Sygn. akt: KIO 2057/21

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 i 24 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2021 r. przez wykonawcę odwołującego: **Airly sp. z o.o., ul. Mogilska 43, 31-545 Kraków,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Stołeczne Warszawa, pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa,** działającego w imieniu własnym oraz na podstawie udzielonych pełnomocnictw i zawartych umów partnerskich dotyczących wspólnej realizacji Projektu pod nazwą Wirtualny Warszawski Obszar Funkcjonalny (Virtual WOF) w imieniu i na rzecz zamawiających:

Gmina Halinów, Gmina Izabelin, Gmina Karczew, Gmina Konstancin-Jeziorna, Gmina Lesznowola, Gmina Milanówek, Gmina Nieporęt, Miasto Nowy Dwór Mazowiecki, Miasto Otwock, Miasto Piastów, Gmina Radzymin Gmina Stare Babice, Miasto Sulejówek, Gmina Wieliszew, Gmina Wołomin, Miasto Ząbki, Miasto Zielonka,

przy udziale wykonawcy **TETABIT sp. z o.o., ul. Hubska 89/1, 55-501 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** w zakresie zarzutu nr 6 i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia w ten sposób, aby wykonawcy mieli obowiązek złożyć dokumenty, o których mowa w pkt 4.9.1. i pkt 4.9.2. OPZ wraz z ofertą,
2. **oddala odwołanie** w zakresie zarzutów: nr 2 (w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy), nr 7, nr 8 i nr 9,
3. **odrzuca odwołanie** w zakresie zarzutów: nr 2 (w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zespołu osób i w zakresie kryterium oceny ofert „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia"), nr 3, nr 4 i nr 5.
4. **umarza** postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1,
5. kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 10/11 oraz zamawiającego w części 1/11, i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę **2 880 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące osiemset osiemdziesiąt złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

5.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę **928 zł 00 gr** (słownie: dziewięćset dwadzieścia osiem złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 2057/21

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa, działający w imieniu własnym oraz w imieniu własnym i na rzecz: Gminy Halinów, Gminy Izabelin, Gminy Karczew, Gminy Konstancin-Jeziorna, Gminy Lesznowola, Gminy Milanówek, Gminy Nieporęt, Miasta Nowy Dwór Mazowiecki, Miasta Otwock, Miasta Piastów, Gminy Radzymin, Gminy Stare Babice, Miasta Sulejówek, Gminy Wieliszew, Gminy Wołomin, Miasta Ząbki i Miasta Zielonkaprowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup, montaż, uruchomienie i utrzymanie sieci czujników jakości powietrza wraz oprogramowaniem", numer referencyjny: ZP/GP/271/III-24/21. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.04.2021 r.,nr 2021/S 081-207858.

W dniu 08.07.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Airly sp. z o.o., ul. Mogilska 43, 31-545 Kraków (dalej: „odwołujący"), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 w zw. z art. 16 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia (w zakresie czujnika jakości powietrza) w sposób wykluczający uczciwą konkurencję - wskazujący na jedno, konkretne urządzenie (opracowane przez Politechnikę Gdańską i produkowane przez firmę Tetabit sp. z o.o.),
2) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 240 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia jak również niespójny z kryteriami oceny ofert,
3) art. 240 w zw. z art. 241 oraz art. 242 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie kryterium „Termin realizacji Etapu I" w sposób prowadzący do złożenia ofert obejmujących różny zakres świadczenia, w zależności od przyjętego okresu na realizację Etapu I,
4) art. 241 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie kryterium P2 „Termin realizacji Etapu I" jako termin niezwiązany z przedmiotem zamówienia,
5) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedającą się usunąć niespójność pomiędzy dokumentami wchodzącymi w skład dokumentacji postępowania, tj. swz i wzorem umowy,
6) art. 107 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie nieznanej ustawie procedury składania przedmiotowego środka dowodowego po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej,

z ostrożności:

7) art. 106 ust. 2 ustawy Pzp poprzez żądanie przedmiotowego środka dowodowego nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia,

8)art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie niezrozumiałego zapisu w § 2 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy w zakresie zastrzeżenia wartości opcji,
9)art. 16 pkt 1 w zw. z art. 18 ust. 1 w zw. z art. 133 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udostępnienia informacji zawartych w piśmie procesowym złożonym w dniu 28 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. KIO 1363/21 innym wykonawcom niż będący stronami tamtego postępowania.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Ad. 1 - W zakresie dokonania opisu urządzenia, odwołujący wskazuje na poniższe okoliczności.

1.1. Zamawiający dokonując w dniu 28 czerwca 2021 r. zmian w dokumentacji postępowania w OPZ I. Ogólne wytyczne zamówienia, pkt 4.1 dokonał modyfikacji zapisów poprzez nadmierne wymaganie dotyczące:

➢informacja o aktualnym rodzaju zasilania
➢informacja o aktualnym napięciu zasilania
➢informacja o stanie naładowaniu baterii
➢informacje o przekroczeniu zakładanego zakresu pomiarowego Urządzenia
➢informacje o prawidłowości przepływu powietrza przez tor pomiarowy (przepływ w granicach zakładanych przez wykonawcę, przepływ poniżej/powyżej wartości zakładanych) lub prędkości obrotowej wentylatorów wymuszających przepływ powietrza (prędkość w granicach zakładanych przez dostawcę do prawidłowego działania/ prędkość niższa lub wyższa od wartości zakładanych) lub inne informacje równoważne zaproponowane przez dostawcę i wskazujące na prawidłowość parametrów przepływu powietrza przez tor pomiarowy
➢informacje o temperaturze i wilgotności względnej powietrza w obrębie toru pomiarowego (jeśli dotyczy)

1.2.Odwołujący wskazuje, że tak sformułowane warunki udziału w postępowaniu zmieniają założenia projektu opisane w przedmiocie zamówienia. Zamawiający wymaga informacji o rodzaju zasilania a także o aktualnym napięciu zasilania, a nie wskazuje jasno ile dokładnie urządzeń ma być zasilanych np. z paneli fotowoltaicznych (mowa o "około 33" punktach), brakuje informacji ile potencjalnie urządzeń może być zasilanych buforowo z lamp / sieci elektrycznej dostępnej przynajmniej kilka godzin na dobę. Warto zwrócić uwagę, iż pomiar napięcia w zależności od sposobu zasilania wymaga innych układów pomiarowych.

Ponadto zamawiający wymaga informacji o przekroczeniu zakładanego zakresu pomiarowego co jest niemożliwe do zrealizowania, bo limitują to wymagania zamawiającego.

1.3.Zamawiający dokonując w dniu 28 czerwca 2021 r. zmian w dokumentacji postępowania w OPZ II. Wytyczne w zakresie Systemu do zbierania i udostępniania danych, pkt 12 dokonał modyfikacji zapisów poprzez nadmierne wymaganie dotyczące:

➢Błędne pomiary, zdefiniowane jako dane odstające, spowodowane np. skokami napięcia, powinny być oflagowane.

1.4. Odwołujący wskazuje, że tak sformułowane warunki udziału w postępowaniu wskazują na dokonywanie np. pomiarów napięcia, które nie zostały uprzednio wyspecyfikowane jako wymaganie dla przedmiotu zamówienia. Zamawiający sugeruje istnienie korelacji pomiędzy błędami pomiarowymi a np. skokami napięcia zasilania, co wskazuje na sugerowanie się zamawiającego jakimś konkretnym rozwiązaniem z rynku.

