

Uczestnicy postępowania

Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „**Wybór partnera prywatnego w celu wspólnej realizacji przedsięwzięcia pn. „Termomodernizacja obiektów użyteczności publicznej na terenie Gminy Staszów wraz z rozbudową wybranych obiektów”**”

W odpowiedzi na zapytania dotyczące ww. zamówienia wyjaśniam:

Pytanie I:

„W związku z ogłoszeniem z dnia 7 marca 2017 r. o zmianie ogłoszenia nr 29273-2017 z dnia 2017-02-21 r., niniejszym wnosimy o:

1) zmianę w pkt III. 7) Ogłoszenia ("INNE DOKUMENTY NIEWYMIENIONE W PKT III.3)-III.6)") w ppkt 4 poprzez przywrócenie brzmienia tego punktu zgodnie z pierwotnym brzmieniem Ogłoszenia, tj. nadanie mu brzmienia: *"4. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu (odpowiednio wzór, stanowiący Załącznik nr 3 do Ogłoszenia, Załącznik nr 4 do Ogłoszenia). Ponadto, w przypadku, gdy wykonawca będzie polegał na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, wykonawca załącza zobowiązanie podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;*

a w przypadku braku uwzględnienia wniosku z pkt 1,

2) zmianę w pkt IV. 1.6) Ogłoszenia ("Przewidywana liczba wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w postępowaniu"), poprzez zwiększenie liczby wykonawców z 4 do 8. W konsekwencji tej zmiany kryteria selekcji znalazłyby zastosowanie w sytuacji, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest większa niż 8.

Uzasadnienie

W pkt III.7) Ogłoszeniu nr 29273 - 2017 z dnia 2017-02-21 r. (dalej "Ogłoszenie") Zamawiający wskazał, jakie dokumenty, inne niż wymienione w pkt III.3)-III.6), winien złożyć wykonawca ubiegający się o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W ppkt 4 Zamawiający wskazał, że wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu. Ponadto, wykonawca zobowiązany jest załączyć zobowiązanie podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na marginesie należy dodać, że w zakresie kryteriów selekcji wykonawców w treści Ogłoszenia wskazano: *W przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż 4, Zamawiający zaprosi do dialogu wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej: w zakresie spełniania warunków ponad minimalne wymogi określone w Sekcji III. 1.3) punkt 1, 2 i 3 Ogłoszenia.*

Tymczasem, w dniu 7 marca 2017 r. Zamawiający dokonał zmiany ppkt 4 w pkt III.7) Ogłoszenia w ten sposób, że usunął sformułowanie *kryteriów selekcji*. Z pisemnych wyjaśnień Zamawiającego z dnia 7 marca 2017 r. wynika, że wykonawcy w zakresie spełniania kryteriów selekcji określonych w Ogłoszeniu nie będą mogli polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów zgodnie z art. 22a ust. 1 Ustawy PZP. Uzasadnieniem dla takiej zmiany Ogłoszenia ma być okoliczność, że zmiana PZP dokonana ustawą z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r., poz. 1920), która weszła w życie 14 grudnia 2016 r., zgodnie z art. 62 pkt 5 tej ustawy, w art. 25a w ust. 3 PZP we wprowadzeniu do wyliczenia oraz w art. 36b w ust. 2 PZP skreśliła wyrazy "lub kryteriów selekcji". Wyjaśnienia Zamawiającego rozumiemy w ten sposób, że w jego ocenie

po 14 grudnia 2016 r. PZP wyłączyło możliwość polegania przez wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie kryteriów selekcji.

Na wstępie należy zaznaczyć, że nowelizacja art. 25a ust. 3 i art. 36b ust. 2 PZP weszła w życie w dniu 14 grudnia 2016 r., a więc przed dniem publikacji Ogłoszenia. Treść tych przepisów musiała być znana Zamawiającemu w dniu 21 lutego 2017 r., kiedy Ogłoszenie opublikowane było w BZP. Pomiędzy dniem 21 lutego 2017 r. a 7 marca 2017 r. nie zaistniała zatem żadna prawna ani faktyczna okoliczność, która uzasadniałaby zmianę Ogłoszenia w ww. zakresie. Przedmiotowa zmiana Ogłoszenia wskazuje na radykalną zmianę interpretacji przez Zamawiającego przepisów PZP pomiędzy dniem publikacji Ogłoszenia, a dniem dokonania zmiany Ogłoszenia.

