



Zarząd Zieleni m.st. Warszawy

ul. Hoża 13a, 00-528 Warszawa

tel. +48 22 277 42 00; mail: kontakt@zzw.waw.pl; www.zzw.waw.pl

Znak sprawy: 135/PN/2018

Warszawa, dnia 24.12.2018 r.

Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu nr 135/PN/2018

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup i dystrybucja energii cieplnej w 2019 roku do 4 obiektów (nieruchomości) będących w zarządzie i administrowaniu Zarządu Zieleni m.st. Warszawy”

Wyjaśnienia i zmiany treści SIWZ

Działając w imieniu Zamawiającego na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp, niniejszym przekazuję treść pytań wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie 1

W nawiązaniu do zapisów pkt. 1.1.1 w rozdz. V SIWZ, prosimy o rozszerzenie katalogu w podpunkcie 1) i akceptację, poza koncesją na obrót ciepłem, również koncesji na wytwarzanie ciepła. Informujemy, że wytwórca energii, w tym przypadku nasza Spółka, jest podmiotem uprawnionym do bezpośredniej sprzedaży ciepła - Taryfą dla Ciepła została zatwierdzona przez Urząd Regulacji Energetyki w oparciu o koncesje na wytwarzanie ciepła w źródłach należących do naszej Spółki.

Odpowiedź:

Zamawiający odmawia modyfikacji zapisów pkt. 1.1.1. w rodz. V SIWZ.

Pytanie 2

W związku z ustaleniem przez Zamawiającego kryterium oceny ofert „Czas reakcji na sprawdzenie prawidłowości wskazań układu pomiarowo-rozliczeniowego w miejscu jego instalacji” Wykonawca wskazuje, że jest to kryterium, które w sposób nieuzasadniony narusza uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Wykonawca wskazuje, że co prawda Zamawiający ma sporą dowolność w kreowaniu dokumentacji postępowania, w tym w szczególności w ustaleniu kryteriów oceny ofert, jednak nie może działać z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 – dalej „ustawa PZP”) oraz ogólnych zasad takich jak konkurencyjność, czy proporcjonalność. Jedną z zasad prowadzenia postępowania, to zasada wymieniona w art. 7 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którą 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. Zasada ta powinna być stosowana przez Zamawiającego na wszystkich etapach postępowania: od jego przygotowania, określenia warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert, poprzez samą ocenę i wybór oferty najkorzystniejszej. Oznacza to, że ustalając m.in. kryteria oceny ofert (art. 91 ustawy PZP), Zamawiający ma obowiązek zapewnienia ich niedyskryminującego charakteru. Tak m.in. orzekła KIO w wyroku z 14 sierpnia 2013 r. (KIO 1819/13, KIO 1835/13, KIO 1893/13):

„Zamawiający ma prawo do ustalenia takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej cele prowadzonego postępowania. Przepis art. 91 ust. 2 Pzp nie określa zamkniętego katalogu kryteriów, jakimi można się kierować przy wyborze oferty. Prawo to doznaje jednak pewnych ograniczeń w kontekście zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada powyższa wyraża się bowiem m.in. w obowiązku jednakowego traktowania wszystkich wykonawców (a więc również oceny ich ofert wg tych samych zasad) oraz prowadzenia postępowania w sposób pozwalający na zweryfikowanie prawidłowości postępowania zamawiającego, w tym w zakresie oceny ofert. Ocena ofert w zgodzie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może być dokonana tylko przy użyciu jasno opisanych, mierzalnych kryteriów oraz dokładnie określonego sposobu ich stosowania. Opis kryteriów oceny ofert oraz opis sposobu oceny ofert, zgodnie z zasadą określoną w art. 7 ust. 1 Pzp musi zapewniać obiektywną ocenę oraz porównywalność złożonych ofert, dając tym samym wykonawcom możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej (vide wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 marca 2004 r., sygn. akt V Ca 264/04)“.

