



Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z OZE - zestawów instalacji fotowoltaicznych, zestawów kolektorów słonecznych, pomp ciepła i kotłów na biomasę na terenie gmin: Czernichów, Liszki, Skawina, Świątyniki Górne i Zabierzów w ramach projektu „Czysta Energia Blisko Krakowa”

Radziszów, dn. 09.04.2019 r.

Sygn. Akt: KIO 590/19

data oraz godzina posiedzenia: 15.04.2019 r., godz. 10:00

Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17a
02-578 Warszawa

Zamawiający:

- 1) Gmina Czernichów; 32-070 Czernichów, ul. Gminna 1;
- 2) Gmina Liszki; 32-060 Liszki 230;
- 3) Gmina Skawina; 32-050 Skawina, Rynek 1;
- 4) Gmina Świątyniki Górne; 32-040 Świątyniki Górne, ul. Kazimierza Bruchnalskiego 36;
- 5) Gmina Zabierzów; 32-080 Zabierzów, Rynek 1.

Działający poprzez pełnomocnika **Stowarzyszenie Blisko Krakowa; 32-052 Radziszów, ul. Szkolna 4**, wpisane do rejestru stowarzyszeń prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie Wydział XII Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000317450.

Odwołujący: **SANITO Sp. z o.o.; 02-884 Warszawa, ul. Puławska 476.**

Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie

Działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) /Pzp/ w imieniu Zamawiających przedstawiam odpowiedź na odwołanie wniesione przez SANITO Sp. z o.o.; 02-884 Warszawa, ul. Puławska 476 z dnia 01.04.2019 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „DOSTAWA I MONTAŻ JEDNOSTEK WYTWARZANIA ENERGII Z OZE - ZESTAWÓW INSTALACJI FOTOWOLTAICZNYCH, ZESTAWÓW KOLEKTORÓW SŁONECZNYCH, POMP CIEPŁA I KOTŁÓW NA BIOMASĘ NA TERENIE GMIN: CZERNICHÓW, LISZKI, SKAWINA, ŚWIĄTYNIKI GÓRNE I ZABIERZÓW W RAMACH PROJEKTU „CZYSTA ENERGIA BLISKO KRAKOWA”; Nr sprawy: BK.410.1.4.1.2018 i wnoszę o:

- 1) **Oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiających;**
- 2) **Zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiających kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.**

Uzasadnienie

1. Odwołujący SANITO Sp. z o.o.; 02-884 Warszawa, ul. Puławska 476 odwołaniem z dnia 01.04.2019 r. postawił zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

- 1) art. 29 ust. 1, ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, bez dokładnego określenia zakresu prac wykonawcy realizującego zamówienie udzielone po



przeprowadzeniu niniejszego postępowania oraz przy wskazaniu obowiązków niespójnych lub wzajemnie się wykluczających się, tj.

