

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

ePUAP: UZP/SkrytkaESP

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, Jacek Dulba - wiceprezes 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, al. Płk. Beliny Prażmowskiego 69/4, 31-514 Kraków, adres e-mail: w.zielinski@wzka.legal, tel.: +48 12 446 40 67.

Przedmiot

zamówienia: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż progi unijne 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 podstawowym na podstawie: art. 275 pkt 1 p.z.p. pn.: „*Rozbudowa Ośrodka w obrębie masywu Skrzycznego-Przebudowa i modernizacja systemu naśnieżania tras narciarskich: KASKADA, WIDOKOWA-FIS, ONDRASZEK*”, numer postępowania: DZP/Sz/28/2023, numer ogłoszenia (BZP): 2023/BZP 00380581.

numer publikacji

w BZP: Ogłoszenie nr 2023/BZP 00432022/01 z dnia 2023-10-06
(przed zmianą: 2023/BZP 00407596/01 z dnia 2023-09-21 oraz przed wcześniejszą zmianą ogłoszenie z 4.09.2023 r.: 2023/BZP 00380581)

Odwołanie przekazano Zamawiającemu w dniu 11.10.2023 r. drogą elektroniczną na następujące adresy: e-mail: przetargi.szczyrk@cos.pl, sekretariat.szczyrk@cos.pl, ePUAP: /COSIGB/SkrytkaESP, portal: <https://ezamowienia.gov.pl/>

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. 2 p.z.p., **wnoszę odwołanie wobec zaktualizowanej treści ogłoszenia: specyfikacji warunków zamówienia - „SWZ” odnośnie do wskazanych w odwołaniu części opisu przedmiotu zamówienia** (załącznik nr 6) – postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Rozbudowa Ośrodka w obrębie masywu Skrzycznego- Przebudowa i modernizacja systemu naśnieżania tras narciarskich: KASKADA, WIDOKOWA-FIS, ONDRASZEK DZP/Sz/28/2023*” (opublikowanego w Biuletynie Informacji Publicznej

Centralnego Ośrodka Sportu w dniu 4.09.2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00380581/01; SWZ został opublikowany 4.09.2023 r. na stronie: <https://bip.cos.pl/4755/rozbudowa-osrodka-w-obrebie-masywu-skrzycznego-przebudowa-i-modernizacja-systemu-nasniezania-tras-narciarskich-kaskada-widokowa-fis-ondraszek>, które zostało zmienione w odpowiednio w dniu 21.09.2023 r. (2023/BZP 00407596/01 z dnia 2023-09-21 – oraz następnie zmienione w dniu 6.10.2023 r., ogłoszenie nr 2023/BZP 00432022/01 **w związku z publikacją aktualizacji OPZ** (<https://bip.cos.pl/4755/rozbudowa-osrodka-w-obrebie-masywu-skrzycznego-przebudowa-i-modernizacja-systemu-nasniezania-tras-narciarskich-kaskada-widokowa-fis-ondraszek>; data publikacji aktualizacji 6.10.2023 r.), 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 nieproporcjonalny, niejednoznaczny (nieprzejrzysty) i niewyczerpujący w zakresie następujących parametrów/warunków – obejmujący parametr innowacyjności, a zwłaszcza interpretacji innowacyjności z perspektywy roku produkcji i braku odniesienia tejże definicji do konkretnych mierzalnych parametrów relewantnych z perspektywy celu zamówienia (odnośnie tekstu dodanego zmianą SWZ z 6.10.2023 r. zaznaczonego kolorem czerwonym):

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

2) Armatki śnieżne innowacyjne tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 4 lata. 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. (zob. 4.3.1. ppkt. 2 załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia);

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

20. Armatki śnieżne innowacyjne tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 4 lata. 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”. (zob. 4.3.2. ppkt. 20 załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia).

