



Kancelaria Radcy Prawnego

Rafał Feldo

Al. Jerozolimskie 11/19 lok.12 tel.: 604 919 411 e-mail: radca@feldo.pl
00-508 Warszawa tel./fax: (22) 621 87 30 www.feldo.pl

Warszawa, dnia 21 września 2023 r.

Do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

e-mail: odwolania@uzp.gov.pl

Zamawiający:

Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań
Olimpijskich w Szczyrku

Ul. Plażowa 8, 43-370 Szczyrk

e-mail: przetargi.szczyrk@cos.pl

reprezentowany przez:

r.pr. Katarzynę Jankos

r.pr. Rafała Feldo

Kancelaria Radcy Prawnego Rafał Feldo

Al. Jerozolimskie 11/19 lok. 12

00-508 Warszawa

e-mail: katarzyna.jankos@feldo.pl

Odwołujący:

SUPERSNOW S.A. ul. Ks. Antoniego Siudy 11, 34-436
Maniowy

reprezentowany przez:

adw. Wojciecha Zielińskiego, Kancelaria Adwokacka

KRLZ, al. Płk. Beliny Prażmowskiego 69/4, 31-514 Kraków

e-mail: w.zielinski@krlz.pl

sygn. akt KIO: 2694/23

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „**Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku**”.

ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE

W związku z Odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11.10.2021 r. przez SUPERSNOW S.A. dalej zwanego „Odwołującym”, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa Ośrodka w obrębie masywu Skrzycznego – Przebudowa i modernizacja systemu naśnieżania tras narciarskich: Kaskada, Widokowa - FIS, Ondraszek”, **nr referencyjny postępowania DZP/Sz/28/2023**, numer ogłoszenia (BZP): 2023/BZP 00380581, dalej zwanego „postępowaniem”), działając w imieniu Zamawiającego, wskazuję, że **Zamawiający składa niniejszym odpowiedź na Odwołanie, oświadczając, że częściowo uwzględnia zarzuty Odwołującego zawarte 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”;

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.

W związku z powyższym Zamawiający wnosi o umorzenie postępowania w części - co do uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów na podstawie art. 522 ust. 4 PZP.

Jednocześnie Zamawiający wnosi o:


1. **o 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.

Uzasadnienie

Pismem z dnia 11.09.2023r., wniesione zostało Odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezgodność treści ogłoszenia tj. specyfikacji warunków zamówienia – „SWZ” i opisu przedmiotu zamówienia oraz projektu umowy z przepisami ustawy z dnia 4 stycznia 2021 r. Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, dalej także: p.z.p.

Mając na uwadze podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie postępowania w zakresie zarzutów 1 i 2 oraz nakazanie przeprowadzenia postępowania we właściwym trybie przy uwzględnieniu progów unijnych, a także nakazanie umożliwienia składania ofert częściowych,
2. uznanie, że treść ogłoszenia (w tym SWZ) w zaskarżonym zakresie naruszyła przepisy p.z.p., co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania,
3. uznanie, że treść projektowanych postanowień umownych jest w zaskarżonym zakresie niezgodna z wymaganiami wynikającymi z przepisów p.z.p. oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
 - a) wykreślenia z opisu zamówienia zakwestionowanych zwrotów,
 - b) zmianę opisu zamówienia zakwestionowanych zwrotów,
 - c) zmianę zakwestionowanych parametrów,
 - d) zmianę opisu zakwestionowanych parametrów,

- 
- e) wykreślenie lub zakwestionowanych parametrów,
 - f) zmianę opisu zamówienia w zakwestionowanym zakresie,
 - g) wykreślenie parametrów zamówienia lub dodanie zwrotów „lub równoważny”,
 - h) zmianę opisu parametrów zamówienia.

Zamawiający kwestionuje stanowisko Odwołującego co do nieuwzględnionych zarzutów, przedstawione w odwołaniu, jako bezzasadne z przyczyn wskazanych poniżej.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, w zakresie w jakim Zamawiający nie uwzględnił zarzutów, Zamawiający podnosi co następuje:

Zarzut nr 1:

Naruszenie art. 27 ust. 1 p.z.p. (w zw. z art. 3 p.z.p.) – poprzez kwalifikację zamówienia jako roboty budowlane, 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 p.z.p.).

Odpowiedź Zamawiającego na zarzut nr 1:

Zamawiający kwestionuje stanowisko Odwołującego wskazując, że jest ono pozbawione uzasadnionych podstaw faktycznych i prawnych. W myśl przywołanego przez Odwołującego art. 27 ust. 1 p.z.p. - jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia **stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia**. W niniejszej sprawie głównym przedmiotem zamówienia są właśnie roboty budowlane, a nie dostawy jak błędnie wskazuje Odwołujący, gdyż przedmiotem zamówienia jest w istocie budowa i dostarczenie całego **systemu naśnieżania tras narciarskich: Kaskada, Widokowa- FIS, Ondraszek**. Uzasadnienie powyższego znajdujemy już w samym tytule inwestycji, która realizowana jest pn. „Rozbudowa Ośrodka w obrębie masywu Skrzycznego – Przebudowa i modernizacja systemu naśnieżania tras narciarskich: Kaskada, Widokowa- FIS, Ondraszek”. **Cytowana powyżej „Przebudowa i modernizacja systemu naśnieżania tras narciarskich” obejmuje zatem w pierwszej kolejności wykonanie od podstaw szeregu prac i robót budowlanych polegających na: wykonaniu wykopów w gruncie pod przewody, instalacje i urządzenia, montażu przewodów, instalacji i urządzeń służących do naśnieżania tras narciarskich w wykopach (w gruncie), zabezpieczeniu, zasypaniu i wyrównaniu terenu oraz zagospodarowania nadwyżek mas ziemnych tj. stworzenia kompletnej i połączonej funkcjonalnie infrastruktury (systemu), która służyła będzie naśnieżaniu tras narciarskich**. Z powyższego jednoznacznie wynika, że głównym celem zamówienia nie jest – jak błędnie zakłada Odwołujący - dostawa wyłącznie 27 sztuk armatek, lecz właśnie wykonanie robót budowlanych, dla których dostawa armatek ma jedynie charakter pomocniczy (uzupełniający) tj. służący wykorzystaniu stworzonego w ramach robót budowlanych systemu naśnieżania tras narciarskich za pomocą armatek śnieżnych.

Potwierdzeniem powyższego jest również to, że gdy mamy do czynienia z **robotami budowlanymi i dostawami** Zamawiający powinien kierować się **celem udzielenia zamówienia** i ustaleniem co ma **charakter główny**, a co **poboczny**. W niniejszym postępowaniu jednoznacznie stwierdzić należy, że głównym charakterem zamówienia jest wykonanie i dostarczenie **systemu naśnieżania tras narciarskich, a nie dostawa 27 armatek śnieżnych, która ma charakter uzupełniający i poboczny względem stworzenia i wykonania infrastruktury technicznej tj. systemu naśnieżania tras narciarskich, bez którego same armatki nie mogą funkcjonować i być wykorzystane**.