- a) niedostępnienie Specyfikacji Technicznej la następujących parametrów: poziom mocy akustycznej urządzenia, prąd rozruchowych z układem łagodnego rozruchu, znamionowy pobór mocy w zakresie minimalnych wymagań dla pomp ciepła CO i CO+CWU lub doprecyzowanie ich w rozdziale V pkt. 5 załącznika nr 1 do SIWZ, tj. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i jego realizacji;
 - b) niedostępnienie parametrów dla kolektorów słonecznych, dwuwężownicowego podgrzewacza wody, modułów fotowoltaicznych, pomp ciepła;
- 2) art. 29 ust. 2 i ust. 3 w zw. Z art. 91 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 ustawy Pzp poprzez ograniczające uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców ograniczenie możliwości wykazania się równoważnymi certyfikatami do Certyfikatu EHPA Q tj. certyfikatami HP Keymark oraz TUV Rheinland z możliwością uzyskania równoważnej punktacji w przypadku dysponowania takimi równoważnymi certyfikatami;
- 3) art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niedopuszczalne określenie kryteriów oceny ofert i sposobu ich oceny w zakresie kryterium punktowania klasy energetycznej, tj. nieuzasadnione premiowanie rozwiązań, które są dopiero planowane o wprowadzenia w Polsce, co jest nieproporcjonalne o przedmiotu zamówienia i nieuzasadnione jego specyfiką, względnie przypisanie tym stopniom określonych wag (punktów) ponad wymagania minimalne.
2. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołującego należy podnieść, co następuje:
- 1) Zamawiający kierując się poszanowaniem zasady równego traktowania Wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji w dniu 03.04.2019 r. zmodyfikował treść SIWZ, w szczególności treść Rozdziału IV ust. 5 Minimalne wymagania dla pomp ciepła CO i CO+CWU zał. nr 1 do SIWZ. **W ten sposób żądanie 1a) Odwołującego zostało uwzględnione** (zgodnie z wnioskiem Odwołującego wykreślono całkowicie część zapisów odnośnie akustyki czy poboru prądu).
 - 2) Zamawiający w dniu 03.04.2019 r. zmodyfikował treść SIWZ, w szczególności ust. 1 Rozdziału XV do SIWZ, a następnie w dniu 08.04.2019 r. treść ust. 9 Rozdziału XVI tak aby ich treść była zgodna z nomenklaturą zastosowaną w załączniku nr 1 do SIWZ.
Nieistniejące w załączniku treści „Podstawowe minimalne parametry kolektorów słonecznych”, „parametry techniczne dwuwężownicowego pogrzewacza wody”, „Wymagania techniczne modułów fotowoltaicznych”, „parametry pomp ciepła” zostały wykreślone i zastąpione odniesieniem się do konkretnego Rozdziału, ustępu i punktu załącznika nr 1. **W ten sposób żądanie 1b) Odwołującego zostało uwzględnione** (zgodnie z wnioskiem Odwołującego jednoznacznie określono, które parametry będą przez Zamawiającego weryfikowane na potwierdzenie spełniania minimalnych parametrów zaoferowanych materiałów i urządzeń).
 - 3) Zamawiający w dniu 03.04.2019 r. zmodyfikował treść SIWZ, w szczególności treść ust. 5 pkt 7 Rozdziału XXIV do SIWZ. Zamawiający uznał za równoważne certyfikatowi EHPA-Q certyfikat HP Keymark oraz certyfikat TUV Rheinland.
Następnie w dniu 08.04.2019 r. dokonano kolejnej modyfikacji treści SIWZ w zakresie kryterium Zwiększona efektywność pomp ciepła co, co+cwu, w ten sposób, iż z kryterium został usunięty certyfikat TUV Rheinland oraz dodatkowo został wprowadzony certyfikat EHPA-Q (na rynek polski), który ma większą wagę punktową, niż pozostałe certyfikaty. Certyfikat EHPA-Q (na rynek polski) oprócz potwierdzenia jakości urządzenia dodatkowo potwierdza:
 - a) zapewnienie sieci dystrybucji, planowania, serwisu oraz dokumentacji w języku urzędowym danego kraju,
 - b) zapewnienie sieci obsługi klienta w obszarze pozwalającym na zareagowanie w ciągu 24h na skargi klienta,
 - c) zapewnienie dwuletniej gwarancji na urządzenie oraz dostępności części przez minimum 10 lat.Ostateczne niewprowadzenie punktacji za posiadanie certyfikatu TUV Rheinland wynika z faktu, iż nie może zostać on uznany jako równoważny certyfikatowi EHPA-Q (na dowolny rynek) oraz certyfikatowi HP Keymark (m.in. ze względu na odmienną procedurę nadawania certyfikatów).

W ten sposób żądanie 2) Odwołującego zostało w części uwzględnione, tzn. wprowadzono dodatkowy certyfikat równoważny EHPA-Q (wydany w dowolnym kraju) - certyfikat HP Keymark,

ale jednocześnie:

- certyfikat TUV Rheinland nie uznano za równoważny certyfikatowi EHPA-Q (wydany w dowolnym kraju) oraz certyfikatowi HP Keymark;
- nie dokonano zrównania punktowego wszystkich certyfikatów (poprzez doprecyzowanie i różnicowanie obowiązywania certyfikatu EHPA-Q na danym rynku);

Modyfikacja ta została potwierdzona w całościowej modyfikacji Rozdziału XXIV SIWZ z dnia 08.04.2019 r.

- 4) Zamawiający w dniu 08.04.2019 r. zmodyfikował treść SIWZ, w szczególności treść całego Rozdziału XXIV do SIWZ. W wyniku dokonanej ponownej analizy kryteriów jakościowych, w celu zachowania proporcjonalności zastosowanych kryteriów (stosunku wartości kryterium jakościowego danego typu instalacji do szacowanych wartości projektowych danego typu instalacji) doszło również do modyfikacji kryterium „4) Zwiększona efektywność instalacji pomp ciepła co, co+cwu”, którego dotyczyło odwołanie. Zmniejszono całkowitą możliwość uzyskania punktów w tym kryterium z 7,5 na 2,00, a także zrezygnowano z dodatkowego punktowania urządzenia z klasą energetyczną A+++.

Zamawiający poprzez zastosowanie Uwagi nr 2 nie miał na celu wprowadzenie Wykonawców w błąd. Uwaga ta w założeniu miała dotyczyć tylko i wyłącznie produktów o klasie wyższej niż A+++; więc był to zapis martwy w SIWZ. Po dokonanej analizie, a także w związku z możliwością zaproponowania urządzenia A+++ Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ.

