



WSZYSCY WYKONAWCY

**DOTYCZY: WI-K/PN/240216/1
ŚWIADCZENIE USŁUGI KONSULTANTA DLA ZADANIA PN:
„PRZEBUDOWA SKRZYŻOWANIA DW 934 Z DK 44 WRAZ Z PRZEBUDOWĄ SKRZYŻOWANIA
DW 934 Z LINIĄ KOLEJOWĄ W M. BIERUŃ”.**

Zamawiający, Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, przekazuje treść zapytań, które zostały złożone do postępowania jw. wraz z wyjaśnieniami, tj.:

1 Zapytanie

§ 7 ust. 1 i 4 – Czy granice odpowiedzialności Konsultanta określone w przywołanych przepisach są zgodne z art. 361 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.?

Wyjaśnienie

Zamawiający wyjaśnia, że przytoczone postanowienia Umowy są zgodne z art. 361 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP.

2 Zapytanie

§ 9 ust. 2 - jaka jest podstawa dla ustalenia wysokości żądań Wykonawcy i jaki może być zakres tych żądań? W ocenie Konsultanta wskazany zapis nie może dawać Zamawiającemu swobody w zakresie akceptacji kwoty wskazanej przez Wykonawcę – taka kwota powinna być potwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu lub zostać zaakceptowana przez Konsultanta.

Wyjaśnienie

Określenie wysokości i dochodzenie przez Zamawiającego roszczeń, o których mowa w § 9 ust. 2 Umowy, będzie następowało na zasadach ogólnych, w tym z uwzględnieniem rozkładu ciężaru dowodu w tym zakresie.

3 Zapytanie

§ 10 ust. 5 – jakie jest uzasadnienie dla swobody decyzyjnej po stronie Zamawiającego w zakresie zmian w personelu Konsultanta? Konsultant powinien mieć pełną swobodę doboru swojej kadry, o ile kandydat spełnia wymogi określone w SWZ. Ewentualna odmowa akceptacji takiego kandydata powinna wymagać uzasadnienia i powinna być podyktowana wyłącznie ważnymi powodami.

Wyjaśnienie

Zamawiający wyjaśnia, że uzasadnieniem dla regulacji zawartej w § 10 ust. 5 Umowy jest zapewnienie należytego poziomu świadczenia usług przez Konsultanta. Zamawiający nie zmienia zapisów SWZ w tym zakresie.

4 Zapytanie

§ 11 ust. 3 – jakie są granice kompetencji Kierownika Projektu wynikające z tego przepisu? Czy Kierownik ma prawo wydawać bez odrębnego upoważnienia Zamawiającego wszelkie polecenia dotyczące realizacji umowy bez względu na ich skutki finansowe i prawne? Czy Wykonawca zobowiązany jest do wykonania wszelkich poleceń Kierownika Projektu?

Wyjaśnienie

Zamawiający wyjaśnia, że granice kompetencji Kierownika Projektu określa Umowa, w szczególności § 11 Umowy. Zasady dotyczące wykonywania przez Konsultanta poleceń Kierownika Projektu uregulowano w § 18 Umowy.

5 Zapytanie

§ 12 ust. 6 – Co Zamawiający rozumie przez „wszelką niezbędną pomoc” w zakresie zarządzania Kontraktem? Obecnie zapis jest nieostry i może powodować wątpliwości interpretacyjne. W celu doprowadzenia zapisu do zgodności z art. 99 ust. 1 p.z.p., wnosimy o doprecyzowanie zapisu.

Wyjaśnienie

W ocenie Zamawiającego przytoczone postanowienie nie budzi wątpliwości. Zamawiający nie zmienia zapisów SWZ w tym zakresie.

6 Zapytanie

§ 12 ust. 13 – czego mają dotyczyć „wystąpienia, zgłoszenia itp.” Wykonawcy, które następnie będą przedmiotem analizy ze strony Konsultanta? W celu doprowadzenia zapisu do zgodności z art. 99 ust. 1 p.z.p., wnosimy o doprecyzowanie zapisu.

Wyjaśnienie

§ 12 ust. 13 Umowy dotyczy wszelkich wystąpień, zgłoszeń itp. Wykonawcy związanych z realizacją zadania. Zamawiający nie zmienia zapisów SWZ w tym zakresie.

7 Zapytanie

§ 24 ust. 2 lit. b – niektóre ryzyka mogą być trudne lub niemożliwe do zidentyfikowania, nawet przy zachowaniu należytej staranności. W związku z tym, z uwagi na nieostrość zapisu i przyznanie Zamawiającego zbyt daleko idących uprawnień, wnosimy o usunięcie tego zapisu jako sprzecznego z art. 99 ust. 1 p.z.p. i powodującego zbyt daleko idące ryzyka po stronie Wykonawcy.

Wyjaśnienie

Zamawiający nie zmienia zapisów SWZ w tym zakresie.

