

WYROK
z dnia 1 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 26 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2021 r. przez wykonawcę **SUPERSNOW S.A. z siedzibą w Maniowach** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Szczyrku**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 odwołania w części oznaczonej lit A ppkt 1) oraz lit. B ppkt 1), 5), 6), 7), 8), lit. C ppkt 1), 4), 6), 7, 8), zarzutu nr 2 oraz zarzutu nr 3 odwołania
2. uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 lit. B ppkt 2) i lit C ppkt 2) odwołania i nakazuje zamawiającemu uszczegółowienie wymagań związanych z zapewnieniem kompatybilności pracy oferowanej armatki z systemem ATASSpro poprzez opisanie wymagań Zamawiającego w tym zakresie w sposób umożliwiający wykonawcom jednoznaczne zidentyfikowanie zakresu świadczenia oraz jego wycenę w ramach składanej oferty,
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
4. kosztami postępowania obciąża odwołującego **SUPERSNOW S.A. z siedzibą w Maniowach w części ½** i zamawiającego **Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Szczyrku w części ½** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

- SUPERSNOW S.A. z siedzibą w Maniowach** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 4.2. zasądza od zamawiającego **Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Szczyrku** na rzecz wykonawcy **SUPERSNOW S.A. z siedzibą w Maniowach** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą zwrot części kosztów postępowania odwoławczego.
- 4.3. koszty wynagrodzenia pełnomocników znosi się wzajemnie

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Szczyrku, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest świadczenie usług „Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku”, numer postępowania: ZP/Sz/11/2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.10.2021 r.: 2021/S 201-521897.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 25 października 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca SUPERSNOW S.A. w Maniowach, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

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

A. W odniesieniu do wymogu względem całego przedmiotu zamówienia (obu rodzajów armatek śnieżnych - w łącznej ilości 15 szt.):

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

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

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

- 5) „Rozruch silnika wentylatora za pomocą „inwertora” pełen zakres roboczy dla zasilania z sieci od 340V do 500V” (pkt 13; Rozdział V SWZ);
- 6) „Silnik wentylatora spełniający klasę sprawności nie mniej niż IE4” (pkt 14; Rozdział V SWZ);
- 7) „Ciśnienie operacyjne /robocze/ wody w zakresie od 8 do 50 bar” (pkt 18; Rozdział V SWZ)
- 8) „Kompresor – bezolejowy łopatkowy” (pkt 20; rozdział V SWZ)

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

- 1) „Dostawa 5 szt. fabrycznie nowych wyprodukowanych w 2021 r. armatek śnieżnych, produkowanych seryjnie nie będących prototypami/wersjami specjalnymi lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt” (Rozdział V SWZ)
- 2) „Armatka ma zapewnić kompatybilną pracę w istniejącym systemie zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro. Armatek należy wpiąć do istniejącego systemu, co powoduje że mają być w pełni kompatybilne ze wskazanym – posiadany systemie. Armatek muszą być zarządzane, nastawiane, kontrolowane pod względem pracy i wydajności pracy w systemie śnieżenia” (Rozdział V SWZ)
- 3) „Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego” (pkt 2; Rozdział V SWZ)
- 4) „Podnoszenie tuby: automatyczne i ręczne” (pkt 7; Rozdział V SWZ)
- 5) „Regulacja pozioma tuby: automatyczna, sterowana za pomocą napędu elektrycznego” (pkt 8; Rozdział V SWZ)
- 6) „Minimalna liczba sterowanych zaworów wodnych 15szt.” (pkt 13; Rozdział V SWZ);
- 7) „Ciśnienie operacyjne /robocze/ wody w zakresie od 8 do 50 bar” (pkt 18; Rozdział V SWZ)
- 8) „Kompresor – bezolejowy łopatkowy” (pkt 20; rozdział V SWZ).

