



Zawada, 03.11.2023 r.

Nr: FZ/PZP/15/2023/3

Dotyczy: Wyjaśnień udzielanych przez Zamawiającego dotyczących treści SWZ na „Dostawa kaolinitu dla potrzeb Enea Elektrownia Połaniec S.A. w okresie 12 miesięcy” (nr postępowania: FZ/PZP/15/2023).

Działając zgodnie z zasadą przejrzystego i obiektywnego podejścia do przetargu i jawności przetargu, udzielamy następujących wyjaśnień dotyczących dokumentacji przetargowej.

Pytania do w/w postępowania:

Pytanie 6:

Szanowni Państwo,

W pkt 3 ppkt 11 tytułu IX SWZ cz. I do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa kaolinitu dla potrzeb Enea Elektrownia Połaniec S.A. w okresie 12 miesięcy” Zamawiający wskazał, że do oferty Wykonawca zobowiązany jest ponadto dołączyć aktualne na dzień składania ofert sprawozdanie finansowe Wykonawcy, a jeżeli podlega ono badaniu przez firmę audytorską zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio ze sprawozdaniem z badania sprawozdania finansowego, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających w szczególności przychody oraz aktywa i zobowiązania - za rok obrotowy 2022, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

Z kolei w pkt 1 tytułu III Zamawiający wskazał, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej "ustawą p.z.p. lub p.z.p." oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwaną dalej "SWZ".

Skoro zatem postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy p.z.p., to Zamawiający winien je przygotować w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy p.z.p. - zob. wyrok WSA w Warszawie z 25.08.2017 r., sygn. akt VII SA/Wa 13/17, LEX nr 2364540. Przygotowanie i prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasady równego

traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga od Zamawiającego należytej staranności. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje Zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da gwarancję jego należytego wykonania. „Oznacza to, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania - wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących - tak wyrok KIO z 11.12.2017 r., sygn. akt KIO 2480/17, LEX nr 2437560.

W ocenie [REDAKTOWANE] takim środkiem dyskryminującym spółkę jest wymaganie stawiane przez Zamawiającego w zakresie zobowiązania wykonawcy do dołączenia do oferty aktualnego na dzień składania ofert sprawozdania finansowego za rok obrotowy 2022, a jeżeli podlega ono badaniu przez firmę audytorską zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio ze sprawozdaniem z badania sprawozdania finansowego - por. wyrok NSA z 22.02.2017 r., sygn. akt II GSK 1732/15, LEX nr 2247619; wyrok NSA z 9.08.2017 r., sygn. akt II GSK 1097/17, LEX nr 2349731; oraz wyrok NSA z 8.01.2019 r., sygn. akt I GSK 3157/18, LEX nr 2616405. [REDAKTOWANE] jest spółką zobowiązaną przez przepisy ustawy o rachunkowości do badania sprawozdania finansowego. W praktyce często zdarza się, iż badanie sprawozdania finansowego wydłuża się w czasie, ponad okres przewidziany przez ustawę o rachunkowości. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku [REDAKTOWANE], gdzie sprawozdanie finansowe jest w toku badania przez biegłego rewidenta. Zdaniem spółki warunek przedłożenia zaudytowanego sprawozdania finansowego za rok 2022, uniemożliwia [REDAKTOWANE] ubieganie się o przedmiotowe zamówienie, stawiając przy tym spółkę w zdecydowanie gorszej sytuacji w porównaniu do konkurencyjnych wykonawców, np. takich których sprawozdania finansowe nie podlegają badaniu - zob. wyrok KIO z 12.07.2011 r., sygn. akt KIO 1367/11, LEX nr 863595; oraz wyrok KIO z 5.03.2012 r., sygn. akt KIO 341/12, LEX nr 1126954. [REDAKTOWANE] stoi na stanowisku, że Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określoną grupę wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowanej pozycji, bowiem tego zabrania mu zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - por. wyrok NSA z 13.02.2014 r., sygn. akt II GSK 1980/12, LEX nr 1450742.

