



# ZARZĄD BUDYNKÓW MIEJSKICH II Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o.

44-100 Gliwice, ul. Warszawska 35 B www.tbs2.pl

Rejestr KRS0000061651 Sąd Rejonowy Gliwice NIP: 631-22-45-832 REGON: 276 590 157

Konto Bankowe: Millennium bank Nr 46 1160 2202 0000 0005 6156 1785

Biuro Obsługi Klienta: bok@tbs2.pl Tel. 32 300 00 20

Kapitał Zakładowy - 103 569 000,00 PLN



Gliwice, 09.07.2024r.

Nr sprawy: 098/2024/TR

Wszyscy uczestnicy postępowania

## Zmiana treści Specyfikacji Warunków Zamówienia

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego p.n.: **Budowa budynku żłobka miejskiego i przedszkola wraz z zagospodarowaniem terenu obejmującym infrastrukturę techniczną, towarzyszącą oraz budowa drogi tymczasowej w Gliwicach przy ul. Zbożowej (działki nr 613, 612/1, 1064/2 obręb Kłodnica).**

Menadżer Projektu odpowiada na pytanie/wniosek, które wpłynęło dnia 05.07.2024 r. Dokładną treść pytania/wniosku bez ujawniania źródła pochodzenia przedstawiamy poniżej.

„Działając w imieniu (nazwa wnioskodawcy) (dalej: „Wykonawca” ), niniejszym na podstawie art. 135 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 dalej: „PZP” ), kieruję do Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej działającej w imieniu Miasta Gliwice (dalej: „Zamawiający) wniosek o dokonanie modyfikacji treści SWZ w dbałości o konkurencyjność postępowania, w tym kolejno o zachowanie prawidłowości i braku zakłóceń w ramach realizacji Zamówienia, o czym mowa poniżej.

Zamawiający w pkt 2.4 Rozdziału XXI nt. Informacji o warunkach udziału w postępowaniu wskazał, że *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykazą, że posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali minimum 3 zamówienia poparte referencjami polegające na budowie dwukondygnacyjnego budynku oświatowego / biurowego / użyteczności publicznej w technologii prefabrykowanego szkieletu drewnianego wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu, o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 2 000,00 m<sup>2</sup>, które zostały zgodnie z przepisami prawa budowlanego prawidłowo ukończone*

Powyższy zapis w szczególności odnoszący się do wielkości powierzchni użytkowej wskazuje jednego, potencjalnego Wykonawcę.

Prowadzi to do uprzywilejowania konkretnego wykonawcy, oraz wyeliminowania innych wykonawców a to zgodnie z art.99 ustęp 4 PZP utrudnia uczciwą konkurencję i w sposób naruszający przepisy ustawy PZP i KC, tj.:

- 1) art. 112 ust. 1 PZP w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w związku z art. 116 ust. 1 PZP w związku z art. 16 PZP poprzez sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie warunku doświadczenia wymaganego od wykonawcy, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt 5.1.4.1 SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za

tym idzie w sposób dyskryminujący wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji,

2) art. 112 ust. 1 PZP z związku z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w związku z art. 116 ust. 1 PZP w związku z art. 16 PZP poprzez sformułowanie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia wymaganego od osób dedykowanych do realizacji zamówienia, o których mowa w Rozdziale 5 pkt 5.1.4.2 SWZ w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób dyskryminujący osoby zdolne do wykonania zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Wykonawca wskazuje, że zgodnie z zasadami PZP, Zamawiający winien zapewnić szeroki dostęp do zamówienia dla wykonawców zdolnych do właściwej realizacji. Ograniczenie warunków udziału w postępowaniu nie może służyć sztucznemu ograniczeniu konkurencji ani nieuzasadnionemu wykluczeniu pewnych podmiotów, co potwierdza ugruntowane orzecznictwo.

Co ważne, warunki uczestnictwa w procesie muszą być formułowane zgodnie z celem - wybraniem wykonawcy zapewniającego należyte wykonanie zamówienia. Te warunki powinny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, uwzględniając jego specyfikę, zakres, wartość i stopień złożoności. Ich istotą jest zapewnienie równego dostępu do procesu uczestnictwa dla wykonawców kompetentnych do wykonania zamówienia.