8 Zapytanie

24 ust. 3 i 4 – jaka jest przyczyna rażącego braku równowagi stron w zakresie kar umownych związanych z wypowiedzeniem umowy poprzez:



- 1) przyznanie Konsultantowi prawa do dochodzenia kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia Konsultanta przy wypowiedzeniu umowy bez ważnego powodu w sytuacji, gdy na rzecz Zamawiającego w takiej samej sytuacji przewidziano karę w wysokości 20% wynagrodzenia Konsultanta,
- 2) nieprzyznanie Konsultantowi prawa do naliczenia kary umownej w przypadku wypowiedzenia umowy z ważnych powodów, podczas gdy Zamawiający posiada takie prawo?

Wykonawca wnosi o przyznanie powyższych praw, w celu zapewnienia równowagi stron.

Wyjaśnienie

Zamawiający wyjaśnia, że przytoczone postanowienia Umowy mieszczą się w granicach swobody umów (art. 353¹ k.c.) i nie występuje w nich rażący brak równowagi stron. Zamawiający nie zmienia zapisów SWZ w tym zakresie.

9 Zapytanie

Dotyczy wzoru załącznika nr 10 – Projektowanych postanowień Umowy:

1. Zważywszy na preambułę projektowanych postanowień umowy (dalej PPU), zwracamy się z uwagą generalną do nazewnictwa w odniesieniu do zapisów §1 Definicje. Zgodnie z zapisami preambuły PPU podmiot świadczący usługę konsultanta zwany jest w umowie „Wykonawcą - Konsultantem” / Konsultantem / „Podmiotem przetwarzającym”, natomiast zgodnie z zapisami definicji:

§1 Definicje

1. Wyrazy i zwroty użyte w Umowie będą miały znaczenie przypisane odpowiednio w Umowie oraz w Umowie na roboty budowlane.

2. Strony ustalają dla potrzeb interpretacji postanowień Umowy, znaczenie następujących pojęć:

h) *Konsultant* – przedsiębiorca dysponujący odpowiednim personelem (zespołem) do nadzorowania robót budowlanych, w skład którego wchodzi m.in. Inżynier Kontraktu wraz z zespołem Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego.

n) *Wykonawca*: Wykonawca, z którym podpisana została Umowa na roboty budowlane.

Tymczasem niejednokrotnie w zapisach PPU Zamawiający niekonsekwentnie stosuje zapisy dotyczące Wykonawcy zamiennie, tzn. w niektórych przypadkach Wykonawca to Wykonawca robót, a w niektórych Wykonawcą nazywa się Konsultanta.

Np. czy zapisy pogrubione w pytaniu poniżej dotyczą Wykonawcy robót, rozumiemy że nie gdyż, wynagrodzenie Konsultanta nie będzie płatne na konto Wykonawcy (zgodnie z definicją – wykonawcy robót). Ten akurat zapis jest dosyć ewidentny, jednakże wprowadzający chaos interpretacyjny. Jednakże, jeśli chodzi o kwestie roszczeń Zamawiającego, obowiązków oraz odpowiedzialności, stosowane zamiennie nazewnictwo sprawia, że umowa nie jest w wielu miejscach jasna i czytelna.

Przykład:

§4 ust. 13. *Zamawiający zastrzega sobie prawo do rezygnacji z części prac objętych umową bez podania przyczyny, z zastrzeżeniem, że nie może to prowadzić do zmniejszenia wynagrodzenia Konsultanta o więcej niż 30% kwoty brutto wskazanej w § 4 ust. 1.* Wykonawca zrzeka się względem Zamawiającego wszelkich roszczeń w tym zakresie. Rozliczenie będzie wykonane w oparciu o faktycznie wykonany zakres prac zgodnie z Formularzem Ofertowym.

§7 ust. 4. *Konsultant będzie odpowiedzialny również za pokrycie wszelkich szkód poniesionych przez Zamawiającego na skutek roszczeń Wykonawcy w przypadku, gdy roszczenia te stanowią konsekwencję niewykonania lub nienależytego wykonania przez Konsultanta obowiązków objętych Umową.*

Zwracamy się zatem z prośbą o ujednoclenie nazewnictwa dla uniknięcia problemów interpretacyjnych na etapie realizacji umowy.

Wyjaśnienie

Zamawiający informuje, że postanowienia umowne w § 4 ust. 1, 2, 13, 14, 16 a) i c), § 12 ust. 15, § 24 ust. 9 oraz § 25 dotyczą Wykonawcy – Konsultanta.

10 Zapytanie

Zamawiający zawarł w projektowanych postanowieniach umowy następujące zapisy dotyczące wynagrodzenia i narządzi jego modyfikacji:

§4 Wynagrodzenie

1. Łączne wynagrodzenie ryczałtowe Konsultanta zgodnie z Formularzem Ofertowym, oszacowane w oparciu o przewidywany czas trwania Umowy na roboty budowlane, zgodnie z Wyceną wynosi: kwota netto złotych plus 23 % podatek VAT w kwocie złotych, co łącznie stanowi kwotę brutto złotych.

Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 będzie płatne przelewem na konto Wykonawcy (wskazane w Formularzu Ofertowym) ujęte na „białej liście”:

Nazwa Banku:

Numer rachunku:

Płatność zgodnie z zatwierdzoną Wieloletnią Prognozą Finansową.

Powyższe wynagrodzenie zaspokaja wszelkie roszczenia Wykonawcy z tytułu wykonania przedmiotu Umowy.

[...]

8. *Konsultant uwzględnił w swoich cenach ryzyko ryczałtu, a także wszelkie koszty wynikające z wymagań Umowy na podstawie własnych kalkulacji i szacunków. Konsultant oświadcza, że nie będzie żądał podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia Umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów wykonania Umowy, z zastrzeżeniem zapisów ust. 11 i 12 oraz § 4b.*

Jednocześnie Zamawiający dopuszcza korektę owego ryczałtu zgodnie z ust. 13. tego samego paragrafu Umowy:

13. *Zamawiający zastrzega sobie prawo do rezygnacji z części prac objętych umową bez podania przyczyny, z zastrzeżeniem, że nie może to prowadzić do zmniejszenia wynagrodzenia Konsultanta o więcej niż 30% kwoty brutto wskazanej w § 4 ust. 1.* Wykonawca zrzeka się względem Zamawiającego



wszelkich roszczeń w tym zakresie. Rozliczenie będzie wykonane w oparciu o faktycznie wykonany zakres prac zgodnie z Formularzem Ofertowym.

Zamawiający nie dopuszcza zatem żadnej kontraktowo regulowanej możliwości podwyższenia wynagrodzenia oprócz wynagrodzenia wynikającego z przedłużenia terminu realizacji z przyczyn niezależnych od Konsultanta. Ale z drugiej strony Zamawiający bez przeszkód stosuje bardzo wysoki limit możliwego zmniejszenia wynagrodzenia Konsultanta aż do 30%. Już samo nadanie sobie przez Zamawiającego prawa do niepodawania przyczyny rezygnacji z części prac objętych umową jest w naszej ocenie niedopuszczalne i stanowi czyn świadczący o braku poszanowania dla podmiotu będącego stroną umowy, która oprócz dbałości o interesy Zamawiającego winna również zabezpieczać prawa Konsultanta, w tym prawo do informacji. Dodatkowo rozliczenie po zmniejszeniu zakresu nastąpi na podstawie Formularza Cenowego (dalej FC), który ma postać ryczałtową, gdzie w ryczałcie są ujęte dodatkowe koszty Konsultanta, dla których Zamawiający nie przypisał pozycji w FC takie jak koszty dodatkowych specjalistów, zabezpieczenie NWU (dalej ZNWU), udział w składce ubezpieczenia, rezerwa oraz zysk. Część z tych kosztów jest poniesiona jednorazowo na początku kontraktu (ZNWU) i bez względu na zmiany kontraktu, czy też zmniejszenie wynagrodzenia, czy terminu realizacji kwota składki jednorazowej jest poniesiona i nie podlega zwrotowi czy też zmianie wysokości składki. Rozliczenie odbywa się jednocześnie w podziale na miesiące. Zatem zastosowanie takiego mechanizmu finalnie odbywać się może ze szkodą dla Konsultanta.

Zwracamy się zatem o zrównoważenie możliwości regulacji ceny w obydwu kierunkach, zarówno wzrostu, jak i zmniejszenia. W tym celu proponujemy zastosowanie pojęcia maksymalnej wartości zobowiązania w wysokości powiedzmy 20%, przy jednoczesnym zmniejszeniu limitu dopuszczalnego zmniejszenia zakresu również do 20%.

Posiadamy doświadczenie w realizacji usług nadzoru na rzecz Zamawiającego. We wszystkich tych realizacjach zakres przedmiotu zamówienia zostaje w sposób znaczący poszerzony w trakcie realizacji usługi ze względu na zwiększenie zakresu oraz rodzaju prac wykonawcy robót budowlanych. Z tego względu na inżyniera nakłada się obowiązek zwiększenia zakresu prac kadry zaangażowanej do wykonania zadania, a nawet poszerzenia zespołu nadzoru o dodatkowych specjalistów.

Wyjaśnienie

Zamawiający wskazuje, że zastrzeżona w § 4 ust. 13 PPU możliwość rezygnacji z części prac objętych umową bez podania przyczyny, z zastrzeżeniem minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, jest zgodna z art. 433 pkt 4) pzp. Niezależnie od powyższego Zamawiający wyjaśnia, że ewentualna zmiana Umowy, prócz sytuacji uregulowanych w § 26 Umowy, jest formalnie dopuszczalna także na podstawie regulacji art. 455 pzp. Zamawiający nie zmienia zapisów SWZ w tym zakresie.

