

WYROK
z dnia 9 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2021 r. przez wykonawcę: Supersnow S.A., ul. Ks. A. Siudy 11, 34-436 Maniowy w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Rozwoju Infrastruktury Gminy Olszanica „PRI” Sp. z o.o. z siedzibą w Olszaniczy

przy udziale

- A. wyko
nawcy Technoalpin East Europe s. r. o., Priemyselná 2/2
010 01 Žilina, Słowacja zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2130/21 po stronie Zamawiającego,
- B. wyko
nawcy Fabryka Narzędzi GLOB Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsko-Biała zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2130/21 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 99 ust.4 w związku z art.16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) oraz uznając za nieuzasadnione zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 99 ust.1 w związku z art.16, art.99 ust.5 i 6 w związku z art.16, art.240 ust.1 i ust.2, art.83 oraz art.1 ust.5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129),
2. nakazuje Zamawiającemu wykonanie czynności w sposób uwzględniający, co następuje:

a) usunięcie słowa „bezolejowe” w pkt 1 tiret 5 załącznika nr 1.5 (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) do SWZ,

b) dodanie słów: „...lub hydrauliczne” w pkt 1 załącznika nr 1.5 (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) do SWZ po dotychczasowym opisie parametrów armatek w zakresie:

- nachylenie turbiny automatyczne, elektryczne,
- obrót poziomy automatyczny, elektryczny,

c) zastąpienie parametru, o którym mowa w pkt 1 załącznika nr 1.5 (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) do SWZ, który w obecnym brzmieniu wskazuje na:

„ - zakres wyrzutu min.70 m”, na parametr: „ - zakres wyrzutu min.60 m”,

3. W pozostałym zakresie oddała odwołanie,

4. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Supersnow S.A., ul. Ks. A. Siudy 11, 34-436 Maniowy tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Przedsiębiorstwa Rozwoju Infrastruktury Gminy Olszanica „PRI” Sp. z o.o. z siedzibą w Olszaniczy na rzecz wykonawcy Supersnow S.A., ul. Ks. A. Siudy 11, 34-436 Maniowy kwotę 17 500 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Rozwoju Infrastruktury Gminy Olszanica „PRI” Sp. z o.o. z siedzibą Olszanica 81, 38-722 Olszanica wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego pod nazwą „Dostawa urządzeń wraz z montażem dla ośrodka narciarskiego „Bieszczad-ski” w miejscowości Wańkowa” – numer referencyjny postępowania: Znak postępowania: PRI.271.1.1.2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało 05.07.2021 r. opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w tej samej dacie została opublikowana treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwana dalej SWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SWZ Odwołujący: Supersnow S.A., ul. Ks. A. Siudy 11, 34-436 Maniowy w dniu 15 lipca 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie części nr 5 – armatki, zaskarżając w całości czynności podjęte przez Zamawiającego polegające na:

1) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP, tj. w sposób niepełny, niejednoznaczny, niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi oraz z normami właściwymi dla przedmiotu zamówienia;

2) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 4 PZP, tj. w sposób mogący utrudniać (a de facto – utrudniający) uczciwą konkurencję;

3) sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisem art. 99 ust. 5 i 6 PZP, tj. w sposób uniemożliwiający złożenie oferty z rozwiązaniami równoważnymi;

4) ustalenia kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z przepisem art. 240 ust. 1 i ust. 2 PZP, tj. w sposób niejednoznaczny i nie zrozumiały oraz w sposób pozostawiający zamawiającemu na nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty oraz w sposób uniemożliwiający Odwołującemu złożenia oferty, jak również weryfikację i faktycznego porównania jakościowego poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

5) niesporządzeniu analizy potrzeb, zgodnie z art. 83 PZP, co wpłynęło na wadliwe określenie przedmiotu zamówienia, ustalenie dyskryminujących parametrów technicznych, jak również ustalenie kryteriów oceny ofert, w sposób eliminujący niektórych, wiodących producentów z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

6) sporządzeniu specyfikacji warunków zamówienia z uwzględnieniem wad prawnych, w tym wad prawnych w projektowanych postanowieniach umownych, w szczególności powołaniu klauzul abuzywnych jak również powołaniu nieaktualnych przepisów PZP.

Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1) art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi oraz z normami właściwymi dla przedmiotu zamówienia, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest takie sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który zostanie opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty;

2) art. 99 ust. 4 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób w sposób mogący utrudniać (a de facto – utrudniający) uczciwą konkurencję, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest doprowadzenie do sporządzenia takiego opisu przedmiotu zamówienia, który tej uczciwej konkurencji nie będzie utrudniał;

3) art. 99 ust. 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający złożenie oferty z rozwiązaniami równoważnymi, w tym w szczególności o wyższych parametrach, aniżeli opisane w opisie przedmiotu zamówienia, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest faktyczne umożliwienie wykonawcom złożenie oferty z rozwiązaniami równoważnymi;

4) przepisu art. 240 ust. 1 i ust. 2 PZP, tj. poprzez sporządzenie kryteriów oceny ofert niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób:

a) niejednoznaczny i nie zrozumiały oraz w sposób pozostawiający zamawiającemu na nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty,

b) w sposób uniemożliwiający realną weryfikację i faktyczne porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. c) w sposób wskazujący bezpośrednio na konkretnego i jedyne go producenta urządzeń,