Zgodnie z wyrokiem z dnia 11 kwietnia 2023 r. Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 852/23 „*Formułowane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny służyć zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia. W przypadku kryteriów oceny ofert, uwzględniając zasadę proporcjonalności powinny być one z kolei określane w taki sposób, który pozwoli na wyłonienie najkorzystniejszej oferty, a pomiędzy zawężeniem kręgu wykonawców z tego wynikającym, a korzyściami płynącymi z takiego opisanie tych kryteriów zachodzi rozsądna proporcja. W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu podkreślenia wymaga, że poza art. 112 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (wprost nakazującym zachowanie zasady proporcjonalności w Postępowaniu), **zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu powinien wziąć pod uwagę przede wszystkim wyrażone w art. 16 ustawy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada ta przejawia się w szczególności w obowiązku zapewnienia przez zamawiającego możliwie najszerszego dostępu do zamówienia wykonawców, którzy są w stanie właściwie zrealizować zamówienie. Postawienie zbyt wąskiego warunku udziału w postępowaniu nie może być narzędziem do sztucznego ograniczenia konkurencji lub bezpodstawnego wyeliminowania niektórych podmiotów z udziału w postępowaniu.***”

Kolejno, w wyroku z dnia 16 czerwca 2021 r. Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 1163/21 „**Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rekojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rekojmię.**”

Mając na uwadze cytowane orzecznictwo, Zamawiający, formułując warunki uczestnictwa w postępowaniu, winien konsekwentnie uwzględniać możliwości rynkowe dostępnych na danym rynku wykonawców. Jego ustawowym obowiązkiem jest zapewnienie najszerszego możliwego dostępu do zamówienia dla wykonawców zdolnych do właściwej realizacji.

Ponadto, określając warunki uczestnictwa, Zamawiający powinien ustalać je jako minimalne wymagania zdolności, co wymaga uwzględnienia specyfiki danego zamówienia, rodzaju, przedmiotu, zakresu oraz ilości. Jednocześnie celem warunków ustalonych przez Zamawiającego jest zapewnienie, że zamówienie zostanie zrealizowane przez podmiot gwarantujący jego należyte wykonanie. Konieczne jest zachowanie równowagi między interesami Zamawiającego a wykonawcy, aby nadmierne wymagania Zamawiającego nie skutkowały wykluczeniem z postępowania wykonawców zdolnych do prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. Stawienie zbyt restrykcyjnego warunku uczestnictwa w postępowaniu nie może służyć do celowego ograniczenia konkurencji lub nieuzasadnionego wykluczenia pewnych podmiotów z udziału w postępowaniu, nawet jeśli posiadają one odpowiednie doświadczenie, co uniemożliwia im ubieganie się o realizację danego zadania.

W zakresie określenia warunku uczestnictwa, zdaniem Wykonawcy Zamawiający mocno zawęży warunki uczestnictwa skupiając się na konieczności posłużenia się przez wykonawców doświadczeniem obejmującym swoim zakresem budowę dwukondygnacyjnego budynku oświatowego/biurowego/użyteczności publicznej w technologii prefabrykowanego szkieletu drewnianego wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu, o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 2.000,00 m<sup>2</sup>. Nie sposób nie zauważyć, że Zamawiający znacząco ogranicza katalog potencjalnych inwestycji referencyjnych.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, konieczne jest zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowagą ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom dającym rękojmie jego prawidłowego wykonania.

Zgodnie z wyrokiem z dnia 29 stycznia 2021 r. Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 3489/20 „określenie „proporcjonalny” oznacza tyle co „zachowujący właściwą proporcję”. Miarą owej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzanie nadmiernych wymagań podmiotowych. Innymi słowy - warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (tak w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO/KU 27/18 z 28 czerwca 2018 r.).”

