

Dotyczy: wyjaśnienia treści SWZ do Postępowania zakupowego nr **TZ/1167/2021** w celu udzielenia Zakupu o nazwie: „**Grupowy przewóz osób – przewozy pracownicze dla PGE GiEK S.A. Oddział KWB Turów na liniach B-1, 37A, 44, 54/57, 54A, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 82A, 88, 94, wew.**”.

Na podstawie pkt. 6.3.1.1 PROC 77513/F Procedura – Zakupy w „Betrans” sp. z o.o. w związku z otrzymanym zapytaniem dotyczącym Specyfikacji (SWZ) niniejszym udzielamy odpowiedzi:

Pytanie 1.:

„1. W treści pkt 7.4. określono: „Zamawiający dopuszcza możliwość wykonywania Zakupu przez podwykonawców”.

W treści następującego po nim pkt 7.5. wskazano: „Zamawiający nie dopuszcza możliwości, aby Wykonawca polegał na zdolnościach technicznych lub zawodowych oraz sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków”

Zestawienie powyższych postanowień może budzić wątpliwości interpretacyjne i prowadzić do sprzecznych wewnątrznie wniosków, a w skrajnym przypadku, niesprecyzowane, może stać się przyczyną unieważnienia przetargu.

Korzystanie z zasobów wiedzy i doświadczenia innego podmiotu może przybrać różne formy- podwykonawstwa, doradztwa, konsultacji, wsparcia (tak m.in. KIO w orzeczeniu z dnia 06 czerwca 2013 r. 1201/13; w związku z niewielkim zakresem orzecznictwa sądów powszechnych w zakresie treści ogłoszeń w postępowaniach przetargowych, interpretacje KIO stanowią w tym przypadku właściwe odniesienie dla wykładni postanowień SWZ).

Dopuszczając możliwość realizacji zakresu umowy przez podwykonawców, Zamawiający dopuszcza w istocie właśnie poleganie na kapitale majątkowym, technicznym i zawodowym innego niż wykonawca podmiotu. Co do zasady, ani Kodeks cywilny, ani bardziej rygorystyczne przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021, poz. 1129), nie dają podstawy do ingerowania przez Zamawiającego w typ powiązania między wykonawcą a osobami, które angażuje do postępowania, a sama ustawa Prawo zamówień publicznych stanowi, że uprawnienie wykonawcy do kształtowania relacji z podmiotami trzecimi w takiej sytuacji nie może być co do zasady ograniczone przez czynność prawną zamawiającego.

Możliwość korzystania przez wykonawcę z zasobów podmiotów trzecich, z którymi jest powiązany niezależnie od charakteru tej relacji, zwiększa konkurencyjność poprzez ułatwianie dostępu do rynku mniejszym wykonawcom lub podmiotom rozpoczynającym działalność, a także przyczynia się do obniżenia kosztów ubiegania się o zamówienie.

Mając powyższe na uwadze, proszę o informację czy Zamawiający wyraża zgodę na zmianę pkt 7.5. w ten sposób, że dopuszcza możliwość, aby Wykonawca polegał na zdolnościach technicznych lub zawodowych oraz sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków”.

Pytanie 2.:

„2. W treści pkt 7.4. określono: „Zamawiający dopuszcza możliwość wykonywania Zakupu przez podwykonawców”.

W treści pkt 7.1. zaś wymieniono wymagania, jakie powinni spełniać wykonawcy, m.in. posiadać niezbędne zdolności techniczne i zawodowe do wykonania Zakupu, dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania Zakupu (ppkt 2 i 3).

Treść pkt 7.1. ppkt 3 stanowi: „Wykonawca zapewni realizację przedmiotu Zakupu przy użyciu pojazdów, do których posiada prawo własności lub inny tytuł posiadania (leasing, dzierżawa, najem). Wykonawca dysponuje także osobami posiadającymi aktualne uprawnienia do kierowania pojazdami, niezbędne do wykonania Zakupu odpowiednio dla całości Zakupu” i wskazuje, że wykonawca powinien „dysponować” odpowiednim potencjałem technicznym i osobowym. Co prawda, w zakresie potencjału technicznego pojawia się wyliczenie trzech umów, jednakże określenie „inny tytuł posiadania” wskazuje, że wymieniony katalog nie stanowi numerus clausus, a jedynie katalog otwarty. Zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w pytaniu 1), wskazuję, że swoboda uprawnienia wykonawcy do decydowania, w jaki sposób wykaże spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie powinna być ograniczana. W szczególności, gdy Zamawiający dopuszcza możliwość korzystania ze wsparcia podwykonawców (co przy szerokim zakresie zamówienia jest w pełni uzasadnione). Takie stanowisko zostało potwierdzone w orzecznictwie europejskich organów sprawiedliwości, m.in. w wyroku TSUE z dnia 7 kwietnia 2016 r., C-324/14, sprawa: Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta, EU:C:2016:214.

W związku z brzmieniem powyższych postanowień proszę o doprecyzowanie w zakresie oceny spełnienia kryteriów przez podmiot przystępujący do przetargu, tj. doprecyzowanie, że zapewnieniem potencjału technicznego i osobowego oraz posiadaniem zdolności technicznych i zawodowych do wykonania Zakupu jest także zapewnienie spełnienia tych kryteriów przez inne podmioty, z których zdolności korzysta”.

Odpowiedź:

W odpowiedzi na powyższe niniejszym informujemy, iż przedmiotowe Postępowanie zakupowe nr TZ/1167/2021 nie jest objęte przepisami Ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021, poz.1129) a przywołane orzeczenie wyroku KIO z dnia 6 czerwca 2013 r. w sprawie 1201/3 oraz orzeczenie wyroku TSUE z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 dotyczą zamówień publicznych podlegających pod wskazaną ustawę.

Jednocześnie zaznaczamy, iż przywołany pkt. 7.1 ppkt. 3 zawiera katalog zamknięty wskazując jednoznacznie charakter prawny łączących strony stosunków tj. leasing, dzierżawa, najem.

Jednakże w związku z powstałymi wątpliwościami interpretacyjnymi Zamawiający informuje, że dopuszcza możliwość aby Wykonawca polegał na zdolnościach technicznych lub zawodowych oraz sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków mając jednocześnie na względzie zwiększenie konkurencyjności.

W związku z powyższym Zamawiający wprowadza modyfikację treści SWZ w przedmiotowym zakresie.