5) naruszenie art. 84 PZP, zgodnie z treścią powołaną powyżej w pkt. ad. 5),

6) art. 1 ust. 5 PZP, poprzez powołanie nieaktualnych przepisów PZP w projektowanych postanowieniach umownych oraz umieszczenie niedozwolonych klauzul abuzywnych w projektowanych postanowieniach umownych.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie, w tym w szczególności karty katalogowe, orzeczenia techniczne, analizy porównawcze, jak również inne dokumenty o znaczeniu technicznym,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ w sposób zgodny z treścią odwołania w całości,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany kryteriów oceny ofert w sposób zgodny z treścią odwołania w całości,
5. nakazanie Zamawiającemu usunięcia klauzul abuzywnych oraz doprowadzenie do zgodności z aktualnymi na dzień ogłoszenia postępowania przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.),
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego i zastępstwa procesowego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W ramach zgłoszonych wyżej zarzutów odwołania wskazał, że w Opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający ustalił następujące minimalne parametry równoważności:

1) „ Przedmiotem zamówienia jest dostawa, montaż oraz uruchomienie fabrycznie nowych 10 szt. armatek śnieżnych do naśnieżania stoków. W skład zamówienia wchodzi:

- armatki śnieżne mobilne automatyczne wraz z niezbędnym osprzętem,
- kompletny w pełni automatyczny inteligentny system sterowania do naśnieżania stoku zapewniający kompatybilność z istniejącym systemem naśnieżania;
- rok produkcji: 2021;
- armatki śnieżne, innowacyjny ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 3 lata;
- armatki ekologiczne bezolejowe;

Parametry armatek:

- napięcie nominalne – 400V
- częstotliwość nominalna – 50 HZ
- wtyczka przyłączeniowa 5x63A
- całkowita moc wejściowa od min. 22 KW
- silnik elektryczny o klasie sprawności IE 3 z łagodnym rozruchem
- ogrzewanie – do 1,5 kW,
- temperatura robocza - 25 ÷ +2 st. C,
- nachylenie turbiny automatyczne, elektryczne
- obrót poziomy automatyczny, elektryczny
- robocze ciśnienie wody – 8 ÷ 40 bar,
- filtr wody – 250 mikron,
- przepływ roboczy wody przy ciśnieniu 40 bar mocy maksymalnej min 10 l/s
max 12 l/s
- zakres wyrzutu min. 70 m,
- 9-cio stopniowa regulacja jakości śniegu,
- blok schładzania powietrza na wyjściu z kompresora,
- kompresor bezolejowy,
- oświetlenie LED,
- dotykowy panel sterowania w języku polskim,
- niezależny system sterowania armatki przez RS 422 oraz bluetooth ze smartfonu, tabletu lub laptopa - interfejs canbus
- zestaw mobilny, umożliwiający przenoszenie armatki z trzech stron, - rama nośna z podporami i zestawem podwozia jezdnego.

2) Armatka mobilna ma być wyposażona w niezbędny osprzęt: elektryczny napęd hydrantu z sterowaniem ciśnienia, 1x kabel zasilający min. 20 m + min. 20 m przedłużka, 1 kabel sterujący min. 20 m + przedłużka min. 20 m, 2 szt. 2” wąż wodny min. 20m umożliwiające zamontowanie armatek do istniejącego na stoku narciarskim systemu naśnieżania.

3) Wszystkie armatki mają być wyposażone w pokrowce zabezpieczające na lato.

Dostawca jest zobowiązany dostarczyć oraz uruchomić armatki na stacji narciarskiej Bieszczad-ski w miejscowości Wańkowa na własny koszt. Po dostawie i uruchomieniu dostawca wykona szkolenie z zakresu obsługi i bieżącego serwisu. Dostawca ma obowiązek oddelegować swojego specjalistę do uczestniczenia w pierwszym naśnieżaniu stoku przez czas 72h na swój koszt.”

W związku z powyższą treścią SWZ stwierdził, że powyższe parametry oraz dokonana analiza szczegółowa podmiotu profesjonalnego doprowadziły Odwołującego do wniosku, że wskazane powyżej parametry równoważności ograniczają krąg wykonawców do tego stopnia, że ofertę spełniają wyłącznie armatki produkcji Technoalpin.

Ponadto, zwrócił również uwagę, że opis przedmiotu zamówienia cechuje i charakteryzuje wyłącznie podmiot wskazany w zdaniu poprzednim. Powołał się w tym zakresie na informacje ze strony internetowej Technoalpin.

