

FZP/ w / / 2017

Gdynia, dnia 31.01.2017 r.

Nr sprawy PN/01/FZP/FG/2017

WYJAŚNIENIA

TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Dot.: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn „Kompleksowa dostawa i dystrybucja energii elektrycznej na potrzeby obiektów Morskiego Instytutu Rybackiego – Państwowego Instytutu Badawczego zlokalizowanych przy ul. Kołłątaja 1 oraz przy al. Jana Pawła II 1 w Gdyni oraz Bosmanacie Portu we Fromborku ul. Portowa 2”.

Zamawiający – Morski Instytut Rybacki – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Gdyni działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) zawiadamia, że w przedmiotowym postępowaniu złożono następujące pytania do treści SIWZ:

Pytanie

Wniosek nr 1

1. Niniejsze postępowanie pomimo wyboru konkurencyjnego trybu postępowania jest postępowaniem godzącym w zasadę uczciwej konkurencji. Wskutek wadliwego ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia obejmującego połączenie świadczeń o różnych stopniach konkurencyjności (sprzedaż oraz dystrybucja energii elektrycznej) Zamawiający naruszył uzasadnione interesy przedsiębiorstw specjalizujących się jedynie w sprzedaży energii. W ocenie wykonawcy, Zamawiający łącząc w jednym postępowaniu dwa świadczenia uprzywilejowuje bezzasadnie podmioty z grupy kapitałowej Energa S.A.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż zgodnie z art. 4j ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (dalej „ustawa”) odbiorcy energii elektrycznej mają prawo zakupu energii od wybranego przez siebie sprzedawcy. Zakup energii odbywa się na podstawie umowy sprzedaży. Jednocześnie, aby umożliwić i zapewnić odbiorcom realizację powyższego uprawnienia, stosownie do art. 4 ust. 2 ustawy, przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się dystrybucją energii elektrycznej (operator systemu dystrybucyjnego) jest obowiązane zapewnić wszystkim odbiorcom, na zasadzie równoprawnego traktowania, świadczenie usług dystrybucji energii. Świadczenie usług dystrybucji energii odbywa się na podstawie umowy o świadczenie tej usługi. Zatem co do zasady dostarczanie energii elektrycznej do odbiorców odbywa się na podstawie dwóch umów: umowy sprzedaży zawieranej ze sprzedawcą energii i umowy o świadczenie usług dystrybucji zawieranej z operatorem systemu dystrybucyjnego, czyli przedsiębiorstwem energetycznym, które dystrybuuje energię (art. 5 ust. 1 ustawy). Jedynie w ściśle określonej sytuacji, tzn. kiedy odbiorca nie wybierze sprzedawcy, dostarczanie energii elektrycznej odbywa się na podstawie jednej umowy (tzw. umowy kompleksowej), którą odbiorca ma zawartą z przedsiębiorstwem obrotu pełniącym funkcję sprzedawcy z urzędu (przedsiębiorstwo, które wydzieliło się ze spółki dystrybucyjnej). Umowa ta zawiera postanowienia dotyczące sprzedaży i postanowienia dotyczące dystrybucji energii elektrycznej (art. 5 ust. 3 ustawy). Zatem co do zasady łączenie w jednym postępowaniu przetargowym świadczeń obejmujących dostawę oraz dystrybucję należy traktować jako wyjątek od reguły,

skutkujący ograniczeniem konkurencyjności postępowania. W najdalej idącym przypadku, taki opis przedmiotu zamówienia może prowadzić do ustanowienia swoistego **monopolu jednego wykonawcy**.

Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności należy wskazać, iż za naganne powinny zostać uznane praktyki prowadzenia postępowań w trybach konkurencyjnych, w których warunki zamówienia rozstrzygają postępowanie przed otwarciem ofert. Przy czym z góry wybrany wykonawca nie musi być nazwany wprost przez zamawiającego w dokumentacji postępowania. Wystarczy, iż wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że może je spełnić tylko jeden oferent¹. Jak dodano w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 6 maja 2009 r. (sygn. akt: XII Ga 143/09): „*Stwierdzić należy, iż przepisy pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty występujące na rynku, a więc nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia. Na gruncie przepisów pzp oczywistym jednak jest, iż zamawiający określając warunki uczestnictwa w postępowaniu nie może czynić tego w taki sposób, aby umożliwić udział w postępowaniu jedynie konkretnemu wykonawcy lub wykonawcom konkretnego produktu, o ściśle oznaczonych przez zamawiającego parametrach*”. Jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest bowiem tzw. zasada neutralności opisu przedmiotu zamówienia. Zasada ta oznacza w praktyce eliminację z opisu wszelkich elementów, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę³. Dyskryminacja wykonawców może polegać na takim opisie przedmiotu zamówienia, który nie jest uzasadniony obiektywnymi wymaganiami zamawiającego, a faktycznie ogranicza konkurencję na rynku danych usług, czy też dostaw⁴. Zamawiający, jak wynika z dyrektyw unijnych, powinni otwierać się na konkurencję i w tym celu umożliwiać składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych⁵. Jak dodaje Prezes UZP w swojej praktyce kontrolnej: „*Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia mamy do czynienia nie tylko w sytuacji bezpośredniego wskazania przez zamawiającego danych znaków towarowych, czy oznaczeń. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji zachodzi również, gdy w sposób pośredni wskazane w SIWZ parametry prowadzą do uprzywilejowania jednego podmiotu względem drugiego*”. Przykładowo w trakcie kontroli doraźnej postępowania o sygn. UZP/DKUE/KN/14/12 przeprowadzonej przez Prezesa UZP **biegły zaważył, iż sposób określenia całokształtu warunków postępowania powoduje, iż tylko jednej wykonawca może złożyć ofertę**: „*należy zaznaczyć, że łączne postawienie przez zamawiającego wymogów co do realizacji usług (...) ograniczyło konkurencję w przedmiotowym postępowaniu do tego stopnia, iż jedynym znanym biegłemu wykonawcą będącym w stanie spełnić tak określone wymagania w czasie prowadzenia niniejszego postępowania było konsorcjum, które złożyło jedyną ofertę w postępowaniu. (...) zamawiający dokonując opisu warunków udziału w postępowaniu, naruszył zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców określone w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, ograniczając krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia*”. **Reasumując, Zamawiający narusza podstawowe zasady zamówień publicznych w każdym przypadku, gdy określając warunki przetargu pozwala na złożenie oferty tylko przez jednego wykonawcę lub też ustanawia się bezzasadną przewagę jednego wykonawcy.**

4. W praktyce kontrolnej Prezesa UZP znane są przypadki prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia, w których sztuczne łączenie w jednym postępowaniu usług dystrybucji oraz sprzedaży energii prowadziło do ustanowienia monopolu jednego wykonawcy. W tym zakresie warto przywołać treść wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11

2016 roku w sprawie o sygn. alt V SA/Wa 3974/15 (dot. tzw. kontroli doraźnej UZP): „W sprawie Prezes UZP uzyskał informację wyspecjalizowanego organu, to jest Urzędu Regulacji Energetyki, który jednoznacznie wskazuje, że zakup energii było możliwy u innych wykonawców. Organ ten bowiem wskazał, że [spółka X] jest jedynym podmiotem mogącym świadczyć usługę dystrybucji energii elektrycznej na potrzeby stacji metra przyłączonych do jego sieci, przy czym nie jest jedynym podmiotem, który może sprzedawać energię elektryczną spółce (...). Prezes UZP miał pełne prawo przyjąć, iż istniała możliwość uzyskania usługi (sprzedaży energii) u więcej niż jednego wykonawcy, zwłaszcza że skarżąca nie wskazała na inne dowody, z których by wynikała okoliczność przeciwna. (...) konieczne jest zawarcie przez odbiorcę umowy o świadczenie usług dystrybucji z przedsiębiorstwem sieciowym oraz umowy sprzedaży z wybranym sprzedawcą energii elektrycznej”. Jak dodał Sąd w tym samym wyroku: „w ocenie sądu skarżąca niezasadnie skumulowała zamówienie na zakup energii elektrycznej ze świadczeniem usługi przesyłu (dystrybucji) energii. Zdaniem składu orzekającego w sprawie skarżąca zdaje się zupełnie nie zauważać, że skumulowała w jednym zamówieniu dwa zamówienia”.

