

Wrocław, dnia 29 listopada 2021 r.

**Do
wszystkich Wykonawców**

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia pod nazwą: Zaprojektowanie i wybudowanie krytej pływalni i basenów zewnętrznych przy ul. Wilanowskiej we Wrocławiu wraz z parkingiem, zjazdami z drogi publicznej, obsługą komunikacyjną, zagospodarowaniem terenu, infrastrukturą techniczną, rozbiórkami istniejących obiektów budowlanych, o numerze referencyjnym nadanym postępowaniu przez Zamawiającego 10/21/R/WPW.

Działając na podstawie pkt 17 ust. 6 Specyfikacji Zamówienia, Zamawiający udostępnia treść złożonych zapytań wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi Specyfikacji Zamówienia, w związku ze wskazanym postępowaniem o udzielenie zamówienia:

Pytanie 1:

działając w imieniu (...) w związku z ogłoszonym przez Wrocławski Park Wodny Spółka Akcyjna postępowaniem na zadanie w trybie przetargu pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie krytej pływalni i basenów zewnętrznych przy ul. Wilanowskiej we Wrocławiu wraz z parkingiem, zjazdami z drogiej publicznej, obsługą komunikacyjną, zagospodarowaniem terenu, infrastrukturą techniczną, rozbiórkami istniejących obiektów budowlanych”, w związku z faktem, iż Zamawiający jest podmiotem prawa publicznego i na gruncie regulacji art. 4 pkt 3 Ustawy PZP jest zobowiązany do stosowania ustawy, prosimy o podanie podstawy niestosowania Ustawy w przedmiotowym postępowaniu, tj. „Zaprojektowanie i wybudowanie krytej pływalni i basenów zewnętrznych przy ul. Wilanowskiej we Wrocławiu wraz z parkingiem, zjazdami z drogiej publicznej, obsługą komunikacyjną, zagospodarowaniem terenu, infrastrukturą techniczną, rozbiórkami istniejących obiektów budowlanych”. W szczególności, że w dokumentach i warunkach odnoszą się Państwo bezpośrednio do Ustawy PZP, np. żądając dokumentu JEDZ (Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia).

Odpowiedź na pytanie 1:

Zamawiający wyjaśnia, że nie jest zamawiającym publicznym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.). Zamawiający nie odnosi się w dokumentach i warunkach zawartych w Specyfikacji Zamówienia bezpośrednio do Prawa zamówień publicznych. Zamawiający ma prawo korzystać z formularza JEDZ również w postępowaniu przetargowym prowadzonym na podstawie Kodeksu cywilnego i własnej dokumentacji postępowania.

Pytanie 2:

działając w imieniu (...) w związku z ogłoszonym przez Państwa postępowaniem, zwracam się z wnioskiem o zmianę treści SWZ w przedmiotowym postępowaniu w zakresie warunków udziału w

postępowaniu, mianowicie Rozdział 12 poprzez określenie warunków dot. sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawcy.

Wskazany przez Państwa warunek tj.

Zamawiający uzna spełnienie warunku sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jeżeli Wykonawca wykaże/przedstawi:

b.1) Wykonawca przedstawi na podstawie informacji w rocznych sprawozdaniach finansowych stosunek aktywów do zobowiązań, z których wskaźnik obliczony jako aktywa bieżące/zobowiązania bieżące wykaże wartość nie mniejszą niż 1,5 w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych oraz wskaźnik obliczony jako (aktywa bieżące – zapasy)/(zobowiązania bieżące) wykaże wartość nie mniejszą niż 1,2 w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych

oraz

b.2) minimalny roczny obrót w wysokości nie mniejszej niż 35 000 000,00 zł (słownie: trzydzieści pięć milionów 00/100 zł)

oraz

b.3) posiada opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 25 000 000,00 zł (słownie: dwadzieścia pięć milionów 00/100 zł), aktualny na dzień składania oferty, wraz z dowodem opłacenia składki. W przypadku złożenia polisy, w której wysokość ubezpieczenia Wykonawcy wyrażona będzie w walucie obcej, to dla potwierdzenia spełniania warunku zamawiający dokona przeliczenia tej waluty na PLN według średniego bieżącego kursu wyliczonego i ogłoszonego przez NBP z dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu jest nieproporcjonalny.