Podniósł, że pod wskazanym łączem w odwołaniu łączem internetowym znajdują się parametry techniczne, na podstawie których sporządzono minimalne parametry, w sposób eliminujący innych producentów.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający zawęził w szczególności następujące parametry i w formie tabelarycznej przedstawił również naruszenia prawa przez Zamawiającego:

Treść opisu przedmiotu zamówienia	Naruszenia PZP
<p>1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa, montaż oraz uruchomienie fabrycznie nowych 10 szt. armatek śnieżnych do naśnieżania stoków. W skład zamówienia wchodzi:</p> <ul style="list-style-type: none"> - armatki śnieżne mobilne automatyczne wraz z niezbędnym osprzętem, - kompletny w pełni automatyczny inteligentny system sterowania do naśnieżania stoku zapewniający kompatybilność z istniejącym systemem naśnieżania; - rok produkcji: 2021; - armatki śnieżne, innowacyjne ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 3 lata; - armatki ekologiczne bezolejowe; 	<p>Podstawowym naruszeniem jest określenie słowa „inteligencja”. Z treści opisu przedmiotu zamówienia nie wynika, co Zamawiający rozumie pod tym pojęciem. Nie ma legalnej definicji słowa „inteligencja”, tym bardziej że armatki nie są wyposażone w tzw. „sztuczną inteligencję”, stąd Zamawiający naruszył zasady opisywania przedmiotu zamówienia, używając słowa „inteligencja”. Kolejnym naruszeniem jest określenie sformułowania „ekologiczne bezolejowe”. Zamawiający dyskryminuje inne rozwiązania, które posiadają olej biodegradowalny w naturze (przyjazny dla środowiska). Zamawiający dyskryminuje zatem rozwiązania powszechnie dostępne na rynku. Nawet ratrak, który ubija trasę nie jest „ekologiczny”. Stosowanie olejów biodegradowalnych i bezpiecznych dla środowiska jest zatem spełnieniem wymogu „ekologicznego”. Wnosił zatem o dopuszczenie w tym zakresie, jako spełniające wymagania minimalne oleje</p>

	posiadające kartę techniczną potwierdzającą biodegradowalność na poziomie wskazanym przez producenta. Zmiany w tym zakresie uwzględniono w parametrach żądanych, stanowiących przedmiot odwołania.
--	--

W swoim odwołaniu sformułował treść żądania oraz opis przedmiotu zamówienia, który spełnia wszystkie wymogi PZP, i który nie dyskryminuje innych uczestników postępowania.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian treści specyfikacji warunków zamówienia nadając mu treść:

- | |
|--|
| <ol style="list-style-type: none">1) armatki śnieżne mobilne automatyczne wraz z niezbędnym osprzętem,2) kompletny w pełni automatyczny system sterowania do naśnieżania stoku zapewniający kompatybilność z istniejącym systemem naśnieżania;3) rok produkcji: 2021;4) armatki bezpieczne dla środowiska bezolejowe lub olejowe, z zastosowaniem produktów biodegradowalnych i bezpiecznych dla środowiska |
|--|

W swoim odwołaniu przedstawił również Parametry szczegółowe wprowadzone przez Zamawiającego i odniósł się nich wskazując, co następuje.

„Jak wynika z parametrów wskazanych w tabeli obok, parametry zostały sztucznie zawężone. Dowód: Parametry wskazujące na pochodzenie znajdują się na stronie <https://www.technoalpin.com/pl/nasniezanie/wytwornicewentylatorowe/tr10/specyfikacje-techniczne.html>

Z danych technicznych można wyczytać, że posłużono się wskazanymi opisami.

Dla realizacji procesu śnieżenia nie są najbardziej istotne np. takie parametry jak 9-cio stopniowa regulacja jakości śniegu. Odwołujący posiada inne rozwiązanie, o 7 stopniach regulacji, które jednak ma inne, lepsze właściwości funkcjonalne, powodując większą od wskazanej w zakresie ilościowym produkcję śniegu. Zapisy opisu przedmiotu zamówienia dyskryminują jednak Odwołującego i co najmniej 2 inne podmioty w złożeniu oferty (co najmniej 2 producentów oprócz Odwołującego).

Opis przedmiotu zamówienia zawiera ponadto stare i archaiczne rozwiązania komunikacji RS 422, które nie mają nic wspólnego z oczekiwaną (pożądaną) innowacyjnością. Analogicznie nie najważniejsza jest ilość mikronów filtra wody, winien on być wyłącznie szczelinowy, tak jak produkują go uznani producenci. Ponadto, w ramach budowanego systemu śnieżenia (robota budowlana) Zamawiający otrzyma system automatycznej filtracji wody. Zamawiający w parametrach zapomniał, całkowicie pominął, wbrew obowiązkowej analizie potrzeb o jakości, rozumianej jako np. niskie zużycie energii elektrycznej. Proponowane interfejsy typu canbus również są ograniczeniem konkurencji. Komunikacja ma się odbywać, ale nie powinno się pisać, za pomocą jakich konkretnie rozwiązań (narzucenie producenta). Nie najważniejszy jest zakres wyrzutu, w sytuacji, gdy stok posiada określoną szerokość oraz trasa jest ratrakowana. Utrzymanie wyrzutu prowadzi do utrudnienia konkurencji i eliminacji Odwołującego. Tak ustalone parametry eliminują Odwołującego z postępowania prowadzonego w oparciu o PZP. Pomimo, że Odwołujący posiada lepsze, bardziej wydajne i zaawansowane technologicznie rozwiązania nie może złożyć oferty skutecznie, gdyż parametry zostały tak skonstruowane, że eliminują Odwołującego z możliwości złożenia oferty. W ten sposób ofertę złożyć może wyłącznie jeden podmiot, co jest naruszeniem przepisów wskazanych i powołanych na wstępie.”.

W związku z powyższym zaproponował parametry szczegółowe, które dopuszczają inne rozwiązania, i są zgodne z realnym zapotrzebowaniem celu tj. skutecznego śnieżenia stoku.