5. Należy zauważyć, iż brak jest obecnie na rynku praktyki zawierania przez przedsiębiorstwa dystrybucyjne energii elektrycznej generalnych umów dystrybucyjnych w odniesieniu do dostaw energii dla podmiotów instytucjonalnych (taryfy C, B, A). Zatem prowadząc postępowanie łączące oba świadczenia Zamawiający de facto zamyka konkurencyjność niniejszego postępowania nie uwzględniając wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp).

6. Raz jeszcze należy podkreślić, iż obowiązkiem Zamawiającego jest rozdzielenie zamówienia konkurencyjnego (w analizowanym przypadku sprzedaż energii) od zamówienia dla którego występuje naturalny monopol jednego wykonawcy (przykładowo monopol przedsiębiorstwa sieciowego). W tym zakresie powołujemy się na następujący pogląd KIO (sygn. akt KIO/KD/114/14): „W analizowanym postępowaniu Zamawiający w sposób nieuprawniony objął jednym zamówieniem usługi (...) co do których spełnione zostały przesłanki wyboru zamówienia z wolnej ręki oraz usługi (...) co do których brak podstaw do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Działaniem takim zamawiający doprowadził do wyłączenia konkurencji w obszarze, co do którego mógł dokonać wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym”. Reasumując, Zamawiający nie może sztucznie łączyć usług celem ograniczenia konkurencyjności postępowania.

7. Zwracamy ponadto uwagę na pogląd Prezesa UZP odnoszący się do zmian ustawy Prawo zamówień publicznych z 2016 roku: „Zgodnie z treścią znowelizowanego art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części. Zamawiający, uzasadniając przyczyny braku podziału zamówienia na części, nie może powoływać się wyłącznie na korzyści organizacyjne, wynikające z prowadzenia jednego, a nie większej liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Działanie takie [podział zamówienia] powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Należy zauważyć, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału

na części uznał jedynie nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. A contrario uznać należy, iż obawy związane z ewentualnymi niewielkimi trudnościami czy kosztami bądź nieznacznymi problemami z koordynowaniem działań wykonawców, a tym bardziej wygoda zamawiającego, nie powinny stanowić dostatecznej podstawy do zaniechania podziału zamówienia na części. Jednakże zastrzec należy, że ocena ta powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego przypadku”. Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o wyjaśnienie,

czy Zamawiający dopuszcza zmianę s.i.w.z. poprzez dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych (odrębnie na usługi sprzedaży oraz dystrybucji energii elektrycznej)?

lub też wobec istnienia monopolu jednego wykonawcy w zakresie usług dystrybucji czy Zamawiający uznaje za zasadne objęcie niniejszym postępowaniem jedynie usług sprzedaży energii wraz z wyłączeniem usług dystrybucji do odrębnego postępowania?

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody na dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych oraz nie wyraża zgody na wyłączenie usługi dystrybucji do odrębnego postępowania.

Powyższe wyjaśnienia stanowią integralną część SIWZ i są wiążące dla wszystkich Wykonawców oraz zostały opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego [http://www.mir.gdynia.pl/](http://www.mir.gdynia.pl)

W imieniu Zamawiającego

**Zastępca Dyrektora
ds. Finansowych**

mgr Rafał Geremek