

Kraków, dnia 4 marca 2021 r.

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

Wykonawca: Control Process S.A.

ul. Obrońców Modlina 16
30-733 Kraków
reprezentowany przez adwokata Norberta Stachurę
email: nm@controlprocess.pl

Zamawiający: Zakład Utylizacyjny Spółka z o.o.

ul. Jabłoniowa 55
80-180 Gdańsk
Tel. +48 58 326 01 00
Fax. +48 58 322 15 76
<http://www.zut.com.pl>
zut@zut.com.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy o nazwie: Modernizacja instalacji do sortowni odpadów – dostawa i montaż maszyn w ramach przedsięwzięcia „Modernizacja sortowni odpadów w Zakładzie Utylizacyjnym w Gdańsku” Numer referencyjny: 53/PN/2020.

Ogłoszenie w TED nr 2021/S 001-000450 z dnia 4. stycznia 2021 r.

ODWOŁANIE

Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie (30-733) przy ul. Obrońców Modlina 16, zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000285783, dla której numer NIP: 8732898418 (dalej: „Odwołujący”), na podstawie art. 513 pkt 1, 514 ust. 1, 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Ustawą” lub „PZP_2019”), w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

wnosi niniejszym odwołanie od:

- czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na sporządzeniu dokumentacji postępowania w tym SIWZ, ogłoszenia z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:

1. **art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 PZP_2019** poprzez określenie warunków udziału w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, przekraczający minimalny poziom zdolności wymagany do prawidłowego wykonania zamówienia oraz w sposób dyskryminujący podmioty i osoby pochodzące spoza Polski,
2. **art. 121 pkt 2) PZP_2019** poprzez nadmierne zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia,
3. **art. 16 pkt 1) w zw. z art. 99 ust. 4 PZP** poprzez zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia części zamówienia, która może być wykonana przez jednego Wykonawcę, a co za tym idzie ograniczenie konkurencji w całym zamówieniu,
4. **art. 112 ust. 1 w zw. z art. 106 ust. 2 i 3 oraz art. 126 ust. 6 PZP_2019 w zw z § 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy** poprzez żądanie dokumentów nieprzewidzianych w przepisach prawa i wymagających udziału podmiotu trzeciego, nie uczestniczącego w postępowaniu,
5. **art. 240 i 241 PZP_2019** poprzez określenie kryterium „Doświadczenie Projektanta” w sposób nieracjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia
6. **art. 90 ust. 2, art. 137 ust. 6 PZP_2019** poprzez określenie terminu składania ofert jako zbyt krótki oraz nie wystarczający do zapoznania się ze zmienioną dokumentacją i przygotowania oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

- o nakazanie Zamawiającemu:
 - I. w zakresie zarzutu wskazanego w **pkt 1** powyżej, wprowadzenie niżej wymienionych zmian:
 1. W pkt 9.2. 2) lit. a IDW:
 - a) w miejsce zapisu „**min. 12 separatorów opto-pneumatycznych z kontrolą końcową jakości w kabinach sortowniczych**” zapisu „min. 5 separatorów opto-pneumatycznych z kontrolą końcową jakości w kabinach sortowniczych”,
 - b) w miejsce zapisu „**System buforowania sterowany bezpośrednio z systemu wizualizacji (SCADA) wyposażony w co najmniej 5 przenośników bunkrowych oraz (...) prasy belującej:**” zapisu „System buforowania sterowany bezpośrednio z systemu wizualizacji (SCADA).”,
 2. Usunięcie pkt 9.2. 2) lit. b IDW.
 3. Zmianę w pkt 9.2. 2) lit. c IDW polegającą na usunięciu części wymagania rozpoczynającej się od słów „**Zakres objęty przedmiotem zamówienia winien (...)**” do słów „**stację kompresorów sprężonego powietrza**” lub dopuszczenie wykonania czynności opisanych w tym zakresie (modernizacja lub naprawa lub doposażenie, w poszczególne urządzenia), w ramach różnych zamówień. Tzn. w ramach zamówień które obejmują wyłącznie wykonanie czynności opisanych w zakresie (każda czynność

w ramach innego zamówienia), bez konieczności ich wykonania w ramach zamówienia obejmującego: „projekt technologiczny oraz realizację (kompletacja, dostawa, montaż, rozruch, uruchomienie) modernizacji i/lub naprawy i/lub doposażenia instalacji do sortowania odpadów komunalnych zmieszanych i/lub zbieranych selektywnie o przepustowości min. 12 Mg/h wraz z wykorzystaniem urządzeń będących w posiadaniu i wcześniejszym użytkowaniu przez Zamawiającego, tj. w szczególności:

- urządzenia do rozdrabniania lub rozrywania z funkcją dozowania odpadów,
- sit bębnowych,
- przenośników,
- kabin sortowniczych,
- separatorów metali żelaznych i nieżelaznych,
- automatycznej prasy belującej,
- separatorów opto-pneumatycznych,
- stacji kompresorów,
- systemu wizualizacji i sterowania (SCADA) wraz z integracją urządzeń funkcjonujących uprzednio w linii technologicznej z urządzeniami nowymi.”

4. Zmianę w pkt 9.2. 3) lit. b IDW zapisu „(...) do sortowania odpadów komunalnych wyposażoną w min. 15 separatorów optycznych” na zapis „(...) do sortowania odpadów komunalnych wyposażoną w min. 5 separatorów optycznych”,
5. Zmianę w pkt 9.2. 3) lit. e IDW zapisu „(...) minimum 10 (dziesięciu) separatorów (...) na zapis „(...) minimum 5 (pięciu) separatorów (...)” oraz usunięcie zapisu „w każdym roku”,
6. Zmianę w pkt 9.2. 3) lit. f IDW zapisu „(...) co najmniej 10 separatorów opto-pneumatycznych (...) na zapis „(...) co najmniej 5 separatorów opto-pneumatycznych (...)”
7. Usunięcie pkt 9.2. 6) IDW.
8. Zmianę brzmienia pkt 9.2.1) lit. b) w taki sposób, że wystarczające jest osiągnięcie wskazanego przychodu w obszarze objętym zamówieniem jednokrotnie w okresie ostatnich 3 lat
 - II. W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2 – usunięcie z IDW zapisu o treści „UWAGA: Zamawiający, na podstawie art. 121 ustawy PZP, zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.”
 - III. W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 3 – usunięcie zakresu zamówienia zawartego na stronie 157 – rozpoczynającego się od słów: „Należy zapewnić dostawę pakietu części zamiennych i zużywających dla używanych separatorów optycznych (SO) (...)” lub dopuszczenie dostarczenia części

zamiennych nie pochodzących od producenta, tj. części zamiennych (tzw. „zamienników”)/alternatywnych/universalnych.

- IV. W zakresie zarzutu wskazanego w **pkt 4** – usunięcie z wymagań określonych w dokumencie „WYKAZ MASZYN I URZĄDZEŃ” wszelkich zapisów dokonywanych przez podmioty trzecie, nie będące Wykonawcą – w szczególności zapisów o treści:
- „Potwierdzenie przez producenta urządzenia parametrów technicznych wskazanych w niniejszym formularzu dla oferowanego urządzenia oraz wskazanego autoryzowanego serwisu urządzenia Pieczęć firmowa producenta, pieczęć imienna i podpis osoby upoważnionej”.
- Zmiana brzmienia zapisu „Adres autoryzowanego serwisu producenta jak również imię i nazwisko oraz telefoniczny numer kontaktowy do specjalisty ds. serwisu, z którym możliwy jest kontakt w języku polskim w godz. od 8 do 18” na „Adres autoryzowanego serwisu producenta oraz telefoniczny numer kontaktowy do serwisu, z którym możliwy jest kontakt w języku polskim w godz. od 8 do 18”
- V. W zakresie zarzutu wskazanego w **pkt 5** – poprzez zmianę punktacji w zakresie „Doświadczenie Projektanta technologa wyznaczonego do realizacji zamówienia (D)” w taki sposób, że za każdy wykonany projekt technologiczny będzie przyznawane 2 pkt, aż do uzyskania 10 pkt (tj. za 5 dodatkowych projektów).
- VI. W zakresie zarzutu wskazanego w **pkt 6** – poprzez wyznaczenie terminu składania ofert na termin nie krótszy niż 30 dni od daty wydania wyroku w sprawie niniejszej.