Warunek po zmianie:

Zamawiający uzna spełnienie warunku sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jeżeli Wykonawca wykaże/przedstawi:

b.1) Wykonawca przedstawi na podstawie informacji w rocznych sprawozdaniach finansowych stosunek aktywów do zobowiązań, z których wskaźnik obliczony jako aktywa bieżące/zobowiązania bieżące wykaże wartość nie mniejszą niż 0,8 w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych oraz wskaźnik obliczony jako (aktywa bieżące – zapasy)/(zobowiązania bieżące) wykaże wartość nie mniejszą niż 1,2 w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych

oraz

b.2) minimalny roczny obrót w wysokości nie mniejszej niż 25 000 000,00 zł

oraz

b.3) posiada opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 15 000 000,00 zł aktualny na dzień składania oferty, wraz z dowodem opłacenia składki. W przypadku złożenia polisy, w której wysokość ubezpieczenia Wykonawcy wyrażona będzie w walucie obcej, to dla potwierdzenia spełniania warunku zamawiający dokona przeliczenia tej waluty na PLN według średniego bieżącego kursu wyliczonego i ogłoszonego przez NBP z dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu.



Wniosek niniejszy znajduje swoje uzasadnienie w zasadach zachowania uczciwej konkurencji oraz efektywności, Zasada konkurencyjności stanowi jedną z kluczowych zasad prawa zamówień publicznych, mającą na celu zapewnienie dostępu do udziału w postępowanie jak największej ilości wykonawców, poprzez nieograniczenie stawiania przez zamawiających nadmiernych i nieuzasadnionych wymogów, mogących utrudniać tenże dostęp. Zamawiający nie powinien opisywać swoich wymogów w sposób bardziej rygorystyczny niż jest to niezbędne dla osiągnięcia celów realizacji zamówienia, stawiając wyśrubowane wymogi odnośnie do tych aspektów realizacji zamówienia, które są dla niego drugorzędne, jeśli nie bez znaczenia. Zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, jest działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie. Poza zasadą konkurencyjności, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy bowiem uwzględniać także zasadę proporcjonalności. Przejawia się ona w podejmowaniu przez zamawiającego wyłącznie takich działań i stawianiu takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu, jakim jest udzielenie danego zamówienia. Warunki udziału w sposób oczywisty powinny być związane z przedmiotem zamówienia, określone w sposób proporcjonalny i badać potencjał wykonawcy pod kątem zdolności do wykonania danego zamówienia. Zamawiający może wymagać posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Celem tego przepisu jest umożliwienie zamawiającym uproszczenia analizy stanu finansowego wykonawców i faktyczne przerzucenie szczegółowej oceny ich możliwości ekonomicznych na ubezpieczycieli. Standardowym rozwiązaniem stosowanym przez ubezpieczycieli jest uzależnienie maksymalnej wysokości kwoty ubezpieczenia OC od zdolności finansowych podmiotu ubiegającego się o zawarcie umowy ubezpieczenia. Tym samym legitymowanie się przez wykonawcę polisą na określoną sumę gwarancyjną jest dla zamawiającego dowodem, że wykonawca ten dysponuje zdolnością finansową zbliżoną do tej kwoty. Taka ocena możliwości finansowych wykonawcy jest o tyle miarodajna, że zostaje de facto dokonana przez odpowiedni, wyspecjalizowany podmiot.

Wielokrotnie w orzecznictwie wskazywano, że ogólna zasada co do możliwości żądania przez zamawiającego wykazania przez wykonawców obrotu w wysokości dwukrotności wartości przedmiotu zamówienia stanowi o maksymalnym progu wysokości rocznego obrotu w stosunku do wartości zamówienia. Zamawiający ma zatem możliwość dostosowania warunku dotyczącego wysokości wymaganego rocznego obrotu do specyfiki przedmiotu zamówienia. W dalszym ciągu w powyższym zakresie obowiązuje także zasada proporcjonalnego formułowania warunków udziału w postępowaniu, określona w art. 22 ust. 1a p.z.p. Warunek zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy badany, poprzez wysokość rocznego obrotu wykonawcy ma na celu niewątpliwie weryfikację zdolności ekonomicznych i finansowych wykonawcy do realizacji danego zamówienia. Generalnie przyjmuje się, że pojęcie obrotu służy do wyrażenia wielkości handlowej danego przedsiębiorstwa.

Ponadto jak wskazano w wyroku z dnia 16 sierpnia 2019 r., KIO 1500/19 Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania



zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Obowiązkiem Zamawiającego jest zatem, określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia wyrażonych poprzez ich minimalny poziom. Zachowanie zasady proporcjonalności jest równoznaczne z ograniczeniem gwarantowanej konkurencji w jak najmniejszym stopniu, tj. tylko w takim, jaki jest niezbędny do osiągnięcia celu. Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w wyroku z dnia 1 sierpnia 2019 r., KIO 1342/19 gdzie wskazała, 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 (SWZ).