W naszej ocenie interpretacja przepisów PZP dokonana przez Zamawiającego już po opublikowaniu Ogłoszenia jest błędna i prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji oraz narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Należy wskazać, że PZP wprost dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy polegają na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych (art. 22a ust. 1 PZP). Przepisy PZP przewidują, że wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy (art. 22a ust. 5 PZP). Przepisy PZP nie pozwalają na wniosek, że wykonawca polegający na zasobach podmiotu trzeciego może być traktowany przez Zamawiającego gorzej niż wykonawca opierający się na zasobach własnych.

Wskazać należy, że przepisy dyrektywy 2014/24/UE, które nie wykluczają wprost możliwości powoływania na potencjał podmiotów trzecich w ramach prekwalfikacji, a co więcej, zgodnie z Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia, poleganie na potencjale podmiotu trzeciego (zdolności innego podmiotu) może odnosić się nie tylko do warunków udziału (kwalifikacji), ale również do kryteriów selekcji dotyczących ograniczenia liczby wykonawców w postępowaniu. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w tym w szczególności wyrokiem TSUE z 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C- 324/14 (wydany na gruncie dyrektywy 2004/18/WE) poleganie na potencjale podmiotów trzecich ma służyć przede wszystkim otwarciu zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję. Zamawiający może jednak w szczególnych okolicznościach do celów prawidłowego wykonania tego zamówienia wskazać szczegółowe zasady, zgodnie z którymi wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, pod warunkiem że takie zasady są związane z przedmiotem i celami danego zamówienia oraz proporcjonalne.

W piśmiennictwie¹, już po nowelizacji art. 25a ust. 3 oraz art. 36b ust. 2 PZP, podjęto się wyjaśnienia, czy powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego będzie dopuszczalne w sytuacji, gdy selekcja wykonawców zostanie oparta na kryteriach tożsamyh z warunkami udziału w postępowaniu. Wskazano przy tym, że z praktycznego punktu widzenia wskazane byłoby zatem dopuszczenie w określonych sytuacjach, aby wykonawca mógł powoływać się na potencjał podmiotów trzecich w ramach prekwalfikacji. Autorzy powyższej opinii wskazują, że trzeba mieć na uwadze fakt, iż znowelizowane przepisy PZP wprost wskazują na obowiązek realnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, jeżeli taki podmiot udostępnia zasoby, które pozwalają na spełnienie warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Jeżeli zatem kryteria selekcji wykonawców oparte zostaną na warunkach udziału, a jednocześnie zostanie zagwarantowany faktyczny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, to tym samym minimalizowane jest ryzyko zaangażowania wykonawcy, który zajął wysoką pozycję w rankingu wykonawców polegając na potencjale obcym, a następnie nie będzie go faktycznie wykorzystywał na etapie realizacji zamówienia. Takie podejście

umożliwiłoby również zaangażowanie do realizacji zamówienia małych i średnich przedsiębiorców, którzy posiadają unikatowe doświadczenia lub kwalifikacje. Zdaniem autorów zalecana jest interpretacja przepisów, która pozwoli na pozostawienie zamawiającym dowolności w kształtowaniu opisu kryteriów selekcji oraz dopuszczalności korzystania z potencjału podmiotów trzecich, w zależności od specyfikacji danego zamówienia, z zastrzeżeniem zapewnienia zasady uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności. Takie podejście wydaje się szczególnie uzasadnione np. w projektach realizowanych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, w przypadku gdy wybór partnera prywatnego następuje w oparciu o regulacje ustawy PZP.

Zgadzając się z argumentacją ww. autorów podnieść należy, że w formule PPP w procedurze wyboru partnera prywatnego najczęściej zastosowanie znajduje procedura dialogu konkurencyjnego, w ramach której przewidziano prekwifikację kandydatów. Jednocześnie, z uwagi na specyfikę i zasady finansowania projektów PPP oraz okres obowiązywania umowy PPP, o realizację tego typu projektu ubiegają się zwykle spółki celowe (SPV), utworzone na potrzeby konkretnego postępowania, a tym samym nieposiadające własnych doświadczeń w realizacji podobnych projektów. Struktura i specyfika projektu PPP uzasadnia zatem możliwość powoływania się potencjalnego partnera prywatnego (spółki celowej) na doświadczenia podmiotów trzecich, również w ramach kryteriów selekcji. Tym samym zamawiający powinien mieć prawo do uwzględnienia użyczonych doświadczeń w ramach selekcji potencjalnych partnerów prywatnych.

