Sygn. akt: KIO 2694/23

WYROK
z dnia 27 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko
Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2023 r. przez wykonawcę **Supersnow S.A., ul. Ks. Antoniego Siudy 11, 34-436 Maniowy** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Szczyrku, ul. Plażowa 8, 43-370 Szczyrk**

orzeka:

1.Oddala odwołanie w zakresie zarzutów:

- naruszenia art. 27 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (w zw. z art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) – poprzez kwalifikację zamówienia jako roboty budowalne,

- naruszenia art. 7 pkt 15 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 24 w zw. z art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez niedopuszczenie składania ofert częściowych, a w konsekwencji naruszenia art. 16 pkt. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw.
z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – poprzez niedopuszczenie możliwości składania ofert częściowych,

- naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1, 2
i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia
w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
w tym w sposób niejednoznaczny (nieprzejrzysty) i niewyczerpujący lub uniemożliwiający przedstawienie rozwiązań równoważnych w zakresie parametrów/warunków:

- *Armatki śnieżne innowacyjne tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 3 lata* (zob. 4.3.1. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia)
- *Minimalna sumaryczna moc silników kompresora i wentylatora 18 kW* (zob. 4.3.1. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia)
- *Moc zastosowanego ogrzewania pulsacyjnego nie wyższa niż 1,3 kW* (zob. 4.3.1. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia)

2.Umarza postępowanie w pozostałym zakresie
3.Kosztami postępowania obciąża Supersnow S.A. i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Supersnow S.A. tytułem wpisu od odwołania,
3.2.zasądza od Supersnow S.A. na rzecz Centralnego Ośrodka Sportu – Ośrodka Przygotowań Olimpijskich w Szczyrku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) 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 2694/23

U z a s a d n i e n i e

Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Szczyrku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa Ośrodka w obrębie masywu Skrzycznego-Przebudowa i modernizacja systemu naśnieżania tras narciarskich: KASKADA, WIDOKOWA-FIS ONDRASZEK”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu

zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 września 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00380581.

W dniu 11 września 2023 r. wykonawca Supersnow S.A. z siedzibą w Maniowach (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia: specyfikacji warunków zamówienia i opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 6), oraz projektu umowy (załącznik nr 5).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Zarzut 1: Naruszenie art. 27 ust. 1 ustawy Pzp (w zw. z art. 3 ustawy Pzp) – poprzez kwalifikację zamówienia jako roboty budowalne, w sytuacji, gdy głównym (najdroższym) przedmiotem zamówienia są dostawy (armatek), wskutek czego:

a) doszło do błędnej kwalifikacji rodzaju zamówienia (roboty budowlane);

b) powyższe implikuje na:

- przeprowadzenie postępowania w nieprawidłowym trybie, tj. w trybie podstawowym;

- ominięcie właściwych reguł postępowania właściwego dla zamówień powyżej progów unijnych dla dostaw (art. 3 ustawy Pzp).

2. Zarzut 2: Naruszenie art. 7 pkt. 15 ustawy Pzp w zw. z art. 24 w zw. z art. 3 ustawy Pzp – poprzez niedopuszczenie składania ofert częściowych; błędne założenie, że zamówienie jest niepodzielne i nie może zostać zrealizowane w częściach, zwłaszcza w sytuacji, gdy zostało podzielone na 4 etapy, których realizacja następuje odpowiednio do 60, 65, 410 i 415 dni od momentu zawarcia umowy – a w związku z tym zarzut naruszenia 16 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp – poprzez niedopuszczenie możliwości składania ofert częściowych, tj. na każdy z rodzajów armatek (przedmiotem Zamówienia są odpowiednio 24 armatki jednego typu i 3 armatki innego typu), jak to miało miejsce np. w przypadku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego pn. „Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku" - II części, DZP/Sz/22/2020".

3. Zarzut 3: Naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w tym w sposób niejednoznaczny (nieprzejrzysty) i niewyczerpujący lub uniemożliwiający przedstawienia rozwiązań równoważnych w zakresie następujących parametrów/warunków:

A. W odniesieniu do SWZ – załącznik nr 6 (opisu przedmiotu zamówienia) w zakresie dostawy (armatek śnieżnych – tj. Parametry techniczno-użytkowe armatek /stacjonarne/ – 24 szt.):

1) 2) Armatki śnieżne innowacyjne tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 3 lata (zob. 4.3.1. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia);

2) 3) Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego (zob. 4.3.1. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia);

3) 8) Minimalna sumaryczna moc silników kompresora i wentylatora 18 kW, (zob. 4.3.1. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia)

4) 11) Regulacja pionowa tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego i napędu manualnego (zob. 4.3.1. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia)

5) 15) Moc zastosowanego ogrzewania pulsacyjnego nie wyższa niż 1,3 kW, (zob. 4.3.1. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia)

B. W odniesieniu do SWZ – załącznik nr 6 (opisu przedmiotu zamówienia) w zakresie dostawy (armatek śnieżnych – tj. Parametry techniczno-użytkowe armatek - 3 szt.):

1) 2. Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego (zob. 4.3.2. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia)

2) 7. Podnoszenie tuby: automatyczne i ręczne, (zob. 4.3.2. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia)

3) 8. Regulacja pozioma tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego (zob. 4.3.2. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia)

4) 11. Minimalna liczba sterowanych zaworów wodnych 15szt, (zob. 4.3.2. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia);

5) 13. Przewód elektryczny zasilający typ CU 4x6 mm² w oprawie gumowej z wtyczką 5 bolców 63 A długość min. 20 m wraz z kablem komunikacyjnym automatycznego sterowania napędu o długości min. 20 m na odcinku hydrant – armatka, (zob. 4.3.2. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia);

6) 18. Kompresor – bezolejowy łopatkowy, (zob. 4.3.2. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia);