Mając na uwadze powyższe [REDAKTOR] działając w oparciu o art. 137 pkt 1 w zw. z art. 16 ustawy p.z.p. oraz pkt 7 tytułu IV SWZ cz. I, żąda zmiany treści SWZ cz. I w pkt odnoszącym się do wymogu przedłożenia zaudytowanego sprawozdania finansowego za rok 2022. Przedmiotowe żądanie jest uzasadnione tym bardziej, że w poprzednich latach w postępowaniach przetargowych na kaolin Enea w ogóle nie wymagała składania dokumentów finansowych, a tym bardziej zbadanych przez biegłego rewidenta. Postawienie warunku w tym zakresie w obecnym przetargu utwierdza spółkę, że Zamawiający chce ograniczyć [REDAKTOR] dostęp do przedmiotowego przetargu, albo wręcz ją z niego wyeliminować.

Działając na podstawie art. 135 ust. 1 oraz art. 137 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) wnoszę o dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji treści SWZ w zakresie dotyczącym zapisów projektu umowy o wykonanie tego zamówienia.

W ocenie wykonawcy sformułowany przez Zamawiającego projekt umowy jest nieadekwatny do warunków rynkowych, jednostronnie korzystny dla Zamawiającego i może ograniczać konkurencję. Krótkie uzasadnienie zmian zaznaczono kursywą.

Mając powyższe na uwadze wnosimy aby Zamawiający dokonał modyfikacji treści projektu w następującym zakresie:

Pytanie 7:

zmianę w pkt. 1.1.1 dopuszczalnych zawartości K₂O z 1% na 3% oraz TiO₂ z 1% na 1,5%. Kaolin jest produktem opartym na surowcu naturalnym którego skład zależy od jakości złoża.

[REDAKTOR] wykonał w niezależnym, akredytowanym laboratorium badania potwierdzające całkowite związanie tych parametrów w strukturze kaolinu i brak uwalniania się jonów K oraz Ti w procesie spalania biomasy.

Pytanie 8:

zmiany w pkt. 1.1.1 zgodnie z tabelą.

Parametry fizyczne

Sito /poniżej/	Jest %	Proponowane %
100 mic	100	100
10 mic	60	35
4 mic	30	15
1,5 mic	10	5

Oznaczanie granulometrii minerałów niesferycznych obarczone jest dużym błędem pomiaru. Producent środka który zamierzamy dostarczyć stosuje inną metodykę badawczą (sedigraf) powszechnie stosowaną przez wszystkich producentów kaolinu. Wyniki pomiarów metodą sedigraficzną nie pokrywają się ze stosowaną przez Zamawiającego która wg nas zawyża granulometrię

Pytanie 9:

o zmianę w pkt 4 ust. 4.2 wielkości utrzymywania minimalnych stanów w zbiornikach magazynowych z 50% na 40%.

Kaolin podczas rozładunku zwiększa objętość i rozładunek dwóch silosów do jednego zbiornika przy napełnieniu ponad 50% jest niemożliwe.

Pytanie 10:

o dodanie w pkt 4 następujących postanowień (np. jako pkt 4.17 i 4.18)

4.17 Zamawiający będzie informował Wykonawcę o planowanych postojach i przerwach w dostawach kaolinu z co najmniej 5 dniowym wyprzedzeniem.

4.18 Zamawiający umożliwi rozładunek do dwóch silosów magazynowych.

Pytanie 11:

Zmianę treści pkt 5.1.1 w pkt 5.5 na:

„5.1.1 W trakcie rozładunku, w obecności kierowcy, próbobiorca laboratorium pobiera Towar z cysterny za pomocą linii rozładunku Towaru. Pobrana próba dzielona jest na dwie. Jedna przekazywana jest do laboratorium, a drugą otrzymuje kierowca i dostarcza do Wykonawcy. Próba powinna być oznakowana w sposób umożliwiający jednoznaczną identyfikację dostawy.”