Ad. 2. - W zakresie określenia warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert Odwołujący wskazuje na poniższe okoliczności

2.1. Zamawiający dokonując w dniu 28 czerwca 2021 r. zmian w dokumentacji postępowania wprowadził jako warunki udziału w pkt 12.2 Warunki udziału w postępowaniu:

Za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy wykażą że

12.2.1. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie należycie zrealizowali:

a)co najmniej jedną usługę wdrożenia systemu pomiarowego z co najmniej 25 urządzeniami pomiaru jakości powietrza w ramach jednego zamówienia,

b)co najmniej jedną usługę polegającą na obsłudze przez okres minimum 3 miesięcy systemu pomiarowego składającego się z co najmniej 50 urządzeń pomiarowych

2.2. Zamawiający dokonując w dniu 28 czerwca 2021 r. zmian w dokumentacji postępowania wprowadził jako warunki udziału w pkt 12.2 Warunki udziału w postępowaniu:

Za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy wykażą że

12.2.2. dysponują lub będą dysponować zespołem osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, w roli:

a)Instalatorów urządzeń pomiarowych – minimum 2 osoby, z których każda posiada minimum 12 - miesięczne doświadczenie w instalacji urządzeń pomiarowych;

b)Serwisantów – minimum 2 osoby, z których każda posiada minimum 12 - miesięczne
doświadczenie w realizacji utrzymania urządzeń pomiarowych w tym ich kalibracji;

c)Analityka - minimum 1 osoba posiadająca minimum 12 - miesięczne doświadczenie w weryfikacji wyników z urządzeń pomiarowych do badania jakości powietrza.

Zamawiający dopuszcza łączenie ww. ról.

2.3. Zamawiający dokonując w dniu 28 czerwca 2021 r. zmian w dokumentacji postępowania, wprowadził jako kryterium oceny ofert (w pkt 25.4) Kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia"

W ramach ww. kryterium Zamawiający wskazał, że "Za wyznaczenie przez Wykonawcę do realizacji zamówienia osoby, która będzie pełniła rolę Kierownika projektu, która posiada doświadczenie we wdrożeniu systemu pomiarowego jakości powietrza, w roli kierownika projektu (lub innej funkcji o podobnym znaczeniu), w ramach jednego projektu obejmującego:

do 25 urządzeń:0
pkt 26-40 urządzeń:1 pkt
41-60 urządzeń:2 pkt
ponad 60 urządzeń:5 pkt

2.4. Odwołujący wskazuje, że tak sformułowane warunki udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert są ze sobą niespójne.

2.5. Odwołujący wskazuje, że warunek udziału w postępowaniu w pkt. 12.2.1 lit. b) jest nieadekwatny i niewystarczający w stosunku do przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę, że Zamawiający rozważa możliwość skorzystania z prawa opcji, umożliwiającego przedłużenie trwania umowy o okres dodatkowych 6 lat.

2.5.1. Zamawiający wymaga od wykonawcy dostarczenia dwóch typu urządzeń. Oba typy urządzeń dokonują pomiarów pyłów zawieszonych PM1, PM2.5 i PM10 oraz parametrów gazowych w zależności od typu urządzenia. Typy urządzeń

różnią się mierzonymi parametrami gazowymi. W wymaganym okresie 3 miesięcy (jeśli te przypadną na okres letni) Zamawiający jest w stanie zweryfikować doświadczenia wykonawcy jedynie dla parametrów gazowych, ponieważ w tym okresie wartość godzinowa stężeń pyłów zawieszonych nie różni się znacząco od siebie. Z kolei dla parametrów pyłów zawieszonych kluczowe są miesiące zimowe, podczas których obserwujemy znaczące są różnice w godzinowych stężeniach godzinowych pyłów zawieszonych, natomiast różnice te nie są one obserwowane dla parametrów gazowych. Wynika to z charakterystyki źródła pochodzenia zanieczyszczeń powietrza, gdyż dla parametrów gazowych mówimy o smogu fotochemicznym występującym w okresie letnim, a kiedy dla parametrów pyłów zawieszonych mówimy o typie smogu londyńskiego występującego w okresie jesienno-zimowym.
2.5.2. Odwołujący wskazuje, że niewystarczającym jest świadczenie takiej usługi przez okres 3 miesięcy, ponieważ okres świadczenia takiej usługi może przypaść na okres letni lub wyłącznie okres zimowy, w związku z czym Wykonawca nie może wskazać, że dla zdobył on potrzebne doświadczenie w obsłudze wymaganych przez Zamawiającego urządzeń.
2.6. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wymaga od wykonawcy dysponowania zespołem posiadającym 12 miesięczne doświadczenie, podczas kiedy na spełnienie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z pkt. 12.2.1 lit. b) wymaga jedynie zrealizowania usługi polegającej na obsłudze przez okres minimum 3 miesięcy systemu pomiarowego.
2.7. Odwołujący wskazuje na olbrzymie dysproporcje w punktacji dotyczącej kryterium oceny ofert (w pkt 25.4) tj. „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia". Zamawiający przyzna wykonawcy 2 punkty, jeżeli wskaże do realizacji osobę, (kierownika projektu), który posiada doświadczenie we wdrożeniu systemu pomiarowego jakości powietrza w ramach jednego projektu obejmującego dostawę do 60 urządzeń. Natomiast w sytuacji kiedy taka osoba uczestniczyła we wdrażaniu systemu pomiarowego jakości powietrza w ramach jednego projektu obejmującego dostawę 61 urządzeń - 5 punktów. Tym samym nieistotna zmiana (o 1 urządzenie) powoduje zmianę punktacji o 3 pkt - czyli zrównoważenie tej różnicy ceną wymaga jej obniżenia o ponad 6% - zatem szacunkowo o ok. 600 tys. PLN.
Ad. 3. - W zakresie wprowadzenia kryterium „Termin realizacji Etapu I" Odwołujący wskazuje na poniższe okoliczności.
3.1. Zamawiający dokonując w dniu 28 czerwca 2021 r. zmian w dokumentacji postępowania, wprowadził jako kryterium oceny ofert (w pkt 25.3) Kryterium „Termin realizacji Etapu I".
3.2. W ramach ww. kryterium Zamawiający wskazał, że: "Za zaoferowanie terminu realizacji Etapu (do wyboru spośród listy niżej określonych wartości) wynoszącego:

6 miesięcy: 0 pkt
Poniżej 6 miesięcy: 5 pkt
Poniżej 5 miesięcy: 10 pkt
Poniżej 4 miesięcy: 15 pkt"

