

Kraków, dnia 25.10.2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Zamawiający: Centralny Ośrodek Sportu - Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Szczyrku -
z siedzibą w Szczyrku, adres: ul. Plażowa 8, 43-370 Szczyrk, **REGON: 142733356-00050**, KRS: 0000374033, NIP: 7010273950, e-mail Zamawiającego (poczty elektronicznej): przetargi.szczyrk@cos.pl, tel. Zamawiającego: +48 33 817 84 41, strona internetowa: www.szczyrk.cos.pl, Biuletyn Informacji Publicznej: www.bip.cos.pl.

Odwołujący: SUPERSNOW S.A. z siedzibą w Maniowach, adres: ul. Ks. Antoniego Siudy 11, 34-436 Maniowy, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie, Wydział XII Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000592195, NIP: 7361715936, REGON: 122561586 (dwóch członków zarządu Spółki uprawnionych do reprezentacji łącznej Spółki: Bartłomiej Sięka - prezes zarządu, Rafał Topolski - członek zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji spółki), adres e-mail Odwołującego (poczty elektronicznej): biuro@supersnow.com, tel. Odwołującego: 18 265 35 55 **reprezentowana przez adwokata Wojciecha Zielińskiego**, adres: Adwokat Wojciech Zieliński, Kancelarie Adwokackie KRLZ, al. Płk. Beliny Prażmowskiego 69/4, 31-514 Kraków, adres e-mail: w.zielinski@krlz.pl, tel.: +48 12 446 40 67.

Przedmiot

zamówienia: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.) prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku”, numer postępowania: DZP/Sz/11/2021”

numer publikacji

w DUUE: ogłoszenie z 15.10.2021 r.: **2021/S 201-521897** (DZ.U.S/1 S201, 521897-2021-PL)

Odwołanie przekazano Zamawiającemu w dniu 25.10.2021 r. drogą elektroniczną na następujące adresy: e-mail: przetargi.szczyrk@cos.pl, sekretariat.szczyrk@cos.pl, ePUAP: /COSIGB/SkrytkaESP, miniPortal: <https://miniportal.uzp.gov.pl> (<https://moj.gov.pl/nforms/ezamowienia>)

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego - spółki SUPERSNOW S.A. z siedzibą w Maniowach (dane podane w komparycji), w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (w załączeniu - załącznik nr 1), na podstawie m.in. art. 513 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 2 pkt. 1 p.z.p., **wnoszę wobec treści ogłoszenia:** specyfikacji warunków zamówienia - „SWZ” i opisu przedmiotu zamówienia, oraz projektu umowy - postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku”, numer postępowania: DZP/Sz/11/2021” (opublikowanego w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 15.10.2021 r. pod numerem: 2021/S 201-521897 (DZ.U.S/1 S201, 521897-2021-PL); SWZ został opublikowany 15.10.2021 r. na stronie: <https://bip.cos.pl/3188/dostawa-armatek-snieznych-dla-cos-opo-w-szczyrku>), jako że jest ono niezgodne z przepisami p.z.p.

I. Zarzuty:

1. **Zarzut 1:** Naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 p.z.p. 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 wymogu względem całego przedmiotu zamówienia (obu rodzajów armatek śnieżnych - w łącznej ilości 15 szt.):

- 1) „dostawa 15 szt. fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2021 r. armatek śnieżnych, produkowanych seryjnie nie będących prototypami/wersjami specjalnymi lub **krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.**” (Rozdział V SWZ)

B. W odniesieniu do SWZ w zakresie dostawy (armatek śnieżnych w ilości 10 sztuk):

- 1) „Dostawa 10 szt. fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2021 r. armatek śnieżnych, produkowanych seryjnie nie będących prototypami/wersjami specjalnymi lub **krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt**” (Rozdział V SWZ)
- 2) „Armatka ma zapewnić kompatybilną pracę w istniejącym systemie zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro. Armataki należy wpiąć do istniejącego systemu, co powoduje że mają być w pełni kompatybilne ze wskazanym – posiadany systemie. Armataki muszą być zarządzane, nastawiane, kontrolowane pod względem pracy i wydajności pracy w systemie śnieżenia” (Rozdział V SWZ)
- 3) „Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego” (pkt 2; Rozdział V SWZ)
- 4) „Regulacja pozioma tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego” (pkt 8; Rozdział V SWZ)
- 5) „Rozruch silnika wentylatora za pomocą „inwertora” pełen zakres roboczy dla zasilania z sieci od 340V do 500V” (pkt 13; Rozdział V SWZ);

