

Miejski Zakład Komunikacyjny
w Tomaszowie Maz. Sp. z o.o.
1 ul. Warszawska 109/111
97-200 Tomaszów Maz.
tel. 44 723 75 71; fax 44 723 74 42
REGON 101694645 NIP 7732473948

Tomaszów Mazowiecki, dnia 8-10-2020

DO WSZYSTKICH WYKONAWCÓW SKŁADAJĄCYCH OFERTĘ

Numer postępowania: 4/2020

Ogłoszenie nr **2020/S 179-431737 z dnia 15-09-2020**

Dotyczy postępowania o udzielnie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) pod nazwą: **Sukcesywna dostawa paliw do stacji paliw Miejskiego Zakładu Komunikacyjnego Sp. z o.o. w Tomaszowie Mazowieckim.**

Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z wpływem zapytań - udziela na wyjaśnienia dotyczących zamówienia.

PYTANIA:

Czy Zamawiający zmniejszy nieuzasadnione, zawyżone wymagania odnośnie wykonywania przez Wykonawców zamówień polegających na dostawie paliw o wartości nie mniejszej niż 50 000 000,00 zł brutto?

W rozdziale 10 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” punkt 1. 3) Zamawiający określił że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej „...uzna, iż wykonawca spełnia warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje zamówienie polegające na dostawie paliw o wartości nie mniejszej niż 50 000.000,00 zł brutto (pięćdziesiąt milionów) – w ramach jednej umowy.

W naszej ocenie jest to wymóg bardzo wygórowany i bezzasadny.

Ustawa prawo zamówień publicznych nakłada na każdego Zamawiającego obowiązek takiego określenia warunków udziału wykonawców w postępowaniu, aby została zachowana równowaga pomiędzy własnym interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, którzy mogliby zostać wyeliminowani z udziału w postępowaniu przez wprowadzenie nadmiernych wymagań. Zapewnieniu takiej równowagi służyć ma zasada proporcjonalności.

Zasada proporcjonalności znalazła swoje odzwierciedlenie w art. 22 ust. 1a ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie.

Zamawiający wyznaczył w rozdziale 6.1 SIWZ „Termin i warunki realizacji zamówienia” że „Przedmiot zamówienia będzie wykonywany w okresie od dnia zawarcia umowy przez okres 48 miesięcy”. Zazwyczaj umowy pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą na dostawy paliw płynnych są zawierane w okresach 12 miesięcznych. Bezzasadne jest według nas wymaganie od Wykonawcy wykazania tak dużego wartościowo doświadczenia realizowanego w ramach jednej umowy (zazwyczaj realizowanej w okresie 12 miesięcy) w odniesieniu do bardzo długiego, 48 miesięcznego terminu realizacji przedmiotowego zamówienia. W tych zapisach szczególnie widać zastosowaną przez Zamawiającego dysproporcję.

Swój wniosek o zmniejszenie wymogów dot. posiadanego doświadczenia uzasadniamy również tym, że według zapisów Rozdziału 5. SIWZ Zamawiający uruchomi stację paliw (dla firm i klientów indywidualnych a także na własne potrzeby) w IV kwartale tego roku i nie posiada wiarygodnych danych rocznych w zakresie zapotrzebowania.

Zapotrzebowanie Zamawiającego to jedynie prognozy, natomiast wymagania dotyczące zrealizowanych dostaw to precyzyjnie określony wymóg – trudny do spełnienia dla mniejszych Wykonawców, a faworyzujący duże przedsiębiorstwa i zupełnie nieadekwatny do rzeczywistości.

W naszej ocenie zmniejszenie wymogu do np. wykazania dostaw paliw płynnych o wartości 10 000 000,00 zł brutto rocznie w ramach jednej umowy, w zupełności odpowiada warunkom postępowania i zapewni równe traktowanie wszystkich potencjalnych wykonawców oraz umożliwi złożenie oferty również mniejszym firmom.

ODPOWIEDŹ:

Na wstępie zamawiający oceniając zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy wziął pod uwagę zasady wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp. Szczególne znaczenie w tym kontekście należy przypisać zasadzie proporcjonalności zgodnie z którą nakaz przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego.