2) Zarzut 2: naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez określenie treści postanowień umowy w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz faworyzujący jednego z wykonawców - **w zakresie treści następujących proponowanych postanowień umowy:**

1) w zakresie §1 ust. 1 Umowy w odniesieniu do pogrubionej treści:

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

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

„Wykonawca oświadcza, że dostarczony przedmiot Umowy odpowiada wszystkim cechom określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia, która stanowi załącznik do niniejszej

Umowy oraz jest fabrycznie nowy (wyprodukowany w 2021 r., - wymóg ten dotyczy wszystkich podzespołów armatek)."

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

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

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

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

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

Odwołujący na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) i c) ustawy Pzp wnosil o uwzględnienie odwołania i uznanie, że:

a) treść ogłoszenia (w tym SWZ) w zakresie opisanym w pkt. I ust. 1 lit.: A-C powyżej oraz ust.

3, naruszała przepisy ustawy Pzp, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;

b) treść projektowanych postanowień umowy, o których mowa w pkt. I ust. 2 ppkt. 1-4 powyżej,

jest niezgodna z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy pzp, oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) w odniesieniu do pkt. I ust. 1 lit. A-C odpowiednio:

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

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

- „wyprodukowanych w 2021 r.” oraz

- „lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.”

aby postanowienie to przyjęło treść:

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

względnie poprzez zmianę opisu tego parametru w zakresie roku produkcji:

„wyprodukowanych w okresie 2020-2021” oraz wykreślenie zwrotu: „lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.”.

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

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

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

- „wyprodukowanych w 2021 r.” oraz

- „lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.”

aby postanowienie to przyjęło treść:

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

względnie poprzez zmianę opisu tego parametru w zakresie roku produkcji:

„wyprodukowanych w okresie 2020-2021” oraz wykreślenie zwrotu: „lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.”.

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

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

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

wykreślenie parametru (pkt 2; Rozdział V SWZ) o treści: *„Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego”*

względnie poprzez zmianę opisu tego parametru poprzez dodanie zwrotu: „lub równoważny” z określeniem równoważności m.in. w zakresie możliwości zastosowania oleju hydraulicznego, który będzie biodegradowalny.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

poprzez zmianę parametru (pkt 20; Rozdział V SWZ) o treści: „Kompresor – bezolejowy łopatkowy” poprzez dodanie zwrotu: „lub równoważny” z określeniem równoważności m.in. w zakresie możliwości zastosowania w miejsce kompresora - bezolejowego łopatkowego - kompresor tłokowy.

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

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

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

- „wyprodukowanych w 2021 r.” oraz

- „lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.”

aby postanowienie to przyjęło treść:

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

względnie poprzez zmianę opisu tego parametru w zakresie roku produkcji:

„wyprodukowanych w okresie 2020-2021” oraz wykreślenie zwrotu: „lub krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.”.

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

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

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

wykreślenie parametru (pkt 2; Rozdział V SWZ) o treści: *„Armatka pozbawiona oleju hydraulicznego”*

względnie poprzez zmianę opisu tego parametru poprzez dodanie zwrotu: „lub równoważny” z określeniem równoważności m.in. w zakresie możliwości zastosowania oleju hydraulicznego, który będzie biodegradowalny.

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

zmianę opisu parametru (pkt. 7; Rozdział V SWZ) o treści: „Podnoszenie tuby: automatyczne i ręczne” w ten sposób, aby wynikało z niego w sposób jednoznaczny do czego ma się odnosić „ponoszenie ręczne tuby” (jak to rozumieć?) oraz dodanie zwrotu: „lub równoważny” z określeniem równoważności w zakresie możliwości zastosowania rozwiązania przewidującego wyłącznie automatycznie podnoszenie tuby.

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

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

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

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

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

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

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

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

poprzez zmianę parametru (pkt 20; Rozdział V SWZ) o treści: „Kompresor – bezolejowy łopatkowy” poprzez dodanie zwrotu: „lub równoważny” z określeniem równoważności m.in. w zakresie możliwości zastosowania w miejsce kompresora - bezolejowego łopatkowego - kompresor tłokowy.

