



Braniewo, dnia 15.09.2022 r.

Znak sprawy: PCM/ZP 07/I/2022

Odpowiedzi na zapytania wykonawców dotyczące treści SWZ

Dotyczy: zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji (art. 275 pkt 2 P. z. p.) na dobudowę do Budynku Głównego pawilonu połączonego z nim łącznikiem w ramach projektu pn. „Rozwój specjalistycznych usług medycznych w wyniku budowy bloku operacyjnego szpitala w Braniewie”

Zamawiający informuje, że w terminie określonym zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.) – dalej: ustawa Pzp, wykonawcy zwrócili się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ.

W związku z powyższym, Zamawiający udziela następujących wyjaśnień:

ZAPYTANIE I

Wniosek o wyjaśnienie i zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia Rozdział IX ust.2 tiret 3 i potwierdzenie, że Wykonawca może wykazać spełnianie warunku udziału określonego w pkt 4.1) poprzez poleganie na zasobach podwykonawcy w zakresie określonym w pkt 4.1. ppkt 2) i ppkt 3), a samodzielnie w ramach własnego doświadczenia dysponować doświadczeniem, o którym mowa w pkt 4.1 ppkt 1).

W razie odpowiedzi negatywnej Wykonawca wnosi o zmianę postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia Rozdział IX ust.2 tiret 3, w ten sposób, że otrzyma ono brzmienie:

Zamawiający zastrzega, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek określony w pkt 4.1) ppkt 1. SWZ nie podlega sumowaniu, tj. jeden w z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi spełniać go samodzielnie.

Wykonawca wskazuje, że brak jest faktycznego i prawnego uzasadnienia dla wymagania, aby wykonawca spełniał samodzielnie i łącznie cały warunek udziału określony w pkt 4.1) tj. ppkt 1.- 3. O ile zrozumieliśmy i adekwatnym może być wymaganie, aby Wykonawca samodzielnie i łącznie spełniał warunek określony w pkt. 4.1. ppkt 1., to nie jest zasadne wymaganie takiego własnego doświadczenia w zakresie ppkt 2. i ppkt. 3. Są to bardzo specjalistyczne zakresy, które realizowane są zazwyczaj przy udziale wyspecjalizowanych, dedykowanych w tym zakresie podwykonawców o wąskiej specjalności. Sytuacja, w której Wykonawca posiada doświadczenie w zakresie określonym w pkt. 4.1) ppkt 1 (budowa/ przebudowa/ rozbudowa obiektu), a w zakresie dot. układu wentylacji i instalacji gazów medycznych bazuje na doświadczenie podwykonawców, gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Z kolei wykluczenie takiej możliwości narusza zasady konkurencyjności oraz zasadę możliwości udostępniania zasobów.

Zgodnie z art. 118 PZP 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. W orzecznictwie TSUE ugruntowana jest reguła, iż wykonawca może wykonać zamówienie publiczne z wykorzystaniem własnych zasobów lub też zasobów innych podmiotów (wyr. TSUE z

23.12.2009 r., w sprawie [C-305/08 CoNISMa](#), Legalis; wyr. TSUE z 7.4.2016 r., w sprawie [C-324/14 Partner Apelski Dariusz](#), MoP 2016, Nr 11, s. 570; wyr. TSUE z 2.6.2016 r., w sprawie [C-27/15 Pippo Pizzo](#), Legalis).

Przepisy prawa zamówień publicznych przyznają każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia. Wykluczenie tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. (por. wyrok z 7.4.2016 r. w sprawie [C-324/14 Partner Apelski Dariusz](#) TSUE).

W przedmiotowym postępowaniu, w którym w rozdziale VII SWZ Zamawiający dopuścił udział podwykonawców, powinno być możliwe poleganie na zasobach podwykonawców w celu wykazania warunku doświadczenia w zakresie pkt 4.1 ppkt 2) i ppkt 3). Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Wobec powyższego, Wykonawca wnosi o potwierdzenie powyższego.

Odp. Zamawiającego: W ocenie Zamawiającego zarzut, iż „*brak jest faktycznego i prawnego uzasadnienia dla wymagania, aby wykonawca spełniał samodzielnie i łącznie cały warunek udziału określony w pkt 4.1) tj. ppkt 1.- 3*” **jest nieuzasadniony**. Zamawiający na podstawie art. 117 ust. 1 może określić szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

Wskazać należy, iż tylko co do zasady należy przyjmować, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp powinny zostać spełnione łącznie przez tych wykonawców. Żadne przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku dopuszczenia sumowania sytuacji ekonomicznej lub finansowej, ani zdolności technicznej lub zawodowej, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W wyroku z dnia 10 października 2005 r., V Ca 428/05, Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że „*Z art. 23 ust. 3 [obecnie art. 58 ust. 5 ustawy Pzp] nie wynika postulat łączenia zasobów przez wykonawców tworzących konsorcjum w sposób całkowicie dowolny, a „łącznie” nie zawsze należy utożsamiać z matematycznym sumowaniem potencjałów konsorcjantów. Zasadniczo, jak wskazuje ustawowy nakaz odpowiedniego stosowania przepisów, potencjał konsorcjum powinien odpowiadać zdolności do wykonania zamówienia pojedynczego wykonawcy. Tym samym zdolność konsorcjum do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością nie może być mniejsza, lecz porównywalna z potencjałem pojedynczego wykonawcy, który o udzielenie zamówienia ubiega się samodzielnie.*”

Na gruncie przepisów art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający jest uprawniony do określania warunków udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania umowy.