Armatki śnieżne mobilne automatyczne wraz z niezbędnym osprzętem. Kompletny, automatyczny system sterowania do naśnieżania stoku zapewniający kompatybilność z istniejącym systemem naśnieżania, rok produkcji: 2021;

<ol style="list-style-type: none"> 1. Minimalne parametry techniczne 10 szt. armatek: 2. napięcie nominalne – 400V 3. częstotliwość nominalna – 50 HZ 4. wtyczka przyłączeniowa 5x63A 5. całkowita moc wejściowa max. 25 KW (kryterium oceny ofert) 6. silnik elektryczny o klasie sprawności IE 3 z łagodnym rozruchem 7. temperatura robocza - 25 ÷ +2 st. C, 8. nachylenie turbiny automatyczne, elektryczne lub hydrauliczne, 9. obrót poziomy automatyczny, elektryczny lub hydrauliczny, 10. robocze ciśnienie wody – 8 ÷ 40 bar, 11. filtr wody szczelinowy, 12. przepływ roboczy wody przy ciśnieniu 40 bar mocy maksymalnej min 10 l/s
<p>max 12 l/s</p> <ol style="list-style-type: none"> 13. co najmniej 7-mio stopniowa regulacja jakości śniegu, 14. blok schładzania powietrza kompresora, 15. kompresor bezolejowy, 16. oświetlenie LED, 17. dotykowy panel sterowania w języku polskim, 18. niezależny system sterowania armatki ze smartfonu, tabletu lub laptopa 19. zestaw mobilny, umożliwiający przenoszenie armatki z trzech stron, 20. rama nośna z podporami i zestawem podwozia jezdnego. 21. Armatka mobilna ma być wyposażona w niezbędny osprzęt: - elektryczny napęd hydrantu z sterowaniem ciśnienia,
<ol style="list-style-type: none"> a. - 1x kabel zasilający min. 20 m + min. 20 m przedłużka, b. - 1 kabel sterujący min. 20 m + przedłużka min. 20 m, c. - 2 szt. 2" wąż wodny min. 20m umożliwiające zamontowanie armatek do istniejącego na stoku narciarskim systemu naśnieżania. <p>22. Wszystkie armatki mają być wyposażone w pokrowce zabezpieczające na lato.</p>
<p>Dostawca jest zobowiązany dostarczyć oraz uruchomić armatki na stacji narciarskiej Bieszczad-ski w miejscowości Wańkowa na własny koszt. Po dostawie i uruchomieniu dostawca wykona szkolenie z zakresu obsługi i bieżącego serwisu. Dostawca ma obowiązek oddelegować swojego specjalistę do uczestniczenia w pierwszym naśnieżaniu stoku przez czas 72 h na swój koszt.</p>

Według Odwołującego - dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na

konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ograniczający krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (zob. KIO/UZP 1502/08).

Zdaniem Odwołującego - w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z ww. stanem, stąd wnioskował o doprowadzenie do zgodności z PZP postępowania, wprowadzając proponowane parametry, czyniąc zadość PZP.

W swoim odwołaniu Odwołujący zakwestionował również treść Kryterium oceny ofert, gdzie Zamawiający w SWZ opisał kryterium oceny ofert zgodnie z podaną poniżej tabelą.

p.	Nazwa kryterium	Znaczenie kryterium (w %)	Tabela pomocnicza, wskazująca na producentów, którzy mogą spełnić warunek, uzyskując maksymalną ilość punktów
	Cena	60	Wszyscy producenci
	Ilość elektrozaworów	10	Technoalpin
	Ilość dysz wodnych	10	Technoalpin
	Moc silnika turbiny	3	Technoalpin
	Rodzaj osłony	1	Technoalpin
	Twardość materiału wkładki dysz wodnych i nukleacyjnych	12	Technoalpin
	Prędkość obrotowa turbiny	1	Różni producenci
	Sposób umiejscowienia stacji pogody	1	Różni producenci
	Posiadanie dotykowego wyświetlacza HMI min 10"	2	Technoalpin

Według Odwołującego z powyższej tabeli, w tym tabeli pomocniczej wynika wyłącznie jeden producent jest uprzywilejowany.

W ocenie Odwołującego – w przedmiotowym kryterium, o ile został by on dopuszczony do postępowania mógłby zdobyć wyłącznie minimalną ilość punktów lub nie uzyskał by żadnych punktów, a zatem ograniczone w sposób nieuzasadniony kryterium oceny ofert jak w SWZ prowadzi do eliminacji innych firm.

Zdaniem Odwołującego - najmniej 2 producentów, oprócz Odwołującego nie otrzymało by również żadnych innych punktów. Zatem uprzywilejowany jest wyłącznie jeden producent, co stanowi naruszenie przepisów.

W związku z powyższym zażądał doprowadzenia do zgodności z PZP treści kryteriów oceny ofert, do parametrów (kryteriów) faktycznie mających znaczenie z punktu widzenia efektywności energetycznej, zgodnie z proponowaną treścią jak niżej, która jest zrozumiała, jednoznaczna, określona czytelnie i precyzyjnie, aniżeli wybiórcze parametry: Proponowane kryterium oceny ofert, zgodne z zasadami postępowania, w tym zgodne z art. 242 ust. 2 Pzp, które ściśle powiązane jest z opisem przedmiotu zamówienia.