Jak wskazano w Uchwale z dnia 10 lipca 2019 r. Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO/KD 48/19 „*Obowiązek zachowania proporcjonalności warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej został ujęty również w treści art. 22d ust. 1 Pzp, zgodnie z którym oceniając zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w powyższym zakresie, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Z powyższego należy wywieść zakaz*

*stawiania warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.”*

W tym stanie rzeczy, wnioski o modyfikację treści SWZ w zakresie doświadczenie jak niżej:

*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykazą, że posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali minimum 3 zamówienia poparte referencjami polegające na budowie dwukondygnacyjnego **budynków typu oświatowego / biurowego / użyteczności publicznej / mieszkalnego** w technologii prefabrykowanego szkieletu drewnianego wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu, o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż **1 000,00 m<sup>2</sup>**, które zostały zgodnie z przepisami prawa budowlanego prawidłowo ukończone*

\* \* \*

Dokonanie powyższych zmian w SWZ w znacznym stopniu przyczyni się do zachowania w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców, o których mowa w art. 16 PZP, a w konsekwencji przełoży się na ilość ofert, które będą mogły zostać złożone w ramach niniejszego postępowania. Ponadto zaproponowane zmiany wpłyną na złożenie przez wykonawcy korzystniejszej oferty.”

#### **Odpowiedź:**

Menadżer Projektu informuje, że niniejszym zmienia się niektóre postanowienia Rozdziału XXI SWZ „Informacje o warunkach udziału w postępowaniu”, w punkcie 2.4, podpunkt a) dot. zdolności technicznej lub zawodowej.

Po dokonanej zmianie punkt 2.4 podpunkt a) dot. zdolności technicznej lub zawodowej Rozdziału XXI SWZ otrzymuje brzmienie:

a) O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykazą, że posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali minimum **2 zamówienia poparte referencjami polegające na budowie co najmniej dwukondygnacyjnego budynku oświatowego / biurowego / użyteczności publicznej/mieszkalnego w technologii prefabrykowanego szkieletu drewnianego wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu, o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1 000,00 m<sup>2</sup> oraz 1 zamówienie poparte referencjami polegające na budowie co najmniej dwukondygnacyjnego budynku oświatowego / biurowego / użyteczności publicznej/mieszkalnego w technologii prefabrykowanego szkieletu drewnianego wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu, o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 2 000,00 m<sup>2</sup>**, które zostały zgodnie z przepisami prawa budowlanego prawidłowo ukończone oraz minimum 3 zamówienia poparte referencjami polegające na wykonaniu instalacji gruntowych pomp ciepła z dolnym źródłem i odwiertami o głębokości nie mniejszej niż 180 mb, wymagających uzgodnień z Okręgowym Urzędem Górniczym. Jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia lub Protokołu odbioru robót.

Wykonawca potwierdzi należyte zrealizowanie tych zadań przy pomocy dowodów (np. referencje).

Uwagi:

- Dopuszcza się jedynie wskazanie doświadczenia w zakresie wznoszenia nowych obiektów. Zamawiający nie będzie uwzględniał doświadczenia w zakresie przebudowy, rozbudowy lub nadbudowy istniejących.
- Jeżeli Wykonawca wykazuje doświadczenie nabyte w ramach kontraktu (zamówienia/umowy) realizowanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), Zamawiający nie dopuszcza by Wykonawca polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, jeżeli faktycznie i konkretnie nie wykonywał wykazywanego zakresu prac. Zamawiający zastrzega możliwość zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie faktycznie konkretnie wykonywanego zakresu prac oraz przedstawienia stosownych dowodów np. umowy konsorcjum, z której wynika zakres obowiązków czy wystawionych przez wykonawcę faktur.
- Zamawiający uzna za spełniony warunek SWZ również w przypadku, gdy doświadczenie wykazane przez Wykonawcę obejmuje szerszy zakres robót budowlanych od wymaganych przez Zamawiającego.
- Zamawiający nie dopuszcza sumowania robót budowlanych wykonanych w ramach odrębnych kontraktów (umów/zamówień) celem uzyskania wymaganego warunku udziału w postępowaniu.

Niniejsze pismo jest stanowi zmianę Specyfikacji Warunków zamówienia i jest wiążące dla wszystkich uczestników postępowania.