Interes prawny Wykonawcy:

Odwołujący, jako podmiot zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu posiada interes prawny w złożeniu odwołania, albowiem czynności Zamawiającego polegające na określeniu warunków udziału w postępowaniu uniemożliwiają w sposób skuteczny Odwołującemu udział w postępowaniu, a tym samym – uniemożliwiają uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W sytuacji oddalenia niniejszego odwołania przez organ rozpatrujący Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Ponadto, należy podkreślić, że wymienione wyżej naruszenia Zamawiającego mogą mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania – w szczególności konsekwencją takiego naruszenia może być uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Termin na wniesienie odwołania

Termin na wniesienie odwołania został dochowany, albowiem w związku z wyrokiem KIO w sprawie KIO 185/21, Zamawiający opublikował w dniu 22 lutego 2021 r. Specyfikację Warunków Zamówienia zgodną z PZP_2019. Tym samym w tym dniu rozpoczął bieg terminu na złożenie odwołania wobec treści tej dokumentacji. Zgodnie zaś z art. 515 ust. 2 pkt 1 PZP_2019 „**Odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne;**”

Odwołujący powziął wiadomość o czynności Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, która została opublikowana w dniu 22 lutego 2021 r., zatem Odwołujący dochował terminu na złożenie odwołania. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 522 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: jak wyżej tego o co Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu.

Uzasadnienie

1. Zamawiający – w wykonaniu wyroku KIO z dnia 12 lutego 2021 r. KIO 185/21 w dniu 22 lutego 2021 r. opublikował Specyfikację Warunków Zamówienia dla niniejszego postępowania. Specyfikacja ta narusza wskazane wyżej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej PZP_2019). W szczególności Odwołujący wskazuje, że zapisy specyfikacji ustanawiają warunki udziału w postępowaniu na poziomie nadmiernie restrykcyjnym, przekraczającym minimalne zdolności wymagane do prawidłowej realizacji zamówienia oraz ustanowione są one w sposób preferujący firmę Eggersmann - dotychczasowego dostawcę urządzeń do instalacji eksploatowanej przez Zamawiającego.
2. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych, Zamawiający ma obowiązek takiego określania warunków udziału w postępowaniu, by opierały się one na obiektywnych i niewygórowanych przesłankach – tak, aby udział w postępowaniu mógł wziąć każdy Wykonawca zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia. Celem Ustawodawcy nie jest nieuzasadnione zawężenie kręgu wykonawców, którym można udzielić zamówienia, ale wprost przeciwnie – maksymalne rozszerzenie kręgu zainteresowanych wykonawców, których wiedza i doświadczenie pozwala na należyte wykonanie zamówienia, i jednocześnie ochrona interesów publicznych. Zamawiający jest zobowiązany do stosowania zasady proporcjonalności, która oznacza, „*że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności*

*lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny one ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania [...] Ponadto, każdy warunek udziału w postępowaniu musi być uzasadniony merytorycznie i znajdować usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia. O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego” (wyr. KIO z dnia 04.02.2019 sygn. akt: **KIO 51/19**). Zdaniem Odwołującego sytuacja ograniczenia dostępu podmiotom konkurencyjnym wobec dotychczasowego dostawcy zachodzi w przedmiotowej sprawie.*