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

1. Mając na względzie podniesiony zarzut, 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 treść ogłoszenia (w tym SWZ) w zakresie opisanym w pkt. I zarzut 1 A-B powyżej, naruszała przepisy p.z.p., co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;**

oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) w odniesieniu do zarzutu 1:

- A. **w zakresie zarzutu z lit. „A” odpowiednio:**

- **usunięcie parametru 2) w całości - z uwagi na jego niejednoznaczne określenie względnie wykreślenie z parametru:** 2) Armatki śnieżne innowacyjne tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 4 lata – zwrotu „tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 4 lata” oraz **nakazanie zmiany opisu – w miejsce wykreślonej części – poprzez jego uzupełnienie w zakresie tego**, co należy rozumieć się przez produkty innowacyjne – a to jest odniesienie cechy innowacyjności do konkretnych parametrów, a to m.in. energochłonności (energooszczędności), czy wydajności – tj. relewantnych do celu do jakiego mają służyć armatki śnieżne lub innych konkretnych parametrów uzasadnionych oczekiwaniami Zamawiającego z perspektywy całego postępowania; **względnie** na wskazanie ewentualnej równoważności odnoszącej się do rozwiązań starszych występujące na rynku, które są objęte ochroną własności przemysłowej, która pozwala na osiągnięcie ustalonych i określonych wyraźnie parametrów relewantnych z perspektywy celu do jakiego mają służyć armatki śnieżne, a tj. m.in. energochłonności (energooszczędności), czy wydajności, czy innych parametrów uzasadnionych oczekiwaniami Zamawiającego perspektywy całego postępowania (tj. przy sprecyzowaniu mierzalnych wartości tychże parametrów).

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

- **usunięcie parametru 20) w całości - z uwagi na jego niejednoznaczne określenie względnie wykreślenie z parametru:** 20) Armatki śnieżne innowacyjne tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 4 lata – zwrotu „tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 4 lata” oraz **nakazanie zmiany opisu – w miejsce wykreślonej części – poprzez jego uzupełnienie w zakresie tego**, co należy rozumieć się przez produkty innowacyjne – a to jest odniesienie cechy innowacyjności do konkretnych parametrów, a to m.in. energochłonności (energooszczędności), czy wydajności – tj. relewantnych do celu do jakiego mają służyć armatki śnieżne lub innych konkretnych parametrów uzasadnionych oczekiwaniami Zamawiającego z perspektywy całego postępowania; **względnie** na wskazanie ewentualnej równoważności odnoszącej się do rozwiązań starszych występujące na rynku, które są objęte ochroną własności przemysłowej, która pozwala na osiągnięcie ustalonych i określonych wyraźnie parametrów relewantnych z perspektywy celu do jakiego mają służyć armatki śnieżne, a tj. m.in. energochłonności (energooszczędności), czy wydajności, czy innych parametrów uzasadnionych oczekiwaniami Zamawiającego perspektywy całego postępowania (tj. przy sprecyzowaniu mierzalnych wartości tychże parametrów).

2. rozpoznanie odwołania na rozprawie;

3. przeprowadzenie dowodu z:

1) dokumentów:

- a) analizy potrzeb i wymagań w zakresie określonym w art. 83 p.z.p. (z zanonimizowaną treścią odnoszącą się do kwot ofert i kwoty szacowanej wartości zamówienia) – na fakt treści tego dokumentu, skonkretyzowanych potrzeb Zamawiającego z perspektywy SWZ w zaskarżonej części;
- b) treści odpowiedzi Zamawiającego datowanej na 20 września 2023 r. na odwołanie – na fakt jej treści, w tym tego, że zgodnie z oświadczeniami Zamawiającego:
 - główny cel i charakter zamówienia: wykonanie robót budowlanych;
 - element uzupełniający (pomocniczy/ poboczny): dostawa armatek śnieżnych;
 - realizacja: tylko przez jednego Wykonawcę;
 - dostarczane armatki śnieżne powinny być kompatybilne do wykonanych wcześniej studni (***„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 daje gwarancję prawidłowego i sprawnego funkcjonowania całości przedmiotu zamówienia), s. 7 odpowiedzi na Odwołanie);*

- nie można porównywać niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do postępowania o wyłącznie dostawę armatek śnieżnych,

- c) dowodów i dokumentów zgromadzonych w postępowaniu – KIO: 2694/23;
 - d) dowodów wskazanych w treści uzasadnienia na fakty tamże opisane;
 - e) przesłuchanie przedstawiciela Odwołującego z perspektywy technicznej: wskazującej m.in. techniczne parametry, które są istotne dla oceny innowacyjności urządzenia, w tym aktualnych standardów i najlepszych rozwiązań występujących na rynku.
- 2) opinii biegłego (obejmującego specjalizacją konstrukcję armatek śnieżnych/systemów naśnieżania) – na fakt:
- a) ustalenia czy opis innowacyjności odnoszący się do czasookresu 4 lat oraz wskazanego przez Zamawiającego wyjaśnienia – jest odpowiedni, gwarantujący pewność, że tylko nowe (pod względem roku produkcji) armatki śnieżne są znacząco wydajniejsze i energooszczędniejsze, aniżeli starsze modele lub technologie stosowane w okresie starszym niż 4 lata?