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

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

zmianę § 1 ust. 1 Umowy o treści: „Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do realizacji dostawę fabrycznie nowych (rok produkcji 2021r.) piętnastu armatek śnieżnych zgodnie z niniejszą Umową i załączoną ofertą Wykonawcy (stanowiącą załącznik nr 1 do Umowy)” poprzez wykreślenie z jego treści zwrotu: „(rok produkcji 2021r.) względnie poprzez zmianę zwrotu: „(rok produkcji 2021 r.)” na zwrot „(rok produkcji 2020-2021r.).”

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

zmianę § 1 ust. 2 zd. 2 Umowy o treści: „Wykonawca oświadcza, że dostarczony przedmiot Umowy odpowiada wszystkim cechom określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia, która stanowi załącznik do niniejszej Umowy oraz jest fabrycznie nowy (wyprodukowany w 2021r., - wymóg ten dotyczy wszystkich podzespołów armatek).” poprzez wykreślenie z jego treści zwrotu: (wyprodukowany w 2021r., - wymóg ten dotyczy wszystkich podzespołów armatek)” względnie poprzez zmianę zwrotu: (wyprodukowany w 2021r., - wymóg ten dotyczy wszystkich podzespołów armatek)” na zwrot (wyprodukowany w okresie 2020-2021r., - wymóg ten dotyczy wszystkich podzespołów armatek).

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

zmianę §5 ust. 3 Umowy o treści: „W przypadku przedstawienia przez Wykonawcę do odbioru sprzętu lub którejkolwiek z jego części składowych tj. wyposażenia, które nie będą spełniały warunku fabrycznie nowego urządzenia (nieużywanego) i wyprodukowanego w 2021r., Zamawiający obciąży Wykonawcę karą umowną w kwocie 1000 złotych za każdy element zamówienia nie spełniający warunków fabrycznie nowego urządzenia (nieużywanego) i wyprodukowanego w 2021r., oraz odmówi dokonania odbioru sprzętu i/lub jego wyposażenia” poprzez wykreślenie z jego treści zwrotów: „i wyprodukowanego w 2021r. względnie poprzez zmianę zwrotów: „i wyprodukowanego w 2021r.” na zwrot „i wyprodukowanego w okresie 2020-2021r.”

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

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

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

oraz usunięcie analogicznych postanowień zawartych w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Ponadto Odwołujący wnosił o rozpoznanie odwołania na rozprawie, przeprowadzenie dowodów wg złożonych wniosków dowodowych oraz 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.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał:

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

Ad. zarzut 1 [w kwestii kompatybilności z systemie zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro]

Odwołujący przywołał wyrok KIO z 6.11.2018 r., KIO 2076/18 wobec którego stwierdził, że twierdzenia są również aktualne na gruncie aktualnego Pzp. Odwołujący wskazał, że z sytuacją analogiczną jak w wyroku mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Zamawiający nie określił w dokumentacji konkursowej jakichkolwiek informacji w zakresie wymogów lub warunków związanych z kompatybilnością z systemem zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro.

Wobec powyższego, Odwołujący wskazał, że aktualne pozostają pytania tj.:

- czy system ten zapewnia pełną kompatybilność ze wszystkimi występującymi na rynku armatkami śnieżnymi, czy tylko z niektórymi z nich? Jeżeli tylko z niektórymi z nich lub tylko z armatkami jednej marki?
- czy wpięcie armatki do systemu wymaga spełniania jakichkolwiek warunków? Jeżeli tak, to jakich dokładnie?

- czy wpięcie armatki do systemu wymaga zgody producenta systemu (zwłaszcza w przypadku, gdy armatki będą innego producenta, aniżeli producenta systemu)?

W związku z powyższym, Odwołujący stwierdził, że niezamieszczenie w SWZ specyfikacji systemu zarządzania procesami śnieżenia utrudnia/uniemożliwia złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, a na Zamawiającym spoczywa ciężar przejrzystego sporządzenia treści SWZ (w tym ogłoszenia o zamówieniu), natomiast w przedmiotowym wypadku treść ta nie pozwala na ustalenie jakie warunki powinny zostać spełnione, skoro Wykonawca wymaga kompatybilności do systemu zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro - który jest marki jednego z producentów armatek śnieżnych. Tym samym nie jest również wiadome, czy tylko armatki tego producenta będą spełniały warunki Zamówienia.