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i uznanie, że treść ogłoszenia (w tym SWZ) w zakresie opisanym powyżej, naruszała przepisy ustawy Pzp, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;

oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) w odniesieniu do zarzutów 1 i 2 – unieważnienie postępowania, nakazanie przeprowadzenia postępowania we właściwym trybie (w tym określeniem właściwego rodzaju przedmiotu postępowania, tj. dostawy) – przy uwzględnieniu progów unijnych oraz nakazanie umożliwienia składania ofert częściowych;

2) w odniesieniu do zarzutu 3:

A. w zakresie zarzutów z lit. „A" odpowiednio:

- wykreślenie z parametru: 2) Armatki śnieżne innowacyjne tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 3 lata – zwrotu „tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 3 lata" względnie poprzez zmianą opisu określającego cechę armatki śnieżnej, tj. sprecyzowanie co oznacza „innowacyjność" bez odnoszenia się do roku produkcji (który nie determinuje tego czy dany produkt jest innowacyjny, czy nie);

- wykreślenie parametru 2. Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego) względnie poprzez zmianę opisu tego parametru poprzez dodanie zwrotu: „lub równoważny" z określeniem równoważności m.in. w zakresie możliwości zastosowania oleju hydraulicznego, który będzie biodegradowalny;

- wykreślenie parametru: „8) Minimalna sumaryczna moc silników kompresora i wentylatora 18 kW", względnie poprzez zmianę opisu tego parametru w ten sposób, aby przyjęło treść: 8) Minimalna sumaryczna moc silników kompresora i wentylatora 12 kW;

- wykreślenie z opisu parametru „11) Regulacja pionowa tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego i napędu manualnego" – zwrotu: „i napędu manualnego" względnie w miejsce zwrotu „i napędu manualnego" zmianą opisu w ten sposób, aby przyjęło treść: „oraz możliwa przy pomocy przycisków mechanicznych" względnie zmianę opisu tego parametru w ten sposób, aby wynikało z niego w sposób jednoznaczny do czego ma się odnosić / co oznacza „napęd manualny" (jak to rozumieć?) oraz dodanie zwrotu: „lub równoważny" z określeniem równoważności w zakresie możliwości zastosowania rozwiązania przewidującego wyłącznie automatycznie podnoszenie tuby (lub z wykorzystaniem przycisków mechanicznych);

- wykreślenie z opisu parametru „15) Moc zastosowanego ogrzewania pulsacyjnego nie wyższa niż 1,3 kW," względnie zmianę tego parametru w ten sposób, aby przyjęło treść: „15) Moc zastosowanego ogrzewania pulsacyjnego nie wyższa niż 2,1 kW"

B. w zakresie zarzutu z lit. „B" odpowiednio:

- wykreślenie parametru 2. Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego (zob. 4.3.2. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia) względnie poprzez zmianę opisu tego parametru poprzez dodanie zwrotu: „lub równoważny" z określeniem równoważności m.in. w zakresie możliwości zastosowania oleju hydraulicznego, który będzie biodegradowalny.

- wykreślenie parametru „7. Podnoszenie tuby: automatyczne i ręczne" względnie zmianę zwrotu: „i ręczne", względnie w miejsce zwrotu „i ręcznie" zmianą opisu w ten sposób, aby przyjęła treść: „oraz możliwe przy pomocy przycisków mechanicznych" , względnie zmianę opisu tego parametru: „Podnoszenie tuby: automatyczne i ręczne" w ten sposób, aby wynikało z niego w sposób jednoznaczny do czego ma się odnosić „ponoszenie ręczne tuby" (jak to rozumieć?) oraz dodanie zwrotu: „lub równoważny" z określeniem równoważności w zakresie możliwości zastosowania rozwiązania przewidującego wyłącznie automatycznie podnoszenie tuby (lub z wykorzystaniem przycisków mechanicznych);

- wykreślenie parametru „8. Regulacja pozioma tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego" względnie poprzez dodanie zwrotu: „lub równoważny" z określeniem równoważności m.in. w zakresie możliwości zastosowania w miejsce napędu elektrycznego napędu hydraulicznego;

- wykreślenie parametru „11. Minimalna liczba sterowanych zaworów wodnych 15szt" względnie zmianę tego parametru w ten sposób (aby wymóg ten spełniał również warunek proporcjonalności względem przedmiotu zamówienia), aby przyjął on następujące brzmienie: „minimalna ilość stopni wydajności przepływu wody - 15";

- wykreślenie parametru „13. Przewód elektryczny zasilający typ CU 4x6 mm² w oprawie gumowej z wtyczką 5 bolców 63 A długość min. 20 m wraz z kablem komunikacyjnym automatycznego sterowania napędu o długości min. 20 m na odcinku hydrant – armatka"- względnie zmianę tego parametru w ten sposób (aby wymóg ten spełniał również warunek proporcjonalności względem przedmiotu zamówienia) – tj. dopuszczenie przewodów 5x10mm2;

- wykreślenie parametru „18. Kompresor – bezolejowy łopatkowy” względnie poprzez zmianę tego parametru o treści: „Kompresor – bezolejowy łopatkowy” poprzez dodanie zwrotu: „lub równoważny” z określeniem równoważności m.in. w zakresie możliwości zastosowania
w miejsce kompresora - bezolejowego łopatkowego – kompresor tłokowy;

oraz usunięcie analogicznych postanowień zawartych w treści ogłoszenia o zamówieniu;

2. rozpoznanie odwołania na rozprawie;

3. przeprowadzenie dowodu z:

1) dokumentów:

a) ze specyfikacji urządzenia TR9 marki TechnoAlpin – na fakt treści tejże specyfikacji; warunków Zamówienia wskazujących na specyfikację tego urządzenia;

b) ze specyfikacji urządzenia TR10 marki TechnoAlpin (i treści dotyczącej tego urządzenia znajdującej się na stronie www) – na fakt treści tejże specyfikacji; warunków Zamówienia wskazujących na specyfikację tego urządzenia;

c) dokumentów zamówienia publicznego (dostępne pod linkiem:) na fakt ich treści;

d) analizy potrzeb i wymagań w zakresie określonym w art. 83 ustawy Pzp (z zanonimizowaną treścią odnoszącą się do kwot ofert i kwoty szacowanej wartości zamówienia), oraz dokument szacowania wartości zamówienia (z uwzględnieniem wartości dla poszczególnych rodzajów przedmiotu zamówienia, tj. dostawy oraz robót budowlanych) - na fakt treści tego dokumentu, skonkretyzowanych potrzeb Zamawiającego z perspektywy SWZ w zaskarżonej części, wartości poszczególnych części zamówienia (tj. w części dotyczącej dostaw oraz w części dotyczącej robót budowlanych);

e) dowodów wskazanych w treści uzasadnienia na fakty tamże opisane;

