

**Wykonawcy
w postępowaniu**

Wyjaśnienie i modyfikacje treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Dotyczy: prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „Odtworzenie terenów zieleni na obszarze miasta i gminy Żnin zniszczonych wskutek nawałnic w sierpniu 2017 r. wraz z rewaloryzacją parku nad Jeziorem Żnińskim Małym”

W związku z zapytaniem dot. treści SIWZ oraz wnioskami o dokonanie modyfikacji SIWZ, działając w trybie art. 38 ust. 2 oraz ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), niniejszym wyjaśniam oraz informuję o dokonaniu następujących zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu:

- 1. Wykonawca zwrócił się z następującym wnioskiem o modyfikację zapisów SIWZ w zakresie warunków udziału dotyczących zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie Wykonawcy):** „określenie, że Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował co najmniej jedną usługę zagospodarowania terenów zielonych obejmującą: nasadzenie minimum 100 drzew (o następujących minimalnych parametrach: formy pienne, obwód pnia na wys. 100 cm – min. 24 cm, wysokość min. 450 cm) oraz co najmniej jedną usługę polegającą na wykonaniu ciągów pieszych lub pieszo-rowerowych (o nawierzchni żwirowej i/lub tłuczniowo-żwirowej na powierzchni minimum 3000 m kw.), z podaniem daty i miejsca wykonania zadania wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane prawidłowo (wzór wykazu stanowi załącznik nr 7a do SIWZ) stanowi nieuzasadnione ograniczenie konkurencji.

Głównym przedmiotem tego zamówienia jest- zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ Usługa sadzenia roślin oraz utrzymania terenów zielonych (kod CPV 77310000). Warunek udziału powinien być więc określony w takim zakresie, aby gwarantować należyte wykonanie zamówienia w zakresie głównego jego przedmiotu. Wykonawcy, którzy wykonują usługi w zakresie zagospodarowania terenów zieleni specjalizują się w tym zakresie, nie zaś w zakresie wykonywania ciągów pieszych, Tak postawiony warunek jest błędny. Ponadto Zmawiający wymaga w ramach dysponowania potencjałem kadrowym osoby z uprawnieniami drogowymi., To ta osoba zagwarantuje swoimi uprawnieniami wykonanie ciągów pieszych w sposób należyty. Warunek postawiony jest więc nieproporcjonalny i niezgodny z przepisami prawa, ogranicza w sposób ewidentny uczciwą konkurencję i prowadzi do nierównego traktowania Wykonawców.

Ponadto wnioskuję o zmianę wysokości minimalnej drzew z 450 cm na 300 cm. Technologia sadzenia tych dwóch rodzajów roślin jest taka sama, a warunek w tym zakresie jest wygórowany- dalece nieproporcjonalny.

W związku z powyższym wnioskuję o zmianę zapisu dot. doświadczenia Wykonawcy na:
Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował co najmniej jedną usługę zagospodarowania terenów zielonych obejmującą:

nasadzenie minimum 100 drzew (o następujących minimalnych parametrach: formy pienne, obwód pnia na wys. 100 cm – min. 24 cm, wysokość min. 300 cm) z podaniem daty i miejsca wykonania zadania wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi zostały wykonane prawidłowo (wzór wykazu stanowi załącznik nr 7a do SIWZ. Ww. warunki udziału w postępowaniu zostały określone z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych i w związku z powyższym rozważam skorzystanie ze środka ochrony prawnej jakim jest złożenie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej w związku z niewłaściwym określeniem warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego.

Moje stanowisko zostało wielokrotnie potwierdzone w ramach doktryny oraz orzecnictwa KIO:

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności (wyrok KIO z 4 października 2019 r., sygn. akt KIO 1859/19).

Za minimalne poziomy zdolności należy uznać takie wartości, wielkości lub wymagania, które nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji (umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogłyby należycie wykonać także inne podmioty).

Zamawiający co prawda może określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem że nie wyeliminuje w ten sposób z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy mogą to zamówienie zrealizować.

Szczególne znaczenie w tym kontekście należy przypisać zasadzie proporcjonalności. Zgodnie z nią nakaz przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub wszystkich rozwiązań istniejących na rynku – również nieodpowiadających potrzebom zamawiającego.