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

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

Powyższe jest istotne, jako że w 2020 r. wybuchła epidemia COVID-19, która „zamroziła” branżę narciarską, co implikowało na zmniejszone zapotrzebowanie systemami do naśnieżania/armatkami śnieżnymi w tymże okresie. W związku z powyższym niektórzy producenci posiadają armatki z 2020 r. które nadal spełniają cechy nowości oraz dają rękojmię prawidłowego działania. Odwołujący podkreślił, że nie bez znaczenia jest przy tym niedostępność / ograniczona dostępność półproduktów w 2021 r. W związku z tym wykorzystanie półproduktu zmagazynowanego w 2020 r. w świetle regulacji treści Zamówienia wykluczałaby oferenta. Odwołujący dodał, że wymóg dostawy armatek: „niebędących krótkimi seriami produkcyjnymi poniżej 500 szt.” w istocie może również wykluczać z kręgu dostawców z sektora MŚP. Odwołujący zwrócił uwagę, że wymóg ten ogranicza konkurencję oraz jest nieproporcjonalny - o czym świadczy już fakt, że zamówienie 15 armatek przekracza progi unijne, a Zamawiający wymaga serii produkcyjnie nie mniejszej niż 500 szt. Oznacza to, że w istocie Zamawiający wymaga produkcji armatek, których wartość to co najmniej 33-krotność progu unijnego dla dostaw. Odwołujący ocenił, iż jest to całkowicie nieproporcjonalny warunek, który również implikuje na naruszenie zasady uczciwej konkurencyjności i proporcjonalności, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp.

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

Odwołujący podniósł, że nie jest jasnym wymóg pozbawienia armatki oleju hydraulicznego w szczególności mając na uwadze fakt, iż rozwiązanie takie jest rozwiązaniem odpowiadającym, nieawaryjnym, a sam olej może być biodegradowalny. Z kolei rozwiązania

bezolejowe (olej hydrauliczny) w sposób znaczny ograniczają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Równoważne rozwiązania w takim wypadku powinny zostać dopuszczone.

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

Odwołujący wskazał, że napęd elektryczny jest bardziej awaryjny, w szczególności względem silników hydraulicznych z uwagi na niesprzyjające zespołom elektrycznym warunki (armatki śnieżne wykorzystywane są na zewnątrz, w zimie, w różnym zakresie temperatur i warunków atmosferycznych). Równoważne rozwiązania w takim wypadku powinny zostać dopuszczone, zwłaszcza rozwiązanie opierające się na zastosowaniu napędu hydraulicznego.

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

Odwołujący podniósł, że przedstawiony parametr sugeruje wykonawcę w zakresie dostawcy/producenta urządzenia TR8 marki TechnoAlpin (który przewiduje takie rozwiązanie modelowe, bez ingerencji w konstrukcję urządzenia. W takiej sytuacji parametr powinien zostać zmieniony, jako że sugeruje konkretny produkt, jak i powinno się określić warunki równoważności, w tym przewidujące w zakresie równoważności warunków łagodnego rozruchu silnika wentylatora.

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

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

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

Odwołujący wskazał, że parametr ten zdaniem Wykonawcy jest nieproporcjonalny. Odwołujący wyjaśnił, że komputer automatycznej armatki dobiera sobie parametry w taki sposób, aby dla panujących warunków atmosferycznych rozpylić tyle wody, aby została ona zamieniona na śnieg o żądanej jakości.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wydajność jest regulowana poprzez ilość otwartych dysz wodnych i ciśnienie wody, które reguluje napęd hydrantu (jest również przedmiotem wyposażenia każdej armatki automatycznej). Również w sytuacji występowania w sieci wyższego ciśnienia niż 40 bar, to właśnie zadaniem napędu hydrantu jest takie wyregulowanie ciśnienia, aby na armatce nie było ono większe niż 40 bar. Zakres od 8-40 bar również występuje u większości producentów. W związku z tym przedmiotowy zakres jest nieproporcjonalny i znacząco ogranicza konkurencję.