Zaproponował następujący opis w kryterium oceny ofert:

„Oferty w zakresie części 5 zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryteria i ich znaczenie:

p.	Nazwa kryterium	Znaczenie kryterium (w %)
	Cena	60
	Całkowite zużycie prądu dla armatki	40

Ocena ofert zostanie dokonana dla każdej części oddzielnie.

Zamawiający dokona oceny ofert przyznając punkty w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert, przyjmując zasadę, że 1% = 1 punkt.

Punkty za kryterium „Cena” zostaną obliczone według wzoru:

$$P_C = \frac{C_n}{C_b} \times 60 \text{ pkt}$$

gdzie,

P_C - ilość punktów za kryterium cena,

C_n - najniższa cena ofertowa spośród ofert niepolegających odrzuceniu, C_b – cena oferty badanej.

Punkty za kryterium „Całkowite zużycie energii elektrycznej – P_E - zostaną przyznane w skali:

Całkowite zużycie energii elektrycznej	Liczba punktów
Nie więcej niż 22 kW	40,00 pkt
Powyżej 22 kW, ale nie więcej niż 23 kW	20,00 pkt
Powyżej 23 kW, ale nie więcej niż 24 kW	0,00 pkt

Ostatecznie w ramach podniesionych zarzutów wskazał na niezgodność projektowanych postanowień umownych z ustawą zasadniczą oraz klauzule abuzywne.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią wzoru Umowy w § 15 ust. 7 „W sprawach nie uregulowanych niniejszą umową mają zastosowanie przepisy obowiązującego prawa, w tym ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740), rozporządzenia PE i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r.” co stanowi podstawowe naruszenie przepisów, w sytuacji gdy wg. stanu na dzień wysłania ogłoszenia do publikacji z dnia 30.06.2021 r. postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.).

Zauważył, że protokoły odbioru zawarte w ppu zawierają klauzule abuzywne, gdyż zapisy w brzmieniu proponowanym zawierają niejasne sformułowania co do treści wymagań wobec Wykonawców.

W tym stanie rzeczy – według Odwołującego - należy dookreślić i doprecyzować zapisy dotyczące protokołu odbioru. Ponadto abuzywne są wymagania naprawy sprzętu, gdyż ppu nie zawierają wzoru karty gwarancyjnej.

Zaznaczył również, że PPU zawiera wzmiankę o klauzuli antykorupcyjnej, przy czym brak załącznika w ppu, co należy odczytywać jako element dyskryminujący wykonawców.

Wskazał również, że Umowa zawiera ponadto podwójne naliczanie kar umownych, co godzi w art. 433 PZP.

Zażądamy doprowadzenia do zgodności z przepisami projektowanych postanowień umownych.

W podsumowaniu ww. zarzutów wskazał na nie dokonanie analizy potrzeb, co stanowi naruszenie art. 84 PZP. Gdyby została wykonana, ustalono by, że na rynku jest co najmniej 3 producentów, którzy mogą konkurować w oparciu o realne i mierzalne, jak również weryfikowalne kryteria oceny ofert.

Oświadczył, że chce złożyć ofertę w postępowaniu prowadzonym zgodnie z PZP, a zapisy SWZ zostały tak skonstruowane, że nie spełnia parametrów, ani nie ma jakiegokolwiek szansy uzyskać dodatkowych punktów, a zatem opis przedmiotu zamówienia jak również kryterium oceny ofert jest dyskryminujące i powoduje, że nie złoży on oferty.

Podniósł, że tym samym Zamawiający traci szansę, na uzyskanie najkorzystniejszej oferty w oparciu o zasady konkurencyjności, co uchybia postanowieniom art.16 PZP i stanowi przedmiot odwołania.

Pismem z dnia 17 sierpnia 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w znacznej jego części.

W dniu 20 lipca 2021 r. wykonawcy Technoalpin East Europe s. r. o., Priemyselná 2/2 010 01 Žilina, Słowacja zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a także wykonawca Fabryka Narzędzi GLOB Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsko-Białą zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwoływającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia, Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ wraz z jej modyfikacjami z dnia 27 sierpnia 2021r. i z dnia 3 września 2021 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 17 września 2021 r., pisemnego stanowiska Przystępującego z dnia 18 sierpnia 2021 r., pism procesowych Zamawiającego i Odwoływającego z dnia 3 września 2021 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i przedłożonych dowodów Izba postanowiła odwołanie uwzględnić w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego

przepisu art. 99 ust.4 w związku z art.16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej ustawą Pzp oraz uznając za nieuzasadnione zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 99 ust.1 w związku z art.16, art.99 ust.5 i 6 w związku z art.16, art.240 ust.1 i ust.2, art.83 oraz art.1 ust.5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129). W pozostałym zakresie Izba postanowiła oddalić odwołanie.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pismach z dnia 27 sierpnia 2021r. i z dnia 3 września 2021 r. dokonał częściowej zmiany SWZ w zakresie objętym zaskarżeniem.

Dalej Izba stwierdziła również, że w następstwie powyższych nowych czynności Zamawiającego, podjętych w trakcie toczącego się postępowania odwoławczego na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika, pełnomocnik Odwołującego oświadczył, że w związku z usunięciem przez Zamawiającego słowa „inteligentne” w tym zakresie Odwołujący cofa ten zarzut.

