

Głuszyca, 05 kwietnia 2022 r.

Gmina Głuszyca
ul. Parkowa 9
58-340 Głuszyca

Nr sprawy: NIBITZKiZP.271.3.6.2022

Do wszystkich zainteresowanych

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „Pełnienie funkcji Inżyniera Projektu przy realizacji inwestycji pn.: Wykonanie otworu badawczego Głuszyca GT-1 w celu ujęcia wód termalnych w miejscowości Głuszyca.”

Na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2021 r., poz. 1129 t.j.) Zamawiający udziela wyjaśnień:

Pytanie 1.

Rozdział XVI *Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia* – pkt 2) ppkt 1) Zdolność zawodowa. Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, iż *wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu funkcji Inżyniera Projektu lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego, która obejmowała m.in. pełnienie funkcji nadzoru geologicznego podczas wykonywania otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t.* Przywołane wyżej postanowienia SWZ są niezgodne ze znajdującymi zastosowanie przepisami prawa. Zgodnie bowiem z art. 112 ust. 1 PZP, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób **proporcjonalny** do przedmiotu zamówienia oraz **umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy** do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako **minimalne poziomy zdolności**. Z powyższego przepisu wynika zatem jednoznacznie, że Zamawiający nie może swobodnie kształtować warunków udziału w postępowaniu, a powinien ograniczyć się wyłącznie do **wymagań niezbędnych do należytego wykonania zamówienia**. Jak wskazuje się w znajdującym zastosowanie orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (co obecnie zostało już też wprost potwierdzone treścią przywołanego powyżej przepisu): *warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określane ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie, tj. w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ2*. W świetle powyższego, Zamawiający nie może zatem formułować warunków udziału w Postępowaniu, które **nie mają jednoznacznego przełożenia na rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia i z góry eliminują z Postępowania wykonawców dających rękojmię jego prawidłowej realizacji**³, prowadząc w konsekwencji do sztucznego i nieuzasadnionego zawężenia kręgu **potencjalnych oferentów**, bez jakiegokolwiek oparcia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego i przedmiocie udzielanego zamówienia. W ocenie Wykonawcy, **właśnie taka sytuacja znajduje zastosowanie do ww. warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale XVI Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia – pkt 2) ppkt 1)**. Przedmiotowy warunek udziału skonstruowany jest w taki sposób, że **ogranicza liczbę potencjalnych oferentów na czterech poziomach**, tj. ze względu na:

- 1) okres świadczonych usług – **3 lata** przed terminem składania ofert,
- 2) głębokość otworu geotermalnego – minimum **1 500 m p.p.t.**,
- 3) wymóg co do funkcji pełnionej przy świadczonej usłudze – **Inżynier Projektu lub Inżynier Kontraktu lub Inwestor Zastępczy**,
- 4) zakres rzeczowy usługi – m.in. **pełnienie funkcji nadzoru geologicznego**.