Wykonawca zwraca uwagę Zamawiającego na okoliczność, że właścicielem układów pomiarowo-rozliczeniowych jest Veolia Energia Warszawa S.A., a termin wykonania sprawdzenia, który Zamawiający określił jako kryterium oceny ofert zależy właśnie od właściciela urządzeń. Powyższe oznacza, że ww. kryterium w sposób oczywisty faworyzuje tylko jednego wykonawcę (w nieuzasadniony sposób stwarza jego przewagę nad konkurentami), co jest niezgodne z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Kryteria oceny ofert nie mogą bez powodu ograniczać, czy eliminować konkurencji. Tymczasem sposób ukształtowania poszczególnych kryteriów w postępowaniu oraz ich waga może w konsekwencji doprowadzić do sytuacji, w której to właśnie kryterium „Czas reakcji na sprawdzenie prawidłowości wskazań układu pomiarowo-rozliczeniowego w miejscu jego instalacji” będzie miało decydujące znaczenie dla wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający wyraża zgodę na ukształtowanie kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sposób zgodny z wymaganiami ustawy PZP, tj. poprzez wykreślenie kryterium „Czas reakcji na sprawdzenie prawidłowości wskazań układu pomiarowo-rozliczeniowego w miejscu jego instalacji” i w konsekwencji wybór innego pozacenowego kryterium?

Odpowiedź:

Zamawiający odmawia zmiany ww. kryterium wyboru oferty. Przedmiotowe kryterium spełnia warunek uczciwej konkurencyjności. Jak przyjmuje się w piśmiennictwie, zasada uczciwej konkurencji oznacza przede wszystkim zakaz ograniczania konkurencji w postępowaniu poprzez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, iż zamówienie będzie wykonywać Wykonawca wiarygodny i zdolny do należytej realizacji, rozumianej jako zaspokojenie potrzeb zamawiającego. W analizowanym przypadku, do

ograniczenia konkurencyjności doszłoby, gdyby Zamawiający dopuścił do udziału w zamówieniu wyłącznie podmiot, który jest właścicielem urządzeń pomiarowo – rozliczeniowych. Zamawiający ww. kryterium w żaden sposób nie ograniczył konkurencji, bowiem ofertę może złożyć każdy Wykonawca, który na obszarze m. st. Warszawy może świadczyć usługę dot. dostawy ciepła na rzecz Zamawiającego. Podkreślić należy, iż zapewnienie konkurencyjności w ramach ww. kryterium jest zagwarantowane chociażby w ten sposób, iż mimo iż właścicielem urządzeń pomiarowych jest jeden z podmiotów, usługę dostawy ciepła może świadczyć również inny podmiot. Okoliczność, iż jeden z podmiotów jest właścicielem przedmiotowego układu nie ogranicza konkurencji w ramach niniejszego postępowania, zaś zasady związane z czasem reakcji regulują ustalenia między stronami. O tym jakie są czasy reakcji na sprawdzenie prawidłowości układu pomiarowo – rozliczeniowego decydują możliwości organizacyjne i logistyczne danego wykonawcy oraz ustalenia stron, co w ocenie Zamawiającego jest odpowiednią podstawą do wyboru oferty z uwzględnieniem ww. kryterium. Zamawiający nie ma wpływu na dokonane między stronami ustalenia, zaś negocjowanie korzystniejszych ustaleń w tym zakresie leży po stronie Wykonawców, a nie Zamawiającego

Pytanie 3

Uprzejmie prosimy o aktualizację formularza cenowego. Aktualnie udostępniony przez Zamawiającego dotyczy energii elektrycznej.

Odpowiedź:

Formularz cenowy został zmieniany.

Pytanie 4

Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wyraża zgodę na zawarcie umowy na wzorze przedstawionym przez Wykonawcę, uwzględniającym zapisy Istotnych Postanowień Umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że wyraża zgodę na zawarcie umowy na wzorze przedstawionym przy Wykonawcę, uwzględniające zapisy Istotnych Postanowień Umowy.

Pytanie 5

Czy Zamawiający wyraża zgodę na otrzymywanie faktur w wersji elektronicznej (e-faktura)?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgodę na dostarczenie faktury drogą elektroniczną.

Pytanie 6

Czy Zamawiający ma świadomość funkcjonowania cennika usług dodatkowych za usługi wykraczające poza przedmiot zamówienia (np. za regulację węzła w przypadku zmiany mocy zamówionej)?