3.3 W § 2 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy znalazł się zapis, że Etap II będzie trwał 10 miesięcy od dnia następującego po wykonaniu Etapu I, nie dłużej jednak niż do 31 października 2022 r. Tym samym Wykonawca dysponuje okresem zamkniętym na realizację przedmiotu zamówienia.
3.4 Zamawiający w dniu 7 lipca 2021 r. zmienił termin składania ofert na 6. sierpnia 2021 r. - zatem biorąc pod uwagę proces oceny ofert (termin na złożenie środków dowodowych, wybór oferty najkorzystniejszej), termin na złożenie odwołania od decyzji wyborowej - najwcześniejszy teoretycznie możliwy termin zawarcia umowy to wrzesień 2021 r.
3.5 Takie ukształtowanie terminów prowadzi do wniosku, że maksymalnym okresem realizacji zamówienia jest okres 14 miesięcy - co powoduje, że:
a)Wykonawca który zaoferuje termin realizacji Etapu I w okresie do 4 m-cy - zaoferuje świadczenie w postaci realizacji Etapu I w całości oraz Etapu II w całości,
b)Wykonawca który zaoferuje termin realizacji Etapu I w okresie do 5 m-cy - zaoferuje świadczenie w postaci realizacji Etapu I w całości oraz Etapu II w 9/10 części,
c)Wykonawca który zaoferuje termin realizacji Etapu I w okresie do 6 m-cy - zaoferuje świadczenie w postaci realizacji Etapu I w całości oraz Etapu II w 8/10 części,
d)Wykonawca który zaoferuje termin realizacji Etapu I w okresie 6 m-cy - zaoferuje świadczenie w postaci realizacji Etapu I w całości oraz Etapu II w 7/10 części,
zatem oferty - w zależności od zaoferowanego terminu realizacji Etapu I będą obejmować różny zakres świadczenia. Taka sytuacja jest na gruncie PZP niedopuszczalna.
3.6 Zwrócić należy także uwagę, że sytuacja taka będzie w sposób oczywisty prowadzić do manipulacji ceną ofertową tak, aby jak największą część wynagrodzenia uzyskać za pewny Etap I, a nie za Etap II, którego okres realizacji jest niepewny i niezależny od Wykonawcy. Zamawiający ma pełną dowolność kształtowania tego okresu, gdyż tylko od Zamawiającego będzie zależeć tempo prowadzenia postępowania oraz moment zawarcia umowy.
Ad. 4. - W zakresie wprowadzenia kryterium P2 „Termin realizacji Etapu I" jako termin niezwiązany z przedmiotem zamówienia
4.1 Zamawiający w opublikowanych tego samego dnia (28.06.2021) dokumentach wprowadził różne postanowienia.
a)w dokumencie "Zmiany do SWZ" wprowadził kryterium „Termin realizacji Etapu I", postanawiając, że Wykonawca może zaoferować różny termin realizacji Etapu I - w zakresie od "poniżej 4 miesięcy" do 6 miesięcy,
b)w dokumencie "2021_06_22_Załącznik nr 3 do SWZ_WZÓR UMOWY_tekst jednolity", tj. we wzorze umowy wprowadził zapis § 2 ust. 1 pkt 1 stanowiący, że Etap I zostanie wykonany w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.
4.2Tym samym niezależnie od zaoferowanego przez Wykonawcę terminu, terminem umownym realizacji Etapu I jest termin 6 miesięcy.
4.3Wobec powyższego kryterium nie ma związku z przedmiotem zamówienia - gdyż podstawą realizacji zamówienia jest umowa i to umowa określa zakres świadczenia Wykonawcy. Zgodnie z jej treścią, niezależnie od treści złożonej oferty jest on zobowiązany wykonać Etap I w terminie 6 miesięcy.
Ad. 5. - W zakresie niespójności dokumentów wchodzących w skład dokumentacji postępowania.
5.1Poza okolicznością wskazaną w pkt 4 powyżej, Odwołujący wskazuje na niespójność w zakresie terminu realizacji umowy. Zgodnie bowiem z zapisami § 2 ust. 1 pkt 2 Etap II trwa 10 miesięcy.
5.2Również w formularzu ofertowym Zamawiający nakazuje dokonanie obliczenia ceny dla 10 miesięcznego okresu Etapu II.
5.3Jednak w § 7 wzoru umowy Zamawiający rozbija Etap II na 2 okresy rozliczeniowe i dopuszcza rozliczenie za część okresu II.
5.4Stan faktyczny w zakresie terminów, wskazany powyżej, jednoznacznie potwierdza, że realizacja 10 miesięcznego okresu Etapu II jest nieprawdopodobna. Biorąc jednak pod uwagę brzmienie zapisów umownych należałoby dojść do

wniosku, że w takiej sytuacji Wykonawca nie wykona należycie Umowy - co może nieść dla niego daleko idące konsekwencje (brak pozyskania referencji, uznanie, że jest Wykonawcą który nie wykonał należycie umowy o zamówienie publiczne itp…)

Ad. 6. W zakresie wprowadzenia wymogu złożenia przedmiotowego środka dowodowego po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

6.1Zamawiający wprowadził w pkt 33.3 ppkt 3, mocą którego zażądał złożenia "dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań określonych w pkt 4.9.1. OPZ lub w pkt 4.9.2 OPZ (...)" przed zawarciem umowy, przez Wykonawcę, którego ofertę wybrano.

6.2 Taki zapis nie znajduje oparcia w przepisach PZP. Zgodnie z art. 107 ust. 1 PZP "Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą." Żaden przepis nie przewiduje składania dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań określonych w OPZ po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

6.3 Przyjęcie dopuszczalności takiego momentu składania dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań określonych w OPZ prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający wybierałby ofertę najkorzystniejszą bez weryfikacji czy jest to oferta zgodna z warunkami zamówienia - co jest sprzeczne z art. 226 ust.1 pkt 5 PZP - nakazującym taką ofertę odrzucić.

6.4 Dodatkowo zwrócić należy uwagę na niemożliwość weryfikacji takiej oferty przez konkurencję Zamawiający może zażądać takiego dokumentu po upływie terminu na odwołanie od decyzji wyborowej, co uniemożliwi - nawet w przypadku niezłożenia dokumentu lub złożenia dokumentu niewłaściwego - wniesienie środków ochrony prawnej.

Ad. 7. W zakresie wprowadzenia wymogu złożenia przedmiotowego środka dowodowego nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia.

7.1Odwołujący składa niniejszy zarzut z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu o którym mowa w pkt 5, lub przesunięciu przez Zamawiającego momentu składania żądanego dokumentu zgodnie z przepisami PZP.

7.2Jak już wskazano w odwołaniu rozpoznawanym pod sygn. KIO 1363/21 dokument wymagany przez Zamawiającego jest dokumentem nadmiernym i nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia.

7.3Odwołujący wskazuje, że przedmiotem zamówienia niniejszego są czujniki niskokosztowe (w odróżnieniu od stacji referencyjnych), dla których to czujników aktualnie nie ma normy europejskiej (także i polskiej) według której możliwe by było wydanie im dokumentu potwierdzającego spełnianie wymagań normy. Aktualnie taka norma jest opracowywana, jednak nie została jeszcze zatwierdzona i nie obowiązuje.

7.4Odwołujący pozyskał również informację, że krajowa instytucja posiadająca stacje referencyjne (GIOŚ) nie świadczy usług weryfikacji urządzeń niskokosztowych i nie prowadzi ich badań porównawczych do stacji referencyjnych.

7.5Powyższe okoliczności wskazują, że nie jest możliwe wykonanie świadectwa wzorcowania w Unii Europejskiej (poprzez brak normy), jak również badań porównawczych w Polsce.

7.6Z informacji posiadanych przez Odwołującego, wymaganie to wskazuje na Wykonawcę - firmę Tetabit sp. z o.o., która to firma dysponuje czujnikami wykonanymi przez Politechnikę Gdańską, których badania porównawcze do stacji referencyjnych były prowadzone w ramach projektu ARMAAG. Tym samym wymóg złożenia spornego dokumentu jest wymogiem ograniczającym uczciwą konkurencję.

Ad. 8 W zakresie zapisu z § 2 ust. 2 pkt. 2 wzoru umowy

8.1Zamawiający wprowadził zapis § 2 ust. 2 pkt. 2 wzoru umowy w zakresie zastrzeżenia wartości opcji. W ocenie Odwołującego zapis ten jest niezrozumiały i rachunkowo błędny - gdyż odwołuje się w dwóch miejscach do tej samej wartości.

8.2Zgodnie z treścią zapisu wartość opcji wraz z zamówieniem podstawowym nie może przekroczyć 80% wykorzystanych środków na realizację Etapu I wraz z wykorzystanym prawem opcji - nie jest możliwe w ten sposób ustalenie wartości, bo po obu stronach równania występuje ta sama zmienna (wartość prawa opcji).

Ad. 9 W zakresie nierównego dostępu do informacji.

9.1Zamawiający w dniu 28 czerwca 2021 r. opublikował zmiany w dokumentacji postępowania. Stało się to w związku z postępowaniem odwoławczym KIO 1363/21. Zmiany te zostały opublikowane na platformie zakupowej i są dostępne dla wszystkich Wykonawców.

9.2Równocześnie Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo procesowe, zawierające dodatkowe informacje w zakresie mającym wpływ na wycenę oferty. Informacje te nie zostały opublikowane na platformie zakupowej.

9.3Wobec powyższego doszło do sytuacji, w której Wykonawcy będący uczestnikami postępowania KIO 1363/21 są w innej sytuacji niż Wykonawcy nie będący uczestnikami tego postępowania dysponują innym zakresem wiedzy o okolicznościach mających wpływ na treść oferty.