Nadto, pełnomocnik Odwołującego oświadczył również, że to samo dotyczy usuniętego parametru ogrzewania, 9-stopniowej regulacji jakości śniegu poprzez wprowadzenie oczekiwanej 7-stopniowej regulacji jakości śniegu, również zarzutu dotyczącego niezależnego systemu sterowania przez RS422 oraz bluetooth ze smartfonu, tabletu lub laptopa, a także interfejsu Canbus. W związku z tym dodatkowo oświadczył, że cofa powyższe zarzuty.

Jednocześnie, Odwołujący potwierdził, że nadal przedmiotem sporu jest postanowienie odnoszące się do produkowanego na rynku modelu przez maksymalnie 3 lata, wymogu dostawy armatki ekologicznej bezolejowej, dotyczące filtra wody – 250 mikron, a także zakresu wyrzutu 70 metrów. Oświadczył również, że pozostają również zarzuty skierowane przeciwko kryterium oceny ofert zgodnie z treścią przedstawioną w odwołaniu.

Izba ustaliła również, że Odwołujący na tym posiedzeniu wycofał wszystkie zarzuty dotyczące zał. nr 2.5 do SWZ, tj. projekt umowy z wyjątkiem tego dotyczącego sporządzenia wzoru karty gwarancyjnej, lecz podtrzymał zarzuty dotyczące kryterium oceny ofert dotyczące ilości elektrozaworów, ilości dysz wodnych oraz twardości materiału wkładki dysz

wodnych i nukleacyjnych, a także wprowadzenia kryterium całkowitego zużycia prądu dla armatki.

Mając na uwadze okoliczność wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów, wobec braku przedmiotu sporu w tym względzie, Izba doszła do przekonania, że należało uznać zarzuty te za bezprzedmiotowe do rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy w ramach postępowania odwoławczego, Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 99 ust.4 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie Izba nie stwierdziła naruszeń prawa przez Zamawiającego.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający powinien uregulować treść SWZ w sposób objęty zarzutami i wnioskami odwołania.

W pierwszej kolejności ocenie Izby został poddany zarzut skierowany przeciwko postanowieniu pkt 1 tiret 5 załącznika nr 1.5 (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) do SWZ w brzmieniu: „armatki ekologiczne bezolejowe”, a także opis z tego załącznika uwzględniający jedynie możliwość zaoferowania urządzenia z parametrem armatek w zakresie między innymi:

- nachylenie turbiny automatyczne, elektryczne,
- obrót poziomy automatyczny, elektryczny.

Zdaniem Odwołującego - powyższe parametry powinny dopuszczać dodatkowo rozwiązanie techniczne hydrauliczne, które wymaga właśnie zastosowania oleju w przeciwieństwie do rozwiązania opartego jedynie o napęd elektryczny, który takiego materiału eksploatacyjnego nie wymaga.

W związku z tym Izba poczyniła pewne ustalenia istotne dla rozstrzygnięcia, zauważając, że Zamawiający w części 4 przedmiotowego zamówienia przewidział również dostawę ratraka.

Mając na uwadze powyższą okoliczność, na rozprawie na pytanie Izby, czy będą stosowane ratraki bezolejowe na stoku Zamawiający wyjaśnił, że nie ma aktualnie ratraków elektrycznych, ale Zamawiający liczy, że w ciągu około 2 lat będą już w obrocie elektryczne i wodorowe ratraki, bezpieczne dla środowiska.

Przy rozpoznawaniu tego zarzutu Izba wzięła również pod uwagę wyjaśnienia Odwołującego, z których wynikało, że zaoferowane urządzenie posiada obudowę, a możliwość wycieku oleju, z jego doświadczenia może być nie większa niż około litra, co nie może powodować zanieczyszczenia środowiska.

Odwołujący zadeklarował również biodegradowalność tego oleju na poziomie około 70%.

Odwołujący wyjaśnił również, że nie produkuje elektrycznych armatek śnieżnych – modelu, który byłby zaoferowany w tym postępowaniu. Natomiast rozwiązania hydrauliczne są jedynie w technologii opartej o smarowanie olejowe napędu siłowników.

Izba ustaliła również, że na pytanie pełnomocnika Zamawiającego zadanego za pośrednictwem Przewodniczącego, czy Odwołujący ma możliwość wyprodukowania armatki śnieżnej w technologii elektrycznej i zaoferowania jej Zamawiającemu Odwołujący wyjaśnił, że w takim modelu, jak Zamawiający oczekuje, nie ma takiej możliwości.

Dodatkowo Odwołujący odpowiedział, że Zamawiający wskazał, jakie parametry wydajnościowe armatka ma posiadać, jedyne które może spełnić te wymagania to armatka 900A.

Izba stwierdziła, że powyższe wyjaśnienia Odwołującego nie zostały zaprzeczone przez Zamawiającego, a zatem Izba uznała je za wiarygodne.

Bezsporną okolicznością w tej sprawie jest to, że dostawa ratraka olejowego została przewidziana dla części nr 4 przedmiotowego zamówienia, a zatem, że urządzenie to będzie stosowane obok armatek śnieżnych równolegle na naśnieżanym stoku, co oznacza, że te pierwsze będzie miało również w pewnym stopniu negatywny stosunek na środowisko.