Na potrzeby analizy biegłego zostaną przedstawione specyfikacje urządzeń dostępnych na rynku lub wskazanych przez biegłego.

- b) udzielenia odpowiedzi, czy zawsze urządzenie nowsze są bardziej efektywne lub bardziej energooszczędne aniżeli urządzenie starsze (tj. ponad 4 lata)? Czy wszystko zależne jest od danego przypadku, ewentualnie od parametrów „punktu odniesienia”?
 - c) udzielenie odpowiedzi, jakie parametry są istotne z perspektywy działania armatki śnieżnej, a tym samym z perspektywy jakich parametrów powinna być oceniana innowacyjność takiego urządzenia.
 - d) udzielenie odpowiedzi, jakie są standardowe parametry armatek śnieżnych, oraz jakie konkretne wartości tychże parametrów determinują stwierdzenie, że mamy do czynienia z innowacyjną armatką? Innymi słowy: jakie wartości określonych parametrów determinują stwierdzenie, czy takie urządzenie jest innowacyjne, a jakie nie.
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. Mając na uwadze zasadę wynikającą z art. 549 ust. 1 p.z.p. – wnoszę o skierowanie przez Przewodniczącego Składu Orzekającego (Członków Składu Orzekającego) pytań do Zamawiającego w przedmiocie dotyczącym przedmiotu podniesionych przez Odwołującego zarzutów, w tym mianowicie:

- a) W odniesieniu do wskazanej definicji innowacyjności i odniesienia do 4 lat produkcji – jakie parametry miał na myśli Zamawiający? Nie zostały one bowiem sprecyzowane.
- b) W odniesieniu do wskazanej definicji innowacyjności i odniesienia do 4 lat produkcji – znajduje się zwrot: „w stosunku do urządzeń dostępnych na rynku od wielu lat”: wiele lat – to ile według Zamawiającego?
- c) W odniesieniu do wskazanej definicji innowacyjności i odniesienia do 4 lat produkcji – czy Zamawiającemu zależy na wydajności (ilości wyprodukowanego śniegu) i energooszczędności? Czy innych parametrach – a jeżeli tak, to jakich?

- d) Czy w odniesieniu do okresu 4 lat – które mają determinować „innovacyjne urządzenia” – czy Zamawiający dokonywał analizy, że tylko w tym okresie były realizowane urządzenia (modele), które aktualnie są wydajne i energooszczędne i wykluczono jednoznacznie, że takie same funkcje wydajnościowe i energooszczędnościowe nie są posiadane przez inne modele?

IV. Termin:

Zmiana treści SWZ została opublikowana w dniu 6.10.2023 r. Wartość postępowania jest mniejsza niż progi unijne określone w art. 3 p.z.p. Pięciodniowy termin wskazany w art. 515 ust. 2 pkt 2) p.z.p. upływa w dniu 11.10.2023 r.

W przypadku zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o konkursie lub dokumentów zamówienia, a także w przypadku jedynie wyjaśnienia dokumentów zamówienia, stanowiącego ich zmianę niewymagającą zmiany treści ogłoszenia, termin na wniesienie odwołania liczony jest od dnia publikacji lub zamieszczenia zmiany ogłoszenia lub zamieszczenia zmiany dokumentów zamówienia lub ich wyjaśnienia na stronie internetowej, jednak jedynie w zakresie objętym dokonaną zmianą lub wyjaśnieniem. W zakresie niezmienionej treści ogłoszenia lub dokumentów zamówienia termin na wniesienie odwołania biegnie od dnia wskazanego w komentowanym przepisie (por. post. KIO z 18.2.2019 r., KIO 212/19, Legalis) [zob. art. 515 PZP red. Jaworska 2021, wyd. 2/M. Jaworska, Legalis].