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

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

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

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

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

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

Odwołujący stwierdził, że na gruncie obowiązującej ustawy Pzp aktualne są twierdzenia orzecznictwa KIO na gruncie art. 29 „starego” Pzp, i przywołał wyrok KIO z 26.10.2018 r., KIO 2086/18.

Odwołujący stwierdził, że 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 ustawy Pzp tj. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

Ad zarzut 2

Odwołujący wskazał, że zaskarżenie proponowanych postanowień umowy stanowi implikację zarzutów podniesionych w Zarzucie nr 1. Jako że w ocenie Wykonawcy wymóg dostarczenia urządzeń wyprodukowanych wyłącznie w 2021 r. (w tym z podzespołów z 2021 r.) może ograniczać zasady uczciwej konkurencji, w szczególności wobec trwającej nadal epidemii, jak i niedostępności/ograniczonej dostępności niektórych półproduktów w 2021 r. Argumentacja w tym zakresie przedstawiona w Zarzucie nr 1 pozostaje aktualna. Wystarczający - odpowiedni - jest wymóg nowych (nieużywanych) armatek spełniających parametry, które będą zapewniać równe traktowanie wykonawców oraz nie będą żadnego z nich faworyzować.

Z uwagi na wszystko powyższe, Odwołujący stwierdził, że zaskarżona treść ogłoszenia narusza przepisy Ustawy Pzp, a tj. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

Ad zarzut 3

Odwołujący wskazał, że art. 91 ustawy Pzp jest implementacją art. 46 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE oraz motywu 78 preambuły do tej dyrektywy. W świetle tych unijnych regulacji zamawiający powinien rozważyć podzielenie danego zamówienia na części – tak aby ułatwić udział małych i średnich przedsiębiorstw (MSP) w postępowaniu. Odwołujący przywołał brzmienie wskazanego motywu dyrektywy. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp „Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części”. Odwołujący podkreślił, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie wskazał braku powodu niedokonania podziału zamówienia na części. Jest to istotne - ze względu na zarzuty wcześniej podniesione - jak i fakt, że Zamawiający w ramach postępowania prowadzonego w 2020 r. pn. „Dostawa armatek śnieżnych dla COS-OPO w Szczyrku” - II części, DZP/Sz/22/2020, dokonał podziału zamówienia na 2 części (tj. odpowiednio do rodzaju armatek, które były przedmiotem zamówienia).

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

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

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oraz pismo procesowe, w których częściowo uwzględnił zarzuty odwołania, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W pismach tych przedstawił również uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), jak również biorąc pod uwagę odpowiedź na odwołanie i pisma procesowe wraz z załącznikami, oraz stanowiska i dokumenty złożone przez strony, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 odwołania w części oznaczonej lit A ppkt 1) oraz lit. B ppkt 1), 5), 6), 7), 8), lit. C ppkt 1), 4), 6), 7, 8), zarzutu nr 2 oraz zarzutu nr 3 odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący, ostatecznie, oświadczeniem złożonym na posiedzeniu, przed otwarciem rozprawy, cofnął odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania w części oznaczonej lit A ppkt 1) oraz lit. B ppkt 1), 5), 6), 7), 8), lit. C ppkt 1), 4), 6), 7, 8), zarzutu nr 2 oraz zarzutu nr 3 odwołania. Nie ma przy tym znaczenia czy cofnięcie to miało związek z częściowym uwzględnieniem odwołania czy też było swobodną decyzją Odwołującego. Oświadczenie Odwołującego o cofnięciu zarzutów jako oświadczenie inicjatora sporu ma pierwszeństwo przed oświadczeniami innych uczestników sporu.

W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem

wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już ww. zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

[art. 99 ust. 1,2 i 4 ustawy Pzp]

1. 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.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

4. 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.