Powyższe prowadzi do jedynie logicznego wniosku, że jeżeli Zamawiający dopuścił jedno urządzenie (ratrak) oparte na zastosowaniu oleju, to nie jest dla Izby przekonywujące twierdzenie Zamawiającego, że formułując SWZ w spornym zakresie kierował się tylko względami ekologicznymi, związanymi z ochroną środowiska.

Przedstawionego wyżej stanowiska Izby nie mogły zmienić dowody zgłoszone przez Zamawiającego.

W przekonaniu Izby – potencjalnie możliwy incydentalny wyciek oleju w ilości około 1 l. nie uzasadniał wprowadzenia parametru eliminującego Odwołującego z rynku, tym bardziej, że Zamawiający może dodatkowo wprowadzić procedury zabezpieczające analogicznie jak w przypadku umowy, na którą powołuje się Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie (vide: str.10), zawartej pomiędzy Nadleśnictwem Ustrzyki Dolne a podmiotami leśnymi, gdzie przewidziane były odpowiednie zestawy (sorbenty, maty sorpcyjne itp.) do rozlanego paliwa lub oleju.

Kolejny zarzut odnosił się do parametru – zakres wyrzutu min.70 m.

W części dotyczącej tego zarzutu Izba ustaliła, że na pytanie Izby zadane na rozprawie, na pytanie przewodniczącego jaki zakres wyrzutu mają armatki Odwołującego, które zamierza zaoferować w tym postępowaniu wyjaśnił on, że posiadają one zakres wyrzutu pomiędzy 60 a 85 metrów, w zależności od rodzaju podwozia i warunków pogodowych. Jeżeli zaoferuje urządzenie na podwoziu jezdnym kołowym, to parametr wyrzutu będzie na poziomie 60 metrów.

Jednocześnie na pytanie pełnomocnika Zamawiającego skierowane do Odwołującego za pośrednictwem Przewodniczącego, czy jest w stanie w karcie katalogowej oferowanego produktu umieścić informację o maksymalnym wyrzucie do 60 metrów na podłożu jezdnym kołowym pełnomocnik Odwołującego wyjaśnił, że taką deklarację może zawrzeć w karcie, jeżeli będzie taka potrzeba.

Izba stwierdziła, że powyższe wyjaśnienia Odwołującego nie zostały zaprzeczone przez Zamawiającego, a zatem Izba uznała je za wiarygodne. Jednocześnie nie było poparte żadnymi dowodami przeświadczenie Zamawiającego, że Odwołujący będzie miał zamiar zaoferować armatkę śnieżną o maksymalnym wyrzucie 45 m, to jest znacznie poniżej 60 m.

Reasumując, w ocenie Izby - parametry maksymalne na poziomie 70 m. i 60 m. nie różnią się między sobą w sposób istotny i w tych dwóch przypadkach Zamawiający będzie w stanie realizować swoje zadanie.

Izba uznała, że powyższe zarzuty odwołania oparte na dowodach uprawdopodobniających były uzasadnione, a Zamawiający naruszył przepis art.99 ust.4 ustawy Pzp, który stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli

mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Według zapatrywania – powyższe parametry armatek śnieżnych mogłyby utrudnić udział Odwołującego w tym przetargu.

Wymaga również wskazania, że dla wykazania powyższego stanu rzeczy wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji, a nie jej udowodnienie. Już sama potencjalna możliwość wystąpienia sytuacji utrudnienia uczciwej konkurencji może uzasadniać stwierdzenie naruszenia przepisu art.99 ust.4 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności, Izba uznała za bezzasadny zarzut odwołania odnoszący się do wymagania dostarczenia filtra wody na poziomie 250 mikron.

Izba ustaliła, że Odwołujący potwierdził, że ma w ofercie filtr wody dla urządzenia o parametrze 350 mikron (szczelinowy) i obecnie jest w stanie zaoferować filtr na poziomie 250 mikron. Wyjaśnił również, że nie jest to standardowe rozwiązanie. Wskazał, że wszystkie stosowane przez niego filtry posiadają parametr 350 mikronów i wynika to z zastosowanej technologii. Przyznał jednak, że jest możliwe złożenie takiego zamówienia na filtr 250 mikron u producenta na szczególne zamówienie.

Izba stwierdziła również na podstawie wyjaśnień Zamawiającego, że obecnie u niego na stoku Odwołujący realizuje instalację naśnieżania, gdzie stosuje na wejściu w głównej przepompowni filtr o parametrze jeszcze mniejszym niż 250, tj. 200 mikron.

Odwołujący dodatkowo wyjaśnił, że stosuje na wejściu filtry 200 mikron (prawdopodobnie 130 mikronów) z tego powodu, że woda docierająca do armatki po zastosowaniu takiego filtra, jest już czysta.

Dodatkowo wyjaśnił, że zastosowanie w takim wypadku filtra na poziomie 350 mikron ma charakter ściśle prewencyjny, ma zapobiec dostaniu się do armatki zanieczyszczenia niekontrolowanego.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Izba podzieliła zapatrywanie Zamawiającego, który podkreślił, że Odwołujący, mając odpowiednie zdolności produkcyjne, powinien posiadać również umiejętności adaptacyjne do odpowiedniej sytuacji rynkowej i w

związku z tym dostosowując się do potrzeb klienta powinien takie oczekiwane przez Zamawiającego filtry dostarczyć.