9.4Aby zatem uniknąć sytuacji, która może doprowadzić do uznania, że postępowanie jest obarczone niedającą się usunąć wadą - co prowadziłoby do konieczności jego unieważnienia, konieczne jest przekazanie całości informacji zawartych w piśmie procesowym wszystkim Wykonawcom, oraz takie przedłużenie terminu składania ofert aby zniwelować różnicę wynikającą z faktu, że uczestnicy postępowania KIO 1363/21 zapoznali się z tymi informacjami już 28 czerwca 2021 r."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) dokonania zmian w dokumentacji postępowania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez:
   a) usunięcie nadmiernych i nieadekwatnych wymagań w OPZ I. Ogólne wytyczne zamówienia, pkt 4.1:
   - ➢informacja o aktualnym rodzaju zasilania,
   - ➢informacja o aktualnym napięciu zasilania,
   - ➢informacja o stanie naładowaniu baterii,
   - ➢informacje o przekroczeniu zakładanego zakresu pomiarowego Urządzenia,
   - ➢informacje o prawidłowości przepływu powietrza przez tor pomiarowy (przepływ w granicach zakładanych przez wykonawcę, przepływ poniżej/powyżej wartości zakładanych) lub prędkości obrotowej wentylatorów wymuszających przepływ powietrza (prędkość w granicach zakładanych przez dostawcę do prawidłowego działania/ prędkość niższa lub wyższa od wartości zakładanych) lub inne informacje równoważne zaproponowane przez dostawcę i wskazujące na prawidłowość parametrów przepływu powietrza przez tor pomiarowy,
   - ➢informacje o temperaturze i wilgotności względnej powietrza w obrębie toru pomiarowego (jeśli dotyczy),

   b) usunięcie nadmiernych i nieadekwatnych wymagań w OPZ II. Wytyczne w zakresie Systemu do zbierania i udostępniania danych, pkt 12:
   - ➢ Błędne pomiary, zdefiniowane jako dane odstające, spowodowane np. skokami napięcia, powinny być oflagowane.

2) dokonania zmian warunków udziału w postępowaniu poprzez wprowadzenie modyfikacji w pkt 12.2.1 lit. b "Warunki udziału w postępowaniu" i wprowadzenie niżej wskazanych warunków udziału w postępowaniu:

"Za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy wykażą że:

12.2.1. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie należycie zrealizowali:

b) co najmniej jedną usługę polegającą na obsłudze przez okres minimum 6 miesięcy systemu pomiarowego składającego się z co najmniej 50 urządzeń pomiarowych".

3) wprowadzenia modyfikacji kryterium oceny ofert (w pkt 25.4) Kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" i wprowadzenie niżej wskazanych kryteriów oceny ofert:

"Za wyznaczenie przez Wykonawcę do realizacji zamówienia osoby, która będzie pełniła rolę Kierownika projektu, która posiada doświadczenie we wdrożeniu systemu pomiarowego jakości powietrza, w roli kierownika projektu (lub innej funkcji o podobnym znaczeniu), w ramach jednego projektu obejmującego:

-do 20 urządzeń: 0 pkt
-21-30 urządzeń: 1 pkt
-31-40 urządzeń: 2 pkt
-41-50 urządzeń: 3 pkt
-51-60 urządzeń: 4 pkt
-ponad 60 urządzeń: 5 pkt

4) usunięcia kryterium „Termin realizacji Etapu I" i wprowadzenie niżej wskazanych kryteriów oceny ofert:

P_1	Cena brutto	65%
P_2	Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia	5%
P_3	Jakość	30%

5) dokonania modyfikacji sposobu obliczania Ceny brutto na potrzeby kryterium oceny ofert w taki sposób, aby obejmowała ona:

a)ceny urządzeń zgodnie z wierszami 1 i 2 tabeli z pkt 25.2. SWZ,

b)miesięczną stawkę za 152 miesiące (152 urządzenia x 1 m-c) w odniesieniu do urządzeń z wiersza 3 tabeli z pkt 25.2. SWZ,

c)miesięczną stawkę za 13 miesięcy (13 urządzeń x 1 m-c) w odniesieniu do urządzeń z wiersza 4 tabeli z pkt 25.2. SWZ,

6) usunięcia wymagania przedłożenia dokumentów określonych w pkt 4.9.1 i 4.9.2. OPZ - jako wymagania złożenia dokumentu w momencie nieznanym ustawie oraz dokumentu będącego dokumentem nadmiernym, nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia,

7) uspójnienia dokumentacji (OPZ, SWZ, wzór umowy) w zakresie terminów realizacji zamówienia - w szczególności poprzez:

a)dokonanie zmiany w § 2 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy i uwzględnienie w terminie realizacji Etapu I terminu zaoferowanego przez wybranego wykonawcę,

b)usunięcie w § 2 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy zapisu "nie dłużej jednak niż do 31 października 2022 r." lub poprzez wprowadzenie zasady, że wykonawca zaoferuje cenę za Etap II jako cenę za 1 miesiąc trwania tego Etapu i liczba miesięcy trwania Etapu będzie zależna od momentu zakończenia Etapu I, ewentualnie nadanie § 2 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy brzmienia:

"2) Etap II - w okresie od dnia następującego po wykonaniu Etapu I do dnia 31 października 2022 r."

i w konsekwencji dokonanie w § 7 wzoru umowy zasady rozliczenia za 1 miesięczne okresy rozliczeniowe,

c)usunięcie w § 2 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy zapisu (...) "Zamawiający zastrzega, że wartość opcji wraz z zamówieniem podstawowym, w zakresie świadczenia przez Wykonawcę usług utrzymania/serwisu nie może przekroczyć wartości równej 80 % wykorzystanych środków na realizację Etapu I wraz z wykorzystanym prawem opcji, o którym mowa w pkt 1 powyżej",

8) udostępnienie wszystkim zainteresowanym informacji zawartych w piśmie procesowym z dnia 28 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. KIO 1363/21 oraz odpowiednie przedłużenie terminu składania ofert (tj. o nie mniej niż 30 dni).

Pismem z dnia 14.07.2021 r. wykonawca TETABIT sp. z o.o., ul. Hubska 89/1,55-501 Wrocław (dalej: „przystępujący"), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 16.08.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3, 4, 5, 7 i 8 oraz o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nr 6 i 9.

Pismem z dnia 17.08.2021 r. przystępujący przedstawił własną argumentację w sprawie.

Pismem z dnia 17.08.2021 r. odwołujący uzupełnił swoją argumentację. Po otwarciu rozprawy odwołujący oświadczył, że cofa zarzut nr 1.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest:

1)dostawa, montaż, uruchomienie i konserwacja oraz obsługa:

- 152 sztuk Urządzeń służących do pomiaru stężeń pyłu zawieszonego (frakcje PM10, PM2,5 i PM1) oraz pomiaru dwutlenku azotu (NO2) wraz z pomiarem temperatury powietrza i wilgotności względnej powietrza oraz ciśnienia atmosferycznego;
- 13 sztuk Urządzeń, w których poza pomiarem frakcji pyłu PM10, PM2,5 i PM1, pomiarem NO2 oraz temperatury powietrza, wilgotności względnej powietrza i ciśnienia atmosferycznego, będzie prowadzony pomiar ozonu (O3);

2)dostawa i wdrożenie Systemu do zbierania i udostępniania danych;

3)nadzór nad funkcjonowaniem Systemu do zbierania i udostępniania danych, weryfikacja danych, ocena poprawności wskazań Urządzeń dla wszystkich mierzonych parametrów meteorologicznych i zanieczyszczeń powietrza.

W ramach zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia, montażu, uruchomienia i konserwacji Urządzeń wymienionych w pkt 1.

Zamawiający przewidział możliwość skorzystania z prawa opcji.