V. Interes:

Odwołujący jest polskim producentem armatek śnieżnych. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Wskazane w odwołaniu okoliczności utrudniają lub uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty w Postępowaniu, w tym z perspektywy oceny jaki produkt mógłby zostać zaproponowany w ramach tego postępowania. 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 rękopisami 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) lub określone produkty, w tym Odwołującego, a jednocześnie faworyzuje jednego wykonawcę (urządzenia jednej marki) lub dwóch wykonawców (urządzenia dwóch marek).

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 roboty budowlane (główny przedmiot i cel zamówienia – zob. postępowanie KIO: 2694/23). SWZ został zmodyfikowany kolejny raz w dniu 6.10.2023 r. 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 lit A i B (i wnioski)

Zamawiający zmianą ogłoszoną 6.10.2023 r. wprowadzić odpowiednio następujące postanowienia (zmiany zaznaczone na czerwono):

2) Armatki śnieżne innowacyjne tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 4 lata. 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” (zob. 4.3.1. ppkt. 2 załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia);

„20) Armatki śnieżne innowacyjne tzn. ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 4 lata. 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”” (zob. 4.3.2. ppkt. 20 załącznika 6 SWZ – opis przedmiotu zamówienia).

Zamawiający w sposób niejasny i niejednoznaczny przedstawia definicję „innowacyjnych produktów”, a co istotne – odnosi ją do roku modelowego do 4 lat. Zwrócić należy uwagę, że nie doszło do sprecyzowania m.in. o jakie parametry powinny być lepsze, jak i co rozumieć przez „urządzenia dostępne przez wiele lat”. Zwroty użyte przez Zamawiającego są niedookreślone, a nadto pozwalają na zbyt dużą możliwość jednostronnej interpretacji.

O ile definicja innowacyjności powinna odnosić się do konkretnych parametrów - tj. wydajność czy energochłonność (energooszczędność), to Zamawiający odnosi ją do roku produkcyjnego, co wyklucza rozwiązania, które są efektywniejsze a występują na rynku dłużej, aniżeli wskazany okres czasu przez Zamawiającego.

Zamawiający powinien określić punkt odniesienia – tj. parametry minimalne które są mierzalne, aby w sposób niebudzący wątpliwości można określić czy uzasadnione faktycznie oczekiwania Zamawiającego zostały spełnione (takimi mogłyby być np. ilość produkowanego śniegu w określonych w miejscu zamówienia warunkach, czy ilość zużywanej energii). Zwrócić należy uwagę, że inne wymagane parametry dotyczyły mierzalnych parametrów.

W związku z powyższym – dochodzi do pośredniego ograniczenia konkurencji.

Co więcej, zdaje się, że opis może również wykluczać modele, które pod względem wydajnościowym i energooszczędnym mogłyby z powodzeniem zostać zaproponowane – spełniać uzasadnione oczekiwania Zamawiającego. Stąd uzasadnione jest żądanie ewentualne polegające na wskazaniu równoważności odnoszonej do konkretnych mierzalnych parametrów.

Powyższe również nie uwzględnia nadal innowacyjnych rozwiązań alternatywnych, które stosowane są na rynku ponad 4 lata i pod względem funkcjonalnym i wydajnościowym / energooszczędnym są jedne z najlepszych na rynku / lub najlepsze (tj. sytuacji, w której pomimo upływu co najmniej 4 lat, konkurencja nie była w stanie opracować rozwiązania konkurującego z takim rozwiązaniem).

Zwrócić bowiem należy uwagę, że najbardziej istotne parametry urządzeń do naśnieżania (armatek śnieżnych) to:

- zużycie energii elektrycznej
- ilość produkowanego śniegu
- hałas jaki generuje dane urządzenie

Końcowym efektem, który interesuje nabywcę jest ilość wyprodukowanego śniegu przez urządzenie w danych warunkach atmosferycznych w określonym czasie oraz przy jak najniższym zużyciu energii elektrycznej. Parametry określone w postępowaniu dotyczące minimalnego poziomu zużycia energii przeczą wskazanym przez Zamawiającego parametrom innowacyjności, gdyż Odwołujący posiada urządzenie, które spełnia wskazane przez Zamawiającego minimalne kryterium poboru wody co przekłada się na ilość produkowanego śniegu i zużywa znacznie mniej energii elektrycznej niż wymóg minimalnej sumarycznej mocy silnika i wentylatora co wyklucza

urządzenie Odwołującego z postępowania. Fakt ten przeczy pojęciu innowacyjności wskazanej przez Zamawiającego.