Zamawiający w związku z tym, przygotowując i prowadząc postępowanie, może stawiać określone wymagania – powinny one jednak być adekwatne do celów tego postępowania. W tym kontekście przywołania wymaga orzecznictwo TSUE. Skład orzekający w jednym z przełomowych wyroków kształtujących tę zasadę zwrócił uwagę na test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (wyrok z 16 września 1999 r. w sprawie nr C-414/97 Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii).

Jak słusznie wskazuje się w doktrynie „zasada proporcjonalności wymaga nie testu porównania dwóch sprzecznych interesów, lecz dwustopniowej oceny wprowadzonego środka: Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu? Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji celu, to czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu? Czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków?”. Zamawiający jest zobowiązany zatem zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu.

W związku z tym na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką,

zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

Powyższe potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W jednym z wyroków KIO wskazała, że norma ujęta w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp ma charakter funkcjonalny, tj. ustawodawca określił reguły dla ustalania warunków udziału w postępowaniu w sposób referujący do celu, jaki mają one spełniać tak, aby ich określenie gwarantowało wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia (wyrok o sygn. akt K102381/18 z 3 grudnia 2018 r.).

Z kolei w innym wyroku KIO zwraca uwagę na to, iż konstruując warunki, powinno się je formułować w sposób minimalny. Tym samym, zamawiający powinien skupić się na pewnych minimalnych cechach danego warunku, których spełnienie da mu rękojmię, że wybrany wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie. W wyroku z 24 stycznia 2018 r. KIO wskazała, że art. 22 ust. 1a ustawy Pzp nakazuje, aby zamawiający określał warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, wyrażając je w szczególności jako minimalne poziomy zdolności. Przepis ten nie przewiduje obowiązku, by wykonawca legitymował się dokładnie takimi samymi zrealizowanymi budowlami jak przedmiot zamówienia, o który się ubiega (sygn. akt KIO 82/18).

Artykuł 22 ust. 1a ustawy Pzp mówi także o obowiązku formułowania warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. KIO dokonała wykładni tej wytycznej, wskazując, że proporcjonalność warunku należy rozumieć, jako opisanie go na takim poziomie, który:

z jednej strony jest uzasadniony dążeniem zamawiającego do uzyskania najwyższej jakości „i rzetelności w wykonaniu przedmiotu zamówienia, a

z drugiej nie ogranicza dostępu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego realizacji (wyrok KIO z 8 czerwca 2017 r., sygn. akt 1030/17).

W innym wyroku KIO orzekła, że zasada proporcjonalności oznacza, iż opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają być one adekwatne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia (wyrok z 27 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 697/17).

Zarówno przepis, jak i wytyczne wynikające z wykładni tego przepisu dokonane przez KIO, wyraźnie wskazują zatem, iż zamawiający – formułując warunki udziału w postępowaniu – nie ma obowiązku ściśle odnosić się do rodzaju zamówienia, który jest przedmiotem zamówienia.

Warunki powinny oczywiście dotyczyć przedmiotu zamówienia, ale to odniesienie powinno być proporcjonalne, czyli adekwatne do osiągnięcia celu, jakim jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. wyrok KIO z 8 czerwca 2017 r. (sygn. akt 1030/17), wyrok KIO z 24 stycznia 2018 r. (sygn. akt KIO 82/18), wyrok KIO z 3 grudnia 2018 r. (sygn. akt KIO 2381/18).

Podkreślam ponadto, że obowiązkiem Zamawiającego przy ustalaniu wymagań stawianych wykonawcom nie jest wyłącznie odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale również ocena sytuacji rynkowej. Aktualnie zaistniałe okoliczności związane z pandemią COVID – 19 generują zaistnienie niekorzystnych dla Wykonawców uwarunkowań rynkowych, a dodatkowe świadome ograniczenie konkurencji przez Zamawiającego nie może być w żaden sposób usprawiedliwione.

W związku z powyższym, wnioskuję o zmiany jak powyżej. Nadmieniam, że nie

wprowadzenie zmian w ww. zakresie może stanowić dla Zamawiającego realne zagrożenie postawienia konkretnych zarzutów w przypadku kontroli instytucji zewnętrznych, również w kontekście dofinansowania tego zadania ze środków zewnętrznych.”