2) opinii biegłego (obejmującego specjalizacją konstrukcję armatek śnieżnych/systemów naśnieżania) – na fakt:

a) ustalenia czy opis przedmiotu Zamówienia sugeruje/faworyzuje określonego producenta/dostawcę armatek śnieżnych;

b) ustalenia czy opis przedmiotu zamówienia – w zakresie objętym zaskarżeniem, jest proporcjonalny i uzasadniony względem przedmiotu Zamówienia, czy zaskarżone postanowienia/wymagania/parametry skutkują zawężeniem możliwości złożenia oferty przez dostępnych na rynku producentów/dostawców armatek śnieżnych;

c) ustalenia czy dopuszczenie rozwiązań równoważnych lub wprowadzenie zmian wnioskowanych przez Odwołującego nie wpływa na rękojmie prawidłowego wykonania przedmiotu Zamówienia.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, obejmujące opłatę od wpisu od odwołania, poniesione koszty wynagrodzenia pełnomocnika i jego wydatki – zgodnie z rozrachunkiem, który zostanie przedstawiony do czasu zamknięcia rozprawy.

Ponadto, Odwołujący wniósł o skierowanie przez Przewodniczącego Składu Orzekającego (Członków Składu Orzekającego) pytań do Zamawiającego w przedmiocie dotyczącym przedmiotu podniesionych przez Odwołującego zarzutów, w tym mianowicie:

a) czy nie jest korzystna z perspektywy ekonomicznej (jak i ekologicznej) niższa sumaryczna moc silników i kompresora i wentylatora – w sytuacji, gdy niższa sumaryczna moc mogłaby zapewnić co najmniej takie same parametry wydajnościowe urządzenia naśnieżającego przy mniejszym zapotrzebowaniu na energię elektryczną?

b) wyjaśnienie wymogów określonej minimalnej ilości zaworów wodnych, rodzaju przewodu elektrycznego, regulacji tuby, rodzaju kompresora, braku oleju hydraulicznego – z perspektywy celu i korzyści z takich wymogów, jak i braku rozwiązań innych pozwalających uzyskać co najmniej równoważne korzyści pod względem ekonomicznym, ekologicznym jak i serwisowym;

c) wyjaśnienie, dlaczego w zakresie armatek (24 szt.) występuje wymóg innowacyjności, tj. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 3 lata, zaś w zakresie armatek (3 szt.) brak takiego wymogu – z perspektywy dostępnych na rynku armatek i ograniczenia konkurencji?

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący argumentował jak następuje.

Ad zarzut 1

[w kwestii nieprawidłowej kwalifikacji rodzaju zamówienia / „ominięcia” reguł właściwych dla postępowań właściwych dla zamówień powyżej progów unijnych]

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 27 ust. 1 ustawy Pzp poprzez kwalifikację zamówienia jako roboty budowalne w sytuacji, gdy głównym (najdroższym) przedmiotem zamówienia są dostawy (armatek), wskutek czego doszło do błędnej kwalifikacji rodzaju zamówienia (roboty budowlane), zaś to implikuje na przeprowadzenie postępowania w nieprawidłowym trybie, tj. w trybie podstawowym oraz doszło do „ominięcia" właściwych reguł postępowania właściwego dla zamówień powyżej progów unijnych dla dostaw (art. 3 ustawy Pzp).

Zdaniem Odwołującego, nie bez znaczenia jest przy tym założone w postępowaniu podzielenie zamówienia na 4 etapy (z czego pierwsze dwa mają być zrealizowane odpowiednio do 60 i 65 dni od momentu zawarcia umowy, zaś pozostałe dwa odpowiednio do 410 i 415 dni od momentu zawarcia umowy).

Odwołujący za poglądem wyrażonym w doktrynie wskazał, że: „w przypadku gdy zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia. Przykładowo takie rozważania prowadził Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu z 19.04.1994 r., C-331/92, Gestión Hotelera Internacional v. Comunidad Autónoma de Canarias i in., EU:C:1994:155, dotyczącym ustalenia, czy zamówienie mieszane obejmujące zarówno wykonanie robót, jak i przekazanie własności jest objęte zakresem dyrektywy 71/305. Do tej oceny Trybunał udzielił sądowi odsyłającemu pewnych wskazówek. Przede wszystkim jeżeli roboty, które miały być wykonywane w hotelu i kasynie, mają charakter jedynie incydentalny w stosunku do przekazania własności, to zamówienie takie nie powinno być uznane za zamówienie na roboty budowlane. Jeżeli jednak roboty te są raczej pochodne, aniżeli stanowią przedmiot zamówienia, nie uzasadniają traktowania danego zamówienia jako zamówienia na roboty budowlane. W orzeczeniu tym Trybunał stwierdził: „Zamówienie mieszane dotyczące zarówno wykonania robót, jak i przekazania własności nie jest objęte Dyrektywą Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 roku dotyczącą koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, o ile roboty budowlane są raczej pochodne, niż stanowią przedmiot zamówienia". [zob.: Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, Opublikowano: LEX/el. 2023].