Mając na uwadze powyższe Zamawiający wskazuje, że w przypadku zamówień mieszanych tj. robót budowlanych i dostaw, głównym przedmiotem zamówienia będzie w każdym przypadku część związana z celem, efektem końcowym udzielenia zamówienia publicznego **bez względu na jej wartość**. W niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest wykonanie rozbudowy Ośrodka w obrębie masywu Skrzycznego tj. Przebudowa i modernizacja systemu naśnieżania tras narciarskich: KASKADA, WIDOKOWA-FIS, ONDRASZEK. Szczegółowy zakres rzeczowy prac i robót budowlanych stanowiących główny przedmiot i cel zamówienia został określony w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ. Powyższe powoduje, że głównym przedmiotem zamówienia jest budowa i dostawa kompletnego systemu naśnieżania tras narciarskich, a przeciwnie stanowisko Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji przetargowej, w szczególności z OPZ. Niewątpliwie stwierdzić należy (wbrew stanowisku Odwołującego), że dostawy materiałów i urządzeń, które mają zostać podłączone do wykonanej w ramach robót budowlanych infrastruktury technicznej służącej do naśnieżania tras narciarskich mają jedynie pomocniczy charakter, który dopełnia całość ogłoszonego zamówienia. Tym samym Zamawiający kwestionuje stanowisko Odwołującego, z którego wynika, że „głównym” przedmiotem zamówienia jest ta jego część, która jest „najdroższa”. Takie założenie jest nieprawidłowe i niezgodne z celem zamówienia, o którym mowa powyżej. Pozostaje również sprzeczne z dopuszczalnym i powszechnie stosowanym mieszanym charakterem zamówień publicznych, do których zaliczamy również niniejsze postępowanie. Powyższe powoduje, że głównym przedmiotem zamówienia nie musi być ta jego część, która ma najwyższą wartość, a ustalenie wartości poszczególnych rodzajów zamówienia nie jest niezbędne do rozstrzygnięcia o tym, które przepisy będą miały zastosowanie. Tym samym stwierdzić należy, że to Zamawiający kierując się celem zamówienia oraz zakresem prac koniecznych do jego wykonania decyduje czy dane zamówienie realizowane jest w ramach robót budowlanych czy w ramach dostaw. Zamówienie objęte niniejszym postępowaniem ma charakter robót budowlanych, a przyjęcie przez Odwołującego przeciwnego założenia jest niezgodne z OPZ i celem postępowania, którego wykonanie polega na stworzeniu tj. wykonaniu kompletnego **systemu naśnieżania tras narciarskich**.


Odnosząc się do wadliwego zdaniem Zamawiającego stanowiska Odwołującego, z którego wynika, że największą wartość zamówienia posiadają „dostawy”, które zdaniem Odwołującego stanowią „główny i najdroższy przedmiot zamówienia”, Zamawiający kwestionuje powyższe wskazując, że głównym przedmiotem zamówienia jest budowa, a więc wykonanie w ramach robót budowlanych kompletnego systemu instalacji naśnieżania tras narciarskich, a wartość rzeczowa robót budowlanych do dostaw armatek kształtuje się w przybliżeniu wartościowym 50/50% (przy uwzględnieniu rabatów i upustów dla dostaw armatek stosowanych powszechnie na rynku).

Zamawiający wskazuje jednak, że to nie wartość poszczególnych składników zamówienia, lecz cel oraz charakter zamówienia decyduje o tym, co jest głównym przedmiotem zamówienia. Tym samym przedstawione powyżej stanowisko, w którym wartość robót budowlanych względem wartości dostaw przedstawiono w przybliżeniu wartościowym 50/50%, Zamawiający przedstawia jedynie pomocniczo w celu zaprzeczenia stanowisku Odwołującego, z którego wynika, „najdroższym”, a przez to „głównym przedmiotem zamówienia” jest „dostawa”.

Powyższe powoduje, że Zamawiający prawidłowo zakwalifikował przedmiot zamówienia wskazując, że są nim roboty budowlane. Konsekwencją powyższego jest przyjęcie, że Zamawiający zastosował prawidłowy tryb postępowania tj. tryb podstawowy.

Reasumując, Zamawiający nie zgadza się z zarzutami przedstawionymi przez Odwołującego i wbrew nim podnosi, że nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa. Wnosi zatem o nieuwzględnienie wniosków Odwołującego, który domaga się unieważnienia postępowania, nakazania przeprowadzenia postępowania w trybie właściwym dla dostaw (przy uwzględnieniu progów unijnych) oraz nakazania umożliwienia składania ofert częściowych.

Zarzut 2:



Naruszenie art. 7 pkt 15) p.z.p. w zw. z art. 24 w zw. z art. 3 p.z.p. – 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 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 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”.

Odpowiedź Zamawiającego na zarzut nr 2:

Zamawiający kwestionuje w/w stanowisko Odwołującego wskazując, że jest ono pozbawione uzasadnionych podstaw faktycznych i prawnych. Zamawiający podkreśla, że przedmiot zamówienia stanowi jedną funkcjonalną całość.

Zgodnie z art. 25 ust. 2 Pzp: Zamówienie jest niepodzielne na części, jeżeli ze względów technicznych, organizacyjnych lub ekonomicznych tworzy nierozdzielalną całość.

Z w/w względów Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części, gdyż byłoby to niezgodne z celem i charakterem zamówienia, którego przedmiotem jest robota budowlana tj. stworzenie połączonego ze sobą funkcjonalnie i kompletnego systemu naśnieżania tras narciarskich. Tym samym Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych, o których mowa w art. 7 pkt 15 Ustawy Pzp.

Powody niedokonania przez Zamawiającego podziału zamówienia:

Zdaniem Zamawiającego zamówienie stanowiące przedmiot postępowania będącego przedmiotem odwołania jest niepodzielne, ponieważ nie może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu zamówienia i wartości zamówienia. Sposób realizacji zamówienia tj. konieczność wykonania szeregu robót budowlanych i jego charakter wymaga, zdaniem Zamawiającego, jego realizacji przez jednego Wykonawcę. Tym samym rozproszenie (podzielenie) przedmiotu zamówienia – jak domaga się Odwołujący - jest nieracjonalne, niecelowe i nieuzasadnione gospodarczo. W szczególności jednak jest nieuzasadnione ze względów technicznych, funkcjonalnych, organizacyjnych i ekonomicznych, gdyż może doprowadzić do tego, że podzielone przedmioty zamówienia nie będą kompatybilne (nie będą ze sobą współpracowały), co 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. Dlatego Zamawiający prowadzi postępowanie jako roboty budowlane.

Zamawiający wskazuje również na wadliwe porównanie przez Odwołującego niniejszego postępowania, którego przedmiotem są roboty budowlane i dostawy (mieszany charakter zamówienia) do poprzednio ogłoszonego przez Zamawiającego postępowania (przytoczonego w treści odwołania) którego przedmiotem była wyłącznie dostawa armatek śnieżnych. Podkreślić bowiem należy, że Zamawiający w postępowaniu pn.: „Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku” – II części, DZP/Sz/22/2020” dopuścił możliwość składania ofert częściowych”, gdyż postępowaniem tym objęto wyłącznie dostawę samych armatek śnieżnych.

Dowód: SWZ postępowania prowadzonego pn.: „Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku” – II części, DZP/Sz/22/2020”.