Odpowiedź:

Zamawiający oświadcza, iż jest świadomy obowiązujących u Wykonawców (Sprzedawców) cenników usług zewnętrznych i opłat dodatkowych. Zamawiający w przypadku zaistnienia takiej potrzeby będzie stosował się do ww. cenników, o ile dana usługa nie będzie uwzględniona w obowiązującej taryfie Wykonawcy zatwierdzonej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki.

Pytanie 7

Czy zamawiający akceptuje Zlecenie na dostawę ciepła (wzór w załączeniu), jako Załącznik do Istotnych dla stron postanowień umowy (załącznik nr7 do SIWZ) pozwalający na precyzyjne określenie technicznych warunków dostawy ciepła, a których brakuje w Opisie przedmiotu zamówienia. Jeżeli Zamawiający nie akceptuje przesłanego wzoru do, prosimy o modyfikację i uzupełnienie brakujących danych:

- rozdział I pkt. 1 w systemie Wykonawcy punkt Hoża nie ma dodanej numeracji a Jeśli Zamawiający dysponuje informacją wydaną przez Urząd Miasta co do nadanego numeru policyjnego prosimy o aktualizację danych,
- rozdział I pkt 2 ppkt e), prosimy o poprawienie treści zapisu na: „Rozgraniczenie odbiorcy i sprzedawcy: miejsce wcinki do s.c. Veolii Energii Warszawa”
- rozdział I pkt 4 ppkt a) poprawimy o poprawienie treści zapisu na „ Rozgraniczenie odbiorcy i sprzedawcy: miejsce wcinki do s.c. Veolia Energii Warszawy”

Odpowiedź:

W załączeniu poprawiony załącznik nr 1

Pytanie 8

Oдноśnie zapisów rozdziału III Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) i rozdziału IV Ust 6 prosimy o dopisanie „Zamawiający odpowiada za monitorowanie wydatkowanych środków na cele umowy”

Odpowiedź:

Zamawiający nie przychyła się do prośby wykonawcy. W ocenie Zamawiającego interes Miasta zostanie lepiej zabezpieczony, gdy obie strony umowy będą monitorować wysokość środków wydatkowanych na cele umowy – rozwiązanie takie zmniejsza ryzyko przeoczenia lub innego błędu w zakresie rozliczeń

Pytanie 9

Oдноśnie zapisów rozdz. IV Opis przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ oraz rozdz. V Istotnych postanowień umowy – Załącznik nr 7 do SIWZ) prosimy o zmianę i dodanie, iż zmiany stawki podatku VAT oraz zmiana Taryfy zatwierdzonej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki oraz zmiana powszechnie obowiązujących przepisów prawa dotyczących przedmiotu zamówienia – Ustawy Prawo energetyczne i przepisów wykonawczych do wskazanej umowy, nie wymagają aneksowania, a jedynie pisemnego powiadomienia Zamawiającego przez wykonawcę. Wyjaśniamy, iż wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia z art. 142 ust 5 ustawy PZP nie muszą polegać na tym, że strony umowy w sprawie zamówienia publicznego będą wprowadzać je poprzez zawarcia stosownego aneksu do umowy. Wręcz przeciwnie – rekomendowane jest, aby działały one niejako automatycznie, tj. również bez konieczności każdorazowego wyrażenia na nie pisemnej zgody przez obie strony

kontraktu. Zmiana stawki podatku VAT, jest zmianą wprowadzoną w trybie ustawy, Zamawiający miałby problem z prawidłowym przeprocentowaniem aneksu do umowy, tak aby został on podpisany przez obie strony we właściwym czasie. Jednocześnie podkreślamy, że obowiązek przedsiębiorstwa energetycznego poddania się w procedurze zatwierdzania, ogłaszania i wprowadzania Taryf w trybie określonym w art. 47 Ustawy Prawo energetyczne jest powinnością o charakterze publicznoprawnym, której przedsiębiorstwo musi się podporządkować. Przepis art. 47 jest bezwzględnie obowiązujący. Taryfa musi być opublikowana a o przewidzianej zmianie cen i stawek opłat sprzedawca energii obowiązany jest powiadomić Odbiorców w ciągu jednego okresu rozliczeniowego od dnia wprowadzenia tej zmiany.