3. Wskazując na warunki zdolności technicznej Zamawiający postawił wyjątkowo wygórowane warunki udziału, poprzez ich nadmierne uszczegółowienie, znacznie odbiegające od praktyki w tym zakresie, występującej zarówno na rynku polskim jak i europejskim w zamówieniach publicznych na podobne zadania. Analiza warunków wskazuje, że Zamawiający wymaga Wykonawcy, który w okresie ostatnich 7 lat wykonał 4 bardzo szczegółowo opisane zadania w zakresie instalacji do sortowania odpadów, w tym 3 zadania obejmujące zakres projektowania i budowy. Podejście Zamawiającego przy ustanawianiu warunków udziału w postępowaniu charakteryzuje nadmierna szczegółowość co do elementów składowych zamówień referencyjnych, w tym zawiera elementy o nieznacznej istotności dla przedmioty zamówienia, których dodanie jedynie „eliminuje” doświadczenie innych wykonawców, które nie wpisuje się w ową bardzo szczegółową formułę Zamawiającego.
4. Np. w odniesieniu do warunku z pkt. 9.2. 2) lit. c IDW: jeżeli zamówienie referencyjne wykonawcy nie obejmowało w ramach jednego zamówienia modernizacji 7 wymaganych urządzeń, a jedynie 6, zaś posiada on doświadczenie w modernizacji „brakującego” siódmego urządzenia w ramach innego zamówienia referencyjnego, to pomimo, że taki wykonawca obiektywnie posiada właściwe kwalifikacje i doświadczenie (w tym spełnia pozostałe wymagania, dysponuje kadrą spełniającą warunki udziału w postępowaniu) to wg. obecnego brzmienia IDW nie może wziąć udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazuje, że zadania obejmujące łącznie zakres projektowania i budowy nie są zadaniami powszechnymi na rynku, gdyż wymagają zaangażowania szerszych zasobów (zarówno zespołu projektowego jak i realizacyjnego) jak również odpowiedniego podejścia Zamawiającego. W większości przypadków jednak Zamawiający rozdzielają część projektową od części realizacyjnej, choćby ze względów ekonomicznych – posiadając projekt są w stanie bardziej precyzyjnie oszacować koszty inwestycji i zabezpieczyć jej finansowanie. Okoliczności te uzasadniają uznanie za zasadne żądania ograniczenia wymagań referencyjnych, zawarte w pkt 1.2.
5. Odwołujący wskazuje, że w zakres przedmiotu zamówienia nie wchodzi dostawa instalacji do sortowania odpadów o przepustowości 80 000 Mg/rok dla odpadów komunalnych zmieszanych i jednocześnie odpadów z selektywnej zbiórki, zatem warunek udziału określony w pkt 9.2. 2) lit. b IDW, jest niezwiązany z przedmiotem zamówienia.

6. Proponowane przez Odwołującego zapisy ograniczają nadmierność wymagań i ustanawiają warunki rzeczywiście minimalne i uzasadnione, jednocześnie gwarantując przy tym udział w postępowaniu przez podmioty posiadające doświadczenie w realizacji podobnych zamówień. W szczególności Odwołujący wskazuje na nadmierną szczegółowość opisu zadań – trudno znaleźć uzasadnienie dla wymagania tak szczegółowo opisanej linii sortowniczej – przy pewnym poziomie wydajności i efektywności dla nabycia doświadczenia w realizacji nie ma większego znaczenia rodzaj i ilość zamontowanych urządzeń. Zamawiający wymaga realizacji w ramach 1 usługi modernizacji/naprawy/doposażenia o konkretne urządzenia - w żaden sposób nie różni się doświadczenie wykonawcy w zakresie takich działań modernizacyjnych/naprawczych/doposażenia instalacji wykonywanych w ramach 1 zlecenia, czy większej ilości zleceń. Wskazany warunek promuje nie wykonawców doświadczonych w prowadzeniu takich działań, a takiego wykonawcę, który akurat prowadził prace na linii zawierającej takie urządzenia jak wskazane w warunku.
7. Odwołujący wskazuje także na niekonsekwencję Zamawiającego, który wymaga dla spełniania warunków minimalnych 10 lub 15 separatorów optycznych, zaś w ramach kryteriów oceny ofert punktuje doświadczenie obejmujące 5 separatorów optycznych. Tym samym Zamawiający potwierdza adekwatność doświadczenia z zadania obejmującego 5 separatorów optycznych dla realizacji zadania objętego niniejszym postępowaniem, co winno znaleźć odzwierciedlenie poprzez uwzględnienie żądań zawartych w pkt I.1, I.3, I.4, I.5.
8. Zamawiający wprowadził w sposób niezrozumiały dyskryminacyjny zapis w pkt 9.2. 6) IDW – wykluczając możliwość korzystania z tłumacza przez dwóch, konkretnych specjalistów, w sytuacji gdy taka możliwość dopuszczana jest dla pozostałych członków zespołu. Taka praktyka nie może być akceptowana w szczególności przy obowiązującej zasadzie swobodnego przepływu osób, usług i kapitału w Unii Europejskiej. To Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za jakość świadczonych usług i jeśli jest gotów ją zapewnić z wykorzystaniem osób korzystających z pomocy tłumacza, to zabranianie takiej możliwości jest praktyką dyskryminacyjną.
9. W zakresie zdolności ekonomicznej wymaganie osiągnięcia dwukrotnie w okresie ostatnich 3 lat bardzo wysokiego poziomu obrotów jest również nieuzasadnione. W szczególności biorąc pod uwagę fakt, że rok 2020 był rokiem największego kryzysu od wielu lat, znacznego ograniczenia zamówień i recesji, to wymaganie Zamawiającego jest szczególnie wygórowane. W żaden sposób także na sytuację finansowo – ekonomiczną Wykonawcy nie rzutuje fakt, z jakiego źródła pozyskuje on przychody. Rolą warunku udziału dotyczącego sytuacji ekonomiczno-finansowej jest bowiem zapewnienie tego, aby Wykonawca był w stanie zrealizować/sfinansować realizację zamówienie, a nie jego weryfikacja pod kątem znajomości branży, w której działa. Takiej weryfikacji służy ocena zdolności technicznej i zawodowej. Tym samym żądanie zawarte w pkt I.7 jest uzasadnione.