- 6) „Silnik wentylatora spełniający klasę sprawności nie mniej niż IE4” (pkt 14; Rozdział V SWZ);
- 7) „Ciśnienie operacyjne /robocze/ wody w zakresie od 8 do 50 bar” (pkt 18; Rozdział V SWZ)
- 8) „Kompresor – bezolejowy łopatkowy” (pkt 20; rozdział V SWZ)

C. W odniesieniu do SWZ w zakresie dostawy (armatek śnieżnych w ilości 5 sztuk):

- 1) „Dostawa 5 szt. fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2021 r. armatek śnieżnych, produkowanych seryjnie nie będących prototypami/wersjami specjalnymi lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt” (Rozdział V SWZ)
 - 2) „Armatka ma zapewnić kompatybilną pracę w istniejącym systemie zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro. Armatek należy wpiąć do istniejącego systemu, co powoduje że mają być w pełni kompatybilne ze wskazanym – posiadanym systemie. Armatek muszą być zarządzane, nastawiane, kontrolowane pod względem pracy i wydajności pracy w systemie śnieżenia” (Rozdział V SWZ)
 - 3) „Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego” (pkt 2; Rozdział V SWZ)
 - 4) „Podnoszenie tuby: automatyczne i ręczne” (pkt 7; Rozdział V SWZ)
 - 5) „Regulacja pozioma tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego” (pkt 8; Rozdział V SWZ)
 - 6) „Minimalna liczba sterowanych zaworów wodnych 15szt.” (pkt 13; Rozdział V SWZ);
 - 7) „Ciśnienie operacyjne /robocze/ wody w zakresie od 8 do 50 bar” (pkt 18; Rozdział V SWZ)
 - 8) „Kompresor – bezolejowy łopatkowy” (pkt 20; rozdział V SWZ).
- 2. Zarzut 2:** Naruszenie art. 99 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p. poprzez określenie treści postanowień umowy w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz faworyzujący jednego z wykonawców - **w zakresie treści następujących proponowanych postanowień umowy:**
- 1) w zakresie §1 ust. 1 Umowy w odniesieniu do pogrubionej treści:

„Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do realizacji dostawę fabrycznie nowych (rok produkcji 2021 r.) piętnastu armatek śnieżnych zgodnie z niniejszą Umową i załączoną ofertą Wykonawcy (stanowiącą załącznik nr 1 do Umowy)”

- 2) w zakresie §1 ust. 2 Umowy w odniesieniu do zd. 2 o pogrubionej treści:

„Wykonawca oświadcza, że dostarczony przedmiot Umowy odpowiada wszystkim cechom określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia, która stanowi załącznik do niniejszej Umowy oraz jest fabrycznie nowy (wyprodukowany w 2021 r., - wymóg ten dotyczy wszystkich podzespołów armatek).”

- 3) w zakresie §5 ust. 3 w odniesieniu do pogrubionej treści:

„W przypadku przestawienia przez Wykonawcę do odbioru sprzętu lub którejkolwiek z jego części składowych tj. wyposażenia, które nie będą spełniały warunku fabrycznie nowego urządzenia (nieużywanego) i wyprodukowanego w 2021 r., Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną w kwocie 1000 złotych za każdy element zamówienia nie spełniający warunków fabrycznie nowego urządzenia (nieużywanego) i wyprodukowanego w 2021 r., oraz odmówi dokonania odbioru sprzętu i/lub jego wyposażenia”.

- 4) w zakresie §10 ust. 2 Umowy w odniesieniu do pogrubionej treści:

„2. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć i przedstawić do odbioru Zamawiającemu nowe (nieużywane) armatki śnieżne z nowym (nieużywanym) osprzętem stanowiącym ich wyposażenie wyprodukowanych w 2021 roku. Zapis powyższy dotyczy każdego sprzętu i każdego jego elementu wyposażenia”.

3. **Zarzut 3:** powiązany z powyższymi zarzutami, zarzut naruszenia 16 pkt. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 p.z.p. - poprzez niedopuszczenie możliwości składania ofert częściowych, tj. na każdy z rodzajów armatek (przedmiotem Zamówienia są odpowiednio 10 armatek jednego typu i 5 armatek innego typu), jak to miało miejsce w przypadku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego pn. „Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku” - II części, DZP/Sz/22/2020.