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.

Jak wyjaśnił bowiem Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 6.11.2014 r., C-42/13: (...) **obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania** ze strony instytucji zamawiającej. Wymaga on, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyrok Komisja/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, pkt 108-111).

Tym samym treść SWZ nie powinna prowadzić do uprzywilejowania bądź pokrzywdzenia określonych wykonawców, co jednak ma miejsce w przedmiotowej sprawie, a tym samym potwierdza wadliwość zaskarżonych postanowień (opisu przedmiotu zamówienia).

[naruszenie art. 99 p.z.p. ust. 4 p.z.p. – uprawdopodobnienie, kwestia rzeczywistych – uzasadnionych potrzeb]

W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 99 ust. 4 p.z.p. **wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia**. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji (m. in. wyrok KIO z 27.03.2015 r., sygn. akt: KIO 496/15, wyrok SA w Warszawie z 24.01.2012 r., sygn. akt: VI ACa 965/11).

Powyższe stanowisko zostało rozwinięte w wyroku KIO z 07.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 28/07; KIO/UZP 100/07: „Przepis art. 29 ust. 2 ustawy p.z.p. zakazuje opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Należy przy tym zauważyć, że przez utrudnienie uczciwej konkurencji należy rozumieć opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia

(z wyjątkiem sytuacji zastrzeżonych w ustawie), lub poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z wykorzystaniem oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę), lub konkretny produkt. W szerokim rozumieniu tego przepisu ograniczenie zasady uczciwej konkurencji może nastąpić w wyniku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób na tyle rygorystyczny, że ogranicza to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a jednocześnie nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego."

Zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 p.z.p. jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach, przy czym, w przypadku zamówienia, **którego poszczególne części składowe opisane zostały za pomocą wielu parametrów, nawet brak spełniania jednego z parametrów pojedynczego produktu niesie skutek niemożności złożenia oferty w ogóle** (oferta taka, co do zasady, będzie podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.), **zatem niezbędne jest wykazanie spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia wszystkich kwestionowanych parametrów** (wyrok KIO z 28.09.2011 r.; sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11). Biorąc pod uwagę zapis art. 99 ust. 4 ustawy p.z.p., zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji (zob. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5).

Jednolite orzecznictwo Izby wskazuje w takim przypadku na obowiązek wykazania przez Zamawiającego, że dokonany przez niego opis jest uzasadniony obiektywnymi i zasługującymi na ochronę przyczynami tak np.:

Wyrok z dnia 8 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 71/21:

Z całą mocą podkreślić jednak należy, iż w przypadku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, po stronie zamawiającego będzie istniał obowiązek przedstawienia rzeczowych i przekonujących argumentów uzasadniających takie działanie.

Powyższe zasady odnajdują swoje podstawy w europejskim porządku prawnym, w szczególności Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) Aktualnie obowiązująca tzw. Dyrektywa klasyczna akcentuje w sposób szczególny obowiązki podmiotu zamawiającego w aspekcie zagwarantowania konkurencyjności – vide motyw 74 Preambuły Dyrektywy 2014/24, wskazujący:

*(74) Specyfikacje techniczne sporządzane przez publicznych nabywców muszą **umożliwiać otwarcie zamówień publicznych na konkurencję oraz realizację celów w zakresie zrównoważonego rozwoju.** W tym celu należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku, w tym ofert opracowanych na podstawie kryteriów wykonania związanych z cyklem życia procesu produkcji robót budowlanych, dostaw i usług oraz ich zgodności z zasadą zrównoważonego rozwoju. W związku z powyższym specyfikacje techniczne powinny być opracowywane w taki sposób, **aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy** dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę. Opracowanie specyfikacji technicznych pod względem wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych zasadniczo umożliwia optymalne osiągnięcie tego celu. Wymagania funkcjonalne i odnoszące się do wydajności są również odpowiednim środkiem sprzyjającym innowacji w zamówieniach publicznych i powinny być stosowane jak najszerszej.*

Zgodnie z art. 42 ust 2 Dyrektywy odnoszącym się do wymagań w zakresie specyfikacji technicznych (opisy przedmiotu zamówienia w nomenklaturze dyrektywnej) – specyfikacje techniczne zapewniają równy dostęp wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia i nie tworzą nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia zamówienia publicznego na konkurencję.