[art. 16 ustawy Pzp]

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Zarzuty podtrzymane przez Odwołującego można połączyć w dwie grupy i w takiej systematyce omawiane były również podczas rozprawy: I grupa to zarzut oznaczony w odwołaniu jako zarzut nr 1 lit B ppkt 2) oraz lit C ppkt 2); II grupa to zarzut oznaczony w odwołaniu jako zarzut nr 1 lit B ppkt 3 i 4 oraz lit C ppkt 3 i 4.

Zarzuty mieszczące się w I grupie (będące de facto zarzutami tożsamymi lecz podniesionymi odrębnie wobec opisu przedmiotu zamówienia na dostawę armatek śnieżnych w ilości 10 sztuk oraz dostawę armatek śnieżnych w ilości 5 sztuk) dotyczą wymagania Zamawiającego zamieszczonego w Rozdziale V SWZ w brzmieniu *„Armatka ma zapewnić kompatybilną pracę w istniejącym systemie zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro. Armatki należy wpiąć do istniejącego systemu, co powoduje że mają być w pełni kompatybilne ze wskazanym – posiadany systemie. Armatki muszą być zarządzane, nastawiane, kontrolowane pod względem pracy, i wydajności pracy w systemie śnieżenia.”* Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 19 listopada 2021 r. dodał do powyższego postanowienia postanowienie uszczegóławiające w następującym brzmieniu *„Kompatybilność ma umożliwić sterowanie pracą armatek za pomocą zainstalowanego systemu, w szczególności stwarzać możliwość ustawiania następujących funkcji armatek, za pomocą zdalnego systemu sterowania:*

- *ustawienie jakości śniegu,*
- *zapewnienie komunikacji systemu zarządzania śnieżeniem z armatką,*
- *automatycznego włączania i wyłączania, możliwości automatycznego podglądu pracy armatki,*
- *sterowanie oscylacją poziomą w pełnym zakresie pracy armatek,*
- *zapewnienie komunikacji armatek ze stacją meteo.”*

Pomimo ww. uszczegółowienia Odwołujący podtrzymał zarzuty, wskazując, iż są one w dalszym ciągu aktualne, gdyż wobec argumentacji Zamawiającego konieczne jest dalsze uszczegółowienie wymagań oraz warunków kompatybilności i „wpięcia” armatek do systemu obejmujących koszty za ww. Odwołujący żądał doprecyzowania warunków i wymagań zw. z zapewnieniem kompatybilności dostarczanych urządzeń z systemem ATASSpro. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego i stwierdziła, iż dokonane przez Zamawiającego uszczegółowienie wymagań nie niweczy podnoszonych zarzutów, gdyż w dalszym ciągu pozostały zagadnienia, które Zamawiający winien doprecyzować. W tym aspekcie dostrzeżenia wymagało, iż Izba, zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, co oznacza, iż podstawę wyroku stanowią okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy

oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę podjętego rozstrzygnięcia. Tym samym pominięciu podlegało pismo przesłane do Izby przez Zamawiającego po zamknięciu rozprawy.