10. Zamawiający w sposób nieuprawniony i całkowicie nieracjonalny zastrzegł obowiązek osobistego wykonania. Postawiony warunek uniemożliwia zlecenie rozmieszczenia i instalacji urządzeń innym podmiotom – w tym np. ich producentom, czy autoryzowanym przedstawicielom producenta. Działanie takie jest całkowicie nieracjonalne, gdyż tego typu prace montażowe często, w tego rodzaju zamówieniach, wykonują firmy, które są jednocześnie dostawcami instalacji i urządzeń technologicznych – firmy takie wymagają, by do sprawnego działania urządzeń technologicznych, które dostarczają, montaż był wykonany właśnie przez te podmioty. Ma to też istotny wpływ na późniejsze świadczenie usług w zakresie serwisowania gwarancyjnego i pogwarancyjnego urządzeń. Ryzyko zakupu urządzeń za co najmniej kilka milionów złotych bez możliwości ich montażu przez dostawcę niesie za sobą duże ryzyko – przede wszystkim utraty gwarancji dostawcy. Tym samym oczekiwanie Zamawiającego osobistego wykonania prac jest całkowicie nieuzasadnione technicznie, gdyż w żaden sposób nie podnosi ich jakości. Dodatkowo zastrzeżenie osobistego wykonania tego zakresu niejako wymuszałoby udział dostawcy takich urządzeń jako konsorcjanta, co z jednej strony jest niekorzystne dla uczciwej konkurencji – dostawca będący konsorcjantem jednego z oferentów nie może zaoferować swoich urządzeń i usług jako podwykonawca innemu oferentowi, a także nie każdy dostawca urządzeń jest zainteresowany udziałem jako konsorcjant w realizacji zamówienia o wielomilionowej wartości, ze względu na obowiązek solidtarnej odpowiedzialności za całość zadania, w skład którego w większości wchodzi prace jego nie dotyczące. Odwołujący wskazuje na jednolitą linię orzeczniczą KIO (co prawda na bazie poprzednio obowiązującej ustawy, jednak zachowujące aktualność wobec analogicznego brzmienia przepisów) wskazującą na wyjątkowy charakter zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania prac – wyroki:

- dnia 27 maja 2019 r. **KIO 867/19**: *„Przysługujące Zamawiającemu na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp uprawnienie do ograniczenia swobody wykonawcy w zakresie wyboru części zamówienia jaka zostanie powierzona podwykonawcom nie może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia. Stąd konieczność ścisłej interpretacji art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp - kluczowa część przedmiotu zamówienia w rozumieniu tego przepisu nie oznacza głównego elementu (zakresu) zadania, tylko część, którą musi osobiście wykonać wybrany wykonawca, jako **podmiot, który dysponuje określonymi, osobistymi cechami pozwalającymi na prawidłową realizację tego szczególnego elementu. Zazwyczaj oznacza to wykonanie zadania o charakterze twórczym, artystycznym (np. mural) lub wymagającego ponadprzeciętnej wiedzy specjalistycznej. Konieczność realizacji prac budowlanych, nawet o bardzo złożonym charakterze, nie daje podstawy do ograniczenia dostępu podwykonawców do udziału w realizacji zamówienia.**”*