Zgodnie z orzecznictwem KIO zamawiający nie może w sposób dowolny kształtować wymagań SWZ, ponieważ *"ograniczają go w tym zakresie przepisy ustawy zakazujące ograniczenia konkurencji, w sposób wykraczający*

poza uzasadnione potrzeby zamawiającego" Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 roku, sygn. akt: KIO 2816/11; Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2012 roku, sygn. akt: KIO 91/12; Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2014 roku, KIO 2559/14.

W tym względzie, z orzecznictwa KIO wynika, że co prawda zamawiający ma prawo tak opisać przedmiot zamówienia, aby zapewnić jak najlepszą realizację swoich potrzeb, niemniej nie jest to prawo nieograniczone – tak przykładowo wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2020 roku, sygn. akt: KIO 1694/20. **Swoboda Zamawiającego nie może bowiem w sposób nieuzasadniony zawężyć kręgu wykonawców, którzy mogą wykonać przedmiot zamówienia.** Zatem, oceniając opis przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z art. 99 ust. 4 p.z.p., **należy zawsze ustalić, czemu służą jego poszczególne elementy – czy są one uzasadnione istotą i celem zamówienia, czy też, nie służąc żadnym obiektywnie uzasadnionym potrzebom, zawężają krąg wykonawców mogących zamówienie wykonać.**

W odniesieniu do kwestii zawężania kręgu wykonawców poprzez nieadekwatny opis przedmiotu zamówienia, KIO stoi na stanowisku, że "niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, musi więc być w stanie przedstawić racjonalne i przekonujące wyjaśnienie takiego działania." – tak wyrok KIO z dnia 14 lipca 2020 roku, sygn. akt: KIO 1066/20; wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2020 roku, sygn. akt: KIO 802/20.

Biorąc pod uwagę orzecznictwo KIO, zgodnie z którym: „zasada uczciwej konkurencji oznacza konieczność zapewnienia w postępowaniu warunków nieskrępowanego, niezakłóconego konkurowania.” (Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2015 r. sygn. akt: KIO 2412/15), nie sposób zakwestionować twierdzenia, że sposób opisu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w SWZ utrudnia uczciwą konkurencję.

Także nowy Komentarz do ustawy p.z.p. Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie art. 99 ust 4 p.z.p. podkreśla, że: *Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 Pzp zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformulowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub proponowany inny niż preferowany produkt. Zapisami eliminującymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (i proponowania określonych grup produktów). W przypadku wątpliwości co do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia weryfikowaniu poddane zostanie, na ile określony zapis w opisie przedmiotu zamówienia, który preferuje lub eliminuje wykonawcę, jest zamawiającemu niezbędny dla zrealizowania rzeczywistych potrzeb zakupowych związanych z realizacją przypisanych mu zadań. W przypadku gdy konkretny opis przedmiotu zamówienia faworyzuje lub eliminuje wykonawcę lub produkt zapis należy rozpatrywać w kontekście zawężenia konkurencji w sposób sztuczny, a zatem nieuprawniony. TSUE pośrednio zwrócił na to uwagę, zalecając ostrożność przy dokonywaniu drobiazgowego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając, że im bardziej jest on szczegółowy, tym większe jest ryzyko, że wyroby danego producenta będą faworyzowane. Jedną z miar poprawności dokonania opisu przedmiotu jest zapewnienie zgodności stopnia szczegółowości z zasadą proporcjonalności, co wymaga w szczególności zbadania, czy ten stopień szczegółowości jest niezbędny do osiągnięcia zamierzonych celów.*

Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia, oferty, stwarzając korzystniejszą

sytuację pozostałym wykonawcom. Zamawiający, dokonując opisu sposobu zamówienia w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami (wyrok z dnia 7 maja 2015 r. KIO 853/15).

