



Twardogóra 05.08.2015 r.

GNO.271.1.5.2015

Do wszystkich Wykonawców

Gmina Twardogóra działając zgodnie z art. 38 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), wyjaśnia treść Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia sporządzonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „**Budowę mikroinstalacji prosumenckich wykorzystujących odnawialne źródła energii na terenach wiejskich Gminy Twardogóra**”, w zakresie pytań złożonych przez Wykonawcę.

Pytanie 1

(...) pragnę zwrócić uwagę Zamawiającego na fakt, iż przedstawiony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia budzi wątpliwości pod względem swojej poprawności.

W związku z tym zwracam się z prośbą o wyjaśnienie przedstawionych poniżej kwestii oraz zmianę wymaganych parametrów na takie, które nie uniemożliwiają uczciwej konkurencji wśród wykonawców, zważając, co następuje.

Na wstępie podnieść należy zarzuty co do sposobu dokonania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sprzeczności z art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.). Na gruncie powołanego przepisu, podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie bez dokonywania dodatkowych interpretacji zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia. Istotne jest przy tym, że decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia winna być perspektywa wykonawcy. Pragnę także podkreślić, iż fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, lecz także takiego, który hipotetycznie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.

W świetle owych zasad uzasadnione wątpliwości budzi opis przedmiotu zamówienia dokonany w Programie Funkcjonalno - Użytkowym stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie bowiem z poglądami wyrażonymi zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie polskich sądów *"rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, lub celowe*



łączenie w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwe oddzielnie (na różnych rynkach), tak by całość zamówienia była poddana mniejszej konkurencji, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję" (Dzierżanowski Kazimierz, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. VI, Wolters Kluwer, 2014). Podkreślenia wymaga, iż opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu niemal wszystkich potencjalnych producentów jest utrudnieniem uczciwej konkurencji lub przynajmniej możliwością takiego utrudnienia (wyrok KIO UZP z 20 marca 2009 r., KIO/UZP 285/09, LexPolonica nr 2081137, LexisNexis nr 2081137). Co więcej, wskazać należy, że dyskryminacja wykonawców może wynikać nie tylko z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub produktu (stanowiąc o dyskryminacji bezpośredniej), ale także z posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub produkt (będąc dyskryminacją pośrednią). Z kolei przyjmuje się również, że ustalenie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia również stanowi formę dyskryminacji bezpośredniej (wyrok KIO UZP z 13 stycznia 2009 r., KIO/UZP 1502/08, LexPolonica nr 2260117, LexisNexis nr 2260117).

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o wyjaśnienie treści oraz zmianę rzeczzonego załącznika w kwestii wymagań dot. parametrów kolektorów słonecznych, zbiornika solarnego oraz parametrów dot. węża solarnego ($\lambda = 0,033 \text{ W/(m}^*\text{K)}$) w temp. 0 stopni Celsjusza, które zgodnie z wiedzą (...) spełnia jedynie jeden wykonawca na rynku usług systemów solarnych. Ponadto wyjaśnień oraz zmiany wymagają także kwestie dotyczące:

1. wartości współczynnika przenikania ciepła - 0,0205 W/m², przy zbiorniku solarnym
2. pożądanej przez Zamawiającego w załączniku temperatury po stronie solarnej, która ma wynosić min. 150 stopni Celsjusza, przy zbiorniku solarnym jako że powszechnie wiadomo, iż tak określone parametry uważane są za sprawiające problemy w użytkowaniu i nie są uzasadnione szczególnymi potrzebami Zamawiającego.