Uzasadniając zgłoszony przez Odwołującego zarzut powołano się na fragment dyrektywy, zgodnie z którą „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.”

Zamawiający podnosi, że zacytowany powyżej fragment dyrektywy potwierdza jednoznacznie stanowisko Zamawiającego przedstawione w prowadzonym postępowaniu (a przedstawione przez Zamawiającego w uzasadnieniu zarzutu nr 1). W niniejszej sprawie Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części ze względu na nadmierne koszty wykonania zamówienia oraz przede wszystkim brak możliwości skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia. Powyższe powoduje, że dzieląc zamówienie – jak domaga się tego Odwołujący - mogłoby dojść do sytuacji, w której wykonane przez różnych wykonawców roboty budowlane i dostawy nie zapewniłyby sprawnego, połączonego funkcjonalnie i technicznie oraz kompatybilnego systemu naśnieżania tras narciarskich, co byłoby niecelowe i niezgodne z celem realizowanej inwestycji.

W odniesieniu do zgłoszonego zarzutu i argumentacji, iż zamówienie zostało podzielone na etapy ergo mogłoby być podzielone na części, Zamawiający wskazuje na wydaną Zamawiającemu decyzję środowiskową i jej wpływu na terminy realizacji zadania objętego niniejszym postępowaniem. Zgodnie z wymogami wydanych Zamawiającemu decyzji środowiskowych, które przedkładałam w załączeniu, wycinka drzew może być prowadzona wyłącznie po okresie lęgowym ptaków tj. poza okresem od 1 marca do 15 października. Dopuszcza się prowadzenie prac po 15 sierpnia, jednak pod warunkiem, że w okresie od 16 sierpnia do 15 października zapewniony zostanie nadzór ornitologiczny. Dlatego też, uwzględniając powyższe terminy zostały wprowadzone etapy realizacji przedsięwzięcia. Nadto zważyć należy, iż w przypadku realizacji prac przez dwóch wykonawców w okresie prowadzenia prac dozwolonych pod nadzorem ornitologicznym, podwojone zostaną koszty tego nadzoru, które wykonawcy uwzględnią w cenie ofert, a zatem finalnie to Zamawiający pokryje koszty nadzoru ornitologicznego dwóch wykonawców.

Dowód: Decyzja środowiskowa.

Podkreślić należy również, że wnioskowany przez Odwołującego podział zamówienia na części skutkowałby wyższymi kosztami realizacji zamówienia np. podwójnymi kosztami transportu, które każdy z potencjalnych Wykonawców doliczyłby do złożonej oferty. Pieniądze na realizację przedmiotu zamówienia są środkami publicznymi, które Zamawiający ma obowiązek wydatkować w sposób celowy i oszczędny. Tym samym stwierdzić należy, że sposób realizacji zamówienia, jego funkcjonalne połączenie i charakter wymaga realizacji przez jednego Wykonawcę, **bowiem wykonanie szeregu koniecznych** dla stworzenia infrastruktury technicznej **robót budowlanych** stanowiących główny cel inwestycji uzupełnione dostawą armatek śnieżnych odbywa się w jedno miejsce i zapewni zgranie wszystkich koniecznych do wykonania robót budowlanych z dostawą armatek oraz studni i funkcjonalnym ich podłączeniem z wykonaną uprzednio infrastrukturą techniczną naśnieżania tras. **W realiach niniejszej sprawy należy szczególną uwagę zwrócić na fakt, że studnie hydrantowe z zintegrowanym wysięgnikiem (stanowiące przedmiot zamówienia, których montaż musi zostać wykonany w trybie robót budowlanych, a nie samej dostawy – jak domaga się tego Odwołujący) 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.** Potwierdzeniem w/w stanowiska Zamawiającego jest to, że w przypadku, gdyby Zamawiający dokonał podziału zamówienia na osobne części, bądź osobno zlecił wykonanie robót budowlanych i dostaw różnym wykonawcom to przy montażu wysięgników na studni innego dostawcy/wykonawcy konieczne byłoby dostarczenie nie tylko dodatkowych rysunków technicznych, ale również przeprowadzenie dodatkowych badań obciążeń statycznych i dynamicznych wiązałoby z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów, a Zamawiający nie miałby zagwarantowanej pewności że studnie wraz z wysięgnikami będą kompatybilne z armatkami. Pojawia się również w takiej sytuacji kwestia odpowiedzialności gwarancyjnej za studnie w przypadku montażu urządzeń innego dostawcy / wykonawcy niż dostawca studni. Z kolei nieprawidłowa budowa i montaż




lub przekroczenie dopuszczalnych obciążeń zastosowanych przez innego wykonawcę prac budowlanych lub dostawcę armatek skutkował będzie utratą gwarancji. W/w okoliczności, które mają bardzo ważne znaczenie dla prawidłowego wykonania robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia i zapewniają bezawaryjne oraz bezpieczne jego funkcjonowanie w przyszłości powodują, że **nie tylko celowym, ale koniecznym jest realizacja przedmiotu zamówienia przez jednego wykonawcę**. Przemawiają za tym nadmierne trudności techniczne oraz nadmierne koszty wykonania zamówienia, a także brak faktycznej możliwości skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia, która poważnie zagrażałaby właściwemu wykonaniu zamówienia. Powyższe powoduje, że konstrukcja studni, jej obliczenia statyczne i wytrzymałościowe – wykonane przez jednego wykonawcę robót budowlanych, który jednocześnie dokona montażu kompatybilnych i dostosowanych do wykonanych studni pozostałych elementów przedmiotu zamówienia tj. wysięgników, słupów lub wieży oraz armatek, które łącznie, wraz ze studniami stanowiły będą wspólny i kompletny element konstrukcyjny systemu naśnieżania tras dając gwarancję prawidłowego i sprawnego funkcjonowania całości przedmiotu zamówienia. Obrazując w/w złożoność zagadnienia i dowodząc niepodzielności przedmiotu zamówienia Zamawiający podkreśla, że parametry wpływające na stabilność całej konstrukcji, to nie tylko ciężar armatki śnieżnej, ale również ciężar wieży lub słupa, jego wysokość i kąt nachylenia, gdyż wszystkie te elementy w sposób istotny wpływają na stabilność i statykę w/w konstrukcji oraz prawidłowości funkcjonowania systemu naśnieżania tras narciarskich i bezpieczeństwo jego funkcjonowania. Z w/w względów stwierdzić należy, że również względy bezpieczeństwa przemawiają przeciwko dzieleniu zamówienia na części i realizacji przedmiotu zamówienia w trybie dostaw. Oczywiście i powszechnie stosowanym na rynku jest założenie, że gwarancje prawidłowej realizacji zamówienia i jego bezpiecznej eksploatacji w przyszłości daje sytuacja, gdy zestaw w postaci studni, słupa lub wieży oraz armatki jest jednym i kompletnym elementem wykonanym przez jednego wykonawcę. Daje to bowiem gwarancję bezpieczeństwa użytkowania systemu naśnieżania tras, który nabiera szczególnego znaczenia gdy uwzględni się fakt, że w/w elementy systemu oraz prace związane z ich budową realizowane są w trudnych warunkach górskich (na stokach narciarskich) o dużym nachyleniu oraz zróżnicowanych rodzajach gruntu.