- z dnia 21 maja 2014 r. **KIO 923/14**: *„Izba w tym zakresie podziela stanowisko, zaprezentowane przez KIO w uchwale z dnia 7 listopada 2013 roku sygn. KIO/KU 97/13 gdzie stwierdziła, że „zamawiający jest uprawniony do rozważenia wyłączenia z udziału w*

realizacji zamówienia podwykonawców w sytuacji, gdy jego wykonanie wymagać będzie szczególnego, osobistego doświadczenia i wiedzy wykonawcy. **Najczęściej będą to prace polegające na działalności twórczej, artystycznej czy szkoleniowej np. stworzenie utworu muzycznego, wykonanie robót konserwatorskich zabytku lub dzieła sztuki, wykonanie ekspertyzy wymagającej szczególnej i specjalistycznej wiedzy, itp.** Ich wykonanie wymaga bowiem posiadania szczególnych cech i zdolności, zwykle właściwych ściśle określonemu kręgowi wykonawców”.

- z dnia 21 września 2017 r. **KIO 1837/17**: „Jako odmienny przykład można wskazać np. wykonanie skrzyżowania w budowanym ciągu drogi, który to element jako niewątpliwie istotny dla prawidłowego wykonania zamówienia, nie może być uznany za element kluczowy uzasadniający wyłączenie możliwości skorzystania w tym zakresie z podwykonawców, gdyż na jego wykonanie składają się typowe roboty budowy dróg, możliwe do wykonania przez każdy fachowy zespół, niekoniecznie posiadający wyjątkowe kwalifikacje.”

W ocenie Odwołującego powodem, dla którego taki zapis znalazł się w dokumentacji postępowania jest zamiar ograniczenia konkurencji, bądź też nawet jej całkowita eliminacja i dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie jednego dostawcy, który będzie producentem/importerem wszystkich zaoferowanych urządzeń (jak dotychczasowy dostawca urządzeń do instalacji Zamawiającego – firma Eggersmann). Powyższe okoliczności uzasadniają żądanie zawarte w pkt II.

11. Odwołujący wskazuje, że wprowadzenie przez Zamawiającego do zakresu zamówienia zakresu opisanego jako:

„Należy zapewnić dostawę pakietu części zamiennych i zużywających dla używanych separatorów optycznych (SO) o numerach seryjnych: S0169, S0170+S0171, S0172, S0173 takich jak:

elektrozawory w ilości 100 szt.

żarówki w ilości 200 szt.

kompatybilny komputer HSCU 1 szt. zawierający konfigurację do SO jak wyżej.

zestaw zasilaczy Siemens do szaf sterowniczych do SO jak wyżej

falownik luster obrotowych skanera do SO jak wyżej

komputer skanera HPAC pasujący do SO jak wyżej

zasilacz komputera HPAC pasujący do SO jak wyżej

sterownik zaworów pasujący do SO jak wyżej

zasilacz do sterownika zaworów do SO jak wyżej”

w istocie służy wyeliminowaniu konkurencji i zapewnienie możliwości złożenia oferty na całość zamówienia wyłącznie obecnemu dostawcy lub podmiotowi, który będzie współpracował w tym zakresie z dostawcą ww. części zamiennych. W szczególności należy wziąć pod uwagę fakt, że wartość ww. części zamiennych nie jest wartością znaczącą w wartości całego zamówienia, a limituje możliwość wzięcia udziału w postępowaniu.