Tak również orzeczenie powołane w publikacji „Orzecznictwo - zamówienia publiczne”. UZP Nr 3, 2021 rok – wyrok z 28 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 8/21:

Izba nie kwestionuje, że zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb, ale w ocenie Izby zamawiający powinien umieć wykazać, że to zawężenie gwarantuje mu wyższą jakość, większą użyteczność czy trwałość. Zasada przejrzystości postępowania wymaga bowiem tego, aby wydatkując środki publiczne zamawiający być w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Przedmiot zamówienia powinien odpowiadać potrzebom zamawiającego, jego możliwościom finansowym, brać pod uwagę bieżący stan wiedzy. (...)

Pamiętać przy tym należy jednak, że powyższe powinno być m.in. rzeczywiście uzasadnione, racjonalne, jak i zgodne z zasadą proporcjonalności (zwłaszcza z perspektywy istoty i celu całego zamówienia).

Ugruntowane orzecznictwo KIO wskazuje, iż działaniem sprzecznym z zasadą uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełniać przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Podsumowując, nie ulega wątpliwości, że zasadniczym obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia respektującego zasady udzielenia zamówień publicznych przy uwzględnieniu, wyłącznie rzeczywiście uzasadnionych obiektywnymi względami, potrzeb.

W ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, aktualny opis przedmiotu zamówienia, w kwestionowanym zakresie, narusza w sposób oczywisty wskazane powyżej zasady udzielania zamówień publicznych. Wymagania kwestionowane odwołaniem faktycznie eliminują konkurencyjność postępowania – a to z uwagi na wadliwy opis innowacyjności armatek śnieżnych.

Modyfikacja SWZ w sposób odpowiadający żądaniu odwołania pozwoli na przywrócenie zgodności postępowania z wymaganiami uczciwej konkurencji, a jednocześnie nie spowoduje, że tak ukształtowany opis zamówienia nie pokryje faktycznych oczekiwań użytkownika. Zatem zdaniem Odwołującego możliwe jest pogodzenie poszanowania zasady konkurencyjności postępowania z zaspokojeniem uzasadnionych obiektywnie potrzeb Zamawiającego.

Co więcej, w ocenie Odwołującego żądania odwołania po ich uwzględnieniu gwarantują, że objęty przedmiotem oferty sprzęt spełni wszystkie oczekiwania Zamawiającego bez uszczerbku dla jakości i zasługujących na ochronę parametrów technicznych i funkcjonalnych armatek śnieżnych – które mają charakter uzupełniający do realizowanego celu i głównego przedmiotu zamówienia jakim są roboty budowlane. Otwarcie postępowania na konkurencję przyczyni się w sposób bezpośredni do wyboru obiektywnie najkorzystniejszej oferty (zwłaszcza pod względem cenowym – co jest istotne w szczególności w sytuacji, w której argument ekonomiczny, był wielokrotnie powtarzany przez Zamawiającego).

Co więcej, zmiana SWZ o jaką wnosi Odwołujący pozwoli Zamawiającemu na uniknięcie w przypadku kontroli projektu, zarzutu dyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia i naruszenia p.z.p. Należy także wskazać, że zgodnie z przepisami ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych - t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 289) - kierownik Zamawiającego ponosi odpowiedzialność m.in. z tytułu (art. 17 ust 1 pkt 1 ustawy):

*Art. 17. 1. Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych:
1) opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;
Jednocześnie zgodnie z art. 17 ust 1a tej ustawy - działanie lub zaniechanie określone w ust. 1 nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych, jeżeli:*

- 1) zostało skorygowane w sposób zapewniający zgodność danej czynności i toku postępowania z przepisami o zamówieniach publicznych;*
- 2) nie doszło do udzielenia zamówienia publicznego.*

Z uwagi na powyższe wnoszę jak na wstępie.

Pełnomocnik

Wojciech Zieliński, adwokat /certyfikowany podpis elektroniczny/

Wykaz załączników:

- 1. Wydruk z KRS Odwołującego.*
- 2. Pełnomocnictwo.*
- 3. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej.*
- 4. Dowód uiszczenia opłaty od odwołania w wymaganej wysokości.*
- 5. Regon Zamawiającego.*
- 6. Wydruk ogłoszenia Zamawiającego.*
- 7. SWZ (z załącznikami i datą ogłoszenia i późniejszą aktualizacją).*
- 8. Wniosek o wyjaśnienie treści SWZ.*
- 9. Zmiana SWZ (której dotyczy odwołanie).*
- 10. Odpowiedź Zamawiającego z dnia 20 września 2023 r.*
- 11. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.*