Ocena naruszenia przez zamawiającego art. 112 ust. 1 ustawy Pzp powinna być dokonywana w okolicznościach konkretnego przypadku z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego postępowania. Ocena ta powinna sprowadzać się do ustalenia, czy określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu spełniania tych warunków także przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, naruszają podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych: zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności. Takie ustalenie jest istotne ze względu na określoną w przepisach 17 ust. 2 ustawy Pzp zasadę udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami odpowiednio ustawy Pzp. Uczciwa konkurencja i równe traktowanie

wykonawców wcale nie oznacza, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie mający zdolności technicznej lub zawodowej lub będący w złej sytuacji ekonomicznej lub finansowej mogą być traktowani lepiej niż wykonawca indywidualnie ubiegający się o zamówienie i korzystający wyłącznie np. z własnego potencjału ekonomicznego lub finansowego.

W uchwale z dnia 5 września 2014 r., KIO/KU 74/14, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła stanowisko, że „nie do końca jest prawdą, że konsorcja mogą być tworzone zupełnie dowolnie, gdyż przede wszystkim muszą być one zdolne do wykonania zamówienia oraz nie mogą być w sposób nieuzasadniony faworyzowane w stosunku do wykonawców indywidualnych, bo to także narusza uczciwą konkurencję między wykonawcami.”

W orzecznictwie wyrażany jest pogląd, że przepis art. 23 ust. 3 [obecnie art. 58 ust. 5 ustawy Pzp] „nie stanowi podstawy do twierdzenia, że łączenie zasobów wykonawców tworzących konsorcjum może odbywać się w sposób całkowicie dowolny. Należy bowiem mieć na uwadze cel stawianych w postępowaniu warunków, którym jest wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie, wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym. **Potencjał konsorcjum powinien odpowiadać zdolności do wykonania zamówienia pojedynczego wykonawcy**, zdolność konsorcjum do wykonania przedmiotu zamówienia nie może być mniejsza niż wykonawcy, który samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia” (uchwała z dnia 23 lipca 2014 r., KIO/KU 62/14).

Przykładowo, w uchwale KIO/KU 62/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że „wymóg wykazania spełniania warunku osiągnięcia obrotu rocznego w okresie ostatnich trzech lat w wysokości nie mniejszej niż 4.300.000 PLN przez jeden podmiot w żaden sposób nie sprzeciwia się istocie konsorcjum. Uwzględnienie wskaźników ekonomicznych pochodzących od różnych członków konsorcjum nie mówiłoby nic o potencjale ekonomicznym konsorcjum. Wymaganie ustanowione przez zamawiającego pozwala na ocenę stałości ekonomicznej wykonawcy umożliwiającej dokończenie inwestycji o znacznym rozmiarze. Sumowanie obrotów kilku członków konsorcjum czy podmiotów trzecich nie prowadziłoby do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego potencjał ekonomiczny jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i porównywalny z zasobami wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Stanowiłoby też nieuzasadnioną preferencję na rzecz wykonawców tworzących konsorcjum.”

Powyżej przytoczone tezy z orzecznictwa KIO, choć odnoszą się do konkretnego stanu faktycznego dot. zdolności finansowej lub ekonomicznej można w odpowiedni sposób odnieść również na grunt niniejszego stanu faktycznego, tj. do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Warto zauważyć, że użyte w art. 112 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „określa warunki udziału w postępowaniu (...) w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, że określone warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zasada proporcjonalności wyrażona w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp oznacza, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać one dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania (zob. wyrok z dnia 14 grudnia 2012 r., KIO 2636/12).

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi zapewniać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu wykonawcy. Nie może więc stanowić utrudniania uczciwej konkurencji fakt, że warunków udziału w postępowaniu nie będą mogli spełnić wszyscy zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia. Zamawiający może określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem że nie spowoduje to wyeliminowania z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy mogą to zamówienie wykonać. Przestrzeganie zasady zachowania uczciwej konkurencji nie może być zatem utożsamiane z dopuszczeniem do udziału w postępowaniu wykonawców niezdolnych do należytego wykonania zamówienia publicznego.

W ramach niniejszego zamówienia realizowana będzie wentylacja mechaniczna z klimatyzacją na obiekcie szpitalnym, którego użytkownikami w przeważającej części są pacjenci wymagający interwencji chirurgicznej. Utrzymanie parametrów w zakresie temperatury, wilgotności oraz klasy czystości jest niezbędne do prawidłowego zrealizowania inwestycji w sposób zapewniający zarówno komfort jak i bezpieczeństwo użytkowników. Parametr wilgotności jest tym bardziej istotny przy modernizacji wentylacji mechanicznej dla sal operacyjnych, które znajdują się w zakresie przedmiotowego zamówienia. W ocenie Zamawiającego utrzymanie parametrów powietrza jedynie w zakresie temperatury oraz klasy czystości nie gwarantuje prawidłowego wykonania dla tak newralgicznych pomieszczeń jak sale operacyjne, gdzie przebywają pacjenci o obniżonej odporności i wielu dolegliwościach zagrażających życiu i zdrowiu pacjentów.

Tym samym, Zamawiający podtrzymuje zapisy w zakresie warunku udziału w postępowaniu.

Wszyscy oferenci zainteresowani przetargiem są zobowiązani do zapoznawania się z odpowiedziami na zapytania oraz ewentualnymi modyfikacjami specyfikacji bądź sprostowaniami jej zapisów, gdyż doprecyzowują one przedmiot zamówienia i siwz. Są warunkiem złożenia poprawnej oferty. Jednocześnie zamawiający przypomina, że zmieniony został termin składania ofert z dnia 21.09.2022 r., g.10:00 na dzień 27.09.2022 r., godz. 10:00.

Niniejsze odpowiedzi na zapytania zostały zamieszczone na stronie strony internetowej prowadzonego postępowania: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/660577> w dniu 15.09.2022 r