W kwestii konieczności przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę TSUE w wyroku z 23.12.2009 r., C-376/08, Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, ECLI:EU:C: 2009:808, w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27.10.2005 r., C-234/03, Contse S.A., Vivisol Srl, Oxigen Salud SA v. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), ECLI:EU:C:2005:644, TSUE orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez Zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Wskazane przez Państwa warunki znacząco przekraczają zasady formułowania warunków udziału w postępowaniu, nie wskazując tzw. warunków minimalnych, a warunki stanowiące odwzorowanie 1:1 szacunkowej kwoty zamówienia. Określone przez Zamawiającego warunki mogą stanowić zaporę przed nieograniczonym dostępem do zamówienia, taki stan jest nie akceptowalny i powinien być respektowany przez uczestników rynku zamówień publicznych. Zamawiający formułując warunki musi zatem zachować niezbędną równowagę pomiędzy swoim interesem polegającym na uzyskaniu rękopmi należytego wykonania zamówienia publicznego a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, w drodze wprowadzania nadmiernych, wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odpowiedź na pytanie 2:

Zamawiający dokonuje modyfikacji ust. 1 w pkt 12 „Warunki udziału w postępowaniu” Specyfikacji Zamówienia, w zakresie warunków udziału związanych z sytuacją ekonomiczną i finansową poprzez nadanie nowego brzmienia:

„b.1) Wykonawca przedstawi na podstawie informacji w rocznych sprawozdaniach finansowych stosunek aktywów do zobowiązań, z których wskaźnik obliczony jako aktywa bieżące/zobowiązania



bieżące wykaże wartość nie mniejszą niż 1,2 w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych oraz wskaźnik obliczony jako (aktywa bieżące – zapasy)/(zobowiązania bieżące) wykaże wartość nie mniejszą niż 1,0 w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych

oraz

b.2) minimalny roczny obrót w wysokości nie mniejszej niż 30 000 000,00 zł (słownie: trzydzieści milionów 00/100 zł)

oraz

b.3) posiada opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 30 000 000,00 zł (słownie: trzydzieści milionów 00/100 zł), aktualny na dzień składania oferty, wraz z dowodem opłacenia składki. W przypadku złożenia polisy, w której wysokość ubezpieczenia Wykonawcy wyrażona będzie w walucie obcej, to dla potwierdzenia spełniania warunku zamawiający dokona przeliczenia tej waluty na PLN według średniego bieżącego kursu wyliczonego i ogłoszonego przez NBP z dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu."

Zamawiający dokonuje modyfikacji w ust. 1b pkt. 14 „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” poprzez nadanie nowego brzmienia:

„b. dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż 30 000 000,00 zł (słownie: trzydzieści milionów 00/100 zł), wraz z dowodem opłacenia składki (jeżeli z treści polisy nie wynika, że jest ona opłacona, należy również załączyć dokumenty, które będą stanowić dowód jej opłacenia). W przypadku polegania na zdolnościach finansowych innego podmiotu – w szczególności pisemne zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów finansowych na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - w formie oryginału;”.

Wskazujemy przy tym, że w pierwotnej wersji Specyfikacji Zamówienia istniała rozbieżność w treści warunku udziału oraz dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, a dotycząca minimalnej wartości – 25 000 000 zł oraz 35 000 000 zł, spowodowana omyłką pisarską. Zostało to wyjaśnione w odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 22 listopada 2021 r. Dokonana obecnie zmiana jest w istocie zmianą na korzyść wykonawców.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że przedmiotowe postępowanie przetargowe nie jest prowadzone w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem nie obowiązują wprost zasada zachowania uczciwej konkurencji, zasada efektywności oraz zasada proporcjonalności. Niemniej jednak Zamawiający stoi na stanowisku, że postępowanie jest prowadzonego z poszanowaniem tych zasad, bowiem zaproponowane warunki udziału nie naruszają uczciwej konkurencji, efektywności i proporcjonalności. Zamawiający ma prawo oczekiwać, że zamówienie będzie realizowane przez wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych

czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada "spełnia - nie spełnia"). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie - zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych przepisami prawa. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji.

Pomimo wyłączenia stosowania Prawa zamówień publicznych Zamawiający w niniejszym postępowaniu dopełnił wskazanych powyżej obowiązków.


Członek Zarządu
Paweł Rańda


Prezes Zarządu
Grzegorz Kaliszczak