II. Żądania (żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania):

1. Mając na względzie podniesione zarzuty, Odwołujący na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) i c) p.z.p. **wnosi o uwzględnienie odwołania i uznanie, że:**
- a) treść ogłoszenia (w tym SWZ) w zakresie opisanym w pkt. I ust. 1 lit.: A-C powyżej oraz ust. 3, **naruszała przepisy p.z.p., co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;**
 - b) treść projektowanych postanowień umowy, o których mowa w pkt. I ust. 2 ppkt. 1-4 powyżej, jest niezgodna z wymaganiami wynikającymi z przepisów p.z.p.,
oraz nakazanie Zamawiającemu:
- 1) w odniesieniu do pkt. I ust. 1 lit. A-C odpowiednio:

A. w zakresie zarzutu z pkt I ust. 1 lit. „A”:

wykreślenie z opisu zamówienia (Rozdział V SWZ) o treści: „dostawa 15 szt. fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2021 r. armatek śnieżnych, produkowanych seryjnie nie będących prototypami/wersjami specjalnymi lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.” - **zwrotów:**

- „**wyprodukowanych w 2021 r.**” oraz

- „**lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.**”

aby postanowienie to przyjęło treść:

„dostawa 15 szt. fabrycznie nowych armatek śnieżnych, produkowanych seryjnie nie będących prototypami/wersjami specjalnymi”;

względnie poprzez zmianę opisu tego parametru w zakresie roku produkcji: „wyprodukowanych w okresie 2020-2021” oraz wykreślenie zwrotu: „lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.”.

B. w zakresie zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. „B” (odnoszącego się do dostawy armatek śnieżnych w ilości 10 sztuk):

1) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. B ppkt. 1):

wykreślenie z opisu zamówienia (Rozdział V SWZ) o treści: „dostawa 10 szt. fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2021 r. armatek śnieżnych, produkowanych seryjnie nie będących prototypami/wersjami specjalnymi lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.” - **zwrotów:**

- „**wyprodukowanych w 2021 r.**” oraz

- „**lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.**”

aby postanowienie to przyjęło treść:

„dostawa 10 szt. fabrycznie nowych armatek śnieżnych, produkowanych seryjnie nie będących prototypami/wersjami specjalnymi”;

względnie poprzez zmianę opisu tego parametru w zakresie roku produkcji: „wyprodukowanych w okresie 2020-2021” oraz wykreślenie zwrotu: „lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.”.

2) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. B ppkt. 2):

zmianę opisu zamówienia (Rozdział V SWZ) o treści: „Armatka ma zapewnić kompatybilną pracę w istniejącym systemie zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro. Armatek należy wpiąć do istniejącego systemu, co powoduje że mają być w pełni kompatybilne ze wskazanym – posiadanym systemie. Armatek muszą być zarządzane, nastawiane, kontrolowane pod względem pracy i wydajności pracy w systemie śnieżenia” w ten sposób, aby wynikały z niej w sposób jednoznaczny jakie są wymagania oraz warunki kompatybilności armatek z systemem zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro.

3) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. B ppkt. 3):

wykreślenie parametru (pkt 2; Rozdział V SWZ) o treści: „*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.

- 4) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. B ppkt. 4):

poprzez zmianę parametru (pkt 8; Rozdział V SWZ) o treści: „*Regulacja pozioma tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego*” poprzez dodanie zwrotu: „**lub równoważny**” z określeniem równoważności m.in. w zakresie możliwości zastosowania w miejsce napędu elektrycznego napędu hydraulicznego.

- 5) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. B ppkt. 5):

poprzez wykreślenie z parametru (pkt 13; Rozdział V SWZ) o treści: „*Rozruch silnika wentylatora za pomocą „inwertertora” pełen zakres roboczy dla zasilania z sieci od 340V do 500V*” określić sugerujących jednego producenta i jego zmianę w ten sposób, aby parametr ten przyjął brzmienie: „łagodny rozruch silnika wentylatora” lub inne równoważne.

- 6) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. B ppkt. 6):

wykreślenie z parametru (pkt 14; Rozdział V SWZ) o treści: „*Silnik wentylatora spełniający klasę sprawności nie mniej niż IE4*” określenia sugerującego jednego producenta (tj. określenia „IE4”) oraz **zmianę tego parametru (do wartości odpowiedniej - proporcjonalnej względem przedmiotu zamówienia) w ten sposób, aby przyjął on następujące brzmienie**: „*Silnik wentylatora spełniający klasę sprawności nie mniej niż IE3*”.

- 7) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. B ppkt. 7):

zmianę parametru (pkt 18; Rozdział V SWZ) o treści: „*Ciśnienie operacyjne /robocze/ wody w zakresie od 8 do 50 bar*” w ten sposób (aby wymóg ten spełniał również warunek proporcjonalności względem przedmiotu zamówieni), **aby przyjął on następujące brzmienie**: *Ciśnienie operacyjne /robocze/ wody w zakresie od 8 do 40 bar*.