W konsekwencji przyjęcia, że Odwołujący ma zdolności produkcyjne jak wyżej wskazano Izba doszła do przekonania, że może on zaoferować armatki śnieżne, innowacyjne, gdzie ich model powinien być produkowany na rynku maksymalnie 3 lata.

Z powyższych przyczyn Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 99 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie Izby – obecny opis przedmiotu zamówienia, po dokonanych modyfikacjach odpowiada dyspozycji powołanego wyżej przepisu prawa.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.99 ust.5 ustawy Pzp, stosownie do którego, przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Zdaniem Izby – w rozpoznawanej sprawie Zamawiający w spornym zakresie nie wskazywał znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, a Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób wystarczająco precyzyjny i zrozumiały.

Biorąc pod uwagę, że powyższy przepis nie ma zastosowania w rozpoznawanej sprawie również treść art.99 ust.6 ustawy Pzp, w myśl, którego jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności, pozostaje irrelevantna dla oceny tego zarzutu.

Uznając zatem, że powyższe wyjaśnienia stron dawały podstawę do rozstrzygnięcia sprawy, Izba uznała przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego za zbędną i powodującą nieuzasadnioną zwłokę w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Nie był również trafny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.240 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, a także ust.2 tego przepisu, który przewiduje, że kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Wymaga wskazania, że Zamawiający w modyfikacji z dnia 27 sierpnia 2021 r. dokonał daleko idącej zmiany w kryterium oceny ofert.

W ocenie Izby pozostały jedynie te dodatkowe kryteria, które uzasadniały wyjątkowe potrzeby Zamawiającego.

Należy podkreślić, że zgodnie z art. 242 ust.1 ustawy Pzp najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

- 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;
- 2) ceny lub kosztu.

Jednocześnie ust.2 tego przepisu reguluje zakres przedmiotowy kryteriów jakościowych, stanowiąc, że mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do:

- 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w art. 94 ust. 1;
- 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia;
- 4) aspektów innowacyjnych;
- 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.

Powyższy przepis – według Izby – przesądza o tym, że Zamawiający miał prawo zastosować takie dodatkowe kryteria oceny ofert, które będą gwarantowały określoną jakość produktu.

Według zapatrywania Izby – Odwołujący nie udowodnił, że ilość elektrozaworów, a także twardość materiału wkładki dysz wodnych i nukleacyjnych nie mają istotnego znaczenia przy ocenie jakości oferowanego produktu.

Niezależnie od powyższego, Izba stwierdziła, że w dniu 27 sierpnia 2021 r. Zamawiający wprowadził w pkt 17.6., 17.7., 17.8. zupełnie inny sposób liczenia punktów w spornym kryterium, a także nowe kryterium pod nazwą „ilość dysz wodnych odkręcanych” (poprzednio były to dysze wodne), których to postanowień SWZ Odwołujący nie zaskarżył odrębnym odwołaniem.

Na rozprawie Odwołujący przyznał okoliczność, że istnieje różnica pomiędzy dyszą wodną a dyszą wodną odkręcaną.

W związku z tym, wymaga wskazania, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego Izba doszła do przekonania, że przedstawione przez Odwołującego kalkulacje ofert stanowią jedynie jego stanowisko, nie poparte żadnymi dowodami, które zmierza jedynie do uzyskania przewagi wobec wykonawców konkurencyjnych i takiego ukształtowania SWZ, aby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Powyższe potwierdza również żądanie Odwołującego wprowadzenia dodatkowego kryterium w postaci kryterium całkowitego zużycia prądu dla armatki, co w sposób oczywisty sposób promuje oferowane przez niego rozwiązanie produktowe oparte na napędzie hydraulicznym.

Wobec tego Izba uznała, że Zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania tego kryterium, jako nie mającego istotnego znaczenia dla zaspokojenia jego uzasadnionych potrzeb, a Odwołujący nie wykazał, że całkowite zużycie prądu dla armatki będzie wpływało na znaczące oszczędności przy eksploatacji urządzenia.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art.83 ust.1 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący w ogóle nie wystąpił o przegląd akt do Zamawiającego, w którym znajdowała się analiza potrzeb. Izba stwierdziła, że Zamawiający taką analizę sporządził.

W zakresie konieczności umieszczenia w SWZ wzoru karty gwarancyjnej na rozprawie Odwołujący wyjaśnił, że swoje stanowisko oparł o przepis art. 433 pkt 2 Pzp, który

stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

W ocenie Izby – Odwołujący nie wykazał związku pomiędzy jego żądaniem w spornym zakresie a treścią powołanego wyżej przepisu.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić w części, zaś w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddaliła.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba oparła się o klauzulę słuszności, o której mowa w § 7 ust.5 cyt. wyżej rozporządzenia, gdzie Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2–4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

Izba uznała, że w trakcie postępowania odwoławczego Zamawiający dwukrotnie uwzględnił odwołanie w części, a także zmodyfikował treść SWZ po myśli Odwołującego, co uprawdopodobniało, że waga uwzględnionych zarzutów odwołania mogła w sposób istotny wzrosnąć w aspekcie możliwości wystąpienia opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. O obciążeniu kosztami postępowania Zamawiającego przemawiał przede wszystkim rodzaj uwzględnionego zarzutu - w ocenie Izby - o bardzo istotnym i kluczowym znaczeniu.

Przewodniczący:.....