Dowody: Wyjaśnienia Zamawiającego.

Powyższe powoduje, że przedmiotem zamówienia jest robota budowlana jednego systemu naśnieżania tras narciarskich, który pozwoli Zamawiającemu zarządzać wszystkimi urządzeniami, co czyni niemożliwym dokonanie podziału tego zamówienia na części lub jego realizację w trybie samej dostawy. Pozostawienie zamówienia w jednej części podyktowane jest również innymi względami ekonomicznymi, gdyż dostawa urządzeń przez jednego wybranego w toku postępowania oferenta/wykonawcę wpływa na zmniejszenie kosztów eksploatacji systemu naśnieżania i ogranicza ilość zamawianych części zamiennych. Pozostawienie zamówienia w jednej części podyktowane jest także zasadami jednolitej eksploatacji zamawianych urządzeń, co w sposób istotny wpływa na ułatwienie pracy pracownikom Zamawiającego odpowiedzialnym za zapewnienie prawidłowej eksploatacji zamawianych urządzeń oraz bieżące dokonywanie ich przeglądów i serwisowania.

Zamawiający zwraca również szczególną uwagę na fakt, że jeden wykonawca wszystkich robót budowlanych i dostaw objętych przedmiotem zamówienia (mieszanego) udzieli gwarancji jakości i rękojmi na cały przedmiot zamówienia, co pozwoli uniknąć często 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 paraliżuje pracę całego ośrodka narciarskiego i powoduje konieczność jego zamknięcia oraz długotrwałego, kosztownego „poszukiwania” wśród kilku wykonawców, tego który ponosi odpowiedzialność za zaistniałe wady lub awarie. W takich sytuacjach dopiero długotrwały i kosztowny proces sądowy, w którym dopuszczono dowody z opinii biegłych sądowych danej specjalizacji pozwala na przypisanie winy właściwemu wykonawcy, czego można i należy uniknąć zlecając wykonanie przedmiotu umowy jednemu wykonawcy – jak w niniejszej sprawie postąpił Zamawiający, kierując się wieloletnią praktyką i doświadczeniem przy realizacji zamówień publicznych. Przeciwnie twierdzenia i niezasadne zarzuty podniesione przez Odwołującego uznać



należy za bezpodstawne i bezzasadne oraz kierowane wyłącznie partykularnym interesem Odwołującego, który będąc producentem m.in. armatek śnieżnych „wybiera” z całego przedmiotu zamówienia tylko tą jego część, której realizacja związana jest z interesem Odwołującego i przedmiotem prowadzonej przez niego działalności.

Wskazać należy również, że wybranie jednego wykonawcy zmniejszy również liczbę dni, które pracownicy Zamawiającego będą musieli poświęcić na szkolenia związane z zapoznaniem się z specyfiką wykonanego systemu naśnieżania i podłączonymi do niego armatkami. Powyższe w sposób istotny wpływa na efektywność pracy oraz racjonalne gospodarowanie czasem pracy urzędów oraz osób je obsługujących.

Powyższe powoduje, że Zamawiający postępując prawidłowo nie dopuścił składania ofert częściowych, prawidłowo przyjął, że zamówienie z uwagi na jego charakter i cel (przedstawiony powyżej) jest niepodzielne i nie może być zrealizowane w częściach. Konsekwencją powyższego jest przyjęcie, że Zamawiający nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy pzp, a fakt, że Odwołujący (będący producentem sprzętu ruchomego – armatek) chciałby mieć możliwość realizacji wyłącznie części przedmiotu zamówienia nie stanowi potwierdzenia, że do naruszenia wskazanych przepisów prawa doszło.

Reasumując, Zamawiający nie zgadza się z zarzutami przedstawionymi przez Odwołującego i wbrew nim podnosi, że nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa. Wnosi zatem o nieuwzględnienie wniosków Odwołującego, który domaga się unieważnienia postępowania, nakazania przeprowadzenia postępowania w trybie właściwym dla dostaw (przy uwzględnieniu progów unijnych) oraz nakazania umożliwienia składania ofert częściowych.

Zarzut nr 3:

Na wstępie odnosząc się do kwestii podniesionych przez Odwołującego w ramach zarzutu nr 3, **Zamawiający wskazuje, że w ubiegłym roku przeprowadził dwa postępowania na dostawę armatek śnieżnych o parametrach tożsamyh jak w przedmiotowym postępowaniu kwestionowane przez Odwołującego, nawet w zakresie wymogu innowacyjności.**

Dowód:

SWZ dla postępowania DZP/Sz/47/2022

SWZ dla postępowania DZP/Sz/38/2022

Wyjaśnienia Zamawiającego

W obu ww. postępowaniach została wybrana jako najkorzystniejsza oferta firmy Demaclenko, a zatem inny podmiot niż wskazany przez Odwołującego. Powyższe jednoznacznie potwierdza szeroko ujęte poniżej twierdzenia Zamawiającego, iż żaden ze wskazanych parametrów nie zaburza konkurencji i nie prowadzi do faworyzowania jednego z wykonawców, a wskazane przez Zamawiającego parametry są powszechnie dostępne na rynku.

Dowód:

- informacja o wyborze oferty - postępowanie DZP/Sz/38/2022

- informacja o wyborze oferty postępowanie DZP/Sz/47/2022

Poniżej Zamawiający szczegółowo odniesie się do zarzutów Odwołującego.

Odwołująca zarzuca 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 SWZ- załącznika 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.”

Zamawiający nie uwzględnia stanowiska Odwołującego i podtrzymuje zastosowane postanowienie SWZ, przyjmując, że innowacje to jeden z kierunków strategicznych, który jest celem bieżącej polityki państwa, w tym również instytucji dofinansowujących. Również zamówienia publiczne są narzędziem jego realizacji. Zamawiający wskazuje, iż ustawa Prawo zamówień publicznych precyzuje i definiuje pojęcie innowacyjności. Nie mniej jednak Zamawiający dążąc do wyjaśnienia wątpliwości dokonuje jego doprecyzowania i wskazuje, że Zamawiający za produkty innowacyjne uznaje produkty charakteryzujące się znacznie ulepszonymi parametrami w stosunku do urządzeń dostępnych na rynku od wielu lat, które umożliwiają nabywcom publicznym pozyskanie produktów o lepszej jakości. Zamawiający podnosi, że w ramach prowadzonego postępowania wydatkuje środki publiczne, którymi zobowiązany jest gospodarować w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Tym samym warunek innowacyjności odnosi się do obu rodzajów armatek objętych zamówieniem.

Tożsamy parametr został wskazany przez Zamawiającego w roku ubiegłym w dwóch postępowaniach i nie był on kwestionowany przez Odwołującego. Co więcej, dwóch wykonawców złożyło oferty spełniające ten parametr, a nadto jak wynika chociażby z oferty Odwołującego dostępnej na stronie internetowej, również Odwołujący posługuje się pojęciem „innowacyjnej armatki” co przesądza, że doskonale rozumie ww. pojęcie i parametr ten nie narusza interesu Odwołującego w ubieganiu się o udzielenie zamówienia.