- 8) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. B ppkt. 8):

poprzez zmianę parametru (pkt 20; Rozdział V SWZ) 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.

C. w zakresie zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. „C” (odnoszącego się do dostawy armatek śnieżnych w ilości 5 sztuk):

1) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. C ppkt. 1):

wykreślenie z opisu zamówienia (Rozdział V SWZ) o treści: „dostawa 5 szt. fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2021 r. armatek śnieżnych, produkowanych seryjnie nie będących prototypami/wersjami specjalnymi lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.” - **zwrotów:**

- „wyprodukowanych w 2021 r.” oraz

- „lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.”

aby postanowienie to przyjęło treść:

„dostawa 5 szt. fabrycznie nowych armatek śnieżnych, produkowanych seryjnie nie będących prototypami/wersjami specjalnymi”;

względnie poprzez zmianę opisu tego parametru w zakresie roku produkcji: „wyprodukowanych w okresie 2020-2021” oraz wykreślenie zwrotu: „lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.”.

2) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. C ppkt. 2):

zmianę opisu zamówienia (Rozdział V SWZ) o treści: „Armatka ma zapewnić kompatybilną pracę w istniejącym systemie zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro. Armatek należy wpiąć do istniejącego systemu, co powoduje że mają być w pełni kompatybilne ze wskazanym – posiadanym systemie. Armatek muszą być zarządzane, nastawiane, kontrolowane pod względem pracy i wydajności pracy w systemie śnieżenia” **w ten sposób, aby wynikały z niej w sposób jednoznaczny jakie są wymagania oraz warunki kompatybilności armatek z systemem zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro.**

3) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. C ppkt. 3):

wykreślenie parametru (pkt 2; Rozdział V SWZ) o treści: „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.

4) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. C ppkt. 4):

zmianę opisu parametru (pkt. 7; Rozdział V SWZ) o treści: „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.**

5) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. C ppkt. 5):

poprzez zmianę parametru (pkt 8; Rozdział V SWZ) o treści: „Regulacja pozioma tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego” **poprzez dodanie zwrotu: „lub równoważny”** z określeniem równoważności m.in. w zakresie możliwości zastosowania w miejsce napędu elektrycznego napędu hydraulicznego.

6) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. C ppkt. 6):

zmianę parametru (pkt 13; Rozdział V SWZ) o treści: „Minimalna liczba sterowanych zaworów wodnych 15szt.” w ten sposób (aby wymóg ten spełniał również warunek proporcjonalności względem przedmiotu zamówieni), **aby przyjął on następujące brzmienie:** „minimalna ilość stopni wydajności przepływu wody - 15”

względnie poprzez dodanie zwrotu: „**lub równoważny**” z określeniem równoważności m.in. w zakresie możliwości minimalnej ilości stopni wydajności przepływu wody w ilości 15.

7) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. B ppkt. 7):

zmianę parametru (pkt 18; Rozdział V SWZ) o treści: „Ciśnienie operacyjne /robocze/ wody w zakresie od 8 do 50 bar” w ten sposób (aby wymóg ten spełniał również warunek proporcjonalności względem przedmiotu zamówieni), **aby przyjął on następujące brzmienie:** Ciśnienie operacyjne /robocze/ wody w zakresie od 8 do 40 bar.

8) w odniesieniu do zarzutu z pkt. I ust. 1 lit. B ppkt. 8):

poprzez zmianę parametru (pkt 20; Rozdział V SWZ) 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.

D. w zakresie zarzutu z pkt. I ust. 2 ppkt. 1-4 powyżej (odnoszącego się do projektowanych postanowień umowy):

1) w odniesieniu do zarzut z pkt. I ust. 2 pkt. 1:

zmianę § 1 ust. 1 Umowy o treści: „Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do realizacji dostawę fabrycznie nowych (rok produkcji 2021r.) piętnastu armatek śnieżnych zgodnie z niniejszą Umową i załączoną ofertą Wykonawcy (stanowiącą załącznik nr 1 do Umowy)” **poprzez wykreślenie z jego treści zwrotu:** „(rok produkcji 2021r.)

względnie poprzez zmianę zwrotu: „(rok produkcji 2021 r.)” na zwrot „(rok produkcji 2020-2021r.)”.