1.1 Zapytanie

W przedstawionych poniżej obowiązkach przypisanych Konsultantowi w PPU, Zamawiający znacznie poszerzył zakres działania i kompetencji Konsultanta o etap weryfikacji dokumentacji, który nie ma nawet przypisanej pozycji w wycenie, chodzi o następujące zapisy PPU:

§14 Obowiązki Konsultanta w okresie trwania Robót

1. Konsultant, w ramach współpracy z Nadzorem Autorskim oraz Wykonawcą robót budowlanych jest zobowiązany do:

[...]

4) weryfikacji Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji, w celu sprawdzenia wzajemnej zgodności i kompletności składających się na tę dokumentację opracowań;

5) zweryfikowania kompletności z punktu widzenia realizacji całości Robót dokumentów, pozwoleń i rysunków, za dostarczenie których odpowiedzialny jest Zamawiający;

6) dokonania inspekcji Terenu Budowy oraz przeprowadzenia szczegółowej weryfikacji pod kątem zgodności stanu istniejącego z Dokumentacją Projektową i Specyfikacjami;

7) podczas sprawdzania Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji, Konsultant zobowiązany jest do wskazania problemów mogących powstać w trakcie realizacji Robót i ewentualnych roszczeń Wykonawcy wynikających z Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji oraz proponowania zmian i niezbędnych działań, mających na celu rozwiązanie zidentyfikowanych problemów;

[...]

10) dbania, by zakres zmian projektowych wprowadzonych na etapie realizacji nie spowodował istotnej zmiany w zatwierdzonym projekcie budowlanym, wymagającej uzyskania nowej decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz o terminowości realizacji zadania.

a) w zakresie pkt od 4) do 7) oraz w nawiązaniu do wyceny, Zamawiający w ramach kwoty ryczałtowej przyjmuje do wyceny pozycję: „Usługi nadzoru pełnionego w okresie realizacji robót budowlanych (zgodnie z OPZ)”, w żaden sposób nie można przypisać do tego określenia dokonania weryfikacji dokumentacji projektowej, jej kompletności, dokonania szczegółowej weryfikacji - podczas inspekcji Terenu Budowy - pod kątem porównania stanu istniejącego z dokumentacją opracowaną na zlecenie Zamawiającego przed ogłoszeniem przetargu na roboty budowlane (oraz przed przetargiem na usługę Konsultanta), zapłaconą i odebraną. Zamawiający nie przewidział również wymogów w zakresie kadry przypisanej do tych działań, chodzi tu o osoby weryfikatorów z uprawnieniami do projektowania.

Jaką zatem moc sprawczą będą miały uwagi do projektu sformułowane przez Konsultanta?

W związku z powyższym wnioskujemy o poszerzenie wymaganej od Konsultanta kadry o weryfikatorów różnych branż i rozważenie stosownego zwiększenia budżetu Zamawiającego o ten właśnie zakres.

Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane definiuje uczestników procesu budowlanego i przypisuje im określone obowiązki i uprawnienia.



Zainicjowanie procedury koniecznej do wykonania zmiany zwykle dokonywane jest przez Wykonawcę, jednakże o tym czy planowana zmiana w projekcie będzie nieistotna czy istotna decyduje wyłącznie projektant. Prosimy zatem o zdefiniowanie, na czym miałyby polegać owa dbałość.

Wyjaśnienie

Ad. a) Wyżej określone zadania konsultanta mają przyczynić się do sprawnego wykonania zadania. Zapewnienie odpowiedniego procesu niezbędnego do wykonania przedmiotu Umowy należy do Konsultanta.

Ad. b) Termin „dbałość” należy interpretować z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju oraz przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez Wykonawcę działalności gospodarczej.

12 Zapytanie

W zakresie przewidywanych w umowie zmian, Zamawiający zawarł w PPU następujący zapis:

§ 26 Zmiany Umowy

1. *Zmiana Umowy może nastąpić w przypadku zaistnienia następujących okoliczności:*

[...]

7) konieczności wprowadzenia zmian innych niż zmiana czasu realizacji Przedmiotu Umowy w następstwie zmian wprowadzonych w Umowie na roboty budowlane pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą;

[...]

8. *Możliwa jest zmiana postanowień Umowy w zakresie wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 Umowy wyłącznie w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług (VAT) oraz podatku akcyzowego, a także w przypadku okoliczności, o których mowa w § 4 ust. 11 Umowy.*

Prosimy o uszczegółowienie jakiego przypadku dotyczy zmiana wskazana w ust. 1 pkt 7) powyżej i czego może dotyczyć?.

Wyjaśnienie

Zamawiający, informuje że przytoczone postanowienie nie budzi wątpliwości. Zamawiający nie zmienia zapisów Umowy.

