



GKŚO.I.271.14.2023

Kiwity , dnia 15.02.2024r.

Zamawiający

Gmina Kiwity

Kiwity 28,

11-106 Kiwity

NIP: 743-19-13-795

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Poprawa jakości gospodarki wodno-ściekowej w Gminie Kiwity poprzez budowę odcinka sieci wodociągowej w miejscowości Polapin, rozbudowę i modernizację stacji uzdatniania wody w miejscowości Żegoty oraz modernizację oczyszczalni ścieków w miejscowości Kiwity”*

Gmina Kiwity zwana dalej „Zamawiającym” zawiadamia, że jeden z potencjalnych Wykonawców skierował do Zamawiającego pismo o następującej treści:

„Jako potencjalny wykonawca robót przewidzianych w postępowaniu numer GKŚO.I.271.14.2023 prowadzonym przez Gminę Kwity, a opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00091541 w dniu 05.02.2024 r., niniejszym składamy stanowczy sprzeciw wobec umieszczenia przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia oczywiście wygórowanych i nieuzasadnionych – a tym samym sprzecznych z art. 112 ust. 1 p.z.p. – wymogów stawianych wykonawcom w zakresie dotyczącym:

1. Sytuacji ekonomicznej i finansowej
2. Zdolności technicznej i zawodowej

Wskazać należy, że Zamawiający unieważnił dwa poprzednie przetargi dotyczące tych samych robót – w obydwu przypadkach powodem była okoliczność, że najtańsza oferta znacznie przekraczała możliwości finansowe Zamawiającego. W drugim z tych postępowania nasza oferta uzyskała najlepszy wynik i była jednocześnie najbardziej atrakcyjna cenowo – jednak ze w/w powodu nie została wybrana.

W poprzednim SWZ dot. postępowania o udzielenie zamówienia nr GKŚO.I.271.14.2023 w dziale IX ust. 4 pkt 3 wskazano, że do przystąpienia do przetargu konieczne jest posiadanie dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż **500 000,00 zł**. Natomiast w aktualnej treści SWZ o przeprowadzenie tych samych prac zażądano, aby wykonawca legitymował się posiadaniem ubezpieczenia na kwotę nie mniejszą niż **8 000 000 zł**, a więc **16-stokrotnie** (!) większą, niż przy pierwszych dwóch unieważnionych postępowaniach. Dodatkowo pojawił się nowy warunek, aby wykonawca posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową wysokości min. **5.000.000 zł**. Podobnie, zmiana nastąpiła w zakresie legitymowania się dokumentami potwierdzającymi wykonanie co najmniej 2 robót budowlanych w zakresie budowy albo modernizacji



stacji uzdatniania wody lub budowy lub rozbudowy sieci wodociągowej lub oczyszczalni ścieków, każda na kwotę minimum **4 000 000 zł** (zmiana z kwoty 2 500 000 zł).

Dla nas, jako potencjalnego wykonawcy, opisane wyżej zmiany są niezrozumiałe i pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia. Stawiane wymogi uniemożliwiają udział w postępowaniu znakomitej większości przedsiębiorców, w tym także naszej firmie. Żądana suma ubezpieczenia jest przede wszystkim **rażąco zawyżona względem poprzednio oczekiwanej kwoty, mimo iż warunki, sposób i zakres wykonania przedmiotu zamówienia praktycznie nie uległy zmianom**. Co więcej, realizacja zadania została podzielona na 3 etapy, co umożliwi Zamawiającemu kontrolę nad przebiegiem prac i wypłatę wynagrodzenia w częściach odpowiadających wykonanemu zakresowi robót. Tym bardziej nie istnieją podstawy do nagłego stawiania tak odmiennych warunków w przytoczonym zakresie.

Podkreślamy, że zgodnie z treścią art. 112 ust. 1 p.z.p. *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*. Powyższy przepis odpowiada co do zasady uchylonemu przepisowi art. 22 ust. 1a p.z.p. z 2004 r. Tym samym w tym zakresie aktualne pozostaje całe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądowne dotyczące nieobowiązującego art. 22 ust. 1a p.z.p. z 2004 r.

W wyroku z 1.08.2019 r., KIO 1342/19, LEX nr 2735023, wskazano, iż *Zachowanie zasady proporcjonalności przy określaniu warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału w postępowaniu 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. 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 SIWZ.*

W ocenie Wykonawcy – opisane nowe warunki (wymogi) w sposób zdecydowany ograniczają dostęp do zamówienia podmiotom, które z powodzeniem mogłyby ubiegać się o jego wykonanie – co zresztą robiły przy okazji niedawnych dwóch umorzonych postępowań – gdzie wymogi te były ustanowione na rozsądnym, proporcjonalnym poziomie.