Wykonawca podkreśla, że o **punkt 3) powyżej stanowi wręcz niedopuszczalną ingerencję w poziom konkurencyjności Postępowania i skutkuje jej praktycznym wyłączeniem**. Według najlepszej wiedzy Wykonawcy, opartej na publicznie dostępnych danych, we wskazanym przez Zamawiającego 3-letnim okresie, w Polsce zrealizowane były **wyłącznie dwie usługi, w ramach których pełniona była funkcja inżyniera projektu**. Usługi dotyczyły otworów badawczych **Sękowa GT-1 oraz Dębica GT-1**. Co więcej, zarówno w pierwszym, jak i w drugim przypadku funkcję inżyniera projektu **pełnił dokładnie ten sam podmiot**. Można zatem w konsekwencji przyjąć, że przy aktualnej treści omawianego warunku udziału ofertę w Postępowaniu złożyć może (bazując na doświadczeniach uzyskanych w Polsce) **wyłącznie jeden (z góry wiadomy) podmiot, ewentualnie inny podmiot, ale z udziałem ww. podmiotu (wobec braku zastrzeżenia przez Zamawiającego osobistego wykonania kluczowych części zamówienia)**. Uzasadnione – w kontekście zasady proporcjonalności – może być wyłącznie odniesienie omawianego wymogu do *pełnienia funkcji nadzoru geologicznego podczas wykonywania otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t.* **Pozostawienie jednak wymogu pełnienia wyłącznie funkcji nazwanej literalnie: inżynier projektu / inżynier kontraktu / inżynier zastępczy jest zbyt daleko idące i nadmierne**. Tym bardziej, że ww. pojęcia nie są zdefiniowane ustawowo. Zamawiający niejednokrotnie posługują się odmienną nomenklaturą dla realizacji zamówień o tożsamym zakresie obowiązków. Z tego względu jak najbardziej uzasadnione jest rozszerzenie katalogu pełnionych funkcji, tj. umożliwienie złożenia ofert wykonawcom **nie tylko pełniącym funkcję nazwaną inżynier projektu / inżynier kontraktu / inżynier zastępczy, ale także wykonawcom pełniącym funkcje równorzędne**. Warto na przykład zauważyć, że **Gmina Miasto Olawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Pełnienie nadzoru i dozoru podczas realizacji projektu „Poszukiwanie i rozpoznanie złóż wód geotermalnych na terenie miasta Olawa” oraz wykonanie części badawczej projektu* <https://bip.um.olawa.pl/a,26877,ogloszenie-o-zamowieniu-pelnienie-nadzoru-i-dozoru-podczas-realizacji-projektu-poszukiwanie-i-rozpoz.html>) zaznaczyła, że warunek udziału zostanie spełniony, gdy wykonawca wykaże: **pełnienie funkcji równorzędnej dla przedsięwzięcia inwestycyjnego (nadzór inwestorski, nadzór geologiczny, inżynier kontraktu, kompleksowa obsługa geologiczna, wykonanie badań geologicznych i hydrologicznych)**. Ponadto Wykonawca zwraca uwagę, że warunki udziału powinny być sformułowane w sposób **jednoznaczny i niebudzący wątpliwości**, podczas gdy literalne brzmienie warunku i odniesienie go wyłącznie do *inżyniera projektu / inżyniera kontraktu / inżyniera zastępczego* może budzić wątpliwości wykonawców właśnie w zakresie możliwości spełnienia tego warunku w przypadku pełnienia, np. innej funkcji równorzędnej. Podobne wątpliwości (przy niezmienionym warunku udziału) będzie miał zapewne także Zamawiający przy ocenie referencyjnych doświadczeń wykonawców, ilekroć w opisie pełnionej funkcji nie pojawi się literalne określenie *inżynier projektu / inżynier kontraktu / inżynier zastępczy*. Podsumowując, odnosząc się do przedmiotowego warunku udziału w całości, należy zauważyć, iż Zamawiający jako gospodarz Postępowania ma oczywiście prawo kształtować warunki udziału w Postępowaniu tak, by osiągnąć zakładany cel, jednak kształtowanie tych warunków nie może być dowolne. Stawianie warunków nieuzasadnionych kwestiami merytorycznymi, które w żaden sposób nie wpływają na rękojmię należytego wykonania zamówienia jest działaniem sprzecznym z PZP, co znajduje wyraźne potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. *Zamawiający ma obowiązek przygotować i prowadzić postępowanie o*

udzielenie zamówienia zgodnie z zasadami określonymi w art. 16 p.z.p. Wśród tych zasad wskazana została zasada konkurencyjności i proporcjonalności, która zezwala zamawiającemu na podejmowanie tylko takich środków ograniczających konkurencję, które są konieczne i jednocześnie wystarczające do osiągnięcia celu, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty. (...) Zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych warunków danego zamówienia, w tym w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. Rozwijając powyższe warto sięgnąć do piśmiennictwa⁴: określenie warunków powinno być dokonane w sposób **proporcjonalny do przedmiotu zamówienia**. Po pierwsze więc punktem odniesienia dla ustalenia prawidłowej konkretyzacji warunku jest przedmiot zamówienia. **Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia**. Warunek udziału w postępowaniu, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia, zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż **nie będzie obiektywnego uzasadnienia jego zastosowania** (nie istnieje dopuszczalny ustawowo cel, jakiemu miałby on służyć). W świetle powyższego, **Wykonawca uprzejmie wnosi o zmianę omawianego warunku udziału w Postępowaniu i zobowiązanie Wykonawcy do wykazania, iż wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu funkcji Inżyniera Projektu lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego lub funkcji równorzędnej (np. nadzór inwestorski, nadzór geologiczny), która obejmowała m.in. pełnienie funkcji nadzoru geologicznego podczas wykonywania otworu geotermalnego o głębokości minimum 1 500 m p.p.t.**

Odpowiedź 1:

Zamawiający dokona modyfikacji w zapisie SWZ w rozdziale XVI ust. 2 ppkt 1 w następujący sposób:

2. Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej, jeżeli wykaże, że:

- 1) *w ostatnich trzech latach przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje należycie co najmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu funkcji Inżyniera Projektu lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego, dla przedsięwzięcia inwestycyjnego o wartości projektu nie mniejszej niż 7.000.000,00 złotych brutto*