Na gruncie powyższych rozważań stwierdzić należy, iż opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, w jaki zrobił to Zamawiający w odniesieniu do inwestycji, której dotyczy niniejsze pismo niezaprzeczalnie stanowi działanie mogące utrudniać uczciwą konkurencję na rynku. Istotnym jest przy tym, iż literalna treść art. 29 ust. 2 wskazuje na sformułowanie „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”, co oznacza, że na wykonawcy ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia hipotetycznie może utrudniać uczciwą konkurencję, a dowód, że do takiego utrudnienia nie doszło, ciąży na zamawiającym (wyrok KIO UZP z 30 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1463/08, LexPolonica nr 2260084, LexisNexis nr 2260084). Powyższe nie pozostawia zaś wątpliwości w zakresie tego, iż możliwość utrudnienia konkurencji jest w tym wypadku co najmniej prawdopodobna. **W konsekwencji uznać należy, iż przedstawiony opis przedmiotu zamówienia jest sprzeczny z regulacją ustawową art. 29 p.z.p., a tym samym dla swej prawidłowości winien on ulec stosownej zmianie** - polegającej na takiej weryfikacji parametrów instalacji, umożliwiając zmianę i dopasowanie opisu przedmiotu zamówienia tak, aby więcej potencjalnych wykonawców mogło spełnić określone przez Zamawiającego parametry.

Uprzedzam także, iż z uwagi na fakt, iż możliwość ograniczenia konkurencji przez Zamawiającego jest dość daleko idąca, istnieje ryzyko zakwalifikowania działania Zamawiającego jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia



1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: z.n.k.) Stosownie bowiem do treści art. 15 z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Działanie to może polegać m.in. na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania zakupu u innego przedsiębiorcy, lub stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy. Działanie Zamawiającego w zaistniałej sytuacji wydaje się spełniać przesłanki zastosowania przytoczonego przepisu. Zakwalifikowanie działania Zamawiającego jako czynu nieuczciwej konkurencji uprawnia natomiast przedsiębiorcę, którego interes został zagrożony lub naruszony takim działaniem do skorzystania z przewidzianych wskazaną ustawą środków.

Modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia w zaproponowany w niniejszym piśmie sposób, ze wskazaniem na treść wypunktowaną powyżej jest istotna z wielu powodów. Przede wszystkim zaproponowane zmiany pozwolą na rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia, zapewnią jego wysoką jakość oraz stabilne, niezakłócone użytkowanie zdecydowanie przekraczające czas gwarancji i rękojmi. Istotne jest również to, że znacznie poszerzy się liczba podmiotów mogących brać udział w postępowaniu, a w związku z tym Zamawiający będzie mógł dokonać wyboru z większej ilości ofert i nie narazi się na zarzut ograniczania konkurencji, który dziś niestety pozostaje aktualny. W każdym razie podjęcie zaproponowanych czynności w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia przede wszystkim zagwarantuje nadrzędny cel postępowania w sprawie zamówień publicznych jakim jest możliwość wyboru najlepszej ceny w stosunku do jakości wykonania co nie jest bez znaczenia biorąc pod uwagę interes społeczny. Należy więc uznać, iż niniejszy wniosek jest konieczny i w pełni uzasadniony. Nawiązując do powyższych uwag, wnoszę jak w petitum.

Odpowiedź na pytanie 1

Zamawiający opisał wymogi w zakresie projektowania, montażu i serwisu wykonawcom przy pomocy parametrów technicznych mierzalnych zgodnie z rozporządzeniem w pełnym zakresie prawa budowlanego.

Wartość współczynnika przenikania ciepła zasobnika solarnego ma dla Zamawiającego znaczenie z powodu uniknięcia strat ciepła w magazynie energii solarnej. W dobie certyfikacji energetycznej urządzeń jest to znaczący parametr techniczny uniemożliwiający stosowanie podgrzewaczy o słabej izolacyjności, które są obecnie wycofywane z produkcji.

Zamawiający dodatkowo określił parametr temperatury pracy spiralnego wymiennika ciepła obiegu solarnego w celu zabezpieczenia się przed stosowaniem podgrzewaczy niedostosowanych do panujących wysokich temperatur w obiegu solarnym.

Zamawiający posiada wiedzę ekspercką w zakresie temperatur pracy instalacji i temperatur wrzenia glikolu propylenowego.

Z up. BURMISTRZA

Ryszard Gąsior
Zastępca Burmistrza