. 22 ust. 4 pzp należy kierować się koniecznością zachowania podstawowych zasad jego prowadzenia wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp jako zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z kolei nieostrość tak rozumianej dyrektywy zachowania proporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia, a także podnoszony przez Zamawiającego brak jednolitości orzecznictwa i doktryny w tym zakresie, winny być dla niego przesłanką do daleko posuniętej ostrożności przy kształtowaniu opisu sposobu oceny warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia, tak by nie mógł on oceniony jako wygórowany. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wykazał, iż określenie wymaganego poziomu doświadczenia w dostawie autobusów przegubowych w liczbie wprost odpowiadającej liczbie zamawianych, było niezbędne i nie spowodowało ograniczenia dostępu do zamówienia dla wykonawców, którzy pomimo mniejszego doświadczenia byliby w stanie je wykonać. Za możliwością ograniczenia takiego dostępu zdaje się również przemawiać okoliczność, iż w postępowaniu wzięło udział tylko trzech wykonawców. W ocenie Izby wprowadzenie do polskiego systemu zamówień publicznych możliwości powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów trzecich, w tym ich wiedzę i doświadczenie (art. 26 ust. 2b pzp), czy też od dawna istniejąca możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia (art. 23 pzp), zostały wprowadzone w celu zwiększenia konkurencyjności postępowań, a zatem zwiększenia dostępności zamówień dla wykonawców, nie może zatem być argumentem uzasadniającym możliwość stawiania wyższych wymagań, niż gdyby nie było tych instytucji systemu zamówień publicznych. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej nie przedstawiają nowych okoliczności ani nie podnoszą nowej argumentacji, która pozwoliłyby na zmianę oceny naruszeń, dokonanej prawidłowo przez organ kontrolujący. Izba nie stwierdziła, aby ocena dokonana przez Prezesa UZP w tym zakresie została dokonana w sposób subiektywny. Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP, że Zamawiający nie udowodnił, iż nie naruszył przepisów art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 pzp. Sygn. akt KIO/KU 63/11 14

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

 Przewodniczący: ……………………………….

 Członkowie: ……………………………….

 ………………………………. „ koniec cytatu.

*Zapis dotyczący spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w brzmieniu jak w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego narusza art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz eliminuje z postępowania przetargowego Wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, w tym PB Dombud SA.*

Zdaniem PB Dombud SA, sformułowanie pkt. 8 ppkt. 8.1.2. SIWZ ogranicza dostęp do zamówienia, a przecież określenie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego, co do zasady nie może prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji przez wykluczenie uczestnictwa w postępowaniu wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Ustawodawca wskazał, iż dostęp Sygn. akt KIO/KU 63/11 9 do zamówienia powinni mieć zapewniony wszyscy wykonawcy, którzy spełniają **podstawowe** wymogi potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia, niekoniecznie zaś wymogi wygórowane, tj. takie, których spełnienie nie jest konieczne do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zachodzi taka właśnie okoliczność. W ocenie bowiem Wykonawcy wymagane doświadczenie, w postaci minimum 1 roboty budowlanej o wartości co najmniej 20.000.000,00 zł brutto, jest niewspółmierne do zamówienia.

Zarówno przy wykonaniu prac za kwotę 10 czy 15 milionów złotych prace należy wykonać w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyć. Jednocześnie zważyć należy, że rodzaj wykonanych robót na obiekcie za kwotę np. 10 milionów nie różni się w istotny sposób od robót za np. 15 milionów, gdyż mogą to być w rzeczywistości roboty składające się z zadań powtarzalnych o niższych kwotach.

Postawiony przez Zamawiającego warunek doświadczenia może ograniczyć dostęp do zamówienia potencjalnym wykonawcom, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie spełniają wymaganie Zamawiającego każde z osobna w ramach różnych robót, lecz nie wszystkie jednocześnie w ramach jednej roboty , może zatem prowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji, stanowiąc tym samym naruszenie art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp .

***Biorąc zatem pod uwagę powyższą uchwałę w kontekście opisu wymagań Zamawiającego do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, wnosimy o zmianę w pkt. 8 ppkt. 8.1.2. oszacowania posiadanej wiedzy i doświadczenia na 50 % wartości inwestycji czy też wykazania kilku inwestycji o sumarycznej kwocie przekraczającej obecną wymaganą przez Zamawiającego.***

***Odpowiedź: Zamawiający oszacował warunek posiadania wiedzy i doświadczenia poniżej 50% wartości inwestycji***

***Pytanie 2***

Proszę o wskazanie budynku „R” planowanego do przebudowy, remontu zgodnie z tytułem inwestycji.

**Odpowiedź: Budynek „R” to jest oznaczenie stacji transformatorowej 3546**

Pytanie 3

Czy należy uwzględnić w ofercie sprzętu medycznego?

**Odpowiedź Nie.**

Pytanie 4

Czy należy uwzględnić w ofercie wycenę wyposażenia: meble, sprzęt sanitarno-gospodarczy ?

**Odpowiedź: Nie**

Pytanie 5

Po czyjej stronie jest uzyskanie Pozwolenia na Użytkowanie?

**Odpowiedź: Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie jest po stronie Zamawiającego w oparciu o dokumentację powykonawczą i inną wymaganą (protokoły prób, wyniki pomiarów, protokoły odbiorów) uzyskaną od Wykonawcy.**

Pozostałe zapisy SIWZ pozostają bez zmian

Niniejsze pismo zostaje zamieszczone na stronie internetowej bip.usdk.pl.

 Z-ca Dyrektora ds. Technicznych

 inż. Jan Zasowski