„W przypadku zamówień mieszanych obejmujących równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane głównym przedmiotem zamówienia będzie część związana z celem, efektem końcowym udzielenia zamówienia bez względu na jej wartość. Z powyższym przepisem powiązany jest wynikający z dyrektyw zakaz obejścia ustawy. „Kwalifikacja zamówienia mieszanego jako zamówienia na usługi, dostawy, roboty budowlane lub usługi społeczne i inne szczególne usługi jest istotna dla ustalenia właściwych progów unijnych określonych w art. 3 Pzp. Połączenie różnych rodzajów zamówień może więc, w pewnych okolicznościach (np. w przypadku połączenia usług z robotami budowalnymi lub usługami społecznymi oraz innymi szczególnymi usługami), prowadzić do niestosowania odpowiednich przepisów Pzp. Jak wynika z motywu 8 dyrektywy klasycznej oraz motywu 10 dyrektywy sektorowej, celem dyrektywy nie jest przesądzenie o łącznym lub oddzielnym udzielaniu zamówień. Należy mieć jednak na względzie stanowisko TSUE, który wyklucza możliwość sztucznego łączenia różnych rodzajów zamówień, bez żadnego związku wynikającego ze wspólnego celu lub zdarzenia, wyłącznie w celu uniknięcia zastosowania przepisów dyrektyw. Zamawiający nie może więc łączyć różnych rodzajów zamówień, jeżeli zamówienia są zwykle udzielane oddzielnie i ich połączenie w konkretnym przypadku nie jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami, a przy tym prowadzi do uniknięcia stosowania przepisów Pzp." [zob.: Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, Opublikowano: LEX/el. 2023].

Ad zarzut 2

[w kwestii niedopuszczenia składania ofert częściowych]

Odwołujący podniósł, że Zamawiający przyjął błędne założenie, że zamówienie jest niepodzielne i nie może zostać zrealizowane w częściach, zwłaszcza w sytuacji, gdy zostało podzielone na 4 etapy, których realizacja następuje odpowiednio do 60, 65, 410 i 415 dni od momentu zawarcia umowy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający stosując określone wymogi (kwestionowane przez Odwołującego) w zakresie danego rodzaju armatek w istocie ze wszystkich etapów dyskwalifikuje możliwość złożenia oferty przez dostawców armatek, które pod względem ekonomicznym, ekologicznym, jak i serwisowym mogłyby zostać wykorzystane.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, doszło do naruszenia art. 7 pkt. 15 ustawy Pzp w zw. z art. 24 w zw. z art. 3 ustawy Pzp. Jak zauważył Odwołujący, nie bez znaczenia jest przy tym zakres i czas realizacji danych etapów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w postępowaniu pn.: Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku" – II części, DZP/Sz/22/2020" dopuścił możliwość składania ofert częściowych.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, implikuje na naruszenie 16 pkt. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że art. 91 ustawy Pzp jest implementacją art. 46 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE oraz motywu 78 preambuły do tej dyrektywy. W świetle tych unijnych regulacji, zamawiający powinien rozważyć podzielenie danego zamówienia na części tak, aby ułatwić udział małych i średnich przedsiębiorstw (MSP) w postępowaniu. Zgodnie ze wskazanym motywem dyrektywy: „Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. 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. Przyczyny te mogłyby być na przykład następujące: 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."

Odwołujący stwierdził, że wskazany przez Zamawiającego powód powód niedokonania podziału zamówienia na części jest nie tylko dyskusyjny, ale przede wszystkim niezasadny. Według Zamawiającego, okoliczność ta jest istotna z uwagi na przytoczoną powyżej argumentację, a także ze względu na fakt, że Zamawiający w ramach postępowania prowadzonego w 2020 r. pn. „Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku" - II części, DZP/Sz/22/2020 dokonał podziału zamówienia na 2 części (tj. odpowiednio do rodzaju armatek, które były przedmiotem zamówienia).

Odwołujący zauważył, że brak podziału Zamówienia, z uwagi na ograniczający konkurencję opis przedmiotu zamówienia – w zakresie danego rodzaju armatek, w istocie prowadzi do ograniczenia konkurencji w zakresie możliwości złożenia oferty przez wykonawców, o ile bowiem w zakresie danego rodzaju armatki – dani producenci/dostawcy mogliby złożyć ofertę, to w zakresie wymogów dotyczących obu rodzajów armatek dochodzi do faktycznego ich wyeliminowania z możliwości składania oferty na całość przedmiotu zamówienia.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, stanowi o naruszeniu art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Ad zarzut 3

[naruszenie konkurencji, faworyzowanie jednego dostawcy, opis niezgodny z ustawą Pzp]

2) Armatki śnieżne innowacyjne tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 3 lata (zob. 4.3.1. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia); (zarzut 3 lit. A ppkt. 1)

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wskazuje na innowacyjne armatki – nie określając co należy rozumieć przez zwrot „innowacyjny". W ocenie Odwołującego, odniesienie się do kwestii modelu produkcyjnego, czy liczby lat na rynku nie stanowi samo przez się, czy dany produkt jest innowacyjny, czy nie. Zdaniem Odwołującego, wymagane jest sprecyzowanie przez Zamawiającego tego określenia z jednoczesnym usunięciem odniesienia się do liczby lat na rynku (produkt ma bowiem spełniać założone w SWZ cechy funkcjonalne/techniczne/etc.).

Tym samym, zdaniem Odwołującego, wskazany parametr jest nieodpowiedni i powinien ulec usunięciu lub zmianie.

3) Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego (zob. 4.3.1. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia) (zarzut 3 lit. A ppkt. 2)

Odwołujący podał, że występują na rynku – w tym w urządzeniach Odwołującego – agregaty hydrauliczne, które są niezbędne do pracy urządzenia. Odwołujący zwrócił uwagę, że zastosowany może być olej biodegradowalny. Rozwiązania bezolejowe (olej hydrauliczny), zdaniem Odwołującego, w sposób znaczny ograniczają zasady uczciwej konkurencji
i równego traktowania. Równoważne rozwiązania w takim wypadku powinny zostać dopuszczone.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, wskazany parametr jest nieodpowiedni i powinien ulec usunięciu lub zmianie.