13 Zapytanie

W zakresie obowiązku Konsultanta polegającego na rozpatrywaniu roszczeń Wykonawcy rbm Zamawiający zawarł w PPU następujące regulacje:

§12 Ogólne obowiązki Konsultanta

[...]

14. *Do obowiązków osoby wyznaczonej przez Konsultanta do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu będzie należało w szczególności rozpatrywanie roszczeń Wykonawcy, ich szczegółowa analiza w świetle Umowy na roboty budowlane i obowiązującego prawa, przedstawienie Kierownikowi Projektu uzasadnionego stanowiska wraz z wszelkimi dokumentami w sprawie roszczenia (w szczególności wyczerpującymi analizami przeprowadzonymi przez Inżyniera Kontraktu) oraz uzgodnionego z Kierownikiem Projektu stanowiska dla Wykonawcy.*

§14 ust. 4 pkt 21)

[...]

21) *rozpatrywania roszczeń oraz powiadomień o roszczeniach Wykonawców i przedstawienia merytorycznego stanowiska w odniesieniu do nich z pełną dokumentacją dotyczącą roszczenia na zasadach określonych w Kontrakcie;*

W sytuacji, kiedy umowa z Wykonawcą robót nie przewiduje procedur roszczeniowych, nie definiuje nawet samego roszczenia, zwracamy się z prośbą o dookreślenie, co będzie w opinii Zamawiającego roszczeniem, a co jedynie zgłoszeniem problemu na etapie realizacji? Czy roszczenie to problem skutkujący zmianą ceny czy też terminu realizacji?.

Wyjaśnienie

Zamawiający, informuje że przytoczone postanowienie nie budzi wątpliwości. Zamawiający nie zmienia zapisów Umowy.

14 Zapytanie

W nawiązaniu do zapisów SWZ pkt.

8.1.1 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

(..)

4/ zdolności technicznej lub zawodowej:

4.a Wykonawcy

W celu oceny spełniania minimalnego warunku w zakresie zdolności technicznej Wykonawcy Zamawiający uzna, iż Wykonawca spełni wymagania, jeżeli wykaże, że wykonał:

1 usługę polegającą na świadczeniu usługi Konsultanta (nadzoru inwestorskiego) nad inwestycją, w skład której wchodziła:

- budowa lub przebudowa drogi publicznej o długości drogi min. 0,9 km,
 - w ramach której wybudowano lub przebudowano co najmniej jeden obiekt mostowy w ciągu linii kolejowej o rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 17 m
- o łącznej wartości usługi minimum 3 000 000,00 zł brutto.

Usługa powinna być zakończona.

Poprzez 1 usługę Zamawiający rozumie 1 umowę.

w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,(...) zwracamy się z wnioskiem o zmianę w/w okresu ostatnich 3 lat na okres ostatnich 5 lat (liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert).

Uzasadnienie:



Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, Zamawiający może dopuścić, aby wykaz usług, dotyczyły dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych – również wykonywanych, w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata i pozostawiając do decyzji Zamawiającego długość tego okresu. W ocenie wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu dopuszczenie podmiotów spełniających opisane wyżej warunki we wnioskowany sposób prowadzić będzie do zwiększenia konkurencyjności wśród pomiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia przy jednoczesnym należywym zabezpieczeniu interesów Zamawiającego oraz uwzględnieniu realiów rynkowych funkcjonujących w obrębie potencjalnych podmiotów zdolnych do wykonania przedmiotowego zamówienia. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający, jako gospodarz postępowania, uprawniony jest do takiego kształtowania warunków udziału w postępowaniu, które ograniczą dostęp do zamówienia wykonawcom nie dającym rękojmi jego należytego wykonania. Kluczowe jest jednak, aby bariery dostępu do zamówienia wyznaczone zostały w taki sposób, aby nie uniemożliwić ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, którzy są w stanie je zrealizować, lecz z uwagi na treść warunków udziału w postępowaniu wyłączeni zostają z postępowania. Jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 19 czerwca 2017 r., sygn. KIO 1081/17, KIO 1084/17, KIO 1091/17: „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”. Pragniemy wskazać, że ograniczenie okresu, do jakiego wykonawcy mogą się odwoływać wykazując spełnienie warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadania doświadczenia jedynie do ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert ma nadmierny charakter i - jako takie - jest nieproporcjonalne. 3-letni okres odnoszący się do doświadczenia wykonawcy w nadzorowaniu wymaganych robót ogranicza bowiem konkurencję w Postępowaniu, ponieważ skutkuje tym, że Wykonawcy zdolni do wykonania przedmiotowego zamówienia, jak Wykonawca, nie mogą ubiegać się o jego wykonanie. Wydłużenie tego okresu niewątpliwie przyczyni się do zwiększenia konkurencyjności, a w konsekwencji do otrzymania przez Zamawiającego bardziej atrakcyjnych ofert. Wielu bowiem wykonawców posiadających doświadczenie w nadzorowaniu wymaganych robót budowlanych nie będzie mogła wykazać się tym doświadczeniem, albowiem usługi zakończyły się kilka lat przed upływem 3-letniego okresu, co nie oznacza, że podmioty te nie mają zdolności wykonania przedmiotowego zamówienia. Wydłużenie przedmiotowego okresu o dodatkowe 2 lata nie będzie również rzutować na prawdopodobieństwo poprawnej realizacji zamówienia, nie można bowiem twierdzić, iż doświadczenie polegające na wykonaniu określonej usługi uzyskane w okresie między trzema a pięcioma laty od teraźniejszości ustało, bądź też że takie doświadczenie uległo pomniejszeniu w związku z upływem tego okresu czasu. Reasumując, wnioskujemy o zmianę warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, co pozwoli na dopuszczenie do udziału w Postępowaniu większej liczby Wykonawców.