W wyniku modyfikacji z dn. 08.04.2019 r. żądanie 3) Odwołującego zostało uwzględnione (zgodnie z wnioskiem Odwołującego zaproponowana klasa energetyczna A++ jest najwyższej punktowana).

Zamawiający stoi na stanowisku, iż celem zamówienia publicznego nie jest podpisanie samej umowy pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym. Celem jest jak najbardziej efektywne zaspokojenie potrzeb mieszkańców (beneficjentów ostatecznych), czyli uzyskanie jak najlepszych urządzeń za cenę akceptowalną przez Zamawiających.

Przedstawione stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, które stanowiło dla Zamawiających wskazówkę interpretacyjną przy nieuwzględnieniu części żądania nr 3 Odwołującego. Szczególnie warto przytoczyć wyrok KIO z dn. 20.08.2008 r., sygn. KIO/UZP 807/80, w świetle którego *Na Zamawiającym ciąży obowiązek obiektywnego opisu przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający realizację potrzeb Zamawiającego. Nie oznacza to, że Zamawiający ma obowiązek zapewnienia możliwości realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży, zaś fakt, że na rynku istnieją inne produkty, nie przesądza o obowiązku dopuszczenia każdego z nich. W powyższą linię orzeczniczą wpisuje się także wyrok KIO z dnia 13.08.2008 r., sygn. KIO/UZP 782/08 w myśl, którego określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi zawsze decyzje Zamawiającego. Prawem Zamawiającego i zarazem jego obowiązkiem jest ocena własnych potrzeb i dokonania zamówienia zgonie z tymi potrzebami. Określenie i opisanie przedmiotu zamówienia powinno następować stosownie do uzasadnionych obiektywnych potrzeb Zamawiającego.*

Linia orzecznicza w wyrokach KIO potwierdza również fakt, iż Zamawiający poprzez zastosowanie kryteriów jakościowych może decydować o konkurencyjności ofert. Wyrok KIO 2158/17 z dnia 13.10.2017 r. stanowi: *Zamawiający, działając w granicach ustawy, może precyzować kształt przedmiotu zamówienia publicznego poprzez określenie kryteriów (tu głównie jakościowych) o ile nie są one wymogami zbędnymi i wygórowanymi. Ograniczenie uczciwej konkurencji jest niedopuszczalne, z tym że zakaz nie dotyczy konkurencji jako takiej. Z tej przyczyny dopuszczalne są warunki brzegowe, jeśli są one możliwe do spełnienia przez przeciętnego wykonawcę (por. wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. akt III CA 88/09) i dalej: Należy zauważyć, że zawsze określenie kryteriów oceny ofert będzie*

jakiś podmiot preferować - kryterium cenowe - Wykonawcę najtańszego, kryterium terminu wykonania - Wykonawcę najszybszego, kryterium jakościowe - Wykonawcę oferującego najlepszy pod względem założonych parametrów produkt. Okoliczności te należy uznać za notoryjne, wynikają one bowiem z naturalnej konkurencji rynkowej. W konsekwencji, samo określenie takiego kryterium nie jest sprzeczne z ustawą i nie narusza zasady określonej w art. 7 ust. 1 p.z.p., gdyż właśnie na tym polega wybór oferty najkorzystniejszej - najwyższej ocenionej w określonych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert. Jest to zbieżne z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako takim - celem tym jest wybranie (...) podmiotu, który optymalnie z perspektywy Zamawiającego w konkretnych realiach ekonomicznych zrealizuje przyjęte zobowiązanie.

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak na wstępie.

Załączniki:

- 1) Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej;
- 2) Wydruk ze strony internetowej Zamawiającego z informacją o zamieszczeniu wyjaśnień i modyfikacji SIWZ z dnia 04.04.2019 r. wraz z treścią dokumentu;
- 3) Wydruk ze strony internetowej Zamawiającego z informacją o zamieszczeniu wyjaśnień i modyfikacji SIWZ z dnia 08.04.2019 r. wraz z treścią dokumentu;
- 4) Wydruk ze strony internetowej <http://portpc.pl/ehpaq-dla-producenta/>;

WICEPREZES

Mateusz Mlost

Sporządzono 1 egz.:

1 egz. - A/a.

Przesłano mailem do adresata.

Zamieszczono na stronie internetowej <http://www.bliskokrakowa.pl/aktualnosc/2019/1308-ogloszenie-o-zamowieniu.html>

oraz przesłano mailem do Wykonawców, zgodnie z rozdzielnikiem.