Dowód:

SWZ dla postępowania DZP/Sz/47/2022

SWZ dla postępowania DZP/Sz/38/2022

informacja o wyborze oferty - postępowanie DZP/Sz/38/2022

informacja o wyborze oferty postępowanie DZP/Sz/47/2022

oferta Odwołującego dostępna na <https://www.supersnow.pl/900a>

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

Ze względów ekonomicznych Zamawiający nie uwzględnia zarzutu Odwołującego i pozostawia wymóg „armatka pozbawiona oleju hydraulicznego”. Na podstawie doświadczenia posiadanego przez Zamawiającego tj. wieloletniej obsługi urządzeń typu armatki śnieżne stwierdzić należy, że **armatka pozbawiona oleju hydraulicznego jest dużo tańsza w eksploatacji, mniej awaryjna oraz łatwiejsza w serwisowaniu**. Dowodząc powyższego Zamawiający podnosi, że **armatka wyposażona w olej hydrauliczny musi być corocznie tj. każdorazowo po lub przed rozpoczęciem nowego sezonu (zimowego) serwisowana poprzez wymianę oleju, co powoduje powstawanie stałych, corocznych i nieuzasadnionych kosztów po stronie Zamawiającego**. Ponadto brak oleju wpływa na zwiększenie bezawaryjności pracy armatki, co dostrzegli najwięksi światowi producenci oferując obecnie armatki pozbawione oleju hydraulicznego.

Dowód:

Opinia dot. przewagi układów elektrycznych nad hydraulicznymi

Oświadczenie Demaclenko,

Oświadczenie Supersnow

Wyjaśnienia Zamawiającego,



Nieuzasadnione koszty po stronie Zamawiającego w przypadku armatek z zastosowaniem oleju wynikają również w związku z koniecznością zastosowania przy wymianie oleju środków ochrony indywidualnej w postaci specjalistycznych olejoodpornych okularów, rękawic, odzieży.

Dowód:

Tłumaczenie specyfikacji producenta oleju hydraulicznego – dokument przedłożony przez samego Odwołującego w toku postępowania pod sygn. KIO: 3165/21.

Powyższe czyni zarzuty Odwołującego bezzasadnymi, gdyż spełnienie nieuzasadnionych zarzutów Odwołującego bezpośrednio prowadzi do obniżenia jakości przedmiotu zamówienia, powoduje podniesienie kosztów obsługi eksploatacyjnej armatek, co przeczy zasadzie efektywności wykorzystania przedmiotu zamówienia i gospodarności w wydatkowaniu środków publicznych. Zamawiający podtrzymuje przedstawione powyżej stanowisko nawiązujące do tego, że może, a nawet musi żądać produktów wysokiej jakości, co nie uchybia postanowieniom Prawa zamówień publicznych (art. 16 ustawy PZP). Należy zauważyć także, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem Zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Zamawiający podnosi, że analogiczne zarzuty Odwołujący podnosił również w zakończonym już prawomocnie postępowaniu, które toczyło się przed KIO z udziałem tych samych stron w 2021r. W w/w postępowaniu (sygn. akt: KIO 3165/21) w wyroku z dnia 01.12.2021r. KIO stwierdziło, że: „w niniejszej sprawie Izba uznała, iż zasadny jest wybór rozwiązań bezolejowych i zasilanych elektrycznie ze względu na łatwość serwisowania, efektywność i większą użyteczność tych rozwiązań dla Zamawiającego.”.

Dowód: Wyrok KIO z dnia 01.12.2021r., sygn. akt: : KIO 3165/21

Powołane powyżej stanowisko Zamawiającego znajduje zatem potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym również w wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, w którym podniesiono, że „Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji, ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum” (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy nr 1, Warszawa 2008, s. 35).

Zamawiający podnosi także, że na rynku, oprócz Odwołującego, który złożył odwołanie, są również inni producenci armatek śnieżnych, którzy mają w ofercie armatki pozbawione oleju hydraulicznego.

Dowód: Oświadczenie firmy DEMACLENKO, Oświadczenie Supersnow, wyjaśnienia Zamawiającego, Armatka Demaclenko folder

Podkreślić również należy, że ze względu na fakt, iż Odwołujący oferuje produkty spełniające kryterium bezolejowości to trudno twierdzić o jakimkolwiek naruszeniu jego interesu w ubieganiu się o udzielenie zamówienia i naruszeniu zasad uczciwej konkurencji.

Z w/w względów Zamawiający nie uwzględnia podniesionych zarzutów oraz nie wyraża zgody na dalsze zmiany proponowane przez Odwołującego tj. dodanie zwrotu „lub równoważny” rozumianego jako „olej hydrauliczny biodegradowalny”.

Tożsamy parametr został wskazany przez Zamawiającego w roku ubiegłym w dwóch postępowaniach i nie był on kwestionowany przez Odwołującego. Co więcej, dwóch wykonawców złożyło oferty spełniające ten parametr a wybrana jako najkorzystniejsza została oferta firmy Demaclenko, a nie podmiotu wskazanego przez Odwołującego.



Dowód:

SWZ dla postępowania DZP/Sz/47/2022

SWZ dla postępowania DZP/Sz/38/2022

informacja o wyborze oferty - postępowanie DZP/Sz/38/2022

informacja o wyborze oferty postępowanie DZP/Sz/47/2022

Odpowiedź na niniejszy zarzut dotyczy również odpowiedzi na analogiczny zarzut Odwołującego przedstawiony w zarzucie nr 3 pkt B 1) „2. Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego (zob. 4.3.2. załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia)”.

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

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu Odwołującego i pozostawia wymóg „Minimalnej sumarycznej mocy silników kompresora i wentylatora 18 kW”. Na podstawie doświadczenia posiadanego przez Zamawiającego tj. wieloletniej obsługi urządzeń typu armatki śnieżne stwierdzić należy, że **wraz ze wzrostem mocy wzrasta wydajność urządzenia typu armatka śnieżna, a wnioskowane przez Odwołującego 12 kW stanowi zaproponowanie przez Odwołującego najslabszego wariantu armatki śnieżnej, którego Zamawiający nie akceptuje z przyczyn wskazanych także w zarzucie przedstawionym powyżej. Zamawiający wskazuje ponadto, że na rynku dostępne są powszechnie armatki wyposażone w moc silników kompresora i wentylatora o parametrach od 12 kW (najslabsze) do 22 kW (najmocniejsze), co powoduje, że Zamawiający wymaga dostawy armatki o parametrze 18kW, która nie jest, ani najslabszym, ani najmocniejszym z urządzeń dostępnych na rynku. Wymaga zatem urządzeń o średnich parametrach minimalnej sumarycznej mocy silników kompresora i wentylatora.**

Dowód:

Wyjaśnienia Zamawiającego,

Armatka Demaclenko folder

Tożsamy parametr został wskazany przez Zamawiającego w roku ubiegłym w dwóch postępowaniach i nie był on kwestionowany przez Odwołującego. Co więcej, dwóch wykonawców złożyło oferty spełniające ten parametr a wybrana jako najkorzystniejsza została oferta firmy Demaclenko, a nie podmiotu wskazanego przez Odwołującego.