- 2) w odniesieniu do zarzut z pkt. I ust. 2 pkt. 2:

zmianę § 1 ust. 2 zd. 2 Umowy o treści: „Wykonawca oświadcza, że dostarczony przedmiot Umowy odpowiada wszystkim cechom określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia, która stanowi załącznik do niniejszej Umowy oraz jest fabrycznie nowy (wyprodukowany w 2021r., - wymóg ten dotyczy wszystkich podzespołów armatek).” **poprzez wykreślenie z jego treści zwrotu:** (wyprodukowany w 2021r., - wymóg ten dotyczy wszystkich podzespołów armatek)”

względnie poprzez zmianę zwrotu: (wyprodukowany w 2021r., - wymóg ten dotyczy wszystkich podzespołów armatek)” na zwrot (wyprodukowany w okresie 2020-2021r., - wymóg ten dotyczy wszystkich podzespołów armatek).

- 3) w odniesieniu do zarzut z pkt. I ust. 2 pkt. 3:

zmianę §5 ust. 3 Umowy o treści: „W przypadku przestawienia przez Wykonawcę do odbioru sprzętu lub którejkolwiek z jego części składowych tj. wyposażenia, które nie będą spełniały warunku fabrycznie nowego urządzenia (nieużywanego) **i wyprodukowanego w 2021r.**, Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną w kwocie 1000 złotych za każdy element zamówienia nie spełniający warunków fabrycznie nowego urządzenia (nieużywanego) i wyprodukowanego w 2021r., oraz odmówi dokonania odbioru sprzętu i/lub jego wyposażenia” **poprzez wykreślenie z jego treści zwrotów:** „i wyprodukowanego w 2021r.

względnie poprzez zmianę zwrotów: „i wyprodukowanego w 2021r.” na zwrot „i wyprodukowanego w okresie 2020-2021r.”

- 4) w odniesieniu do zarzut z pkt. I ust. 2 pkt. 4 :

zmianę §10 ust. 2 Umowy o treści: „Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć i przedstawić do odbioru Zamawiającemu nowe (nieużywane) armatki śnieżne z nowym (nieużywanym) osprzętem stanowiącym ich wyposażenie wyprodukowanych w 2021 roku. Zapis powyższy dotyczy każdego sprzętu i każdego jego elementu wyposażeni” **poprzez wykreślenie z jego treści zwrotu:** „wyprodukowanych w 2021 roku”.

względnie poprzez zmianę zwrotu: „wyprodukowanych w 2021 roku” na zwrot „wyprodukowanych w okresie 2020-2021r.”

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 TR8 marki TechnoAlpin - na fakt treści tejże specyfikacji; warunków Zamówienia wskazujących na specyfikację tego urządzenia;
 - b) ze specyfikacji urządzenia TR10 marki TechnoAlpin (znajdującej się na stronie www) - na fakt treści tejże specyfikacji; warunków Zamówienia wskazujących na specyfikację tego urządzenia;
 - c) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiającego z 2020 r. (które zostało finalnie unieważnione): pn. „Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku” - II części, DZP/Sz/22/2020 - na fakt jego przedmiotu oraz podziału na części.
- 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 rękojmię prawidłowego wykonania przedmiotu Zamówienia;
 - d) ustalenia, czy możliwe jest - na podstawie dokumentacji Zamówienia (SWZ) złożenie oferty bez sprecyzowania przez Zamawiającego warunków kompatybilności systemu zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro.
4. wnoszę 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.

III. Termin:

SWZ zostało opublikowane w dniu 15.10.2021 r. Wartość postępowania jest większa niż progi unijne określone w art. 3 p.z.p. Dziesięciodniowy termin wskazany w art. 515 ust. 2 pkt 1) p.z.p. upływa w dniu 25.10.2021 r.

IV. Interes:

Odwołujący jest polskim producentem armatek śnieżnych. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazane w odwołaniu okoliczności uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty w Postępowaniu. Z uwagi na powyższe, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z uzyskaniem zamówienia.

W ocenie Odwołującego przygotowana przez Zamawiającego treść SWZ - w szczególności opis przedmiotu zamówienia narusza w szczególności zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania, co stoi w sprzeczności z istotą procedury udzielania zamówień publicznych, która stanowi m.in. o wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie spośród dostępnych na rynku przy uwzględnieniu rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia przez wykonawcę. W ocenie

Odwołującego opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w nieuzasadniony sposób wyklucza z możliwości złożenia oferty podmioty dostępne na rynku (zajmujące się dostawą/produkcją armatek śnieżnych), w tym Odwołującego, a jednocześnie faworyzuje jednego wykonawcę (urządzenia jednej marki).

W związku z powyższym, Odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej, zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p.

UZASADNIENIE

Zamawiający ogłosił Zamówienie na dostawę armatek. Wykonawca jest polskim producentem armatek śnieżnych. Analiza treści ogłoszenia implikowała stwierdzeniem, że warunki/parametry wymaganych urządzeń naruszają zasady uczciwej konkurencji i faworyzują określonego wykonawcę. To implikowało z kolei na konieczność wniesienia przedmiotowego odwołania.