Odpowiedź: Zamawiający dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej.

2. Wykonawca zwrócił się z następującym wnioskiem o modyfikację zapisów SIWZ w zakresie warunków udziału dotyczących potencjału kadrowego:

„Określenie przedmiotowego warunku udziału w zakresie dysponowania kierownikiem robót posiadającym wykształcenie wyższe ogrodnicze lub leśne lub o kierunku architekta krajobrazu lub w zakresie pielęgnacji zieleni stanowi warunek nieproporcjonalnie zawyżony w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stanowi to naruszenie zasady proporcjonalności, ponieważ kluczowym elementem w tym zakresie jest doświadczenie osoby, która to zadanie będzie miała wykonywać, nie zaś dokument potwierdzający wykształcenie wyższe. Osoba powinna mieć doświadczenie praktyczne i ten element warunku jest właściwy. Jednak nie można generować ograniczenia konkurencji tylko dlatego, że osoba, która posiada wykształcenie w wymaganym zakresie merytorycznym, nie na poziomie wyższym, ale posiada odpowiednie doświadczenie, nie jest dopuszczona do realizacji tego zamówienia. Zamawiający tym samym doprowadza do złamania podstawowej zasady zamówień publicznych, ponieważ w sposób nieuprawniony doprowadza ewidentnie do ograniczenia konkurencji. Postawienie takiego warunku stoi ewidentnie w sprzeczności z przedmiotem zamówienia, jego charakterem, i zakresem, tutaj istotne jest doświadczenie zawodowe kierownika robót, bo ono jest najważniejsze, nie zaś wykształcenie wyższe. Proszę, niech Zamawiający odpowie na pytanie – czy jest różnica w zagwarantowaniu przez magistrą czy technika należytego wykonania przyszłej umowy? Wnioskowana zmiana warunku w pełni pozwoli zabezpieczyć interes Zamawiającego – daje pełną gwarancję zdolności wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty.

W związku z powyższym wnioskuję o zmianę zapisu dot. dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym w zakresie kierownika robót na:

Kierownik robót- osoba posiadająca wykształcenie ogrodnicze lub leśne lub o kierunku architektura krajobrazu lub w zakresie pielęgnacji zieleni, posiadająca minimum trzyletnie doświadczenie zawodowe w zakresie prac pielęgnacyjnych polegających na pielęgnacji zieleni parkowej lub sadzeniu, wycince drzew bądź pielęgnacji drzew.”

Odpowiedź: Zamawiający dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej.

3. Wykonawca zwrócił się z następującym wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ:

„czy Wykonawca ma skalkulować ofertę mając na uwadze obecną epidemię i ewentualne koszty związane z tą epidemią, które mogą wpłynąć na realizację inwestycji, a jeśli tak to prosimy dla porównywalności wszystkich ofert o odpowiedź w jaki sposób koszty takie oferenci mają skalkulować, w oparciu o jakie dane, o jakie wytyczne i o jaki wzór - prosimy o jednoznaczne i precyzyjne wskazania i wytyczne Zamawiającego w tym zakresie”.

Odpowiedź: Należy mieć na uwadze, że samo wystąpienie pandemii koronawirusa nie obliguje w żaden sposób Zamawiającego do wyrażenia zgody na zmianę umowy. Trzeba określić, że w obecnej sytuacji Zamawiający dopuszcza zmianę terminu, jednak Wykonawca będzie zobligowany wykazać (potwierdzić, udokumentować) oraz uwiarygodnić zaistniały konkretny stan faktyczny danego Wykonawcy, że zaistnienie określonych okoliczności wpłynęło w sposób realny na możliwość wykonywania zawartej umowy. Ocena i decyzja w tym zakresie będzie należeć wyłącznie do Zamawiającego.