Dowód:

SWZ dla postępowania DZP/Sz/47/2022

SWZ dla postępowania DZP/Sz/38/2022

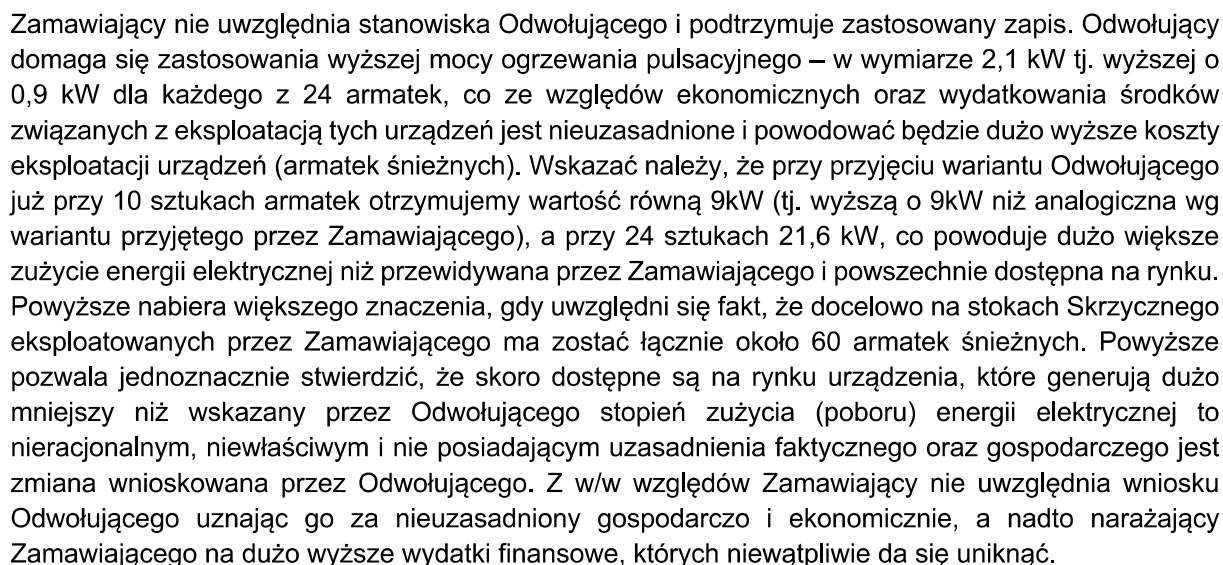
informacja o wyborze oferty - postępowanie DZP/Sz/38/2022

informacja o wyborze oferty postępowanie DZP/Sz/47/2022

4. Odpowiedź Zamawiającego na zarzut nr 3 pkt A. pkt 4)

Zamawiający uwzględnia stanowisko Odwołującego, co powoduje, że zakwestionowane postanowienie przyjmuje treść: „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”.

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



Wyjaśnienia Zamawiającego,
Armatka Demaclenko folder

Tożsamy parametr został wskazany przez Zamawiającego w roku ubiegłym w dwóch postępowaniach i nie był on kwestionowany przez Odwołującego. Co więcej, dwóch wykonawców złożyło oferty spełniające ten parametr a wybrana jako najkorzystniejsza została oferta firmy Demaclenko, a nie podmiotu wskazanego przez Odwołującego.

SWZ dla postępowania DZP/Sz/47/2022
SWZ dla postępowania DZP/Sz/38/2022
informacja o wyborze oferty - postępowanie DZP/Sz/38/2022
informacja o wyborze oferty postępowanie DZP/Sz/47/2022

B. W odniesieniu do SWZ- załącznika 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)”.

Odpowiedź na niniejszy zarzut zamieszczono powyżej tj. w odpowiedzi na zarzut nr 3 A. pkt 2) który dotyczy również odpowiedzi na niniejszy zarzut Odwołującego, który Zamawiający podtrzymuje w całości.

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

Odpowiedź Zamawiającego na zarzut nr 3 pkt B. pkt 2):

Zamawiający uwzględnił zarzut przedstawiony w zarzucie nr: 3. B pkt 2) poprzez przyjęcie „7) Podnoszenie tuby: automatyczne”. Uwzględniając stanowisko Odwołującego Zamawiający zastrzegł dodatkowo (w celu usunięcia wszelkich wątpliwości), że oprócz obligatoryjnego automatycznego podnoszenia tuby, dopuszcza również urządzenia wyposażone w dodatkowe systemy podnoszenia tuby.



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

Zamawiający nie uwzględnia stanowiska Odwołującego i podtrzymuje zastosowany zapis. Odwołujący domaga się wykreślenia całego parametru wskazanego powyżej, względnie dodania zwrotu „lub równoważny” rozumianego jako „możliwość zastosowania w miejsce napędu elektrycznego napędu hydraulicznego”, czego Zamawiający nie akceptuje. Zamawiający nie wyraża zgody na proponowany przez Odwołującego napęd hydrauliczny, **gdyż zamawia armatki bezolejowe wyposażone w napęd elektryczny**. Uzasadnienie bezolejowości przedstawiono powyżej (w odpowiedzi na zarzuty nr 3 A. 1) i 3 B. 1)), co Zamawiający podtrzymuje również w tym miejscu, a KIO uprzednio potwierdziła słuszność i prawidłowość postępowania Zamawiającego w tym zakresie. Wyjaśnienia w tym miejscu wymaga także to, że czołowi producenci urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia posiadają armatki wyposażone w napęd elektryczny (bezolejowy). Zamawiający zaprzecza zatem twierdzeniom Odwołującego, z których wynika, że „napęd elektryczny jest bardziej awaryjny”. Tym samym na podstawie doświadczenia posiadanego przez Zamawiającego tj. wieloletniej obsługi urządzeń typu armatki śnieżne stwierdzić należy, że armatka pozbawiona oleju hydraulicznego jest dużo tańsza w eksploatacji, mniej awaryjna oraz łatwiejsza w serwisowaniu. Powyższe powoduje, że nieuwzględnienie zarzutu Odwołującego podyktowane jest również względami ekonomicznymi, gdyż armatka wyposażona w olej hydrauliczny musi być corocznie tj. każdorazowo po lub przed rozpoczęciem nowego sezonu (zimowego) serwisowana poprzez wymianę oleju, co powoduje powstawanie stałych, corocznych i nieuzasadnionych kosztów po stronie Zamawiającego. Nadto brak oleju wpływa na zwiększenie bezawaryjności pracy armatki, co dostrzegli najwięksi światowi producenci oferując obecnie armatki pozbawione oleju hydraulicznego. Tym samym powtórzyć należy, że spełnienie nieuzasadnionych zarzutów Odwołującego bezpośrednio prowadzi do obniżenia jakości przedmiotu zamówienia, powoduje podniesienie kosztów obsługi eksploatacyjnej armatek, co przeczy zasadzie efektywności wykorzystania przedmiotu zamówienia i gospodarności w wydatkowaniu środków publicznych. Podkreślić jeszcze raz należy, że ze względu na fakt, iż Odwołujący oferuje produkty spełniające kryterium bezolejowości to trudno twierdzić o zaistnieniu jakiegokolwiek naruszenia jego interesu w ubieganiu się o udzielenie zamówienia i naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Produkty takie oferują także inni producenci jak Technoalpin, Demaclenko.