Z kolei w wyroku z 14.03.2017 r., KIO 371/17, LEX nr 2261024, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu – ich wielkość, znaczenie, zakres przedmiotowy – *musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy, tj. zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia.*

Nieoczekiwana zmiana w treści SWZ obejmująca 16-krotny wzrost wymaganej kwoty ubezpieczenia (nota bene daleko ponad kwotę, którą Zamawiający był skłonny przeznaczyć na poczet realizacji inwestycji) **jawi się zatem jako działanie dyskryminujące i sprzeczne z postulatem poszanowania uczciwej konkurencji**. W wyroku z 16.09.1999 r., C-414/97, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, EU:C:1999:417, Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że ocena, czy



podjęte środki są zgodne z TWE (obecnie TSUE), wymaga tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany 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.

Niewątpliwie interes potencjalnych wykonawców został naruszony, a postulowana przez orzecznictwo równowaga w tym zakresie została w sposób dramatyczny zachwiana. Jak wskazuje się w komentarzu do art. 112 ust. 1 p.z.p. pod red. Józefa Nowickiego i Piotra Wiśniewskiego (wyd. V): *Swoboda w określaniu przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczona. Zamawiający jako podmiot dysponujący środkami publicznymi ma obowiązek z jednej strony wydatkować je w sposób oszczędny i efektywny, a z drugiej strony przestrzegać zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający powinien móc udowodnić, że określone warunki udziału w postępowaniu mają charakter „minimalnych poziomów zdolności”, co oznacza, że brak określonego warunku lub jego złagodzenie nie da mu należytej rękojmi realizacji zamówienia. W doktrynie i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podnosi się bowiem, że formułując warunki udziału w postępowaniu, zamawiający powinien dopuścić do udziału w realizacji zamówienia każdego wykonawcę należycie przygotowanego i obiektywnie zdolnego do jego realizacji. Oznacza to, że zamawiający powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych – gwarantujących jednakże osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania. (...) **Każdy nadmiarowy, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia warunek udziału w postępowaniu jest niezgodny z art. 112 ust. 1 i art. 16 pkt 1 p.z.p.***

Mając na uwadze powyższe – zwracamy się do Zamawiającego z wnioskiem o dostosowanie zakresu wymogów stawianych potencjalnym wykonawcom do dyspozycji art. 112 ust. 1 p.z.p. tj. urealnienie i uczynienie proporcjonalnymi oczekiwań w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej wykonawców – poprzez:

- obniżenie minimalnej kwoty ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej wskazanej w dziale IX ust. 4 pkt 3 lit a SWZ do kwoty 500 000 zł,
- usunięcie zapisu przewidującego konieczność posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej wysokości min. 5.000.000 zł (dział IX ust. 4 pkt 3 lit a SWZ),
- usunięcie zapisów z działu IX ust. 4 pkt 4 numer 2 SWZ, zaś przy numerze 1 ustalenie, że wartość robót budowlanych tam opisanych powinna opiewać na kwotę 2 500 000 zł.

Powyższe zmiany będą stanowić przywrócenie zakresu wymagań opisanych w poprzednich postępowaniach i towarzyszących im dokumentach SWZ, co będzie właściwą realizacją postulatów dot. zachowania uczciwej konkurencji, zasady proporcjonalności warunków do przedmiotu zamówienia oraz braku dyskryminacji wykonawców gwarantujących prawidłowe wykonanie robót.”

**Odpowiedź:** Zgodnie z treścią z art. 112 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2021 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023r. poz. 1605 z późn. zm.) Zamawiający określa warunki



udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W niniejszym postępowaniu szacowana wartość zamówienia pokrywa się z kwotą, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia tj. **5 553 914,48 zł brutto**. Średnia cena ofert z dwóch unieważnionych postępowań kształtuje się na poziomie **8 675 157,43 zł brutto**. Wyżej wymienione kwoty wskazują, że wymagane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu są współmierne i adekwatne do przedmiotu zamówienia, oraz gwarantują jego właściwe wykonanie. Ponadto należy zauważyć, że niniejsza inwestycja współfinansowana jest ze środków zewnętrznych, wiąże się to z jej właściwym i terminowym wykonaniem, wszelkie uchybienia powstałe w procesie inwestycyjnym mogą prowadzić do korekt finansowych a tym samym narazić Zamawiającego na straty. Zwiększenie wymagań warunków udziału w aktualnie prowadzonym postępowaniu podyktowane zostało obawą Zamawiającego o właściwy przebieg realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian do SWZ.

**Zamawiający informuję że treść niniejszego pisma staje się integralną częścią SWZ i będzie wiążąca przy składaniu ofert. Pozostałe zapisy SWZ nie ulegają zmianie.**