W pkt 4.9. załącznika nr 1 do swz, tj. OPZ, zamawiający wskazał, że Urządzenie powinno posiadać (po zmianie z 28.06.2021 r.):

4.9.1 W przypadku wykorzystania metody referencyjnej lub z potwierdzoną równoważnością do metody referencyjnej - świadectwo wzorcowania lub deklarację zgodności pomiarów pyłów PMIO i PM2,5, N02, 03 (jeśli dotyczy) z metodykami

referencyjnymi wydane przez akredytowane laboratorium wzorcujące.
4.9.2W przypadku wykorzystania metody niereferencyjnej lub bez potwierdzonej równoważności do metody referencyjnej - świadectwo/certyfikat wzorcowania (lub dokument równoważny), potwierdzające wstępną kalibrację przez producenta. Dodatkowo Urządzenie powinno być zweryfikowane w oparciu o pomiary wykonane metodą referencyjną (lub równoważną do tej metody). Podstawą oceny są wyniki długoterminowych (w rozumieniu poniższego pkt 6) pomiarów porównawczych użytych Urządzeń z urządzeniem referencyjnym (przeprowadzonych zgodnie z warunkami opisanymi w punktach 5 oraz 6.3. i 6.4.), potwierdzających spełnienie minimalnych wymaganych parametrów użytych Urządzeń z urządzeniem referencyjnym, o których mowa w pkt. 5. Jednocześnie należy dostarczyć zestaw danych pomiarowych z pomiarów równoległych testowanych Urządzeń i urządzeń referencyjnych (lub równoważnych), wraz ze wskazaniem dat i miejsc prowadzenia pomiarów, rodzaju (modelu) urządzenia działającego w oparciu o metodykę referencyjną (lub równoważną), użytego w pomiarach równoległych wraz z dokumentacją potwierdzającą jego referencyjność (lub, w przypadku stacji pomiarowej PMŚ kod i nazwę stacji), a także wartości błędów pomiarowych z wyjaśnieniem metodyki szacowania błędów, wyznaczony współczynnik korekcyjny oraz opis warunków (w szczególności meteorologicznych), w których badania byty przeprowadzone. Stanowisko kalibracyjne nie powinno znajdować się dalej niż w odległości 100 m od stacji wzorcowej w oparciu o wyniki której wykonuje się wzorcowanie Urządzenia.

W pkt 33.3. pkt 3) swz (po zmianie z 28.06.2021 r.) zamawiający wskazał, że przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca, którego ofertę wybrano, po uzyskaniu informacji o miejscu i terminie zawarcia umowy, zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, zobowiązany jest, najpóźniej w dniu zawarcia umowy, m.in. do:
złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań określonych w pkt 4.9.1 OPZ lub w pkt 4.9.2 OPZ, w odniesieniu do puli 16 Urządzeń, o których mowa w § 1 ust. 3 pkt 1, oraz 1 Urządzenia, o którym mowa w § 1 ust. 3 pkt 2, na potwierdzenie spełnienia wymagań dla typu Urządzeń. Urządzenia te wejdą w pulę Urządzeń objętych dostawą w ramach Umowy.

Zgodnie z pkt 12.2. swz (po zmianie z 28.06.2021 r.) zamawiający uznaje za spełniających warunki udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy wykażą że:
12.2.1. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie należycie zrealizowali:
a)co najmniej jedną usługę wdrożenia systemu pomiarowego z co najmniej 25 urządzeniami pomiaru jakości powietrza w ramach jednego zamówienia,
b)co najmniej jedną usługę polegającą na obsłudze przez okres minimum 3 miesięcy systemu pomiarowego składającego się z co najmniej 50 urządzeń pomiarowych,
12.2.2. dysponują lub będą dysponować zespołem osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia, w roli:
a)Instalatorów urządzeń pomiarowych — minimum 2 osoby, z których każda posiada minimum 12 - miesięczne doświadczenie w instalacji urządzeń pomiarowych;
b)Serwisantów — minimum 2 osoby, z których każda posiada minimum 12 - miesięczne doświadczenie w realizacji utrzymania urządzeń pomiarowych w tym ich kalibracji;
c)Analityka - minimum 1 osoba posiadająca minimum 12 - miesięczne doświadczenie w weryfikacji wyników z urządzeń pomiarowych do badania jakości powietrza.
Zamawiający dopuszcza łączenie ww. ról.

W pkt 25 swz zamawiający wskazał (po zmianie z 28.06.2021 r.) następujące kryteria oceny ofert:

P_1	Cena brutto	50 %
P_2	Termin realizacji Etapu I	15 %
P_3	Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia	5 %
P_4	Jakość	30%

Zgodnie z § 2 ust. 1 i 2 projektu umowy (po zmianie z 28.06.2021 r.):
1. Wykonanie przedmiotu Umowy nastąpi w następujących terminach:
1)Etap I - w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy;
2)Etap II - w okresie 10 miesięcy od dnia następującego po wykonaniu Etapu I, nie dłużej jednak niż do 31 października 2022 r., z zastrzeżeniem postanowienia ust. 2 pkt 2 poniżej.
2. W ramach realizacji niniejszej Umowy Zamawiający przewiduje możliwość skorzystania z prawa opcji, którego realizacja skutkować będzie: (…)
2)przedłużeniem okresu świadczenia przez Wykonawcę usług utrzymania/serwisu określonych w § 1 ust. 4 o okres do 6 (sześciu) lat licząc od dnia zakończenia podstawowego okresu realizacji Etapu II. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z tej opcji, Zamawiający w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 3, określi okres przedłużenia świadczenia usług utrzymania/serwisu wraz ze wskazaniem gmin, którego dotyczyć będzie prawo opcji. Zamawiający zastrzega, że wartość opcji wraz z zamówieniem podstawowym, w zakresie świadczenia przez Wykonawcę usług utrzymania/serwisu nie może przekroczyć wartości równej 80 % wykorzystanych środków na realizację Etapu I wraz z wykorzystanym prawem opcji, o którym mowa w pkt 1 powyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że z wyjątkiem zarzutu nr 9 (o czym mowa w dalszej części uzasadnienia) wystąpiły przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), tj. istnieje po stronie odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

W związku z wnioskiem zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3, 4, 5, 7 i 8 Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut nr 1 – Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że odwołanie w zakresie tego zarzutu podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 4 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1363/21 odwołujący kwestionował to, że zamawiający nie zawarł wystarczających informacji w pkt 4.1. i pkt 12 OPZ.W wyniku modyfikacji swz z dnia 28.06.2021 r. zamawiający wprowadził w ww. punktach nową treść, którą odwołujący uważa obecnie za niezgodną z art. 99 w zw. z art. 16 ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu odwoławczym odwołujący kwestionuje zatem nową treść wymogów zawartych w pkt 4.1. i pkt 12 OPZ.

Oznacza to, że nie zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ odwołujący nie powołuje się „wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania".

Zarzut nr 2 w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy - należy zauważyć, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1363/21 odwołujący kwestionował to, że zamawiający w opisie warunku doświadczenia nie wskazał okresu obsługi systemu pomiarowego. Odwołujący wnioskował w tamtym postępowaniu o wprowadzenie okresu 6-miesięcznego. W wyniku modyfikacji swz z dnia 28.06.2021 r. zamawiający wprowadził do opisu ww. warunku 3-miesięczny okres obsługi systemu pomiarowego. W niniejszym postępowaniu odwoławczym odwołujący kwestionuje zatem nową treść ww. warunku w zakresie dotyczącym okresu obsługi systemu pomiarowego. Tym samym nie zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ odwołujący nie powołuje się „wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania".

Zarzut nr 2 w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania zespołem osób oraz w zakresie kryterium oceny ofert „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia" – odwołujący kwestionuje w odwołaniu wymagany okres doświadczenia osób wchodzących w skład zespołu oraz sposób przyznawania punktów w ww. kryterium. Należy jednak zwrócić uwagę, że treść swz dotycząca ww. kwestii nie ulegała zmianom od dnia publikacji swz (27.04.2021 r.). Tym samym podniesienie ww. zarzutów dopiero w niniejszym odwołaniu (z dnia 08.07.2021 r.) jest już działaniem spóźnionym, co oznacza, że zarzuty te – w myśl art. 528 pkt 3 ustawy Pzp – nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę. Powyższego nie zmienia fakt modyfikacji w dniu 28.06.2021 r. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, ponieważ treść tego warunku nie wpływa ani na okres doświadczenia zespołu osób, ani na sposób przyznawania punktów w ramach ww. kryterium.

