

Modliborzyce, dnia 23 sierpień 2021 r.

- do wszystkich Wykonawców-

WYJAŚNIENIE TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Dotyczy: przetargu nieograniczonego pod nazwą: **„Odnawialne źródła energii w Gminie Modliborzyce”**

Działając w imieniu Gminy Modliborzyce na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) – zwaną dalej „ustawą”, w odpowiedzi na wnioski Wykonawców o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia – „SWZ” udziela następujących wyjaśnień.

Pytanie z dnia 10.08.2021 r.

1. Z uwagi na zapis postanowień umowy paragraf 15 „Zmiany umowy” punkt 3) „...w szczególności w przypadku zakończenia ich produkcji lub niedostępności ich na rynku w momencie realizowania dostaw – pod warunkiem, że wykonawca dochował należytej staranności i w momencie uzyskania zamówienia wykonał odpowiednie czynności w celu ich zamówienia...” prosimy o doprecyzowanie o którym momencie uzyskania zamówienia jest mowa (wybór najkorzystniejszej oferty / podpisanie umowy / inny?), i jakiego typu zachowania/dokumenty potwierdzają „należyta staranność”? Zwracamy uwagę, że potencjalne złożenie zamówienia danych urzędów przez Wykonawcę, może nastąpić dopiero po akceptacji kart materiałowych, gdyż na jakimkolwiek wcześniejszym etapie nie sposób złożyć zamówienia na materiał, który nie jest zatwierdzony.

Odpowiedź: Uzyskanie zamówienia oznacza udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca jest zobowiązany wykazać należyta staranność odpowiednimi środkami dowodowymi. Zamawiający nie jest w stanie określić ich katalogu, bowiem sytuacja dowodowa każdego wykonawcy może być odmienna.

2. W związku z zapisami paragrafu 15 „Zmiany umowy” punkt 3) projektu umowy (jak w pytaniu nr 1), prosimy o wykazanie interesu Zamawiającego w sposobie jaki ogranicza on możliwości Wykonawcy na oferowanie innych, lepszych rozwiązań, poprzez dopuszczenie zmian wyłącznie w przypadkach zakończenia ich produkcji lub niedostępności na rynku. Zwracamy uwagę, że ciągły rozwój rynku odnawialnych źródeł energii powoduje znaczny przeskok technologiczny nawet w okresie kilku miesięcy (co może być zbieżne z długością trwania postępowania) oferując produkty o lepszych parametrach, co jednocześnie nie

powoduje zatrzymania dotychczasowych produkcji. Czy Zamawiający jest świadomy celowej rezygnacji z ewentualnej możliwości zastosowania nowszych, lepszych technologii?

Odpowiedź: Klauzula umowna jest wyrazem dbałości o zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający zauważa, że ocenie podczas trwania postępowania poddawany jest konkretny produkt. Konkurenci mają określone środki prawne, aby podczas trwania oceniać zachowanie zamawiającego polegające na wyborze oferty obejmującej konkretny produkt. Zmiana lub modyfikacja oferowanego produktu na etapie realizacji umowy, czyli etapie, który nie pozwala konkurentom na ocenę zachowania zamawiającego w drodze środków ochrony prawnej, może być dozwolona jedynie w sytuacjach wyjątkowych, niezależnych od wykonawcy.

3. W związku z zapisami paragrafu 15 „Zmiany umowy” punkt 3) projektu umowy (jak w pytaniu nr 1) czy Zamawiający potwierdza, że nie zaakceptuje urządzeń technologicznie lepszych, spełniających wszystkie wymagania stawiane w SWZ wraz z załącznikami, w przypadku nie zakończenia produkcji lub dalszej dostępności pierwotnie oferowanych urządzeń na rynku?

Odpowiedź: Wykonawcy przysługuje uprawnienie do wnioskowania o zmianę umowy w zakresie doboru produktu, zaś zamawiający ma prawo wyrażenia zgody na taką zmianę jedynie w przypadku wystąpienia warunków wskazanych w art. 454-455 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ocena spełniania warunków zmiany umowy odbywa się w odniesieniu do konkretnych okoliczności faktycznych. Zamawiający zauważa, że zapis o zaoferowaniu urządzeń „technologicznie lepszych” jest sformułowaniem nieprecyzyjnym, które na tym etapie nie pozwala udzielić wykonawcy wiążącej odpowiedzi.

4. W związku z zapisami paragrafu 15 „Zmiany umowy” punkt 3) projektu umowy (jak w pytaniu nr 1) czy Zamawiający zaakceptuje inne urządzenia, spełniające warunki postępowania, w przypadku ich większej dostępności dla danego Wykonawcy, przy jednoczesnym braku zakończenia produkcji lub dalszej dostępności pierwotnie oferowanych urządzeń na rynku?

Odpowiedź: Wykonawcy przysługuje uprawnienie do wnioskowania o zmianę umowy w zakresie doboru produktu, zaś zamawiający ma prawo wyrażenia zgody na taką zmianę jedynie w przypadku wystąpienia warunków wskazanych w art. 454-455 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ocena spełniania warunków zmiany umowy odbywa się w odniesieniu do konkretnych okoliczności faktycznych. Zapis paragrafu 15 ust. 2 pkt 3 umowy jest jasny i precyzyjny co do przesłanek, które powinny wystąpić, aby zamawiający uznał zmianę umowy za zgodą z przepisami PZP.