Zamawiający w związku z tym, przygotowując i prowadząc postępowanie może stawiać określone wymagania które powinny być adekwatne do celów tego postępowania.

W tym kontekście warto oprzeć się na orzecnictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w jednym z przełomowych wyroków kształtujących tę zasadę zwrócił uwagę na test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, że podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (zob. wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie nr C-414/97 Komisja Europejska przeciwko Hiszpanii). Jak słusznie wskazuje się w doktrynie „zasada proporcjonalności wymaga nie testu porównania dwóch sprzecznych interesów, lecz dwustopniowej oceny wprowadzonego środka:

Czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu?

Jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji celu, to czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu?

Czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków?”.

Zamawiający jest zobowiązany zatem 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. W związku z tym na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Podobnie wypowiedziała się KIO w orzeczeniu o sygn. 1859/19.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest przede wszystkim procedurą zakupową, mającą na celu otrzymanie przez zamawiającego świadczenia, które będzie odpowiadać jego potrzebom. To wykonawcy winni dostosować się do uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a nie zamawiający do możliwości wykonawców w zakresie oferowanego przedmiotu świadczenia. Stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu (nawet jeżeli mogą wydawać się wygórowane) zmierzają do tego, aby wyłonić podmioty, które dają rękojmię należytego wykonania zamówienia i aby wykluczyć z postępowania te podmioty, które tych warunków nie spełniają. Obowiązek zachowania warunków konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielanie zamówienia nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do realizacji zamówienia w należyty sposób. Innymi słowy postawione warunki mają być miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej

przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne raczej, by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności oraz mając na względzie zakres, wartość i charakter zamówienia zamawiający informuje, **że nie przychyli się do zmiany wnioskowanej przez wykonawcę.**

Zważywszy na fakt, że zamawiający zdecydował się na udzielenie zamówienia trwające przez okres 4 lat, szacując wielkość zamawianego paliwa z uwzględnieniem prawa opcji w ilości odpowiednio:

- 1) **Olej napędowy – standard 10 000 m3.**
- 2) **Olej napędowy o polepszonych właściwościach niskotemperaturowych – 1 000 m3.**
- 3) **Benzyna bezołowiowa Pb 95 – 6 000 m3.**

co przekładając na szacunkową wartość zamówienia, która znajduje swoje odzwierciedlenie w części II SIWZ - formularzu oferty i wynosi 58 092 000,00 zł. netto - w ocenie zamawiającego nie ma podstaw do kwestionowania sformułowanego warunku udziału w postępowaniu.

Istotnym także z punktu widzenia zamawiającego jest zwrócenie uwagi na fakt, że wykonawca zadający pytanie wskazał, że:

– „*Bezzasadne jest według nas wymaganie od Wykonawcy wykazania tak dużego wartościowo doświadczenia realizowanego w ramach jednej umowy (zazwyczaj realizowanej w okresie 12 miesięcy) w odniesieniu do bardzo długiego, 48 miesięcznego terminu realizacji przedmiotowego zamówienia.*”

To, że praktyka zawodowa i doświadczenie Wykonawcy opiera się głównie na realizacji kontraktów z terminem realizacji zamówienia wynoszącym 12 miesięcy nie może przesądzać i uniemożliwić tym samym zamawiającemu dostosowanie warunków udziału w postępowaniu do toczącej się procedury o zamówienie publiczne uwzględniającą wartość, charakterystykę i zakres.

Ponieważ każde zamówienie rządzi się swoją specyfiką, zakresem i stopniem złożoności dlatego też zamawiający sprecyzował warunki udziału w postępowaniu oczekując ich spełnienia przez wiarygodny podmiot, który wykonał lub wykonuje podobne świadczenie.

Udzielone wyjaśnienia są wiążące dla wszystkich wykonawców, którzy przystąpią do udziału w postępowaniu i pozostają bez wpływu na termin składania ofert określony w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Miejski Zakład Komunikacyjny
w Tomaszowie Maz. Sp. z o.o.
ul. Warszawska 109/111
97-200 Tomaszów Maz.
tel. 44 723 75 71; fax 44 723 74 42
REGON 101694645 NIP 7732473948

Prokurent

Andrzej Przybysz

Prokurent

Grzegorz Kieliszek