Pytanie 12:

Zmianę brzmienia pkt 5.7 na następującą:

„W przypadku rozbieżności pomiędzy wynikami analiz wykonywanych przez Zamawiającego a parametrami na Ateście Wykonawcy strony ustalą Akredytowane Laboratorium oraz metodykę pomiaru i zlecą wykonanie badań.”.

Pytanie 13:

Zmianę postanowień dotyczących kar umownych zawartych w:

a) pkt 8.5.2 za zwłokę w realizacji Zamówienia – w wysokości 5% wartości dostawy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w miejsce 1% Wynagrodzenia Całkowitego za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;

b) 8.5.3 za niedotrzymanie co najmniej jednego Parametru, stwierdzony w oparciu o badania, o których mowa w pkt. 5.4 i pkt 5.7 (w wersji brzmienia pkt 5.7 proponowanego przez Wykonawcę) w danej Partii Towaru – w wysokości 5% wynagrodzenia za dostawę Towaru, w której stwierdzono niedotrzymanie Parametru.

Pytanie 14:

o usunięcie postanowień zawartych w pkt 4.16.2, pkt.5.3.2 oraz pkt 8.6.1 odnoszących się do możliwości realizacji dostaw przez osobę trzecią (wykonanie zastępcze).

Wykonawca po zapłaceniu kar umownych nie może ponosić kosztów zakupu zastępczego nie mając wpływu na koszty zakupu Towaru poniesione przez Zamawiającego na które nie ma wpływu. . Ryzyko Wykonawcy nie może być ryzykiem nieograniczonym, bo takie podejście nie pozwala na oszacowanie kosztów i ryzyk wykonania zamówienia.

Pytanie 15:

dodanie zobowiązania oraz kary umownej w celu zagwarantowania Wykonawcy określonego czasu rozładunku dostaw np. w pkt 8.9 kolejnego punktu w brzmieniu:
„8.9.1 Zamawiający zapewnia rozładunek zaawizowanych dostaw w czasie do 4 godzin od wjazdu

pojazdu na teren Zamawiającego. W przypadku przekroczenia czasu rozładunku Zamawiający zapłaci Wykonawcy 5% wartości dostawy Towaru.”.

Odpowiedzi:

Ad.6.

Zamawiający jest w trakcie opracowywania odpowiedzi na pytanie.

Ad.7.

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowy zapis zawarty w SWZ.

Ad.8.

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowy zapis zawarty w SWZ.

Ad.9.

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowy zapis zawarty w SWZ.

Ad.10.

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowy zapis zawarty w SWZ.

Ad 11.

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowy zapis zawarty w SWZ.

Ad.12.

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowy zapis zawarty w SWZ.

Ad.13.

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowy zapis zawarty w SWZ.

Ad.14.

Zamawiający dokona modyfikacji pkt 4.16., pkt.5.3. oraz pkt 8.6. w SWZ cz. III w ten sposób, iż zamawiający w sytuacji ziszczenia się przesłanek wskazanych w:

- a. pkt 4.16 będzie mógł alternatywnie skorzystać z możliwości opisanej w pkt 4.16.1 albo w pkt 4.16.2
- b. pkt 5.3 będzie mógł alternatywnie skorzystać z możliwości opisanej w pkt 5.3.1 albo w pkt 5.3.2
- c. pkt 8.6 będzie mógł alternatywnie skorzystać z możliwości opisanej w pkt 8.6.1 albo w pkt 8.6.2

Ad.15.

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowy zapis zawarty w SWZ.

Piotr Radzikowski
RADCA PRÁWNY
WA 3183

Z poważaniem
Kierownik Przewodniczący
Działu Zamówień Publicznych Zarządu
Daniel Kabata