5. W związku z zapisami paragrafu 15 „Zmiany umowy” punkt 3) projektu umowy (jak w pytaniu nr 1) zwracamy uwagę na zamknięcie możliwości wybudowania urządzeń technologicznie lepszych od pierwotnie oferowanych, których dostępność (przypisana danemu Wykonawcy) może się pojawić zarówno przed jak i po podpisaniu umowy na realizację Zamówienia. Wskazujemy że pojawienie się nowszej technologii może umożliwić Zamawiającemu szereg korzyści, jak zwiększenie oszczędności na kosztach eksploatacji w okresie po serwisowym, zwiększenie uzysków z budowanych instalacji, przystępniejsza obsługa urządzeń, jak i walory estetyczne. W związku z powyższym prosimy o akceptację każdego

urządzenia, które wpłynie korzystniej, niż dotychczasowe, na realizację przedmiotu umowy, bez względu na okoliczności z paragrafu 16 „Zmiany umowy” punkt 3 podpunkt 2) projektu umowy „...w szczególności w przypadku zakończenia ich produkcji lub niedostępności ich na rynku w momencie realizowania dostaw – pod warunkiem, że wykonawca dochował należytej staranności i w momencie uzyskania zamówienia wykonał odpowiednie czynności w celu ich zamówienia...”

Odpowiedź: Klauzula umowna jest wyrazem dbałości o zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający zauważa, że ocenie podczas trwania postępowania poddawany jest konkretny produkt. Konkurenci mają określone środki prawne, aby podczas trwania oceniać zachowanie zamawiającego polegające na wyborze oferty obejmującej konkretny produkt. Zmiana lub modyfikacja oferowanego produktu na etapie realizacji umowy, czyli etapie, który nie pozwala konkurentom na ocenę zachowania zamawiającego w drodze środków ochrony prawnej, może być dozwolona jedynie w sytuacjach wyjątkowych, niezależnych od wykonawcy.

Wykonawcy przysługuje uprawnienie do wnioskowania o zmianę umowy w zakresie doboru produktu, zaś zamawiający ma prawo wyrażenia zgody na taką zmianę jedynie w przypadku wystąpienia warunków wskazanych w art. 454-455 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ocena spełniania warunków zmiany umowy odbywa się w odniesieniu do konkretnych okoliczności faktycznych. Zapis paragrafu 15 ust. 2 pkt 3 umowy jest jasny i precyzyjny co do przesłanek, które powinny wystąpić, aby zamawiający uznał zmianę umowy za zgodną z przepisami PZP.

6. Wnosimy o wykreślenie zapisu z paragrafu 15 „Zmiany umowy” punkt 3) projektu umowy „...w szczególności w przypadku zakończenia ich produkcji lub niedostępności ich na rynku w momencie realizowania dostaw – pod warunkiem, że wykonawca dochował należytej staranności i w momencie uzyskania zamówienia wykonał odpowiednie czynności w celu ich zamówienia...”, z uwagi na jego sprzeczność z zasadami zachowania uczciwej konkurencji, a także możliwość niegospodarności środkami publicznymi, gdyż uniemożliwia on zmianę urządzeń pochodzących od pierwotnie oferowanego producenta. Powyższa okoliczność wskazuje na powstanie wyłączności u danego producenta na dostarczenie urządzeń w przedmiotowym zamówieniu, co stawia zarówno Zamawiającego, jak i Wykonawcę w pozycji uzależnionego od producenta/dostawcy (podmiotu trzeciego), który z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, jak i Wykonawcy, bądź też od niego samego, może zdecydować o nie wykonaniu zamówienia, mimo dalszej dostępności jego urządzeń na rynku.

Zwracamy uwagę również, że istnieją inne okoliczności, które wskazują na konieczność zmiany umowy w zakresie dostarczanych rozwiązań, gdyż w przypadku zastosowania urządzeń wskazanych w dokumentacji, realizacja przedmiotu umowy byłaby niemożliwa ze względów techniczno-technologicznych, to Zamawiający nie mógłby zaakceptować ewentualnego nowego rozwiązania proponowanego przez Wykonawcę umożliwiającego dalszą realizację zadania na urządzeniach o parametrach nie gorszych niż wskazane w SWZ.

Wnosimy o wykreślenie zapisu z wzoru umowy, jak w wstępie.

Odpowiedź: Zamawiający nie dokonuje zmiany umowy. Klauzula umowna jest wyrazem dbałości o zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający zauważa, że ocenie podczas trwania postępowania poddawany jest konkretny produkt. Konkurenci mają określone środki prawne, aby podczas trwania oceniać zachowanie zamawiającego polegające na

wyborze oferty obejmującej konkretny produkt. Zmiana lub modyfikacja oferowanego produktu na etapie realizacji umowy, czyli etapie, który nie pozwala konkurentom na ocenę zachowania zamawiającego w drodze środków ochrony prawnej, może być dozwolona jedynie w sytuacjach wyjątkowych, niezależnych od wykonawcy.

Wykonawcy przysługuje uprawnienie do wnioskowania o zmianę umowy w zakresie doboru produktu, zaś zamawiający ma prawo wyrażenia zgody na taką zmianę jedynie w przypadku wystąpienia warunków wskazanych w art. 454-455 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ocena spełniania warunków zmiany umowy odbywa się w odniesieniu do konkretnych okoliczności faktycznych. Zapis paragrafu 15 ust. 2 pkt 3 umowy jest jasny i precyzyjny co do przesłanek, które powinny wystąpić, aby zamawiający uznał zmianę umowy za zgodną z przepisami PZP.

Powyższe wyjaśnienia stanowią integralną część SWZ i należy je uwzględnić przy sporządzaniu oferty.

BURMISTRZ

mgr inż. Witold Kowalik