Odpowiedź:

Zamawiający nie przychyliła się do prośby wykonawcy. W pierwszej kolejności odnotować należy, że do przedmiotowego zamówienia nie ma zastosowania art. 142 ust. 5 p.z.p., gdyż umowa nie będzie zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Oznacza to, że zamawiający nie ma obowiązku zawarcia w umowie postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku VAT, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę lub stawek składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Warto również zauważyć, że ww. katalog nie zawiera zmian taryf zatwierdzanych przez Prezesa URE. Niemniej zamawiający, znając specyfikę zamówienia i niejako wychodząc naprzeciw wykonawcom, zawarł w istotnych postanowieniach umowy klauzule umożliwiające zmianę umowy nie tylko w przypadku zmian powszechnie obowiązujących przepisów prawa (tj. m.in. w zakresie katalogu przesłanek wymienionych w art. 142 ust. 5 p.z.p.), ale także w zakresie zmiany taryfy lub wprowadzenia nowej taryfy zatwierdzonej przez Prezesa URE oraz zmiany cen i opłat z tytułu dystrybucji energii w poszczególnych taryfach zatwierdzanych przez Prezesa URE. Propozycja złożona przez wykonawcę w pytaniu nr 3 jest moim zdaniem kontrowersyjna. Zgodnie z poglądem doktryny, co do zasady Umowa nie może zawierać zapisu, który pozwalałby na jednostronne określenie zasad zmiany ceny przez zamawiającego lub wykonawcę. Może natomiast zawierać postanowienia, zgodnie z którymi zmiana wynagrodzenia wykonawcy jest obliczana zgodnie z przewidzianym w klauzuli miernikiem wartości i dokonuje się niejako automatycznie. Dopuszczalne są postanowienia, zgodnie z którymi waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy wymaga przeprowadzenia procedury negocjacyjnej i aneksowania umowy. (...) Zmiana wynagrodzenia wykonawcy określonego w umowie w sprawie zamówienia publicznego z powodu ustawowej zmiany stawki podatku VAT może być dokonana bądź w drodze zastosowania klauzul umownych powodujących zmianę wynagrodzenia bez konieczności zmiany umowy (klauzule waloryzacyjne), bądź w drodze zmiany umowy (aneksowanie), bądź też w drodze konstytutywnego orzeczenia sądu (I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el., 2018). Podsumowując, w ocenie Zamawiającego rozwiązanie zastosowane przez Zamawiającego w istotnych postanowieniach umowy jest zgodne z przepisami prawa i nie musimy go zmieniać. Z kolei rozwiązanie zaproponowane przez wykonawcę w zakresie automatycznej zmiany wynagrodzenia na podstawie zmian stawek za energię ciepłą jest w mojej ocenie co najmniej dyskusyjne, a na pewno bardziej ryzykowne dla zamawiającego. Wprowadzenie zmiany taryf są zatwierdzane przez Prezesa URE w drodze procedury przewidzianej w Prawie energetycznym, niemniej jednak wciąż są to zmiany stawek dokonywane jednostronnie

przez wykonawcę i jedynie kontrolowane w ramach procedury administracyjnej. Innymi słowy jest to okoliczność, na którą wykonawca zdecydowanie ma wpływ (nawet jeśli ograniczony), zaś zamawiający nie ma wpływu żadnego. W ocenie zamawiającego nie możemy w takim wypadku mówić o obiektywnym mierniku wartości umożliwiającym automatyczną zmianę umowy bez konieczności aneksowania. Na pewno nie jest to tak silna ani tak zobiektywizowana przesłanka zmiany wynagrodzenia wykonawcy, jak zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Pytanie 10

W nawiązaniu do Załącznika nr 7 do SIWZ prosimy o odpowiedź czy zamawiający akceptuje wzór umowy Wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zdecydował się na przedstawienie na etapie przetargu kompletnego wzoru umowy, wiążącego dla zamawiającego i wykonawców, a jedynie na przedstawienie istotnych postanowień umowy, określonych w załączniku nr 7 do SIWZ. Zamawiający nie wyklucza możliwości, by umowa została zawarta na podstawie wzorca opracowanego przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, z tym zastrzeżeniem, że wzór umowy przedstawiony przez wykonawcę musi być zgodny z istotnymi postanowieniami umowy określonymi w załączniku nr 7 do SIWZ.