12. Wskazane w pkt 8 powyżej okoliczności również uzasadniają żądanie zawarte w pkt IV. Zamawiający nie może wymagać udziału podmiotów trzecich w tworzeniu oferty Wykonawcy. Żądanie, aby podmiot trzeci (producent oferowanego urządzenia) uczestniczył w wypełnianiu oferty – poprzez wypełnianie załącznika nr 1A „WYKAZ MASZYN I URZĄDZEŃ” nie ma oparcia w żadnym przepisie prawa, a żądanie to prowadzi jedynie do ograniczenia konkurencji, gdyż Wykonawca bez udziału producenta urządzenia nie może złożyć oferty. Tym samym promowany jest taki wykonawca, który jest producentem maszyn i urządzeń. Wymaganie postawione przez Zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której możliwość udziału w postępowaniu uzależniona jest od spełnienia stricte formalnego wymogu – tj. uzyskania od producenta urządzenia/urządzeń odcisku pieczęci i podpisu pod formularzem opracowanym przez Zamawiającego. Taki wymóg nie ma nic wspólnego z racjonalnością oraz zapewnieniem uczciwej konkurencji – parametry urządzeń mogą być wykazane na wiele różnych sposobów (instrukcja obsługi, karta katalogowa, dokumentacja techniczno-ruchowa, itp. ...), a Wykonawca może nie mieć możliwości uzyskania odcisku pieczęci i podpisu pod formularzem opracowanym przez Zamawiającego pomimo możliwości zaoferowania urządzenia spełniającego wymagane parametry. Również ten wymóg preferuje firmę Eggersmann, która nie będzie musiała uzyskiwać takiego potwierdzenia od podmiotów trzecich, gdyż wystawi je we własnym zakresie.
13. W zakresie kryteriów oceny ofert Odwołujący wskazuje, że zasadnym jest ograniczenie ilości wykonanych projektów w celu uzyskania maksymalnej punktacji. Odwołujący wskazuje na stanowisko KIO zawarte w wyroku z dnia 30 kwietnia 2018 r. **KIO 724/18**: *„Zdaniem Izby premiowanie większego doświadczenia musi mieć rozsądne granice, gdyż doświadczenie życiowe wskazuje, że powyżej pewnego poziomu wyznaczonego, czy to okresem czasu, czy liczbą projektów, nie dochodzi do zwiększenia praktycznych umiejętności istotnego dla jakości realizacji analogicznych zadań w przyszłości. Innymi słowy w każdym rodzaju ludzkiej działalności można wyznaczyć poziom, po którego osiągnięciu osoba niejako z czeladnika staje się mistrzem.”* W ocenie Odwołującego wykonanie 5 projektów jest w pełni wystarczające do uzyskania biegłości w tym zakresie.
14. W zakresie terminu składania ofert należy zwrócić uwagę, że Zamawiający faktycznie naruszył przepisy PZP_2019 pomimo formalnego zachowania terminów. Przepis art. 138 ust. 1 PZP_2019 przewiduje, że *„termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.”* – jednak zwrócić należy uwagę, że w niniejszym postępowaniu do ogłoszenia załączono nieprawidłową dokumentację postępowania, co zostało potwierdzone wyrokiem KIO z dnia 12 lutego 2021 r., w którego konsekwencji Zamawiający w dniu 22 lutego 2021 r. opublikował nową dokumentację, stanowiącą podstawę prac nad ofertą w niniejszym postępowaniu. Tym samym Wykonawca dysponuje zaledwie 15 dniami na przygotowanie i złożenie oferty – co w ocenie Odwołującego jest nie do pogodzenia z normą zawartą w

przepisie art. 138 ust. 1 PZP_2019. Akceptacja takich zachowań Zamawiającego przez Izbę może doprowadzić do tego, że Zamawiający celowo będą umieszczać w pełni wadliwą dokumentację postępowania, a następnie dokonywać jej całkowitej zmiany – co w istocie będzie prowadzić do tego, że zainteresowany Wykonawca (nie będąc w bliskich relacjach z Zamawiającym jak firma Eggersmann) będzie dysponował zaledwie 15 dniowym terminem na przygotowanie i złożenie oferty.

W tym stanie rzeczy odwołanie jest zasadne i winno zostać uwzględnione.

Załączniki:

1. *odpis z KRS Odwołującego;*
2. *pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;*
3. *dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;*
4. *dowód uiszczenia wpisu.*