Ad zarzut 1

[w kwestii kompatybilności z systemie zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro]

Zgodnie z wyrokiem KIO z 6.11.2018 r., KIO 2076/18 (którego twierdzenia są również aktualne na gruncie aktualnego p.z.p.): „Niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp (przyp. autor: odpowiednik aktualnego art. 99 p.z.p.), a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.”

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Zamawiający nie określił w dokumentacji konkursowej jakichkolwiek informacji w zakresie wymogów lub warunków związanych z kompatybilnością z systemem zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro.

Wobec powyższego, po stronie Wykonawcy aktualne pozostają pytania tj.:

- czy system ten zapewnia pełną kompatybilność ze wszystkimi występującymi na rynku armatkami śnieżnymi, czy tylko z niektórymi z nich? Jeżeli tylko z niektórymi z nich lub tylko z armatkami jednej marki?
- czy wpięcie armatki do systemu wymaga spełniania jakichkolwiek warunków? Jeżeli tak, to jakich dokładnie?
- czy wpięcie armatki do systemu wymaga zgody producenta systemu (zwłaszcza w przypadku, gdy armatki będą innego producenta, aniżeli producenta systemu)?

W związku z powyższym, niezamieszczenie w SWZ specyfikacji systemu zarządzania procesami śnieżenia utrudnia/uniemożliwia złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Na Zamawiającym spoczywa ciężar przejrzystego sporządzenia treści SWZ (w tym ogłoszenia o zamówieniu), natomiast w przedmiotowym wypadku treść ta nie pozwala na ustalenie jakie warunki powinny zostać spełnione, skoro Wykonawca wymaga kompatybilności do systemu zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro

- który jest marki jednego z producentów armatek śnieżnych. Tym samym nie jest również wiadome, czy tylko armatki tego producenta będą spełniały warunki Zamówienia.

[wymóg produkcji armatek z 2021 r., niebędących krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.] - dotyczy obu rodzajów armatek

Zamawiający wymaga armatek śnieżnych wyprodukowanych w 2021 r. (w tym całego osprzętu, z którego będą się składały wyprodukowanego w 2021 r. - zgodnie z projektem umowy). Wymóg ten jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jako że armatki wyprodukowane w 2020 r. mogłyby spełniać warunki Zamówienia.

Powyższe jest istotne, jako że w 2020 r. wybuchła epidemia COVID-19, która „zamroziła” branżę narciarską, co implikowało na zmniejszone zapotrzebowanie systemami do naśnieżania/armatkami śnieżnymi w tymże okresie. W związku z powyższym niektórzy producenci posiadają armatki z 2020 r. które nadal spełniają cechy nowości oraz dają rękojmię prawidłowego działania.

Nie bez znaczenia jest przy tym niedostępność / ograniczona dostępność półproduktów w 2021 r. W związku z tym wykorzystanie półproduktu zmagazynowanego w 2020 r. w świetle regulacji treści Zamówienia wykluczałaby oferenta.

Warto dodać, że wymóg dostawy armatek: „niebędących krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.” w istocie może również wykluczać z kręgu dostawców z sektora MŚP. Zwrócić należy uwagę, że wymóg ten ogranicza konkurencję oraz jest nieproporcjonalny - o czym świadczy już fakt, że zamówienie 15 armatek przekracza progi unijne, a Zamawiający wymaga serii produkcyjnie nie mniejszej niż 500 szt.

Oznacza to, że w istocie Zamawiający wymaga produkcji armatek, których wartość to co najmniej 33-krotność progu unijnego dla dostaw. Jest to całkowicie nieproporcjonalny warunek, który również implikuje na naruszenie zasady uczciwej konkurencyjności i proporcjonalności, o których mowa w art. 16 p.z.p.

[w zakresie parametru: Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego] - dotyczy obu rodzajów armatek

Nie jest jasnym wymóg pozbawienia armatki oleju hydraulicznego w szczególności mając na uwadze fakt, iż rozwiązanie takie jest rozwiązaniem odpowiadającym, nieawaryjnym, a sam olej może być biodegradowalny. Z kolei rozwiązania bezolejowe (olej hydrauliczny) w sposób znaczny ograniczają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Równoważne rozwiązania w takim wypadku powinny zostać dopuszczone.

[w zakresie parametru: Regulacja pozioma tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego] - dotyczy obu rodzajów armatek

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). Równoważne rozwiązania w takim wypadku powinny zostać dopuszczone, zwłaszcza rozwiązanie opierające się na zastosowaniu napędu hydraulicznego.