Pytanie 11

Odnosnie rozdziału I pkt 2 Istotnych postanowień u mowy Załącznik nr 7 do SIWZ prosimy o odpowiedź czy Zamawiający akceptuje Ogólne warunki umowy Wykonawcy jako załącznik do Umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zdecydował się na przedstawienie na etapie przetargu kompletnego wzoru umowy, wiążącego dla zamawiającego i wykonawców, a jedynie na przedstawienie istotnych postanowień umowy, określonych w załączniku nr 7 do SIWZ. Zamawiający nie wyklucza możliwości, by umowa została zawarta na podstawie wzorca opracowanego przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, z tym zastrzeżeniem, że wzór umowy przedstawiony przez wykonawcę musi być zgodny z istotnymi postanowieniami umowy określonymi w załączniku nr 7 do SIWZ.

Pytanie 12

Odnosnie zapisów rozdział XVII SIWZ prosimy o informację czy Zamawiający dopuszcza obustronne wprowadzenie do umowy zapisów dotyczących ochrony danych osobowych w zakresie RODO przy założeniu, że:

- Wykonawca i Zamawiający są administratorami danych osobowych wskazanych w umowie, jako osoby reprezentujące stronę, kontaktowe lub odpowiedzialne za realizację poszczególnych zadań wynikających z umowy,
- Wykonawca i Zamawiający zobowiązuje się udostępnić w/w dane osobowe drugiej stronie w następującym zakresie: imię i nazwisko, pełniona funkcja, adres e-mail, numer telefonu,

- do wzorca Umowy Wykonawca stosuje odpowiednie klauzulę oraz załącznik w postaci obowiązku informacyjnego.

Odpowiedź:

W ocenie Zamawiającego nie ma przeciwwskazań, by zawrzeć w umowie obustronne zapisy dotyczące ochrony danych osobowych w zakresie, w jakim ZZW zobowiązane jest do stosowania przepisów RODO i innych przepisów z zakresu ochrony danych osobowych. Nie możemy natomiast w toku przetargu – podobnie jak w przypadku pytań nr 5 i 6 – zaakceptować jakichkolwiek wzorców umowy autorstwa któregośkolwiek z wykonawców ani uznać ich jako wiążące. Moja propozycja odpowiedzi na pytanie: Zamawiający dopuszcza obustronne wprowadzenie do umowy zapisów dotyczących ochrony danych osobowych w zakresie zgodnym z przepisami RODO i wydanymi na jego podstawie krajowymi przepisami z zakresu ochrony danych osobowych.

Pytanie 13

Odnosnie rozdz. III Istotnych postanowień Umownych (Załącznik nr 7 do SIWZ), prosimy o usunięcie zapisu Wykonawca nie przewiduje płacenia kar, innych niż bonifikaty i upusty przewidziane w Taryfie i Ogólnych warunkach umowy u Wykonawcy.

Odpowiedź:

W komentowanym pytaniu najprawdopodobniej został zawarty błąd (o karze umownej jest mowa w rozdziale IV istotnych postanowień umowy, a nie w III). Ponadto wykonawca nie napisał, o usunięcie którego zapisu prosi. Zamawiający może jedynie domyślać, że miał na myśli usunięcie ust. 9 w rozdziale IV, gdyż jest to jedyne postanowienie dot. kar umownych w załączniku nr 7 do SIWZ. Ww. postanowienie nie jest moim zdaniem sprzeczne z przepisami Prawa energetycznego, zatem kwestia usunięcia rzeczony kary umownej mieści się w zakresie uznaniowej decyzji zamawiającego. Zamawiający nie przychylił się do prośby wykonawcy i pozostawienie ust. 9 w rozdziale IV załącznika nr 7 do SIWZ.