W ocenie Izby zarzuty te są zasadne. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp 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. Zamawiający formułując wymagania co do kompatybilności oferowanych armatek z systemem zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro, naruszył powyższe zasady rządzące opisem przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby istnieje konieczność jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia winien być dokonany w sposób, który umożliwi zainteresowanym wykonawcom precyzyjne ustalenie zakresu składanej oferty, jej przedmiot oraz wycenę, a na dalszym etapie postępowania pozwoli na ustalenie zgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że wymaganie „Armatki należy wpiąć do istniejącego systemu, co powoduje że mają być w pełni kompatybilne ze wskazanym – posiadanym systemie. Armatki muszą być zarządzane, nastawiane, kontrolowane pod względem pracy, i wydajności pracy w systemie śnieżenia.”, nie pozwala na jednoznaczne ustalenie przez wykonawców warunków wpięcia i wymagań w zakresie kompatybilności. Okoliczność ta ma znaczenie o tyle, że zgodnie z twierdzeniami Odwołującego, na rynku istnieją różne rozwiązania w zakresie „wpinania” dostarczanego sprzętu do posiadanych przez Zamawiających systemów zarządzających śnieżeniem. Przy zastosowaniu jednego rozwiązania owo „wpięcie” leży po stronie Zamawiającego i to on dysponując niezbędną w tym celu infrastrukturą łącznie z tzw. „adapterami” czyli modułami łączącymi armatkę z systemem zarządzania śnieżeniem, dokonuje wpięcia, a przy przyjęciu innego rozwiązania „wpięcie” wraz z „adapterami” leży po stronie dostawcy. Wobec powyższego konieczne jest aby Zamawiający w warunkach zamówienia przesądził jakie obowiązki w tym zakresie spoczywają na wykonawcy i jakie koszty musi on uwzględnić w wycenie oferty. Jednocześnie Izba nie kwestionuje zasadności samego wymagania kompatybilności zamawianego sprzętu z systemem którym dysponuje Zamawiający, gdyż wymaganie to jest celowe i jak wynika z odwołania nie kwestionuje tego również Odwołujący, jednakże obowiązkiem Zamawiającego jest ujęcie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań mogących mieć wpływ na kształt przyszłej oferty i to nie w sposób dorozumiany lecz wprost, w szczególności gdy dotyczy to elementów cenotwórczych jak np. określenie kto ponosi koszty „wpięcia” czy też ewentualnego zakupu licencji. Za nie wystarczające należy uznać, rozstrzygnięcie tych kwestii przez Zamawiającego w piśmie procesowym, gdyż stanowi ono stanowisko procesowe strony i jako takie nie jest dokumentem opisującym warunki zamówienia dostępnym wszystkim wykonawcom zainteresowanym zamówieniem.

Niewątpliwie sytuacja, w której wykonawca pozostaje w niepewności co do wymaganego zakresu jego oferty narusza zasady ustawy Pzp wyrażone w art. 16 tj. zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, dlatego też ww. zarzuty podlegały uwzględnieniu.

Ponadto Izba wskazuje, iż poziom szczegółowości opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań kompatybilności dostarczanych armatek z systemem zarządzania śnieżeniem ATASSpro, determinuje również profesjonalny charakter zamówienia oraz seryjność oprogramowania i jego stała dostępność w ofercie producenta.

Podkreślenia wymaga, iż Izba, stosownie do art. 555 ustawy Pzp, orzeka w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, przy czym na zarzut składa się podstawa prawna oraz podstawa faktyczna określona w odwołaniu. Podstawą faktyczną podnoszoną w zakresie ww. zarzutów była kwestia niedoprecyzowania warunków i wymagań związanych z kompatybilnością z systemem zarządzania procesami śnieżenia ATASSpro. Próżno szukać w odwołaniu argumentacji co do kwestii ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wpięciem armatek do systemu. Dlatego też, Izba uznała, iż to zagadnienie leży poza zakresem zaskarżenia, a tym samym i orzekania zakreślonym zgodnie z art. 555 ustawy Pzp.

Co do II grupy zarzutów tj. będącymi de facto zarzutami tożsamymi lecz podniesionymi odrębnie wobec opisu przedmiotu zamówienia na dostawę armatek śnieżnych w ilości 10 sztuk oraz dostawę armatek śnieżnych w ilości 5 sztuk i dotyczącymi związanych z wymaganiami dostawy armatki pozbawionej oleju hydraulicznego oraz automatycznej regulacji poziomej tuby sterowanej za pomocą napędu elektrycznego, Izba uznała podnoszone zarzuty za niezasadne.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia ma prawo do opisanego go w sposób gwarantujący mu pozyskanie dobra odpowiadającego jego uzasadnionym potrzebom. W określonych okolicznościach potrzeby te mogą prowadzić do ograniczenia kręgu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, jednakże nie oznacza to, że opis został dokonany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Dowód w zakresie wystąpienia potrzeb uzasadniających uwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia określonych wymagań leży po stronie zamawiającego. Zamawiający wskazując na zasadność postawionych wymagań w zakresie dostawy armatek pozbawionych oleju hydraulicznego oraz posiadających regulację poziomą tuby: automatyczną, sterowaną za pomocą napędu elektrycznego powołał się na tańszą eksploatację, mniejszą awaryjność oraz łatwość serwisowania. Wobec powyższego, Izba pominęła, jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy dowody powoływane przez Odwołującego na okoliczność niestosowania przez Zamawiającego restrykcji ze względu na oleje w innych postępowaniach dot. m.in. dostawy