„8) Minimalna sumaryczna moc silników kompresora i wentylatora 18 kW, (zob. 4.3.1. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia)" (zarzut 3 lit. A ppkt. 3)

Odwołujący zauważył, że technologia stosowana przez Odwołującego pozwala na zapewnienie takich samych parametrów wydajnościowych urządzenia naśnieżającego przy mniejszym zapotrzebowaniu na energię elektryczną – o sumarycznej mocy 12,5 kW. Tym samym, w opinii Odwołującego, skarżona regulacja ogranicza konkurencję, jak i jest nieodpowiednia.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, wskazany parametr jest nieodpowiedni i powinien ulec usunięciu lub zmianie.

11) Regulacja pionowa tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego
i napędu manualnego, (zob. 4.3.1. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia) (zarzut 3 lit. A ppkt.4)

W ocenie Odwołującego, kwestia napędu manualnego zdaje się być nieodpowiednią (zbędną) funkcją dublowania napędów służących do podnoszenia i opuszczania tuby. Napęd elektryczny jest wymagany ze względu na możliwość zdalnego sterowania kątem nachylenia tuby podczas pracy maszyny bez konieczności podchodzenia do urządzenia. Urządzenia Odwołującego również posiadają możliwość zmiany kąta nachylenia tuby za pomocą przycisków mechanicznych, do których operator posiada bezpośredni dostęp będąc przy maszynie, a które znajdują się na panelu operatorskim zintegrowanym z maszyną. Zdaniem Odwołującego, obecność przycisków mechanicznych oraz bezpośredni dostęp do tych przycisków przez operatora w 100% zaspokaja potrzeby klientów związanych ze sposobami sterowania nachyleniem tuby. Tym samym, w opinii Odwołującego, skarżona regulacja ogranicza konkurencję, jak i jest nieproporcjonalna, nieodpowiednia. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, nie jest wiadomym, co Zamawiający ma na myśli poprzez „napęd manualny" – nie zostało to wyjaśnione.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, wskazany parametr jest nieodpowiedni i powinien ulec usunięciu lub zmianie.

15) Moc zastosowanego ogrzewania pulsacyjnego nie wyższa niż 1,3 kW, (zob. 4.3.1. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia) (zarzut 3 lit. A ppkt. 5)

Odwołujący podał, że konstrukcja pierścienia wodno-powietrznego urządzenia Odwołującego wymusza zastosowanie mocy ogrzewania pulsacyjnego na poziomie 2,1 kW. Jak stwierdził Odwołujący, warunek stawiany dla urządzenia naśnieżającego nie jest odpowiedni ani proporcjonalny. Odwołujący zauważył, że pulsacyjne zużycie energii nie ma tak dużego wpływu na konsumpcję energii elektrycznej podczas pracy urządzenia, jak zużycie energii przez największe odbiorniki energii jakimi są wentylator oraz kompresor. Te dwa odbiorniki, czyli wentylator oraz kompresor pracują przez cały czas podczas pracy urządzenia naśnieżającego, natomiast ogrzewanie, jak zostało określone w przetargu, jest pulsacyjne
i odznacza się o rząd mniejszej wielkości zużycia energii. Odwołujący wskazał, że ważne jest całkowite zużycie energii przez maszynę naśnieżającą przy zachowaniu porównywalnych poziomów efektywności produkcji śniegu. Odwołujący stwierdził, że urządzenia Odwołującego podczas zbliżonych poziomów efektywności zużywają mniej energii elektrycznej w porównaniu z maszynami konkurencji.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, wskazany parametr jest nieodpowiedni i powinien ulec usunięciu lub zmianie.

2. Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego (zob. 4.3.2. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia) (zarzut 3 lit. B ppkt. 1)

Odwołujący podał, że występują na rynku – w tym w urządzeniach Odwołującego – agregaty hydrauliczne, które są niezbędne do pracy urządzenia. Odwołujący zwrócił uwagę, że zastosowany może być olej biodegradowalny. Rozwiązania bezolejowe (olej hydrauliczny), zdaniem Odwołującego, w sposób znaczny ograniczają zasady uczciwej konkurencji
i równego traktowania. Równoważne rozwiązania w takim wypadku powinny zostać dopuszczone.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, wskazany parametr jest nieodpowiedni i powinien ulec usunięciu lub zmianie.

7. Podnoszenie tuby: automatyczne i ręczne, (zob. 4.3.2. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia) (zarzut 3 lit. B ppkt. 2)

W ocenie Odwołującego, kwestia podnoszenia „ręcznego" zdaje się być nieodpowiednią (zbędną) funkcją dublowania napędów służących do podnoszenia i opuszczania tuby. Co więcej, jak wskazał Odwołujący, nie jest jasne co rozumieć przez „ręczne" podnoszenie. Odwołujący stwierdził, że napęd elektryczny jest wymagany ze względu na możliwość zdalnego sterowania kątem nachylenia tuby podczas pracy maszyny bez konieczności podchodzenia do urządzenia. Odwołujący podał, że urządzenia Odwołującego również posiadają możliwość zmiany kąta nachylenia tuby za pomocą przycisków mechanicznych, do których operator posiada bezpośredni dostęp będąc przy maszynie, a które znajdują się na panelu operatorskim zintegrowanym z maszyną. W ocenie Odwołującego, obecność przycisków mechanicznych oraz bezpośredni dostęp do tych przycisków przez operatora
w 100% zaspokaja potrzeby klientów związanych ze sposobami sterowania nachyleniem tuby. Zdaniem Odwołującego, skarżona regulacja ogranicza konkurencję oraz jest nieproporcjonalna, nieodpowiednia.

Tym samym wskazany parametr jest nieodpowiedni i powinien ulec usunięciu lub zmianie.

8. Regulacja pozioma tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego, (zob. 4.3.2. załącznika 6 SWZ

– opis przedmiotu zamówienia) (zarzut 3 lit. B ppkt. 3)

Odwołujący stwierdził, że napęd elektryczny jest bardziej awaryjny, w szczególności względem silników hydraulicznych z uwagi na niesprzyjające zespołom elektrycznym warunki (armatki śnieżne wykorzystywane są na zewnątrz, w zimie, w różnym zakresie temperatur i warunków atmosferycznych). Odwołujący stwierdził, że powinny zostać dopuszczone równoważne rozwiązania, zwłaszcza rozwiązanie opierające się na zastosowaniu napędu hydraulicznego. Odwołujący podniósł, że brak uzasadnienia, jak i adekwatności, aby mógł być stosowany tylko napęd elektryczny, skoro równie odpowiednie mogą być inne rozwiązania.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, wskazany parametr jest nieodpowiedni i powinien ulec usunięciu lub zmianie.