Powyższe argumenty w pełni znajdują zastosowanie do niniejszego postępowania. W naszej ocenie, wyłączając możliwość powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego, czyli np. inne spółki z tej samej grupy kapitałowej, w zakresie kryteriów selekcji, Zamawiający dyskryminuje spółki celowe, co nie znajduje obiektywnego uzasadnienia w ochronie interesów Zamawiającego i jest sprzeczne ze specyfiką przedsięwzięć PPP.

Przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie może prowadzić do absurdalnych sytuacji. Dla przykładu, jeżeli liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu i nie podlegających wykluczeniu, będzie większa niż 4 (np. 6), a wśród nich część stanowią będą spółki celowe (np. 3 z 6), to Zamawiający tworząc listę kwalifikacyjną będzie musiał zakwalifikować wszystkie spółki celowe ex aequo. W konsekwencji Zamawiający będzie musiał zaprosić do dialogu wszystkie spółki celowe, jeżeli liczba pozostałych wykonawców (innych niż spółki celowe) będzie równa 3 lub mniejsza.

W świetle powyższego, wnosimy o przywrócenie pierwotnego brzmienia Ogłoszenia w omawianej kwestii poprzez wyraźne umożliwienie posługiwania się przez wykonawców zasobami podmiotów trzecich w zakresie kryteriów selekcji. Gdyby jednak Zamawiającego zdecydował się pozostać przy dotychczasowej argumentacji, prosimy o zwiększenie liczby podmiotów dopuszczonych do udziału w dialogu z 4 do 8.

¹M. Wojciechowski, T. Michalczyk, Zamówienia publiczne: Korzystanie z potencjału podmiotów trzecich a kryteria selekcji wykonawców, portal dziennika Rzeczpospolita z dnia 13 grudnia 2016 r., <http://www.rp.pl/Zamowienia-publiczne/312139992-Zamowienia-publiczne-Korzystanie-z-potencjalu-podmiotow-trzecich-a-kryteria-selekcji-wykonawcow.html#ap-3>

Odpowiedź I:

Ad. pkt. 1):

Zamawiający informuje, że pkt III.7) ppkt 4 Ogłoszenia o zamówieniu o treści: "*4. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu (odpowiednio wzór, stanowiący Załącznik nr 3 do Ogłoszenia, Załącznik nr 4 do Ogłoszenia).*

Ponadto, w przypadku, gdy wykonawca będzie polegał na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, wykonawca załącza zobowiązanie podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu" - nie ulega zmianie.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia:

Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm., dalej jako: Ustawa Pzp), wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Jak wskazano w piśmiennictwie w zakresie art. 22a ust. 1 Ustawy Pzp: „*Na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy p.z.p. brak jest wystarczających przesłanek do twierdzenia, że wykonawca może posilkować się potencjałem podmiotów trzecich w celu potwierdzenia spełnienia kryteriów selekcji. Wniosek taki wypływa w szczególności z wykładni językowej, celowościowej i systemowej art. 22a ust. 1 [...] p.z.p. W konsekwencji, odejście od jasnego, jednoznacznego sensu cytowanego przepisu z naruszeniem wskazanych reguł wykładni powodowałoby w istocie dokonanie wykładni prawotwórczej, tj. wykładni contra legem.*” (M. Bağlaj, J. Krysa, B. Wachta, Wykorzystanie potencjału podmiotów trzecich w postępowaniach wieloetapowych, Zamawiający 2017/21/54-57).

Przepis, o którym mowa powyżej, dopuszczający możliwość polegania wykonawców na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, wyraźnie wskazuje, iż taka możliwość istnieje tylko w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu.

Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji (art. 60d ust. 3 zdanie pierwsze Ustawy Pzp). Kryteria selekcji z założenia mają na celu ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dialogu.

Wątpliwości interpretacyjne, związane z możliwością polegania wykonawców na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów w zakresie spełnienia kryteriów selekcji, należy uznać za usunięte na skutek wejścia w życie nowelizacji w dniu 14 grudnia 2016 r., dokonanej ustawą z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r., poz. 1920).

Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełnienia, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 1 - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (art. 25a ust. 3 pkt 2 Ustawy Pzp).

W związku z powyższym, wykonawcy w zakresie spełnienia kryteriów selekcji określonych w Ogłoszeniu, na gruncie obowiązującej Ustawy Pzp, nie mogą polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów zgodnie z art. 22a ust. 1 Ustawy Pzp.

Ad. pkt. 2):

Liczba wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w postępowaniu **nie ulega zmianie** i zgodnie z zapisami w ogłoszeniu o zamówieniu pkt IV.1.6) wynosi 4.

BURMISTRZ MIASTA I GMINY STASZÓW