Dowód:

oświadczenie firmy DEMACLENKO,

oświadczenie Supersnow

Wyjaśnienia Zamawiającego.

Opinia dot. przewagi układów elektrycznych nad hydraulicznymi

Armatka Demaclenko - folder

Z w/w względów Zamawiający nie uwzględnia podniesionego zarzutu oraz nie wyraża zgody na dalsze zmiany proponowane przez Odwołującego tj. m.in. „względne dodanie zwrotu lub równoważny” rozumianego jako „możliwość zastosowania w miejsce napędu elektrycznego napędu hydraulicznego”.

Tożsamy parametr został wskazany przez Zamawiającego w roku ubiegłym w dwóch postępowaniach i nie był on kwestionowany przez Odwołującego. Co więcej, dwóch wykonawców złożyło oferty spełniające ten parametr a wybrana jako najkorzystniejsza została oferta firmy Demaclenko, a nie podmiotu wskazanego przez Odwołującego.

Dowód:

SWZ dla postępowania DZP/Sz/47/2022

SWZ dla postępowania DZP/Sz/38/2022

informacja o wyborze oferty - postępowanie DZP/Sz/38/2022

informacja o wyborze oferty postępowanie DZP/Sz/47/2022



4. Odpowiedź Zamawiającego na zarzut nr 3 pkt B. pkt 4):

Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty przedstawione w zarzucie nr: 3. B pkt 4) poprzez przyjęcie „11 Minimalna liczba sterowanych zaworów wodnych 15 szt lub minimalna ilość stopni wydajności przepływu wody -15”.

5. Odpowiedź Zamawiającego na zarzut nr 3 pkt B. pkt 5):

Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty przedstawione w zarzucie nr: 3. B pkt 5) 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”.

6. Odpowiedź Zamawiającego na zarzut nr 3 pkt B. pkt 6):

Zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty przedstawione w zarzucie nr: 3. B pkt 6) poprzez przyjęcie „18. Kompresor – bezolejowy łopatkowy lub bezolejowy tłokowy”, a nie uwzględnił „dodania zwrotu lub równoważny z określeniem równoważności jako możliwości zastosowania kompresora tłokowego”, a zatem bez dokreślenia, że ma on być bezolejowy.

Uzasadniając powyższe Zamawiający wyjaśnia, że kompresor bezolejowy jest znacznie tańszy w eksploatacji jak również nie wymaga corocznej wymiany oleju.

Zgodnie z kartą przeglądu okresowego firmy Supersnow w przypadku posiadania kompresora olejowego należy corocznie dokonywać jego wymiany, natomiast zgodnie z instrukcją konserwacji kompresora bezolejowego firmy Technoalpin pierwsza wymiana uszczelnień grafitowych następuje po 3000 godzin pracy urządzenia, co w przypadku Zamawiającego stanowi okres 20 lat eksploatacji. Pierścienie grafitowe w kompresorach bezolejowych spełniają taką samą funkcję jak olej w kompresorach olejowych. Powyższe w sposób oczywisty wskazuje, iż zastosowanie kompresora bezolejowego jest rozwiązaniem znacznie tańszym w eksploatacji niż kompresor olejowy.

Dowód: Karta przeglądu okresowego firmy Supersnow, Instrukcją konserwacji kompresora bezolejowego firmy Technoalpin, Wyjaśnienia Zamawiającego

Na uwagę zasługuje również fakt, iż Odwołujący posiada w swej ofercie armatki wyposażone w kompresor bezolejowy ponieważ oferował i dostarczył Zamawiającemu takie urządzenia już w latach poprzednich tj. w przeprowadzanych uprzednio postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jakie miało miejsce w 2017 r. Dowodząc powyższego Zamawiający przedkłada opis przedmiotu zamówienia z postępowania pod nazwą „Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku”, nr postępowania DZP/Sz/2/2017 i wybór oferty.

Dowód: Opis przedmiotu zamówienia i informacja o wyborze oferty z postępowania pod nazwą Dostawę armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku, nr postępowania DZP/Sz/2/2017, Oświadczenie SUPERSNOW S.A. z dnia 30.11.2020r. złożone w postępowaniu nr DZP/Sz/22/2020 pkt 18, Wyjaśnienia Zamawiającego.

Powyższe potwierdza, iż nie może być mowy o naruszeniu interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i jakiegokolwiek naruszeniu uczciwej konkurencji.

Nadto wskazać należy, że wymagane przez Zamawiającego rozwiązania oferują również inni producenci urządzeń do naśnieżania jak: Demaclenko, SMI, Technoalpin.

Dowód:

Armatka Demaclenko folder

Z powyższych względów Zamawiający dokonał wyboru kompresora bezolejowego na podstawie posiadanego doświadczenia wynikającego z użytkowania armatek wyposażonych w kompresory bezolejowe, które już są w eksploatacji na obiektach Zamawiającego.



Tożsamy parametr został wskazany przez Zamawiającego w roku ubiegłym w dwóch postępowaniach i nie był on kwestionowany przez Odwołującego. Co więcej, dwóch wykonawców złożyło oferty spełniające ten parametr a wybrana jako najkorzystniejsza została oferta firmy Demaclenko, a nie podmiotu wskazanego przez Odwołującego.

Dowód:

SWZ dla postępowania DZP/Sz/47/2022

SWZ dla postępowania DZP/Sz/38/2022

informacja o wyborze oferty - postępowanie DZP/Sz/38/2022

informacja o wyborze oferty postępowanie DZP/Sz/47/2022

Reasumując całość przedstawionego powyżej stanowiska podkreślić należy, że Zamawiający przygotowując opis przedmiotu zamówienia dostosował przyjęte w postępowaniu wymogi do powszechnie przyjętych i stosowanych standardów. Kierował się również posiadanym w tym zakresie wieloletnim doświadczeniem związanym z budową infrastruktury technicznej stoków narciarskich, jej funkcjonalnym połączeniem i zapewnieniem sprawności i celowości wyposażenia i niezakłóconego działania. Brał pod uwagę również eksploatację infrastruktury technicznej naśnieżania tras i konieczność jej dostosowania do obsługi zamawianych urządzeń. W żaden sposób nie ograniczał konkurencji, nie faworyzował żadnego podmiotu i wbrew twierdzeniom Odwołującego nie dopuścił się „arbitralnego traktowania” jakiegokolwiek podmiotu. Potwierdzeniem powyższego są dołączone do niniejszego pisma dokumenty, jakie sam Odwołujący złożył w poprzednio toczących się postępowaniach. Dokumenty i oświadczenia złożone wówczas przez firmę **SUPERSNOW S.A.**, potwierdzają, że Odwołujący spełniał wymogi stawiane przez Zamawiającego, które w części dotyczącej armatek śnieżnych są tożsame z wymogami, jakie Odwołujący aktualnie stawia w niniejszym postępowaniu. Nie stanowią one zatem żadnego novum w stosunku do praktyk stosowanych przez Zamawiającego w ostatnich latach, co dowodzi, że podniesione przez Odwołującego zarzuty pozbawione są uzasadnionych podstaw faktycznych i prawnych. Odwołujący posiadał bowiem w swojej ofercie urządzenia o parametrach, które odpowiadają analogicznym wymogom prowadzonego aktualnie postępowania, a fakt, że aktualnie ich nie posiada lub może ich aktualnie nie posiadać, bądź też posiada na wyposażeniu inny asortyment, który chce sprzedać, w żaden sposób nie uzasadnia konieczności dokonania wnioskowanych przez Odwołującego zmian i wykreśleń.