11. Minimalna liczba sterowanych zaworów wodnych 15szt, (zob. 4.3.2. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia (zarzut 3 lit. B ppkt. 4)

Odwołujący stwierdził, że występują, w tym w urządzeniach Odwołującego, rozwiązania polegające na tym, że mając 4 zawory wodne można ustawić 16 poziomów przepływu wody przez maszynę, co pozwala tymże urządzeniom dostosować swój przepływ do panujących warunków atmosferycznych z bardzo dużą dokładnością do ok 20 l/min. Tym samym, parametr ten nie wpływa na funkcjonalność urządzenia, a jego wprowadzenie w istocie ogranicza dostępne na rynku urządzenia w zakresie spełnienia tego parametru. Odwołujący stwierdził, że może on ograniczać konkurencję i wskazywać na konkretnego producenta armatek.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, wskazany parametr jest nieodpowiedni i powinien ulec usunięciu lub zmianie.

13. Przewód elektryczny zasilający typ CU 4x6 mm² w oprawie gumowej z wtyczką 5 bolców 63 A długość min. 20 m wraz z kablem komunikacyjnym automatycznego sterowania napędu o długości min. 20 m na odcinku hydrant – armatka, (zob. 4.3.2. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia) (zarzut 3 lit. B ppkt. 5)

Odwołujący podniósł, że parametr ten wskazuje na konkretne rozwiązanie i ogranicza inne również funkcjonalne rozwiązania.

Odwołujący wskazał, że występują, w tym w urządzeniach Odwołującego, rozwiązania polegające na tym, że stosowane są 5 przewodowe kable ze względu na konieczność wykorzystania w instalacji przewodu neutralnego (N). W ocenie Odwołującego, przekrój 10mm2 wymagany jest ze względu na wartości prądu, który jest niezbędny do zasilenia urządzenia i żeby kabel nadmiernie się nie nagrzewał, a w końcowym rozrachunku nie uległ przepaleniu. Jak wyjaśnił Odwołujący, teoretycznie kabel o przekroju 6mm2 powinien wystarczyć do zasilenia tego typu urządzenia, lecz jest to działanie na granicy dopuszczalności i wystarczą minimalnie zmienione parametry sieci na stoku (minimalny spadek napięcia w sieci – jest to bardzo częste zjawisko na stokach narciarskich) i warunki dopuszczalności przewodu o przekroju 6mm2 nie będą spełnione – dlatego odpowiedniejsze są przewody o przekroju 10mm2.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, wskazany parametr jest nieodpowiedni i powinien ulec usunięciu lub zmianie.

18. Kompresor – bezolejowy łopatkowy, (zob. 4.3.2. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia); (zarzut 3 lit. B ppkt. 6)

Odwołujący stwierdził, że wprowadzenie warunku kompresora łopatkowego bezolejowego znacząco ogranicza konkurencję, jako że na rynku występują armatki śnieżne z kompresorem tłokowym. W opinii Odwołującego, są to rozwiązania w pełni równoważne, dlatego kompresory tłokowe powinny zostać dopuszczone. Odwołujący wyjaśnił, że jest to inny rodzaj sprężarki powietrza, który jest stosowany w urządzeniach tego typu. Zdaniem Odwołującego, stosowanie kompresora łopatkowego nie niesie za sobą żadnych dodatkowych, wymiernych korzyści. Jak stwierdził Odwołujący, zarówno kompresor łopatkowy, jak i kompresor tłokowy pozwalają na uzyskanie odpowiednich parametrów sprężonego powietrza do produkcji śniegu.

Tym samym wskazany parametr jest nieodpowiedni i powinien ulec usunięciu lub zmianie.

Pismem z dnia 21 września 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia częściowo zarzuty podniesione w odwołaniu,
w części dotyczącej:

1. zarzutu nr: 3. A pkt 4) w całości poprzez przyjęcie „11. Regulacja pionowa tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego oraz manualnego lub regulacja pionowa tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego oraz przy pomocy przycisków mechanicznych”;

2. zarzutu nr: 3. B pkt 2), w całości, poprzez przyjęcie „7) Podnoszenie tuby: automatyczne”;

3. zarzutu nr: 3. B pkt 4), w całości, poprzez przyjęcie „11 Minimalna liczba sterowanych zaworów wodnych 15 szt. lub

minimalna ilość stopni wydajności przepływu wody -15”.

4. zarzutu nr: 1. B pkt 5), w całości poprzez przyjęcie „Przewód elektryczny zasilający typ CU 4x6 mm2 lub 5x10 mm2 w oprawie gumowej z wtyczką 5 bolców 63 A długości min. 20 m wraz z kablem komunikacyjnym automatycznego sterowania napędu o długości min. 20 m na odcinku hydrant – armatka”.

5. zarzutu nr: 3. B pkt 6), w części, poprzez przyjęcie „18. Kompresor – bezolejowy łopatkowy lub bezolejowy tłokowy”;

Zamawiający oświadczył, że w zakresie ww. uwzględnionych zarzutów Zamawiający:

- dokonał modyfikacji SWZ poprzez zmianę zaskarżonych postanowień w sposób wskazany w odpowiedzi na odwołanie

- dokonał odpowiednich zmian w treści Ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym przedmiotowego postępowania, w takim zakresie, w jakim treść tego Ogłoszenia będzie stała w sprzeczności z treścią SWZ zmienioną w wyniku uwzględnienia zarzutów w części;

- wyznaczony zmieniony termin składania ofert zapewni niezbędny czas na złożenie ofert.

Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania w części - co do uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł ponadto o:

1. oddalenie odwołania w części co do pozostałych zarzutów

2. przeprowadzenie dowodów wskazanych w niniejszej odpowiedzi na odwołanie,

3. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych,

4. oddalenie wniosku dowodowego Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z uwagi na to, że dowód ten jest zbędny i służy jedynie przewlekaniu przez Odwołującego przedmiotowego postępowania, bowiem w niniejszym postępowaniu ustalenie stanu faktycznego sprawy nie wymaga wiadomości specjalnych.

W piśmie z dnia 25 września 2023 r. Odwołujący oświadczył, że na skutek zmian dokonanych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, cofa zarzuty:

1. zarzut wskazany w pkt. 3 podpunkt A.4 odwołania „11. Regulacja pionowa tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego i napędu manualnego (4.3.1. załącznika 6 SWZ),

2. zarzut wskazany w pkt 3 podpunkt B. 2 odwołania „Podnoszenie tuby: automatyczne i ręczne (4.3.2. załącznika 6 SWZ),

3. zarzut wskazany w pkt 3 podpunkt B.4 „11 Minimalna liczba sterowanych zaworów wodnych 15 szt. (4.3.2. załącznika 6 SWZ),

4. zarzut wskazany w pkt 3 podpunkt B. 5 odwołania „Przewód elektryczny zasilający typ CU 4x6 mm2 w oprawie gumowej z wtyczką 5 bolców 63 A długość min. 20 m wraz z kablem komunikacyjnym automatycznego sterowania napędu o długości min. 20 m na odcinku hydrant – armatka” (4.3.2. załącznika 6 SWZ),

5. zarzut wskazany w pkt 3 podpunkt B.6 odwołania „18. Kompresor – bezolejowy łopatkowy (4.3.2. załącznika 6 SWZ)”.

W toku rozprawy Odwołujący złożył oświadczenie, że cofa zarzut wskazany w pkt. 3 podpunkt A.2 odwołania, tj. dotyczący wymogu „Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego” (4.3.1. załącznika 6 SWZ - dotyczący dostawy 24 szt. armatek stacjonarnych).

Zamawiający na rozprawie złożył oświadczenie, że uwzględnia również:

- zarzut wskazany w pkt. 3 podpunkt B.1 odwołania dotyczący wymogu „Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego” (4.3.2. załącznika 6 SWZ - dotyczący dostawy 3 szt. armatek śnieżnych).

- zarzut wskazany w pkt. 3 podpunkt B.3. odwołania dotyczący wymogu „Regulacja pozioma tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego (4.3.2. załącznika 6 SWZ – dotyczący dostawy 3 szt. armatek śnieżnych).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron
postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła
i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 27 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ustawy Pzp przez kwalifikację zamówienia jako roboty budowalne.

Zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia. Przepis ten nie definiuje głównego przedmiotu zamówienia przez jego wartość, co ma miejsce w przypadku zamówienia obejmującego choćby usługi i dostawy (art. 27 ust. 2 ustawy Pzp).

Zamawiający wyjaśnił, że głównym celem zamówienia jest budowa i dostarczenie całego systemu naśnieżania tras narciarskich, które obejmują m.in. wykonanie szeregu prac
i robót budowlanych polegających na wykonaniu wykopów w gruncie pod przewody, instalacje i urządzenia, montaż przewodów, instalacji i urządzeń służących do naśnieżania tras narciarskich w gruncie, zabezpieczenie, zasypanie i wyrównanie terenu oraz zagospodarowanie nadwyżek mas ziemnych, tj. stworzenie kompletnej i połączonej funkcjonalnie infrastruktury, która będzie służyła naśnieżaniu tras narciarskich. Głównym celem zamówienia nie jest zatem dostawa armatek, ale wykonanie szeregu robót nakierowanych na modernizację systemu naśnieżania tras narciarskich. Za wiarygodne Izba uznała twierdzenie Zamawiającego, że wobec ww. zakresu robót, dostawa armatek ma charakter uzupełniający. Powyższe znajduje potwierdzenie w opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 6 do SWZ).

Wobec powyższego, kwalifikację zamówienia jako robotę budowlaną Izba uznała za prawidłową.

Nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp przez niedopuszczenie do składania ofert częściowych.

W Rozdziale V ust. 3 pkt 5 SWZ Zamawiający podał, że „Zamówienie jest niepodzielone, ponieważ nie może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu zamówienia i wartości zamówienia. Sposób realizacji zamówienia i jego charakter wymaga bowiem realizacji przez jednego Wykonawcę. Rozproszenie przedmiotu zamówienia
w przypadku przedmiotowego zamówienia jest niemożliwe, ponieważ nie jest uzasadnione technicznie, organizacyjnie i ekonomicznie.”.