[w zakresie parametru: Rozruch silnika wentylatora za pomocą „inwertora” pełen zakres roboczy dla zasilania z sieci od 340V do 500V] - dotyczy armatek (10 szt.)

Przedstawiony parametr sugeruje wykonawcę w zakresie dostawcy/producenta urządzenia TR8 marki TechnoAlpin (który przewiduje takie rozwiązanie modelowe, bez ingerencji w konstrukcję urządzenia; zob. dołączone specyfikacje do odwołania). W takiej sytuacji parametr powinien zostać zmieniony, jako że sugeruje konkretny produkt, jak i powinno się określić warunki równoważności, w tym przewidujące w zakresie równoważności warunek łagodnego rozruchu silnika wentylatora.

[w zakresie parametru: Silnik wentylatora spełniający klasę sprawności nie mniej niż IE4] - dotyczy armatek (10 szt.)

Zgodnie z przepisami prawa (Rozporządzeniem Komisji (UE) 2019/1781 z dnia 1 października 2019 r. ustanawiającym wymogi dotyczące ekoprojektu dla silników elektrycznych i układów bezstopniowej regulacji obrotów na podstawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/125/WE, zmieniające rozporządzenie (WE) nr 641/2009 w odniesieniu do wymogów dotyczących ekoprojektu dla pomp cyrkulacyjnych bezdławnicowych wolnostojących i pomp cyrkulacyjnych bezdławnicowych zintegrowanych z produktami oraz uchylającym rozporządzenie Komisji (WE) nr 640/2009 (Tekst mający znaczenie dla EOG)), urządzenia wprowadzane na rynek powinny mieć klasę energii silnika minimum IE3, a użycie klasy wyższej w sposób istotny ogranicza zasadę konkurencyjności. Z punktu widzenia warunków w jakich pracuje silnik wentylatora w armatce (ujemne temperatury) nie jest to wymagane. Klasę tę posiada również urządzenie marki TechnoAlpin (specyfikacja przedstawiona w załączeniu). W związku z powyższym parametr ten powinien zostać zmieniony i wymagać klasy sprawności wymaganej prawem - tj. minimum IE3.

[w zakresie parametru: Ciśnienie operacyjne /robocze/ wody w zakresie od 8 do 50 bar] - dotyczy armatek (10 szt.)

Parametr ten zdaniem Wykonawcy jest nieproporcjonalny. Wyjaśnić należy, że komputer automatycznej armatki dobiera sobie parametry w taki sposób, aby dla panujących warunków atmosferycznych rozpylić tyle wody, aby została ona zamieniona na śnieg o żądanej jakości. Wydajność jest regulowana poprzez ilość otwartych dysz wodnych i ciśnienie wody, które reguluje napęd hydrantu (jest również przedmiotem wyposażenia każdej armatki automatycznej). Również w sytuacji występowania w sieci wyższego ciśnienia niż 40 bar, to właśnie zadaniem napędu hydrantu jest takie wyregulowanie ciśnienia, aby na armatce nie było ono większe niż 40 bar. Zakres od 8-40 bar również występuje u większości producentów. W związku z tym przedmiotowy zakres jest nieproporcjonalny i znacząco ogranicza konkurencję.

[w zakresie parametru: Kompresor – bezolejowy łopatkowy] - dotyczy armatek (10 szt.)

Wprowadzenie warunku kompresora łopatkowego bezolejowego znacząco ogranicza konkurencję, jako że na rynku występują armatki śnieżne z kompresorem tłokowym. Są to zatem rozwiązania w pełni równoważne i również kompresory tłokowe powinny zostać dopuszczone.

[w zakresie parametru: Podnoszenie tuby: automatyczne i ręczne] - dotyczy armatek (5 szt.)

Nie jest jasne, jakie podnoszenie ręczne ma Zamawiający na myśli. Nie jest to sprecyzowane. Czy chodzi o podnoszenia za pomocą ręcznych przycisków, czy o inne podnoszenie ręczne. Parametr ten jest nieprecyzyjny w tym zakresie. Jednocześnie tylko automatyczne rozwiązania spełniać powinno w pełni swoje funkcje. Armatki z automatycznym podnoszeniem tuby występują na rynku. W związku z powyższym powinno zostać również zastosowane rozwiązanie równoważne polegające na możliwości zaoferowania armatki wyłącznie z automatycznym podnoszeniem tuby. W innym wypadku część z dostępnych urządzeń nie będzie spełniać tego wymogu, a zatem dojdzie do ograniczenia konkurencji i faworyzowania innych wykonawców (innego wykonawcę).