Mając na względzie dobro prowadzonego postępowania oraz zasady zawarte w art. 16 ust. PZP Zamawiający w części przychylił się do stanowiska Wykonawcy i w tej części dokonał odpowiedniej zmiany SWZ oraz treści ogłoszenia. W pozostałym zakresie Zamawiający odmawia dokonania wnioskowanych przez Odwołującego zmian i wykreśleń. **Brak jest zatem uzasadnionych podstaw faktycznych i prawnych do tego, aby uznać, że w przeprowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu doszło do naruszenia wskazanych w treści odwołania przepisów.** Konsekwencją nieuwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu jest wniosek o oddalenie odwołania w tej części, jako oczywiście bezzasadnego.

Wniosek o oddalenie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego:

Zgodnie z art. 538 i 539 PZP dopuszczalne jest powołanie biegłego w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Opinia biegłego stanowi rodzaj dowodu w postępowaniu.

Podstawę prawną powołania biegłego sądowego przez KIO zawiera art. 538 i 539 PZP. Izba powołuje biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych.

Zasadą jest, że dowód z opinii biegłych może zostać przeprowadzony wyłącznie w sytuacji, gdy Izba uzna, iż ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych, a zatem nie da się tego dowodu zastąpić innym, np. dowodem z dokumentu lub zeznań świadka. Pojęcie



wiadomości specjalnych jest pojęciem ocennym – wymaga zbadania na tle konkretnej sprawy i w świetle okoliczności danego przypadku, czy dla ustalenia stanu faktycznego w postępowaniu odwoławczym wymagana jest wiedza specjalna, czyli wiedza z zakresu poszczególnych gałęzi nauki, techniki, sztuki, rzemiosła oraz wszelkich innych umiejętności, wykraczająca poza przeciętny poziom wiedzy osób niebędących specjalistami w danej dziedzinie (por. A. Marciniak, w: A. Marciniak (red.), Kodeks, art. 278, Nb 1).

Dowód z opinii biegłych ma służyć, jak każdy inny dowód, potwierdzeniu faktów, na które powołuje się strona lub uczestnik postępowania, a zatem do ustalenia stanu faktycznego sprawy. Dopiero tak ustalony stan faktyczny jest oceniany przez KIO w celu rozstrzygnięcia sprawy i wydania wyroku. Tym samym opinia biegłego co do zasady nie powinna zawierać ocen prawnych.

Jak podkreśliła KIO w wyr. z 5.2.2020 r. (KIO 103/20, Legalis), specyfika postępowania odwoławczego każdorazowo wymaga ustalenia, czy na podstawie innych dowodów istnieje realna możliwość wydania orzeczenia co do poszczególnych zarzutów. **Dowód z opinii biegłego w postępowaniu odwoławczym ma charakter ekstraordynaryjny – jego powoływanie jest celowe, jeśli po pierwsze konieczne są wiadomości specjalne, a po drugie brak jest innych dowodów pozwalających na ustalenie istotnych faktów dla rozstrzygnięcia sprawy. Izba podkreśliła, że celem dowodu z opinii biegłych nie jest ustalenie faktów mających znaczenie w sprawie, lecz udzielenie wyjaśnień w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych.** Fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy podlegają ustaleniu w oparciu o inne dowody (z dokumentów, z zeznań świadków, przesłuchania stron).

Istota tezy dowodowej w zakresie wnioskowanego dowodu z opinii biegłego sprowadza się w konsekwencji nie do ustalenia faktów wymagających wiadomości specjalnych, a oceny prawnej, a nie temu powinien służyć dowód w postaci opinii biegłego.

Specyfika postępowania odwoławczego każdorazowo wymaga ustalenia, czy na podstawie innych dowodów istnieje realna możliwość wydania orzeczenia co do poszczególnych zarzutów. Dowód z opinii biegłego - jego powoływanie jest celowe, jeśli po pierwsze - konieczne są wiadomości specjalne, po drugie - brak jest innych dowodów pozwalających na ustalenie istotnych faktów dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2015 r. sygn. KIO 1526/15 cyt. „*Biegłym w rozumieniu przepisów p.z.p. jest każda osoba posiadająca wiadomości specjalne, niezbędne z punktu widzenia prawidłowości przygotowania i prowadzenia danego postępowania, która zostanie wyznaczona do pełnienia tej funkcji przez kierownika zamawiającego. Biegłym może być zarówno pracownik zamawiającego, jak i inna osoba, która wyrazi zgodę na uczestniczenie w pracach w postępowaniu. Biegły może być powołany w skład komisji przetargowej, może również służyć swoimi wiadomościami bez włączania go w skład komisji*”.

Do niniejszej odpowiedzi Zamawiający załączył dowody, w tym opinię potwierdzające okoliczności, dla wykazania których Odwołujący wniósł o powołanie biegłego.

W konsekwencji powołanie biegłego w ramach niniejszego postępowania odwoławczego jest dowodem zbędnym i służy jedynie przewlekaniu przez Odwołującego przedmiotowego postępowania, co uzasadniać powinno oddalenie przez KIO wniosku Odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

Za Zamawiającego – Pełnomocnik

**Załączniki:**

1. Odpis pełnomocnictw udzielonych Dyrektorowi COS-OPO w Szczyrku T. Laszczakowi
2. Odpis pełnomocnictwa udzielonego zastępcy procesowemu
3. Potwierdzenie uiszczenia opłat skarbowych
4. Odpis KRS
5. Oświadczenie Demaclenko,
6. Oświadczenie Supersnow S.A.
7. Oświadczenie SUPERSNOW S.A. z dnia 30.11.2020r. złożone w postępowaniu nr DZP/Sz/22/2020 pkt 18,
8. Decyzja środowiskowa,
9. SIWZ postępowania prowadzonego pn.: „Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku” – II części, DZP/Sz/22/2020”,
10. Wyrok KIO z dnia 01.12.2021r., sygn. akt: : KIO 3165/21.
11. Karta przeglądu okresowego firmy Supersnow,
12. Instrukcją konserwacji kompresora bezolejowego firmy Technoalpin,
13. Opis przedmiotu zamówienia i informacja o wyborze oferty z postępowania pod nazwą Dostawę armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku, nr postępowania DZP/Sz/2/2017
14. Opinia dot. przewagi układów elektrycznych nad hydraulicznymi
15. Tłumaczenie specyfikacji producenta oleju hydraulicznego
16. Armatka Demaclenko – folder
17. SWZ dla postępowania DZP/Sz/38/2022
18. informacja o wyborze oferty postępowanie DZP/Sz/38/2022
19. SWZ dla postępowania DZP/Sz/47/2022
20. informacja o wyborze oferty - postępowanie DZP/Sz/47/2022
21. Oferta Supersnow ze strony internetowej
22. Odpis odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami x 1 egz.

Podpis jest prawidłowy

Digitally signed by Katarzyna
Jankoś
Date: 2023.09.21 23:43:04 CEST