Za przekonującą Izba uznała argumentację Zamawiającego, iż z uwagi na zakres zamówienia i jego charakter, zamówienie jest niepodzielne. Zamawiający podał, że zamówienie nie może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu zamówienia
i jego wartości. Zamawiający zwrócił uwagę na konieczność zachowania kompatybilności przedmiotu zamówienia, która jest zagrożona w sytuacji realizacji przedmiotu zamówienia przez więcej niż jeden podmiot. To z kolei niweczy główny cel zamówienia, jakim jest wykonanie połączonego ze sobą i sprawnie funkcjonującego systemu naśnieżania tras narciarskich, którego nie można zrealizować samą dostawą lub podziałem zamówienia na części. Zamawiający wskazał również na nadmierne koszty wykonania zamówienia w podziale na części, a także brak możliwości skoordynowania działań różnych wykonawców. Przy podziale zamówienia na części, mogłoby dojść, jak zauważył Zamawiający, do sytuacji,
w której wykonane przez różnych wykonawców roboty budowalne i dostawy nie zapewniłyby sprawnego, połączonego funkcjonalnie i technicznie oraz kompatybilnego systemu naśnieżania tras narciarskich, co byłoby niecelowe i niezgodne z celem realizowanej inwestycji. Zamawiający wskazał ponadto na posiadaną decyzję środowiskową i jej wpływ na terminy realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający zwrócił przy tym uwagę, że wykonanie zamówienia przez dwóch wykonawców mogłoby zwiększyć koszty realizacji chociażby na skutek konieczności dwukrotnego poniesienia kosztów nadzoru ornitologicznego. Podobnie, wyższe mogłyby się okazać inne koszty, jak np. związane z transportem. Istotna jest także okoliczność, że studnie hydrantowe z zintegrowanym wysięgnikiem (stanowiące przedmiot zamówienia, których montaż musi zostać wykonamy w trybie robót budowalnych, a nie samej dostawy) traktowane są jako jeden wspólny komplet z armatką śnieżną, tj. stanowią jeden wspólny i kompletny element, co przeczy możliwości dokonania podziału zamówienia lub zakwalifikowaniu go jako samej dostawy. Za przekonujący Izba uznała również argument dotyczący kwestii odpowiedzialności gwarancyjnej za studnie w przypadku montażu urządzeń innego dostawcy / wykonawcy niż dostawca studni. Jeden wykonawca wszystkich robót budowalnych i dostaw objętych przedmiotem zamówienia (mieszanego) udzieli gwarancji jakości i rękojmi na cały przedmiot zamówienia, co pozwoli uniknąć występującego w praktyce problemu, w którym kilku wykonawców przerzuca się odpowiedzialnością za powstałą wadę danej części zamówienia (w przypadku zamówień podzielonych na części), co w przypadku wadliwego funkcjonowania

systemu naśnieżania tras narciarskich może uniemożliwić pracę całego ośrodka narciarskiego.

Za nietrafne Izba uznała porównanie przez Odwołującego przedmiotowegopostępowania, którego przedmiotem są roboty budowalne i dostawy do uprzednio ogłoszonego przez Zamawiającego postępowania, którego przedmiotem była wyłącznie dostawa armatek śnieżnych. W postępowaniu pn.: „Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku"– II części, DZP/Sz/22/2020" możliwy był podział zamówienia na części, jako że postępowaniem tym objęto wyłącznie dostawę armatek śnieżnych.

Podsumowując, Izba uznała, że wykazane przez Zamawiającego względy techniczne, organizacyjne i ekonomiczne przemawiają za udzieleniem przedmiotowego zamówienia jednemu wykonawcy.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp przez wprowadzenie wymogu „Armatki śnieżne innowacyjne tzn. ich model powinien być produkowany na runku maksymalnie 3 lata" (4.3.1. załącznika 6 SWZ).Izba stwierdziła, że literalna wykładnia przedmiotowego wymagania wskazuje na zdefiniowanie innowacyjności przez rok produkcji armatki. Doświadczenie życiowe wskazuje, że rok produkcji może wpływać na ulepszenie parametrów danych urządzeń, a co za tym idzie, na zwiększenie ich jakości. Odwołujący nie wykazał, że interpretacja innowacyjności przez rok produkcji urządzenia nie ma znaczenia bądź jest niewłaściwa, nie wykazał np. że posiada w swojej ofercie modele o lepszych parametrach niż modele konkurencji, wyprodukowane wcześniej niż okres wskazany w SWZ.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego wymogu „Minimalna sumaryczna moc silników kompresora i wentylatora 18 kW" (4.3.1. załącznika 6 SWZ). Logiczna i w pełni uzasadniona jest argumentacja Zamawiającego oparta na twierdzeniu, że wraz ze wzrostem mocy wzrasta wydajność urządzenia. W ocenie Izby, Zamawiający, jako ośrodek olimpijski, jest uprawniony do żądania dostarczenia sprzętu o co najmniej średniej wydajności. Tymczasem, jak wykazał Zamawiający, wnioskowana przez Odwołującego moc silników kompresora i wentylatora 12 kW jest mocą najsłabszą.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący wymagania „Moc zastosowanego ogrzewania pulsacyjnego nie wyższa niż 1,3 kW" (4.3.1. załącznika 6 SWZ). Nie ulega wątpliwości, że wyższa moc ogrzewania pulsacyjnego przekłada się na wzrost kosztów eksploatacji urządzeń, a koszt ten nie jest bez znaczenia wobec zamawianej liczby armatek oraz w perspektywie zwiększenia liczby tych urządzeń.

Rozpoznając przedmiotowe zarzuty Izba miała na uwadze, że zachowana została zasada konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia pozwala na udział w postępowaniu co najmniej dwóch podmiotów. Izba w żaden sposób nie podważa możliwości realizacji tego rodzaju zamówień przez Odwołującego, jednak w tym konkretnym postępowaniu, Izba uznała, że Zamawiający miał podstawy do wprowadzenia podwyższonych wymagań względem zamawianego sprzętu.

Podkreślić również należy, że okoliczność, iż dostawa sprzętu nie jest zasadniczym celem zamówienia, nie oznacza, że zamawiający zobowiązany jest zrezygnować z wymagań dotyczących parametrów zamawianych urządzeń, bowiem stanowią one jeden z czynników warunkujących osiągnięcie celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Okoliczności wskazane przez Odwołującego, jakie miałyby zostać stwierdzone przedmiotowym dowodem, powinny być wykazane przez Odwołującego. Ponadto, Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający, jako gospodarz postępowania i odbiorca przedmiotu zamówienia, jest uprawniony do ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który najbardziej odpowiada jego potrzebom, jeśli tylko w sposób uzasadniony zachowa uczciwą konkurencję w postępowaniu.

Odwołanie zostało rozpoznane przez Izbę w spornym zakresie, tj. w zakresie zarzutów nie uwzględnionych przez Zamawiającego i nie wycofanych przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 3 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Przedmiotowe postępowanie została umorzone przez Izbę w części z uwagi na uwzględnienie części zarzutów przez Zamawiającego oraz wycofanie części zarzutów przez Odwołującego. Wobec powyższego, Izba orzekła o kosztach postępowania mając na względzie rozpoznanie zarzutów, które pozostały sporne pomiędzy stronami.

W świetle powyższego, z uwagi na oddalenie zarzutów, Izba obciążyła kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:……..