**ŚWIDNICKIE TOWARZYSTWO BUDOWNICTWA**

**SPOŁECZNEGO SP. Z O.O.**

**58-100 Świdnica, ul. Głowackiego 39A**

**tel./fax: 74/852-55-32, 74/856-90-22**

 [www.tbs-swidnica.eu](http://www.tbs-swidnica.eu) e-mail:kontakt@tbs-swidnica.eu

Konto: PKO BP S.A. O/Świdnica 24 1020 5138 0000 9202 0008 7924

REGON 890630878, NIP 884-21-21-139, kapitał zakładowy 70 625 000

Sąd Rejonowy dla Wrocławia Fabrycznej KRS: 0000081668

Świdnica, 12-08-2024 r.

**wszyscy Wykonawcy**

*dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr P 4/2024 pn.: „BUDOWA BUDYNKU MIESZKALNO-USŁUGOWEGO Z GARAŻEM PODZIEMNYM WRAZ Z INFRASTRUKTURĄ TECHNICZNĄ I ZAGOSPODAROWANIEM TERENU PRZY ULICY KSIĘCIA BOLKA II ŚWIDNICKIEGO 26-28 W ŚWIDNICY”*

**Pytania i odpowiedzi do SWZ nr 2**

Zamawiający, na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) - dalej p.z.p., udziela odpowiedzi na pytanie/wniosek, które wpłynęło do treści SWZ.

**Pytanie nr 1**

*Działając w imieniu wykonawcy (…) – niniejszym pismem, zwracam się z uprzejmą prośbą o:*

*- wyjaśnienie warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) /*

*- modyfikację warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) /*

*- uznanie referencji Wykonawcy w realizacji robót budowlanych na budynku użyteczności publicznej - w sposób, który umożliwi złożenie oferty Wykonawcom, którzy posiadają dużo większe doświadczenie wykonawcze tj. doświadczenie na budynkach użyteczności publicznej.*

*Zgodnie z warunkiem określonym na dziś w Rozdziale IX pkt 1 ppkt 1) lit. d SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:*

*„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj.:*

*• w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (zakończył):*

*1. dwie (2) roboty budowlane , z których każda była o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł netto (słownie: siedem milionów złotych netto) i polegała na budowie budynku wielorodzinnego o powierzchni użytkowej mieszkań co najmniej 1.600 m2 wraz z budową garażu podziemnego, o liczbie miejsc parkingowych nie mniejszej niż 25.*

*UWAGA!*

*Zamawiający dopuszcza możliwość wykazania się jednym zamówieniem-umową, o ile w zakresie przedmiotu zamówienia było wybudowanie więcej niż 1 budynku wielorodzinnego lub budynku użyteczności publicznej, pod warunkiem że każdy z tych budynków będzie spełniał postawiony powyżej warunek.*

*2. jedną (1) robotę budowlaną polegającą na budowie instalacji fotowoltaicznej zamontowanej na dachu budynku o mocy nie mniejszej niż 49 kWp,*

*3. jedną (1) robotę budowlaną polegającą na budowie kompletnej instalacji grzewczo-chłodzącej w budownictwie wielorodzinnym w oparciu o gruntowe pompy ciepła*

*z zastosowaniem mat kapilarnych o mocy grzewczej nie mniejszej niż 85 kW.*

*Przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego;*

*Przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji.”*

*Ponieważ Zamawiający wskazał w ww. warunku, iż dopuszcza możliwość wykazania się jednym zamówieniem-umową, o ile w zakresie przedmiotu zamówienia było wybudowanie więcej niż 1 budynku wielorodzinnego lub budynku użyteczności publicznej, pod warunkiem że każdy z tych budynków będzie spełniał postawiony powyżej warunek – niniejszym Wykonawca zwraca się z uprzejmą prośbą o:*

*- wyjaśnienie warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) tj. udzielnie odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający rzeczywiście uzna za dopuszczalną możliwość wykazania się jednym zamówieniem-umową, o ile w zakresie przedmiotu zamówienia było wybudowanie jednego budynku użyteczności publicznej, pod warunkiem że chodzi o budynek o powierzchni użytkowej co najmniej 1.600 m2 wraz z budową garażu podziemnego, o liczbie miejsc parkingowych nie mniejszej niż 25…” ?*

*- modyfikację dotychczasowego warunku udziału w postępowaniu wprost tj. w taki sposób, że dopuści również doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych na budynkach użyteczności publicznej, dokonując zmiany na wskazaną poniżej:*

*„Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj.:*

*• w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (zakończył):*

*- dwie (2) roboty budowlane , z których każda była o wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł netto (słownie: siedem milionów złotych netto) i polegała na budowie budynku wielorodzinnego lub jednego budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 1.600 m2 wraz z budową garażu podziemnego, o liczbie miejsc parkingowych nie mniejszej niż 25…”*