[w zakresie parametru: Minimalna liczba sterowanych zaworów wodnych 15 szt.] - dotyczy armatek (5 szt.)

Parametr ten nie wpływa na funkcjonalność urządzenia, a jego wprowadzenie w istocie ogranicza dostępne na rynku urządzenia w zakresie spełnienia tego parametru. Może on ograniczać konkurencję i wskazywać na konkretnego producenta armatek. W związku z powyższym powinno zostać dopuszczone rozwiązanie przewidujące w swojej budowie minimalną ilość stopni wydajności przepływu wody – w ilości 15.

Dowody: specyfikacje, opinia biegłego (wskazane w pierwszej części odwołania)

Na gruncie obowiązującej ustawy p.z.p. aktualne są twierdzenia orzecznictwa KIO na gruncie art. 29 „starego” p.z.p., zgodnie z którym (wyr. KIO z 26.10.2018 r., KIO 2086/18):

- 1) *„Na gruncie art. 29 ust. 2 p.z.p. (przyp. autor: obecny art. 99 p.z.p.) wykonawca nie ma obowiązku wykazania, a więc udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję. W tej sytuacji ustawodawca przewidział, że wystarczające będzie uprawdopodobnienie przez wykonawcę powołującego się na zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, że czynności zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję”.*
- 2) *„To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia) jedynie tego, że to wykonawca nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji wskutek dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązek dowodowy obciążający wykonawcę został zatem w tym przypadku znacznie zawężony i ograniczony jedynie do dowodów, które są wykonawcy znane i dla niego bez większych trudności dostępne”.*

Z takimi czynnościami mamy do czynienia w niniejszej sprawie, jako że opis przedmiotu zamówienia w sposób istotny ogranicza uczciwą konkurencję i zasady równego traktowania wykonawców. Co wyżej przedstawiono.

Z uwagi na wszystko powyższe zaskarżona treść ogłoszenia narusza przepisy p.z. p., a tj. art. 99 ust. 1, 2 i 4 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 p.z.p.

Ad zarzut 2

Zaskarżenie proponowanych postanowień umowy stanowi implikację zarzutów podniesionych w Zarzucie nr 1. Jako że w ocenie Wykonawcy wymóg dostarczenia urządzeń wyprodukowanych wyłącznie w 2021 r. (w tym z podzespołów z 2021 r.) może ograniczać zasady uczciwej konkurencji,

w szczególności wobec trwającej nadal epidemii, jak i niedostępności/ograniczonej dostępności niektórych produktów w 2021 r.

Argumentacja w tym zakresie przedstawiona w Zarzucie nr 1 pozostaje aktualna.

Wystarczający - odpowiedni - jest wymóg nowych (nieużywanych) armatek spełniających parametry, które będą zapewniać równe traktowanie wykonawców oraz nie będą żadnego z nich faworyzować.

Z uwagi na wszystko powyższe zaskarżona treść ogłoszenia narusza przepisy p.z. p., a tj. art. 99 ust. 1, p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p.

Ad zarzut 3

Art. 91 p.z.p. 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.”

Zgodnie z art. 91 ust. 2 p.z.p. „Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części”. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wskazał braku powodu niedokonania podziału zamówienia na części. Jest to istotne - ze względu na zarzuty wcześniej podniesione - jak i 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).

Tym samym 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 w zakresie danego rodzaju armatki - dani producenci/dostawcy mogliby złożyć ofertę, to zaś w zakresie wymogów dotyczących obu rodzajów armatek dochodzi do faktycznego ich wyeliminowania z możliwości składania oferty na całość przedmiotu Zamówienia).

Dowód: **ogłoszenie Zamawiającego nr: 2020/S 222-543472 (DUUE)** - na fakt treści i podziału w istocie tożsamego przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego

Powyższe z kolei stanowi o naruszeniu art. 16 pkt. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 p.z.p.

Z uwagi na powyższe wnoszę jak na wstępie.

Pełnomocnik

Wojciech Zieliński, adwokat /podpis - ePUAP/

Wykaz załączników:

1. *Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej.*
2. *Wydruk z KRS Odwołującego.*
3. *Wydruk z REGON Zamawiającego.*
4. *Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości.*
5. *Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.*
6. *Wydruk ogłoszenia Zamawiającego z 2020 r. nr: 2020/S 222-543472 (DUUE).*
7. *Specyfikacja urządzenia TR8 marki TechnoAlpin.*
8. *Specyfikacja urządzenia TR10 marki TechnoAlpin oraz wydruk strony internetowej TechnoAlpin ze specyfikacją w j. polskim.*