Zarzut nr 3, 4 i 5 – należy zauważyć, że zarzuty te dotyczą kryterium „Termin realizacji Etapu I" oraz postanowień § 2 ust. 1 projektu umowy dotyczących okresu realizacji Etapu I i Etapu II. Treść swz (w tym projektu umowy) w ww. zakresie była znana odwołującemu już w dniu jej publikacji, tj. w dniu 27.04.2021 r., w szczególności postanowienia § 2 ust. 1 projektu umowy nie ulegały zmianie od dnia publikacji swz, zaś kryterium „Termin realizacji Etapu I" pierwotnie było wskazane w swz jako kryterium oceny ofert, następnie zostało z swz usunięte przez zamawiającego, po czym w wyniku modyfikacji z dnia 28.06.2021 r. – ponownie przywrócone. Tym samym od dnia 27.04.2021 r. odwołujący znał treść postanowień swz objętych zarzutami nr 3, 4 i 5.

Nie można przy tym zgodzić się z argumentacją odwołującego, zgodnie z którą modyfikacja swz w dniu 28.06.2021 r. i ponowne wprowadzenie do kryteriów oceny ofert kryterium „Termin realizacji Etapu I" wraz ze wskazaniem punktowania oferowanych okresów, stanowi nową okoliczność faktyczną skutkującą tym, że dopiero w niniejszym odwołaniu stało się zasadne kwestionowanie ww. postanowień swz objętych zarzutami nr 3, 4 i 5. Wg odwołującego bowiem, dopiero wprowadzenie w dniu 28.06.2021 r. punktowanych okresów realizacji Etapu I (od „poniżej 4 miesięcy" do 6 miesięcy) spowodowało ryzyko, że niemożliwe będzie zrealizowanie Etapu II w pełnym jego zakresie do dnia 31.10.2022 r. Argumentacja ta nie może zostać uznana za zasadną, bowiem już w odwołaniu z dnia 07.05.2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1363/21, w tabeli zawartej w tym odwołaniuw wierszu dotyczącym „par 2 ust. 1 pkt 2" (w tabeli dołączonej do pisma z dnia 13.07.2021 r. jest to pozycja nr 74) odwołujący napisał: „wnosimy o usunięcie zapisu »nie dłużej jednak niż do 31 października 2022 r.« - dla zachowania tego terminu konieczne by było zawarcie umowy w czerwcu 2021 r., co jest niemożliwe". Tym samym już w dniu 07.05.2021 r. odwołujący twierdził, że nie jest możliwe zachowanie przyjętego przez zamawiającego terminu realizacji Etapu II, co oznacza, że modyfikacja swz z dnia 28.06.2021 r. w żaden sposób nie wpłynęła na kwestię zachowania tego terminu i nie może być w związku z tym uznana za okoliczność nową.

Tym samym, skoro odwołujący od dnia 27.04.2021 r. znał treść swz (w tym projektu umowy) objętą zarzutami nr 3, 4 i 5, i nie wystąpiły od tego czasu żadne nowe okoliczności faktyczne, podniesienie ww. zarzutów dopiero w niniejszym odwołaniu (z dnia 08.07.2021 r.) jest już działaniem spóźnionym, co oznacza, że zarzuty te – w myśl art. 528 pkt 3 ustawy Pzp – nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę.

Zarzut nr 7 - Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że odwołanie w zakresie tego zarzutu podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający twierdzi, że zarzut jest spóźniony i powołuje się na brak zmian w treści pkt 14.2.2. pkt 1 i 2 swz, ale należy zauważyć, że zarzut nr 7 nie dotyczy tych punktów. Stąd też argumentacja zamawiającego o spóźnionym podniesieniu tego zarzutu, nie jest zasadna.

W zarzucie nr 7 odwołujący kwestionuje wymóg zawarty w pkt 4.9. OPZ, przy czym wymóg złożenia dokumentów określonych w tym punkcie odwołujący kwestionował też w odwołaniu z dnia 07.05.2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1363/21. W wyroku w ww. sprawie Izba wskazała, że zamawiający dokonał modyfikacji swz z dnia 28.06.2021 r. (która w tym zakresie nie była rozpoznawana w sprawie o sygn. akt KIO 1363/21) i zauważyła, że „odwołujący w dniu 8 lipca 2021 r. wniósł kolejne odwołanie [tj. odwołanie rozpoznawane w niniejszym postępowaniu odwoławczym – przyp. KIO], które dotyczyło m.in. zmodyfikowanej treści pkt 4.9.1 i 4.9.2 części i OPZ. Odnosząc się merytorycznie do tej modyfikacji, Izba dokonałaby nieuprawnionego rozpoznania części zarzutów postawionych w innym odwołaniu, pozostającym poza kognicją składu orzekającego, co byłoby rażącym naruszeniem art. 555 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu". Tym samym w sprawie o sygn. akt KIO 1363/21 Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego pkt 4.9. OPZ merytorycznie, a jedynie oddaliła go jako bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację swz z dnia 28.06.2021 r. i wniesienie przez odwołującego kolejnego odwołania (KIO 2057/21) dotyczącego pkt 4.9. OPZ po modyfikacji. Z uwagi zatem na stanowisko zajęte przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 1363/21,w niniejszym postępowaniu odwoławczym Izba nie może uznać, że w zakresie zarzutu nr 7 zachodzi podstawa odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż doprowadziłoby to do sytuacji, w której:

- w sprawie o sygn. akt KIO 1363/21 – zarzut nie został rozpoznany merytorycznie z powodu jego bezprzedmiotowości (w istocie jego przedwczesności w świetle wniesienia kolejnego odwołania na modyfikację z dnia 28.06.2021 r.),
- w obecnej sprawie o sygn. akt KIO 2057/21 – zarzut nie zostałby rozpoznany merytorycznie z powodu zastosowania art. 528 pkt 4 ustawy Pzp.

Takie działanie byłoby więc niedopuszczalne, gdyż doprowadziłoby w istocie do tego, że odwołujący zostałby całkowicie pozbawiony prawa rozpoznania ww. zarzutu zarówno w poprzednim (KIO 1363/21), jak i w obecnym postępowaniu odwoławczym (KIO 2057/21).

Nie można także zgodzić się z argumentem zamawiającego, że w sprawie o sygn. akt KIO 1363/21 Izba rozpoznała już zarzut w tym zakresie. Należy zauważyć, że fragment uzasadnienia wyroku w ww. sprawie, na który powołuje się zamawiający, tj. fragment na str. 45, rzeczywiście odnosi się do pkt 4.9.1 i 4.9.2. OPZ, ale w kontekście zarzutu nr 1 odwołania w tamtej sprawie, tj. zarzutu dotyczącego m.in. wad dokumentacji w zakresie parametrów

technicznych urządzeń. Tym samym powoływany przez zamawiającego fragment wyroku w sprawie o sygn. akt 1363/21 nie uzasadnia odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu nr 7 w oparciu o art. 528 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut nr 8 – należy zauważyć, że w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1363/21 odwołujący kwestionował prawo opcji w zakresie okresu jego trwania oraz tego, że zostało ono ukształtowane w sposób całkowicie dowolny przez zamawiającego i zmieniający ogólny charakter umowy. Zarzuty te zostały przez Izbę oddalone, przy czym w uzasadnieniu wyroku Izba rzeczywiście powołała się na zmianę projektu umowy w tym zakresie z dnia 28.06.2021 r. Należy jednak zauważyć, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym rozstrzygnięcie Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1363/21 zapadło jedynie w kontekście zarzutów podniesionych w tej właśnie sprawie. Co za tym idzie – oddalenie przez Izbę odwołania w zakresie dotyczącym opcji oznacza, że Izba uznała postanowienia projektu umowy (w tym postanowienie § 2 ust. 2 pkt 2 zmodyfikowane w dniu 28.06.2021 r.) za właściwe z punktu widzenia podniesionych zarzutów, czyli zarzutów dotyczących okresu trwania opcji oraz tego, czy opcja została ukształtowana w sposób całkowicie dowolny przez zamawiającego i zmieniający ogólny charakter umowy. Natomiast Izba nie mogła orzec w sprawie o sygn. akt KIO 1363/21 o zasadności lub niezasadności postanowień dotyczących opcji w kontekście zarzutu, który został podniesiony dopiero w obecnym odwołaniu, tj. w kontekście dotyczącym sposobu określenia wartości prawa opcji. Tak więc zamawiający wykonał w dniu 28.06.2021 r. czynność wprowadzenia zmiany w § 2 ust. 2 pkt 2 projektu umowy zgodnie z wyrokiem Izby (KIO 1363/21), ale zgodność ta zachodzi wyłącznie w takim zakresie, jaki wynikał z podniesionych zarzutów w sprawie o sygn. akt KIO 1363/21. Nie można natomiast stwierdzić zgodności tej czynności z wyrokiem w sprawie o sygn. akt KIO 1363/21 w świetle nowych zarzutów (z dnia 08.07.2021 r.), bo ww. wyrok w ogóle tych nowych zarzutów nie dotyczył. Dlatego też Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu nr 8 na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, odwołanie podlega odrzuceniu w zakresie dotyczącym zarzutów: nr 2 (w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia zespołu osób i w zakresie kryterium oceny ofert „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia"), nr 3, nr 4 i nr 5. Odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 zostało przez odwołującego wycofane. Izba ustaliła zatem, że rozpoznaniu merytorycznemu podlegają zarzuty: nr 2 (w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy), nr 6, nr 7, nr 8 i nr 9.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 w zakresie dotyczącym warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, należy zauważyć, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Przepis ma na celu przede wszystkim niedopuszczenie do sytuacji, w której zamawiający formułowaliby nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu, tj. takie warunki, których spełnienie nie jest niezbędne do należytego wykonania zamówienia i które w efekcie – w sposób nieuzasadniony ograniczają dostęp do zamówienia niektórym wykonawcom.