*Uzasadnieniem dla naszej prośby - jest nasza konkurencyjność i duży zakres posiadanej wiedzy oraz doświadczenia, w tym m.in. w zakresie większym niż realizacja przedmiotu zamówienia tj. w zakresie budynków użyteczności publicznej, tym samym w pełni spełniamy szczegóły Państwa warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia).*

*Powyższe nie wpłynie również na gwarancję jakościowego wykonania Państwa przedmiotu zamówienia.*

*Cały nasz dorobek potwierdza, i jednocześnie gwarantuje Państwu, iż jesteśmy w stanie nie tylko złożyć Państwu konkurencyjną ofertę ale i w pełni zrealizować budowę przedmiotowego zamówienia.*

*Wykonawca powołuje poniżej argumentację, wnikającą z Komentarza do ustawy Pzp, opublikowanego na stronach UZP dla określenia warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej z zastosowaniem minimalnych poziomów zdolności.*

*I tak, zgodnie z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, 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.*

*Cel przepisu art. 112 ust. 1 Pzp wyznacza zespół wymagań, które zamawiający powinien uwzględnić każdorazowo przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu. Ustalając takie wymagania, zamawiający powinien z jednej strony zapewnić jak najszerszy dostęp do zamówienia, z drugiej zaś strony powinien w ograniczyć ten dostęp do podmiotów, które są w stanie realnie wykonać zamówienie.*

*W świetle przepisów art. 57 pkt 2 i art. 112 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu to określone przez zamawiającego pozytywne warunki uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia o charakterze podmiotowym, służące:*

*- ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.*

*Należyte wykonanie zamówienia oznacza wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, czyli z zachowaniem terminu, miejsca, sposobu lub jakości itp. Tak rozumiane warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć wyłącznie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.*

*Zamawiający powinien uwzględnić każdorazowo przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu. Ustalając takie wymagania, zamawiający powinien z jednej strony zapewnić jak najszerszy dostęp do zamówienia, z drugiej zaś strony powinien w ograniczyć ten dostęp do podmiotów, które są w stanie realnie wykonać zamówienie.*

*W świetle przepisów art. 57 pkt 2 i art. 112 ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu to określone przez zamawiającego pozytywne warunki uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia o charakterze podmiotowym, służące:*

*- ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.*

*Należyte wykonanie zamówienia oznacza wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową, czyli z zachowaniem terminu, miejsca, sposobu lub jakości itp. Tak rozumiane warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć wyłącznie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.*

*Ponadto zgodnie z przepisem art. 16 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

*1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*

*2) przejrzysty;*

*3) proporcjonalny.*

*Wszystkie działania Zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają ocenie przez pryzmat zasad wymienionych w art. 16 Pzp.*

*Zasada zachowania uczciwej konkurencji.*

*Dotychczasowe orzecznictwo i doktryna dają wiele przykładów naruszenia tej zasady, takich jak warunki udziału w postępowaniu, które ograniczają udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom poza jednym konkretnym wykonawcą bądź nieliczną grupą wykonawców.*

*Zasada proporcjonalności.*

*W oparciu o zasadę proporcjonalności wybory dokonywane przez Zamawiającego oraz wymagania stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powinny być adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia, czyli być racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem w szczególności jego rodzaju i zakresu).*

*Na tle dorobku orzeczniczego TSUE można uznać, że właściwym narzędziem dla oceny, czy wprowadzane warunki udziału w postępowaniu są proporcjonalne jest przeprowadzenie tzw. testu proporcjonalności w stosunku do podejmowanych rozstrzygnięć i decyzji. Oznacza to sprawdzenie, czy spełniają one cztery przesłanki:*

*1) czy są stosowane w sposób niedyskryminujący,*

*2) czy są uzasadnione względami interesu publicznego,*

*3) czy są odpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu służą, oraz*

*4) czy nie są nadmierne i nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu (czy nie można osiągnąć tego celu przy pomocy mniej restrykcyjnych środków).*

*Nie jest zatem wystarczający np. sam związek warunków udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia, ale powinny być one odpowiednie i wystarczające do osiągnięcia celu, w jakim są stawiane.*

*Stosowanie zasady proporcjonalności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma wymiar praktyczny i wpływa korzystnie na przebieg tego postępowania.*

*Proporcjonalne ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu i zasad wyboru oferty najkorzystniejszej działa stymulująco na konkurencyjność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.*

*Z drugiej strony brak proporcjonalności np. w kształtowaniu kryterium selekcji, polegający na postawieniu wymagań wielokrotnie wyższych niż wynika to z potrzeb samego zamówienia może być przyczyną znacznie mniejszego zainteresowania wykonawców postępowaniem.*