4. Wykonawca zwrócił się z następującym wnioskiem o wyjaśnienie treści SIWZ:

„Czy Zamawiający przewiduje wydłużenie terminu umowy o cały czas trwania pandemii na świecie i epidemii w Polsce aż do momentu ustania zakażenia koronawirusem? Jednocześnie prosimy o zmianę zapisów w umowie, tak aby uwzględnić w niej panującą obecnie pandemię na świecie i epidemię w Polsce i skutki jakie może ona przynieść, by zapisy te dały możliwość aneksowania umowy zarówno w zakresie terminów (zarówno rozpoczęcia, zakończenia robót oraz terminy pośrednie oraz związanych z nimi rozliczeń) jak i kosztów, które na dzień dzisiejszy Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, a które mogą wzrosnąć mając na uwadze np. zamknięcie lub spowolnienie produkcji różnych materiałów, czy też by uwzględnić w zmianie umowy możliwości realizacji tej umowy mając na uwadze zgromadzenia osób, procedury odbiorowe, rozliczeniowe, narady itp. Jednocześnie prosimy o zapisy w umowie dające możliwość jej zawieszenie bez żadnych negatywnych skutków dla Wykonawcy na skutek zakażenia koronawirusem osób zaangażowanych w budowę, lub na skutek kwarantanny bądź objęcia nadzorem epidemiologicznym tych osób oraz zawieszenia realizacji umowy bez negatywnych skutków na skutek wprowadzenia stanu epidemiologicznego, który nakazuje ograniczenie prowadzenia obiektów noclegowych mając na uwadze wykonawców nie mających siedziby firmy w miejscu prowadzenia inwestycji.”

Odpowiedź: Zamawiający dokonał rozszerzenia zapisów załącznika nr 5 do SIWZ (istotne postanowienia umowy) o zapisy dotyczące pandemii.

5. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy Zamawiający dokonał ustaleń z jednostką dofinansującą w kwestii terminów rozliczeniowych inwestycji i mając na uwadze panującą pandemię i epidemię koronawirusem?

Odpowiedź: Umowa o dofinansowanie projektu stanowi odrębną kwestię. W ramach ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia Wykonawcę obligują zapisy SIWZ wraz z załącznikami, ponieważ to te zapisy dotyczą przyszłej ewentualnej współpracy z Zamawiającym oraz realizacji kontraktu, nie zaś sama umowa o dofinansowanie.

6. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy zakres rzeczowy zadania 1 nie obejmuje pielęgnacji nowonasadzonych drzew, krzewów w okresie jednego roku od nasadzenia, jak to jest w przypadku zadania nr 2. Jeżeli zadanie nr 1 miałyby obejmować również pielęgnację nowonasadzonych drzew i krzewów, Wykonawca wnosi o zmianę przedmiarów, umożliwiającą wycenę tych prac.

7. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie treści SIWZ dotyczącej pielęgnacji zieleni po posadzeniu. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, że "Wykonawca będzie zobowiązany do realizacji czynności związanych z pielęgnacją w ciągu roku po posadzeniu...". Natomiast w przedmiarze robót (załącznik nr 12 żnin rewaloryzacja parku przedmiar modyfikacja 09.11.2020) przy wszystkich pozycjach dotyczących pielęgnacji pojawia się w opisie pozycji zapis: Krotność =2. Jak Wykonawca ma rozumieć tą krotność? czy stanowi ona pomyłkę? czy należy jednak wycenić 2 lata pielęgnacji? Wykonawca prosi o sprostowanie powyższego, gdyż ma to znaczący wpływ na wysokość ofert Wykonawców oraz stanowi rozbieżność pomiędzy SIWZ a przedmiarami i może doprowadzić do braku porównywalności ofert Wykonawców, co jest niezgodne z pzt.

Odpowiedź: Zamawiający dokonał zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie opisu zamówienia doprecyzowując zapisy mówiące o pielęgnacji.

8. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie czy w przetargu dotyczącym odtworzenia terenów zielonych na obszarze gminy i miasta ZNIN zamiast kory można użyć zrębków drewnianych, które mają lepsze właściwości biodegradowalne

Odpowiedź: Zgodnie z treścią załącznika nr 8A do SIWZ „powierzchnie obsadzone należy wyściółkować drobną, przekompostowaną korą sosnową lub zrębkami warstwą o grubości 5 cm”.

Ww. jest wiążące dla Wykonawców oraz Zamawiającego.

z up. BURMISTRZA
Halina Rosiak-Kozłowska
Zastępca Burmistrza

Sprawę prowadzi:
Łukasz Milejczak
Inspektor ds. rozwoju lokalnego i inicjatyw gospodarczych
e-mail: l.milejczak@gminaznin.pl
tel. 52 303 13 01 w. 122