W przedmiotowej sprawie odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie ww. przepisu z uwagi na fakt, że w treści warunku zamawiający wymaga wykazania 3-miesięcznego doświadczenia wykonawcy w zakresie obsługi systemu pomiarowego, natomiast odwołujący uważa, że właściwy byłby okres 6-miesięczny. Tym samym odwołujący nie domaga się obniżenia wymogu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, ale jego podwyższenia. Innymi słowy: odwołujący domaga się ograniczenia konkurencji w niniejszym postępowaniu poprzez ograniczenie dostępu do zamówienia dla wykonawców posiadających mniejsze niż 6-miesięczne doświadczenie.

Należy zauważyć, że w art. 112 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca wprost wskazał na obowiązek opisywania warunków udziału w postępowaniu na minimalnych poziomach zdolności. Za taki minimalny poziom zdolności zamawiający uznał w tym wypadku doświadczenie w obsłudze systemu pomiarowego przez okres 3 miesięcy, ale dodał też, że system musi składać się z co najmniej 50 urządzeń pomiarowych. Tym samym w zakresie doświadczenia wykonawcy zamawiający postawił nacisk na umiejętność obsługi (zarządzania) systemem określonej wielkości, a nie na czas obsługiwania tego systemu. Natomiast kwestie, które podnosił odwołujący, tj. badanie jakości powietrza w określonych okresach, zwłaszcza jesienno-zimowym, zamawiający uwzględnił w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym kadry, jaką musi dysponować wykonawca. W stosunku do każdego z wymaganych specjalistów, w tym także analityka weryfikującego wyniki z urządzeń pomiarowych do badania jakości powietrza, zamawiający wymagał bowiem 12-miesięcznego doświadczenia.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy w zakresie 3-miesięcznej obsługi systemu pomiarowego, jest wystarczający i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Warunek ten został także wyrażony jako minimalny poziom zdolności wykonawcy, co jest zgodne z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Odnosząc się do zarzutu nr 6, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp, przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Tym samym o tym, co jest przedmiotowym środkiem dowodowym nie decyduje sposób zakwalifikowania jakiegoś środka przez zamawiającego w swz, ale to, czy odpowiada on definicji wskazanej w ww. przepisie.

W pkt 4.9.1. i 4.9.2. OPZ, w zależności od tego, czy wykonawca oferuje urządzenia referencyjne, czy niereferencyjne, zamawiający żądał złożenia:

- świadectwa wzorcowania lub deklaracji zgodności pomiarów pyłów PMIO i PM2,5, N02, 03 (jeśli dotyczy) z metodykami referencyjnymi wydanego przez akredytowane laboratorium wzorcujące,
- świadectwa / certyfikatu wzorcowania (lub dokumentu równoważnego), potwierdzającego wstępną kalibrację przez producenta.

Nie ulega wątpliwości, że ww. dokumenty służą potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami i cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia oraz wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. W tym bowiem właśnie celu zamawiający żąda złożenia ww. dokumentów, tj. w celu potwierdzenia zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami OPZ. Co za tym idzie – nie ma znaczenia, że w wyniku modyfikacji swz z dnia 28.06.2021 r. zamawiający usunął obowiązek złożenia ww. dokumentów z pkt 14.2.2. pkt 1) lit. c) swz zatytułowanego „Przedmiotowe środki dowodowe" i przeniósł go do pkt 33.3. pkt 3) znajdującego się w części swz zatytułowanej: „Informacja o formalnościach dotyczących zawarcia umowy". Jak wskazano wyżej: o tym, co jest przedmiotowym środkiem dowodowym, decyduje jego kwalifikacja dokonywana w świetle definicji z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp, a nie kwalifikacja dokonywana przez zamawiającego w swz, w tym miejsce jego zamieszczenia w swz.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że dokumenty żądane przez zamawiającego w pkt 4.9.1. i 4.9.2. OPZ, są przedmiotowymi środkami dowodowymi. Tym samym ma do nich zastosowanie art. 107 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Przepis zatem jasno wskazuje, że momentem składania przedmiotowych środków dowodowych jest moment składania oferty. Ma to na celu m.in. niedopuszczenie do sytuacji, w której dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty albo po zawarciu umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, okazywałoby się, że wybrany wykonawca nie jest w stanie przedłożyć wymaganych przedmiotowych środków dowodowych. Oferta takiego wykonawcy powinna bowiem podlegać odrzuceniu już na etapie badania ofert i nie powinna być uznana za najkorzystniejszą.

W przedmiotowym postępowaniu, w myśl zmodyfikowanego pkt 33.3. pkt 3 swz, zamawiający żąda złożenia dokumentów, o których mowa w pkt 4.9.1. i 4.9.2. OPZ, przed zawarciem umowy. Wobec faktu, że ww. dokumenty stanowią przedmiotowe środki dowodowe, powyższe postanowienie swz jest niezgodne z art. 107 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało uwzględnione i Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji swz w ten sposób, aby wykonawcy mieli obowiązek złożenia ww. dokumentów wraz z ofertą.

Odnosząc się do zarzutu nr 7, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że został on wskazany przez odwołującego jako zarzut ewentualny „na wypadek nieuwzględnienia zarzutu o którym mowa w pkt 5, lub przesunięciu przez Zamawiającego momentu składania żądanego dokumentu zgodnie z przepisami PZP". O ile można domniemywać, że odwołujący miał na myśli nieuwzględnienie zarzutu nr 6 (a nie zarzutu nr 5), o tyle druga część cytowanego wyżej sformułowania pozostawia wątpliwości co do intencji odwołującego. Dlatego też Izba, mimo uwzględnienia zarzutu nr 6, rozpoznała także zarzut nr 7.

Przede wszystkim na podstawie dowodów złożonych na rozprawie przez zamawiającego, Izba ustaliła, że w ramach prowadzonego dialogu technicznego uczestniczący w nim wykonawcy odpowiadali m.in. na następujące pytanie: „2.3. Czy oferowane przez Uczestnika urządzenia pomiarowe posiadają (a) świadectwo wzorcowania lub deklarację zgodności pomiarów pyłów PM 10 i PM2,5 z metodykami referencyjnymi lub (b) wyniki długoterminowych pomiarów porównawczych użytych mierników z urządzeniem referencyjnym. W przypadku (b) proszę dostarczyć zestaw danych pomiarowych z pomiarów równoległych wraz ze wskazaniem dat i miejsc prowadzenia pomiarów, rodzaju (modelu) urządzenia działającego w oparciu o metodykę referencyjną, użytego w pomiarach równoległych oraz wartości błędów pomiarowych a także opis warunków (w szczególności meteorologicznych), w których badania były przeprowadzone."

Na tak postawione pytanie pięciu wykonawców odpowiedziało twierdząco, w tym również odwołujący. Wobec powyższego nie można uznać za zasadny zarzut nr 7, w którym odwołujący twierdzi, że nie jest możliwe złożenie wymaganych dokumentów.

Za gołosłowne Izba uznała również twierdzenia odwołującego, jakoby wymogi z pkt 4.9.1. i pkt 4.9.2. OPZ faworyzowały przystępującego. Odwołujący nie wykazał zasadności tego zarzutu, poza tym przeczą temu wyżej wskazane dowody złożone przez zamawiającego.

Nie można także zgodzić się z odwołującym, że dokumenty wymagane przez zamawiającego w pkt 4.9.1. i 4.9.2. OPZ nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nie są związane z przedmiotem zamówienia. Dokumenty te służą potwierdzeniu spełniania wymagań przez urządzenia będące przedmiotem zamówienia i mogą być złożone przez co najmniej kilku wykonawców na rynku, zatem zarzut naruszenia art. 106 ust. 2 ustawy Pzp oraz zasady uczciwej konkurencji, nie może być uznany za zasadny. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Odnosząc się do zarzutu nr 8 dotyczącego sposobu określenia wartości prawa opcji, należy zauważyć, że po uwzględnieniu tego, że:

- zamówienie dzieli się na dwa etapy, z których etap I dotyczy dostawy, a etap II – usługi utrzymania i serwisu,
- kwestionowana treść § 2 ust. 2 pkt 2 projektu umowy dotyczy wartość prawa opcji w zakresie usługi utrzymania i serwisu (etap II),

wprowadzona przez zamawiającego zmiana treści § 2 ust. 2 pkt 2 projektu umowy, staje się jasna. W ww. postanowieniu projektu umowy chodzi o to, że wartość opcji wraz z zamówieniem podstawowym w zakresie usług utrzymania / serwisu nie może być wyższa niż 80% wartości środków wykorzystanych na realizację dostawy wraz z prawem opcji. Innymi słowy: całkowita wartość usługi utrzymania / serwisu (etap II) nie przekroczy 80% wartości dostawy wraz z opcją w zakresie dostawy (etap I).

Dostrzeżenie kwestii wskazanych powyżej powoduje zatem, że kwestionowane w odwołaniu postanowienie projektu umowy staje się czytelne i zrozumiałe. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Odnosząc się do zarzutu nr 9, należy przede wszystkim zauważyć, że dokument, którego zarzut ten dotyczy i którego udostępnienia odwołujący żąda, jest w posiadaniu odwołującego, co sam odwołujący przyznał. Tym samym odwołujący nie może ponieść żadnej szkody z tytułu jego nieudostępnienia, bo go posiada.

Odwołujący powoływał się na potencjalną szkodę polegającą na tym, że inni wykonawcy, jeśli dowiedzą się o istnieniu tego dokumentu, mogą wnieść odwołania, co utrudni realizację zamówienia w terminie, może skutkować wykluczeniem odwołującego z postępowania albo unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, tj. z powodu wady uniemożliwiającej zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Po pierwsze, Izba nie dostrzegła żadnej podstawy prawnej z art. 108 lub art. 109 ustawy Pzp, które w okolicznościach wskazanych przez odwołującego mogłyby skutkować jego wykluczeniem z postępowania. Po drugie, należy zauważyć, że aby było możliwe zastosowanie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, musi zachodzić którakolwiek z przesłanek określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, skutkujących unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tymczasem brak udostępnienia wykonawcom jakiegoś dokumentu (abstrahując od oceny niezbędności tego udostępnienia), w świetle przesłanek z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, nie stanowi podstawy unieważnienia umowy. Tym samym nie można uznać, że kwestia nieudostępnienia wykonawcom jakiegoś dokumentu, może prowadzić do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że skoro odwołujący jest w posiadaniu pisma procesowego, którego dotyczy zarzut nr 9, to odwołujący nie ma legitymacji do złożenia odwołania w zakresie tego zarzutu. Brak udostępnienia tego pisma innym wykonawcom nie prowadzi do powstania po stronie odwołującego żadnej szkody, w szczególności w postaci wykluczenia odwołującego z postępowania lub unieważnienia tego postępowania.

Należy przy tym dodać, że przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, mają charakter materialnoprawny (por. KIO 43/20). Tym samym stwierdzenie braku legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania musi prowadzić do oddalenia odwołania. Dlatego też odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129).

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w

oparciu o stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. W szczególności Izba oparła się na dowodach złożonych przez zamawiającego, w postaci: odwołania Airly sp. z o.o. z dnia 07.05.2021 r., protokołu rozprawy z dnia 27.07.2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1363/21, pisma odwołującego z dnia 13.07.2021 r., odpowiedzi pięciu wykonawców (Airly sp. z o.o., Far Data, Envimet Services, Atmoterm, Syngeos) udzielonych w ankiecie w ramach prowadzonego dialogu technicznego. Izba uznała za nieprzydatne dowody złożone przez przystępującego w postaci wydruków ze stron internetowych firm Airfox oraz Syngeos, ponieważ z wydruków tych nie wynika, że wskazane w nich urządzenia spełniają wszystkie wymagania określone w swz, w tym wymagania opisane w pkt 4.9.1. i 4.9.2. OPZ, jak też w postaci pozostałych wydruków złożonych przez przystępującego z uwagi na ich treść w języku angielskim, co jest niezgodne z art. 506 ustawy Pzp nakazującym składanie dokumentów w języku polskim lub z tłumaczeniem na język polski. Izba uznała także za nieprzydatne dowody złożone przez odwołującego w postaci zdjęć urządzeń, ponieważ wygląd tych urządzeń nie ma znaczenia dla ww. okoliczności faktycznych i prawnych, które przesądzają o sposobie rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 8 ust. 1 w zw. z § 9 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Dokonując podziału kosztów Izba uwzględniła, że spośród 11 zarzutów:

1)1 zarzut został uwzględniony (zarzut nr 6),
2)4 zarzuty zostały oddalone (zarzut nr 2 w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, zarzut nr 7, zarzut nr 8 i zarzut nr 9),
3)5 zarzutów zostało odrzuconych (zarzut nr 2 w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zespołu osób, zarzut nr 2 w zakresie kryterium oceny ofert „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia", zarzut nr 3, zarzut nr 4 i zarzut nr 5),
4)1 zarzut został cofnięty po otwarciu rozprawy.

Tym samym koszty postępowania odwoławczego obciążają: zamawiającego w zakresie jednego zarzutu uwzględnionego, odwołującego – w zakresie łącznie 10-ciu zarzutów oddalonych / odrzuconych i zarzutu cofniętego po otwarciu rozprawy. Dlatego też Izba obciążyła zamawiającego ww. kosztami w części 1/11, zaś odwołującego – w części 10/11.

Na koszty postępowania odwoławczego składają się: 15.000 zł - wpis od odwołania, 3.600 zł - koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz 2880 zł - koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, co razem daje kwotę 21.480 zł. Z tej kwoty 1/11 stanowi 1.952,73 zł, zaś 10/11 stanowi 19.527,27 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 18.600 zł (15.000 zł - wpis oraz 3.600 zł - wynagrodzenia pełnomocnika), a powinien ponieść je w wysokości 19.527,27 zł (adekwatnie do 10-ciu zarzutów). Z kolei zamawiający poniósł dotychczas koszt 2.880 zł (koszt wynagrodzenia pełnomocnika), a powinien ponieść koszty w wysokości 1.952,73 zł (adekwatnie do jednego zarzutu). Oznacza to, że odwołujący powinien zwrócić zamawiającemu kwotę 927,27 zł, aby każda ze stron ostatecznie poniosła koszty w wysokości odpowiadającej wynikowi postępowania odwoławczego (2880 – 1952,73 = 927,27 oraz 19.527,27 – 18.600 = 927,27). Zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia, koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych. Stąd Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 928 zł.

Przewodniczący ...……..