Wyjaśnienie

Zamawiający dokonuje zmiany SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj.:

Pkt. 8.1. 1 4/ 4.a Wykonawcy w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej SWZ otrzymuje brzmienie:

W celu oceny spełniania minimalnego warunku w zakresie zdolności technicznej Wykonawcy Zamawiający uzna, iż Wykonawca spełni wymagania, jeżeli wykaże, że wykonał:

1 usługę polegającą na świadczeniu usługi Konsultanta (nadzoru inwestorskiego) nad inwestycją, w skład której wchodziła:

- **budowa lub przebudowa drogi publicznej o długości drogi min. 0,9 km,**
- **w ramach której wybudowano lub przebudowano co najmniej jeden obiekt mostowy w ciągu linii kolejowej o rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 17 m**

o łącznej wartości usługi minimum 2 200 000,00 zł brutto.

Usługa powinna być zakończona.

Poprzez 1 usługę Zamawiający rozumie 1 umowę.

w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

4.a.a. w przypadku podania wartości za wykonanie usługi w walucie obcej, Zamawiający jako kurs przeliczeniowy waluty przyjmie średni kurs Narodowego Banku Polskiego (NBP), który jest dostępny pod adresem www.nbp.pl opublikowany w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu dla niniejszego postępowania.



4.a.b w przypadku gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia należy dołączyć do oferty **oświadczenie** na **załączniku nr 5**, z którego wynika, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

4.a.c w przypadku gdy wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w zakresie zdolności technicznej powołuje się na doświadczenie w realizacji usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, to należy podać usługi, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył. Podając zakres i wartość usług na **załączniku nr 7** do SWZ.

W związku z powyższą zmianą pkt. 9.1 a) SWZ otrzymuje brzmienie:

Wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy, **na lub wg załącznika nr 7 do SWZ.**

15 Zapytanie

Dotyczy SWZ oraz Opisu przedmiotu Zamówienia:

Zamawiający w pkt 8.1.1.4.a formułuje następujące wymagania dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy:

„W celu oceny spełniania minimalnego warunku w zakresie zdolności technicznej Wykonawcy Zamawiający uzna, iż Wykonawca spełni wymagania, jeżeli wykaże, że wykonał:

1 usługę polegającą na świadczeniu usługi Konsultanta (nadzoru inwestorskiego) nad inwestycją, w skład której wchodziła:

- budowa lub przebudowa drogi publicznej o długości drogi min. 0,9 km,
- w ramach której wybudowano lub przebudowano co najmniej jeden obiekt mostowy w ciągu linii kolejowej o rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 17 m o łącznej wartości usługi minimum 3 000 000,00 zł brutto.

Usługa powinna być zakończona.

Poprzez 1 usługę Zamawiający rozumie 1 umowę.”

Jednocześnie, Opis Przedmiotu Zamówienia niniejszego zadania zakłada w pkt 5.3 następujący zakres robót budowlanych:

„Zakres planowanego przedsięwzięcia obejmować będzie:

- przebudowę DW 934 od km 0+000 do km 0+546 wraz z przebudową skrzyżowania z DK 44 (budowa ronda),
- przebudowę DK 44 od km 8+771 do km 9+071,
- budowę tunelu **pod liniami kolejowymi** wraz z przebudową układu torowego oraz urządzeń SRK,
- budowę ścian szczelinowych,
- budowę chodników i ścieżek rowerowych,
- wykonanie odwodnienia i oświetlenia drogi,
- wykonanie elementów organizacji i bezpieczeństwa ruchu,
- przebudowę istniejącego uzbrojenia terenu kolidującego z projektowaną drogą,
- rozbiórki budynków.”

W ocenie Wykonawcy warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zakres robót niniejszego zadania zakłada jedynie budowę obiektu **pod liniami kolejowymi, a nie w ich ciągu**, natomiast Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał doświadczenie dotyczące wykonania wiaduktu kolejowego, co właściwie oznacza usługę zrealizowaną dla PKP.

Proporcjonalność w kontekście warunków udziału w postępowaniu zakłada, że Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu winien postępować zgodnie z art 112 ust. 1 ustawy pzp, tj. będzie określać je w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz winny być one związane z przedmiotem zamówienia. Świadczy o tym Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie XII Ga 211/4 z dnia 8 maja 2014 r.: *„Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia.”*

Warunek udziału, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania.

Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu musi więc mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy, to jest zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji oraz obowiązek dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia. W praktyce oznacza to, że zamawiający formułując warunki powinien wziąć pod uwagę przede wszystkim rodzaj zamówienia, specyfikę przedmiotu zamówienia, warunki jego realizacji, a także **zakres zobowiązań wykonawcy.**

W wyroku z dnia 19 września 2017 r. KIO wskazała, że:

„Zamawiający powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu wymaganego potencjału, wiedzy i doświadczenia, który



uwzględnia przedmiot zamówienia, jego zakres czy wartość nie wykraczając ponad wymagane i niezbędne minimum. Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby. Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękojmi nie był pozbawiany prawa złożenia oferty."

Proporcjonalność warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia oznacza, że Zamawiający dobierając i określając te warunki powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych. W doktrynie i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów utrwalili się poglądy, że opis warunków udziału w postępowaniu proporcjonalny do przedmiotu zamówienia powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Od dawna podkreśla się również, że proporcjonalność warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia oznacza, że Zamawiający dobierając i określając te warunki powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych, gwarantujących jednakże osiągnięcie pełnych celów prowadzonego postępowania, zaś ich opis należy uzależnić od rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wiadomości i umiejętności specjalnych (tak m.in. wyrok KIO z 12.11.2013 r., KIO 2516/13). Powyższy pogląd zachowuje aktualność także obecnie, pomimo zmiany brzmienia przepisów art. 22 ustawy Pzp.

„Proporcjonalny - czyli adekwatny środek tzn. taki, aby co do którego wymagania jakie Zamawiający ukształtował pozawalały na osiągnięcie celu, czyli wyboru wykonawcy, który będzie zdolny realizować zamówienie przy jednoczesnym zachowaniu naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Ta swoista równowaga pomiędzy znajdującymi się we wzajemnej kolizji wartościami (uczciwą konkurencją i zasadą równego traktowania wykonawców, a wyborem wykonawcy zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia) wymaga doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie pozostających wobec siebie w opozycji wartości” (wyrok KIO z 2.5.2018 r., KIO 755/18). W wyroku z 13 czerwca 2013 r. (KIO 1276/13) Izba stwierdziła, że:

„opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest bowiem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jeśli odnosi się do podstawowych elementów przedmiotu zamówienia, przy czym takiego wymogu nie spełnia warunek, dla spełnienia którego wykonawcy zobowiązani są legitymować się zarówno doświadczeniem, jak i wiedzą tożsamą z przedmiotem zamówienia. Nie musi przy tym zachodzić pełna tożsamość sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu a wystarczy jedynie dobranie niektórych elementów, które ograniczają dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji.”

Niedopuszczalność takiego ograniczania dostępu do zamówienia potwierdzono również w wyroku z 10 czerwca 2008 r. (KIO/UZP 517/08):

„umożliwienie ubiegania się o zamówienie jedynie wykonawcom, którzy posiadają doświadczenie w zakresie tożsamych robót budowlanych, naruszyłoby nie tylko wskazany przepis rozporządzenia ale też stanowiłoby warunek ograniczający uczciwą konkurencję, gdyż wykonawcy którzy nie wykonali choćby jednej z przewidzianych do realizacji prac nie mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia, niezależnie od okoliczności postępowania. Takie ustalenie warunku udziału w postępowaniu naraziłoby Zamawiającego na zarzut naruszenia art. 22 ust. 2 Pzp i w konsekwencji na groźbę unieważnienia postępowania, co potwierdza zarówno doktryna jak i orzecznictwo sądów powszechnych”.

W związku z powyższym, Wykonawca zwraca się z wnioskiem do Zamawiającego o zmianę zapisów warunku określonych w pkt 8.1.1.4.a SWZ i wprowadzenie nowej treści warunku udziału w postępowaniu, a mianowicie:

„1 usługę polegającą na świadczeniu usługi Konsultanta (nadzoru inwestorskiego) nad inwestycją, w skład której wchodziła:

- budowa lub przebudowa drogi publicznej o długości drogi min. 0,9 km,
- w ramach której wybudowano lub przebudowano co najmniej jeden obiekt mostowy nad/pod linią kolejową o rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 17 m o łącznej wartości usługi minimum 3 000 000,00 zł brutto.”

Warunek ten spełniałby w sposób należyty zasadę zachowania proporcjonalności w postępowaniu i nie ograniczał dostępu do niniejszego zamówienia.

Wyjaśnienie

Przedmiotowe zadanie obejmuje swym zakresem wykonanie obiektu mostowego zlokalizowanego w ciągu istniejącej linii kolejowej w związku z powyższym określony warunek jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zmienia zapisów warunku udziału w postępowaniu.

16 Zapytanie

W nawiązaniu do pytania nr 1, Wykonawca zwraca się z prośbą o zachowanie takiej samej proporcjonalności w stosunku do warunków udziału w zakresie zdolności zawodowej w zakresie osób, tj. Inspektora nadzoru robót mostowych określonego w pkt 8.1.1.4.b, które brzmia następująco:

„Doświadczenie: minimum 4 lata doświadczenia (okres doświadczenia w zależności od okresu doświadczenia zadeklarowanego w ofercie, zgodnie z kryterium oceny ofert) przy realizacji minimum 2 inwestycji w kierowaniu (stanowisko kierownik budowy lub kierownik robót branży mostowej) lub nadzorowaniu robót (stanowisko inspektor nadzoru inwestorskiego branży mostowej), polegających na budowie lub przebudowie w ciągu linii kolejowej, obiektu mostowego o rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 17 m, gdzie co najmniej 2 lata z powyższego doświadczenia obejmować ma pracę na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego robót mostowych”

Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę zapisów na takie, które dopuszczają wykonanie obiektu mostowego nad/pod linią kolejową, a nie w jej ciągu. Niniejsze zadanie nie obejmuje



wykonania obiektu w ciągu linii kolejowej, stąd ww. wymóg jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienie

Przedmiotowe zadanie obejmuje swym zakresem wykonanie obiektu mostowego zlokalizowanego w ciągu istniejącej linii kolejowej w związku z powyższym określony warunek jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zmienia zapisów w zakresie zdolności zawodowej.

17 Zapytanie

W pkt 18.6 SWZ Zamawiający określa następujące kryterium dla osoby pełniącej funkcję Inspektora Nadzoru robót mostowych:

„18.6. KRYTERIUM DODATKOWE DOŚWIADCZENIE OSOBY PEŁNIĄCEJ FUNKCJĘ INSPEKTORA NADZORU ROBÓT MOSTOWYCH 10% (Cdoś2)

a) Kryterium rozpatrywane na podstawie doświadczenia osoby na stanowisko głównego inspektora nadzoru robót drogowych, podanego przez Wykonawcę w Formularzu Oferty.

b) Liczba punktów w kryterium zostanie obliczona zgodnie z poniższym opisem:

Kryterium dotyczy doświadczenia zawodowego w zakresie pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót mostowych lub inspektora nadzoru inwestorskiego robót mostowych, polegających na budowie lub przebudowie w ciągu linii kolejowej obiektu mostowego o rozpiętości teoretycznej przęsła min. 17,0 m gdzie co najmniej 2 lata z powyższego doświadczenia obejmować ma pracę na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego robót mostowych.

c) Najkrótszy okres doświadczenia zawodowego osoby pełniącej funkcję inspektora nadzoru robót mostowych wymagany przez Zamawiającego to 48 miesięcy doświadczenia zawodowego.

d) Maksymalny punktowany w kryterium okres doświadczenia zawodowego osoby pełniącej funkcję inspektora nadzoru robót mostowych wynosi 84 miesiące – w przypadku podania dłuższego okresu doświadczenia Zamawiający przyjmie maksymalną liczbę punktów.”

Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę zapisów na takie, które dopuszczają wykonanie obiektu mostowego nad/pod linią kolejową, a nie w jej ciągu.

Ponadto, prosimy o dopuszczenie, by w skład maksymalnych 84 miesięcy mogły wejść również obiekty mostowe niezwiązane z liniami kolejowymi.

Wyjaśnienie

Przedmiotowe zadanie obejmuje swym zakresem wykonanie obiektu mostowego zlokalizowanego w ciągu istniejącej linii kolejowej w związku z powyższym określony warunek jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zmienia zapisów w zakresie kryterium dla osoby pełniącej funkcję Inspektora Nadzoru Robót Mostowych.

Uwaga!

W związku z udzielonymi odpowiedziami, Zamawiający zmienia termin składania i otwarcia ofert:

- 1. TERMIN SKŁADANIA OFERT ZOSTAJE ZMIENIONY NA: 15.04.2024 R. GODZ.: 08:00**
- 2. TERMIN OTWARCIA OFERT ZOSTAJE ZMIENIONY NA: 15.04.2024 R. GODZ.: 08:05**
- 3. TERMIN ZWIĄZANIA OFERTĄ ZOSTAJE ZMIENIONY NA: 13.07.2024 R.**
- 4. TERMIN WNIESIENIA WADIUM DO DNIA: 15.04.2024 R. DO GODZ.: 08:00**

Zamawiający skorygował omyłkę pisarską w nazwie kryterium dotyczącym Inspektora Nadzoru Robót Mostowych.

Opracowała: Justyna Cichocka