*Wpływ na liczbę wykonawców uczestniczących w postępowaniu mają przede wszystkim warunki udziału w postępowaniu (wymagania minimalne), które będą stawiane wykonawcom w celu zakwalifikowania ich do udziału w postępowaniu. Jeżeli te warunki nie są proporcjonalne do charakteru i zakresu zamówienia, powoduje to zmniejszenie zainteresowania udziałem w postępowaniu.*

*Swoboda określenia warunków udziału w postępowaniu i jej ograniczenia.*

*Warunki udziału w postępowaniu są każdorazowo indywidualizowane przez samego zamawiającego, z uwzględnieniem granic określonych w ustawie Pzp. Swoboda określenia warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną określone. Zgodnie bowiem z art. 57 pkt 2 Pzp o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający zatem może, ale nie musi określać warunki udziału w postępowaniu.*

*Przepis art. 112 ustawy Pzp wymienia czynniki wyznaczające granice swobody określania warunków udziału w postępowaniu, którymi są:*

*1) proporcjonalność do przedmiotu zamówienia oraz*

*2) niezbędność do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a także*

*3) referowanie do zdolności technicznej lub zawodowej.*

*Warunki niezbędne do należytego wykonania zamówienia.*

*Przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp stwierdza, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.*

*Przy interpretacji tego wyrażenia należy uwzględnić postanowienia przepisu art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej, który jest wzorcem dla tej normy. Zgodnie z art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej „[instytucje zamawiające] ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia”.*

*Posłużenie się w przepisie art. 112 ust. 1 ustawy Pzp sformułowaniem „w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia” oznacza zatem, że zamawiający nie może swobodnie i arbitralnie kształtować warunków udziału w postępowaniu, nawet jeśli trzyma się kategorii warunków określonych ust. 2, ale przy ich określaniu musi ograniczyć się wyłącznie do wymagań niezbędnych do należytego wykonania zamówienia.*

*Przyjęte przez zamawiającego warunki udziału nie mogą zatem wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne do osiągnięcia celu, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia.*

*Prawidłowo wskazuje się w orzecznictwie KIO, iż 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.*

*Związek z przedmiotem zamówienia i proporcjonalność do tego przedmiotu.*

*Zgodnie z przepisem art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis uwzględnia zatem zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp.*

*W myśl postanowień art. 58 ust. 1 akapit drugi dyrektywy klasycznej wszystkie wymagania dotyczące udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu. Wprawdzie z przepisu art. 112 ust. 1 ustawy Pzp wynika wprost, że warunki udziału w postępowaniu muszą być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jednak taka relacja warunkowana jest powiązaniem warunków udziału z przedmiotem zamówienia.*

*W pierwszym rzędzie warunki udziału nie mogą być określone w sposób abstrakcyjny, lecz muszą odnosić się do konkretnego zamówienia i jego przedmiotu. Stawiane wykonawcom wymagania podmiotowe powinny zatem znajdować umocowanie przede wszystkim w opisie przedmiotu zamówienia.*

*Przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do charakteru (w tym stopnia złożoności), ilości (w tym zakresu) lub znaczenia, a także przeznaczenia nabywanych robót budowlanych.*

*O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego.*

*Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania.*

*Minimalne poziomy zdolności.*

*Przepis art. 112 ust. 1 ustawy Pzp odwołuje się do najczęściej stosowanego sposobu określenia warunków udziału w postępowaniu, polegającego na wyznaczeniu „minimalnych poziomów zdolności”. Minimalne poziomy zdolności konkretyzują ogólne kryteria stosowane przy ocenie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.*

*Zamawiający nie jest zobowiązany do ustalenia minimalnych poziomów zdolności, co wynika z posłużenia się przez ustawodawcę wyrażeniem „w szczególności”. Określając je odmiennie, musi jednak określić je w sposób umożliwiający obiektywną ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.*

*Z uwagi na podaną powyżej argumentację, wnikającą z Komentarza do ustawy Pzp, opublikowanego na stronach UZP dla określenia warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej z zastosowaniem minimalnych poziomów zdolności – Wykonawca wnosi jak na wstępie niniejszego pisma.*

*Z góry dziękujemy za zwiększenie konkurencyjności poprzez wyjaśnienie / modyfikację – w zakresie warunku dot. zdolności technicznej lub zawodowej.*

*Jednakże informujemy, iż w przypadku braku wyjaśnienia warunku udziału w postępowaniu/modyfikacji warunku udziału w postępowaniu – będziemy zmuszeni odwołać się na warunki udziału w postępowaniu do Krajowej Izby Odwoławczej.*

**Odpowiedź nr 1**

Zamawiający odsyła do **Modyfikacji SWZ nr 1**.

PREZES ZARZĄDU

Świdnickiego TBS sp. z o.o.

Marek Zawisza