skuterów, ratraków czy transformatorów, jako mogące mieć znaczenie w przypadku powołania się Zamawiającego na względy ekologiczne, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

Izba uznała, iż Zamawiający nie wykazał zasadności zastosowanych wymagań ze względów ekonomicznych związanych z kosztami eksploatacji czy też awaryjnością sprzętu. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym niewłaściwym jest ocenianie ekonomicznych aspektów w zakresie tylko jednego elementu świadczenia tj. serwisu, bez analizy pozostałych składowych świadczenia np. kosztów zakupu (które dla armatek w których znajduje zastosowanie olej hydrauliczny, jak dowodził Odwołujący są niższe), kosztów energii elektrycznej itp. Jak wykazywał Odwołujący bilans ekonomiczny nabycia i użytkowania armatek bezolejowych vs. bilans nabycia i użytkowania armatek w których stosowany jest olej hydrauliczny, może okazać się niekorzystny dla tych pierwszych. Aby powoływać się na aspekty ekonomiczne konieczne było przedstawienie kompleksowej analizy porównawczej związanej z użytkowaniem sprzętu o napędzie elektrycznym vs. hydraulicznym czy też stosującym oleje. Podobnie w sferze awaryjności zamawiający nie przedstawił rzetelnej analizy uzasadniającej zastosowanie postawionych wymagań.

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. Jak wskazywał Zamawiający okresowych przeglądów armatek elektrycznych mogą dokonywać przeszkoleni pracownicy i wymagają one dużo mniejszego ich zaangażowania i nakładu pracy. Okoliczności te potwierdza całokształt materiału dowodowego. Z przedstawionej przez Zamawiającego opinii, którą Izba uznała za stanowisko własne Zamawiającego, wynika, iż armatki z napędem elektrycznym mogą pracować przez 6000 godzin bez serwisu, w sytuacji gdy armatki wyposażone w układy olejowe/hydrauliczne wymagają corocznego przeglądu i wymiany oleju. Okoliczności te wynikają z dokumentu pn. „Rutynowa konserwacja” obrazującego zakres i częstotliwość czynności wykonywanych przy rutynowej konserwacji urządzenia naśnieżającego oraz z protokołów z przeglądów okresowych załączonych do odpowiedzi na odwołanie.

Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, iż Wykonawca składając odwołanie winien wykazać iż postawione wymagania ograniczają możliwość ubiegania się przez niego o zamówienie. Wobec przedstawionych przez zamawiającego załączników do odpowiedzi na odwołanie (oświadczenie z 30.11.2020 r. złożone przez Odwołującego w postępowaniu oznaczonym nr. DZP/Sz/22/2020) z którego wynika iż Odwołujący oferował w przeszłości armatki charakteryzujące się w zakresie regulacji poziomej tuby parametrami zgodnymi z określonymi w niniejszym postępowaniu, w kontekście wszystkich pozostałych zmian w opisie przedmiotu zamówienia dokonanych przez zamawiającego, zachodzi wątpliwość czy

Odwołujący w dalszym ciągu jest podmiotem, który ma ograniczony dostęp do zamówienia, a tym samym czy określone wymagania powodują uszczerbek w jego interesie.

Stosownie do art. 553 Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 i 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 i 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, i 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W analizowanej sprawie Izba, rozpatrywała odwołanie w zakresie dwóch grup zarzutów. Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym, okazało się zasadne w zakresie I grupy zarzutów i niezasadne w zakresie II grupy zarzutów. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części ½ i Zamawiający w części ½.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b 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).

Przewodnicząca: