



I N L E G I O

Lubieniecka Nobis Adwokaci i Radcowie Spółka Partnerska

Warszawa, dnia 08.08.2024 roku

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

Zamawiający:

**Gmina Miasto Nowy Targ
ul. Krzywa 1
34-400 Nowy Targ
email: umnt@um.nowytag.pl
numer telefonu: 18 26 11 200**

Odwołujący:

**Heatco Sp. z o.o.
ul. Gliwicka 228
40-860 Katowice
KRS: 0000595457
NIP: 6342853996**

e-mail: biuro@heatco.pl
telefon: 508 915 834

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie w trybie przetargu nieorganicznego na Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa geotermalnej sieci ciepłowniczej magistralnej wraz z infrastrukturą towarzyszącą na terenie miasta Nowy Targ.”

Ogłoszenie o zamówieniu: Numer publikacji ogłoszenia: 406589-2024, Numer wydania Dz.U. S: 131/2024, Data publikacji: 08/07/2024

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) w związku z art. 505 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 t.j. z dnia 2023.08.14) w imieniu Wykonawcy Heatco Sp. z o. o. (zwanego dalej „Odwołującym”)

wnoszę odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonego powyżej, polegające na zmianie warunków udziału w postępowaniu, powodującej ograniczenie konkurencji, bowiem w jej wyniku część wykonawców



zostanie wyeliminowana z przedmiotowego postępowania oraz na zaniechaniu przedłużenia terminu ofert w sytuacji istotnej zmiany przedmiotu zamówienia.

Lubieniecka Nobis Adwokaci i Radcowie Spółka Partnerska

I. Wskazanie przepisów, które naruszył Zamawiający:

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający swoim działaniem naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r., Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „Ustawą Pzp” lub „Pzp, a w szczególności:

- 1) art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, z uwagi na zmianę STWIORB polegającą na wskazaniu w pkt 2.2.1, iż rury preizolowane w płaszczu HDPE muszą posiadać warstwę antydyfuzyjną, która skutecznie zablokuje dyfuzję gazów z pianki PUR, zgodnie z wytycznymi normy PN-EN 253:2020-01, podczas, gdy taki opis wskazuje na produkty tylko dwóch producentów, co ogranicza konkurencje i uniemożliwia na obecnym etapie złożenie oferty, podczas, gdy taki opis przedmiotu zamówienia w świetle przedmiotu zamówienia jest totalnie nieuzasadniony, co powoduje oprócz uprzywilejowania dwóch wykonawców także wyeliminowanie innych wykonawców, w tym Odwołującego,
- 2) Art.137 ust. 6 ustawy Pzp poprzez nieprzedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty, w sytuacji ograniczenia następczego konkurencji w przedmiotowym postępowaniu, podczas, gdy w sytuacji tak znacznego ograniczenia konkurencji Odwołujący (i ewentualnie inni Wykonawcy) potrzebują nie tylko dodatkowego czasu na sporządzenie oferty, ale także na rozmowy dotyczące możliwości uzyskania produktów od wykonawców uprzywilejowanych,

II. Wskazanie żądań Odwołującego:

W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) **Wykreślenie** z STWIORB punktu 2.2.1 dotyczącego posiadania przez rury preizolowane warstwy dyfuzyjnej:
*„Stalowa rura przewodowa.
Rury stalowe muszą spełniać wymagania określone w normie PN-EN 253: 2009 dotyczące :
średnicy zewnętrznej rur stalowych
minimalnych grubości ścianki rur stalowych
tolerancji średnicy i tolerancji grubości ścianki rur stalowych
gatunku stosowanej stali
rury preizolowane muszą posiadać warstwę antydyfuzyjną, która skutecznie zablokuje dyfuzję gazów z pianki PUR, zgodnie z wytycznymi normy PN-EN 253:2020-01”*

słów: „rury preizolowane muszą posiadać warstwę antydyfuzyjną, która skutecznie zablokuje dyfuzję gazów z pianki PUR, zgodnie z wytycznymi normy PN-EN 253:2020-01



- **wykreślenia na stronie 29 STWIORB** w odniesieniu do następującego fragmentu:

I N „wraz z ofertą Wykonawca/Dostawca jest zobowiązany przedłożyć kopię badań współczynnika przewodzenia ciepła, spełniające wymienione wyżej wymagania oraz być zgodne z normą PN-EN 253:2009+A2:2015 (załącznik F) wykonanych nie wcześniej niż przed 2010 rokiem przez niezależne akredytowane laboratorium i wykonane na rurze z barierą antydyfuzyjną producenta systemu preizolowanego.

Lubieniec

Słów: „z barierą antydyfuzyjną.”

- 2) Przedłużenie terminu składania ofert o co najmniej 20 dni, a zatem czas niezbędny na ewentualne próby negocjacji czy rozmów z Wykonawcą uprzywilejowanym pozyskania oferty cenowej, a także kolejne 15 dni na czas sporządzenia oferty z uwagi na sporządzenie oferty, jeśli dojdzie w ogóle do uzyskania jakiegokolwiek oferty cenowej od jednego z wykonawców uprzywilejowanych.

III. Termin na wniesienie odwołania

Stosownie do przepisu art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający poinformował o swojej czynności - zmianie swz, poprzez zmianę STWIORB w dniu 31.07.2024 roku.

W świetle powyższego termin na wniesienie odwołania został zachowany, a zatem niniejsze odwołanie zostaje wniesione w ustawowym terminie.

IV. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, w szczególności Odwołujący może ponieść szkodę w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia, gdyż w wyniku zmian swz (konkretnie STWIORB) Odwołujący nie może obecnie złożyć oferty, Odwołujący ma problemy z pozyskaniem oferty cenowej od jednego z wykonawców uprzywilejowanych. Drugi definitywnie odmówił Odwołującemu przedstawienia oferty.

Poprzez nieuzasadnione przez Zamawiającego ograniczenie konkurencji Odwołujący może ponieść szkodę, która polega nie niemożności złożenia oferty w postępowaniu, co do którego Odwołujący posiada stosowne doświadczenie i jest podmiotem czynnie działającym na tym rynku od wielu lat.

UZASADNIENIE

Zamawiający w dniu 8.07.2024 roku opublikował ogłoszenie o zamówieniu dotyczące wykonania robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa geotermalnej sieci ciepłowniczej magistralnej wraz z infrastrukturą towarzyszącą na terenie miasta Nowy Targ” Zamawiający opublikował także STWIORB dotyczący przedmiotu zamówienia.

Następnie w wyjaśnieniach nr 3 Zamawiający wskazał, że udostępnia jednolity dokument specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (załącznik nr 1), który należy traktować jako dokument zamienny do załączonego STWIORB do dokumentacji przetargowej.

Nowy dokument STWIORB został opublikowany 31.07.2024 roku i zmienił między innymi wymagania, co do systemu rur preizolowanych w płaszczu PEHD, a także wymagania, co do systemu rur „stal w stali.”



Zamawiający zmienił wymagania w zakresie rur preizolowanych w płaszczu PEHD, wprowadzając postanowienie, o tym, iż rury muszą posiadać barierę antydyfuzyjną. **Warto wskazać, że postanowienia tego nie było w projekcie.**

Zamawiający wskazał w pkt 2.2.1 dotyczącym sieci w technologii rur preizolowanych w płaszczu HDPE, iż muszą posiadać warstwę antydyfuzyjną, która skutecznie zablokuje dyfuzję gazów z pianki PUR, zgodnie z wytycznymi normy PN-EN 253:2020-01.

Również na stronie 29 STWIORB Zamawiający wskazał, że cyt: „wraz z ofertą Wykonawca/Dostawca jest zobowiązany przedłożyć kopię badań współczynnika przewodzenia ciepła, spełniające wymienione wyżej wymagania oraz być zgodne z normą PN-EN 253:2009+A2:2015 (załącznik F) wykonanych nie wcześniej niż przed 2010 rokiem przez niezależne akredytowane laboratorium i wykonane na rurze z barierą antydyfuzyjną producenta systemu preizolowanego.”.

Jednoczesne, co istotne w przedmiotowym postępowaniu – mimo zmiany treści SWZ (STWIORB) w sposób istotny dla sporządzenia oferty i wymagający od wykonawców dodatkowego czasu na przygotowanie ofert - Zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą i przygotowanie oferty. Czas potrzebny na przygotowanie ofert wynika z faktu, że przedmiotem zamówienia jest budowa magistralnej sieci ciepłowniczej, do wykonania której należy zastosować system rur preizolowanych w płaszczu PEHD oraz stalowym. Zmieniając wymagania co do rur Zamawiający zmienił w zasadzie cały przedmiot zamówienia. Nadto jak zostało wskazane powyżej dodatkowy czas jest niezbędny chociażby po to by próbować uzyskać ofertę cenową od jednego z wykonawców uprzywilejowanych, a następnie (jeśli to w ogóle będzie możliwe) przygotować ofertę.

Przepis art. 137 ust. 6 ustawy Pzp wskazuje na sformułowanie istotności dla sporządzenia oferty. Można tu zastosować analogię co do istotności zmiany umowy. W świetle orzecznictwa istotna zmiana to taka, która może wpływać na krąg potencjalnych podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Istotną zmianę treści SWZ (w tym przypadku STWIORB) należy traktować analogicznie, a zatem czy ma ona wpływ na krąg potencjalnych podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. W tym przypadku ma niewątpliwie wpływ, a to z powodu ograniczenia konkurencji. Zamawiający bowiem pierwotnie dopuścił rury oferowane przez wielu producentów, a następnie w wyniku zmiany mocno ograniczył przedmiot zamówienia. To spowodowało ogromny wpływ na krąg potencjalnych podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Pierwotnie wykonawcy mogli bowiem zaoferować rury wielu producentów, teraz mogą zaoferować rury tylko dwóch producentów, co przedkłada się na to, że potrzebują dodatkowego czasu na sporządzenie oferty.

Na poparcie swojego stanowiska wskazują na wyrok KIO 3761/23 z dnia 27 grudnia 2023 roku, w którym Izba wskazała cyt: „Logicznym jest, że zmiana specyfikacji skutkująca rozszerzeniem kręgu potencjalnych wykonawców winna iść w parze z wydłużeniem terminu składania ofert tak, by wykonawcy mieli czas wziąć udział w postępowaniu, w którym pierwotnie nie mogli uczestniczyć. Biorąc jednak pod uwagę ciężar dowodu spoczywający na Odwołującym

Izba nie może domyślać się czy zgadywać, czy zmiana terminu składania ofert rzeczywiście była niewystarczająca. Skoro Odwołujący podnosił, że Zamawiający swoim działaniem uniemożliwił mu złożenie oferty w postępowaniu, to miał obowiązek udowodnić ten fakt, ze szczególnym uwzględnieniem związku przyczynowo - skutkowego między wprowadzoną zmianą treści SWZ, zmianą terminu składania ofert i obiektywną niemożliwością złożenia oferty w postępowaniu.”

Przenosząc powyższy wyrok na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, że analogicznie



również zmiana specyfikacji skutkująca ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców winna iść w parze z przedłużeniem terminu składania ofert. Tymczasem Zamawiający nie przedłużył w niniejszym postępowaniu terminu składania ofert.

Niezależnie jednak od powyższego należy wskazać, że dokonana przez Zamawiającego zmiana znacznie ogranicza konkurencję i de facto uniemożliwia złożenie oferty w ogóle, nie mówiąc już o złożeniu konkurencyjnej oferty.

Należy wskazać, że pierwotne postanowienia STWIORB pozwalały, aby wykonawcy skorzystali z ofert kilku producentów rur preizolowanych obecnych na rynkach europejskich, tj. Logstor International, Isoplus Polska, Radpol Pipe, Zakład Produkcyjno – Usługowy Międzyrzecz Polskie Rury Preizolowane, ZPU Jońca, RK-Infra GmbH Austria, Ecoline srl. Włochy, German Pipe GmbH Niemcy, Inpal Francja, Power Pipe Systems AB Szwecja, SIA Poliurs, Łotwa, **a zatem konkurencja była bardzo rozszerzona i w zasadzie każdy potencjalny wykonawca nie miał problemu z ewentualnym złożeniem oferty.**

Obecnie, czyli rury z barierą dyfuzyjną dla średnic objętych niniejszym postępowaniem, tj. DN 350/500 mm, produkuje zgodnie z przywołaną normą PN-EN 253:2020-01 jedynie dwóch producentów, tj. Logstor International oraz Radpol Pipes. **Konkurencja została znacznie ograniczona, a Zamawiający nie wskazał nawet przyczyn swojego działania.**

W rezultacie Odwołujący, który był zainteresowany złożeniem oferty do Zamawiającego nie może jej złożyć. Odwołujący wskazuje, iż poczynił starania w tym zakresie i zwróci się do obu podmiotów, co do których produktów Zamawiający zawęził przedmiot zamówienia.

Firma Radpol Pipes Sp. z o.o. wskazała, że cyt; *„W nawiązaniu do maila j/n informuję, że w przedmiotowych postępowaniach startować będziemy bezpośrednio w ramach konsorcjum.*

Zobowiązania wynikające z podpisanej umowy uniemożliwiają nam składanie ofert innym zainteresowanym podmiotom.”, a zatem ewidentnie odmówiła przedstawienia oferty. Całą korespondencję mailową Odwołujący przedstawi w tym zakresie na rozprawie.

Druga z firm – Logstor International Sp. z o.o. odpisała w sposób następujący cyt; *„Koszty wykonania oferty uwzględniające pracę dostosowania projektu do technologii LOGSTOR (niezbędne do wykonania oferty) jakie musiałaby pokryć firma Heatco to netto: 21 245,00 PLN za każdy z projektów. (zapytanie dotyczyło dwóch przetargów, skąd kwota samego przygotowania wyceny oferty wynosi 21 245 złotych), pomimo iż Odwołujący nie prosił o jakiegokolwiek dostosowanie projektu a jedynie o przedstawienie oferty handlowej (cen i warunków handlowych)*

W przypadku zainteresowania proszę o odpowiedź na propozycję najpóźniej do czwartku 08.08.2024, do godziny 12:00. Do czasu otrzymania pisemnego potwierdzenia przez firmę Heatco na zgodę w pokryciu ww. kosztów wynikających z przygotowania oferty nie podejmujemy żadnych dalszych działań w tym zakresie.”

Już z powyższych maili wynikają dwie rzeczy: Po pierwsze co najmniej dziwna jest praktyka, że wykonawca żąda zapłaty za samo sporządzenie oferty i zaafferowanie swoich produktów. Wykonawcy sporządzają oferty handlowe wskazując po prostu cenę za swoje usługi/produkty itd. Nikt za samą informację ile wyniesie usługa wykonawcy nie płaci kwoty, a tym bardziej tak horrendalnej kwoty. Zaskakująca jest także informacja, że drugi z wykonawców zawarł umowę, która uniemożliwia mu przedstawienie oferty. W tym miejscu wskazuje, że w art.7 pkt 30) ustawy Pzp mamy zmienioną definicję wykonawcy, która obejmuje także producenta, dystrybutora itd. Przepis ten stanowi bowiem, iż przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w



sprawie zamówienia publicznego. Definicja została rozszerzona w taki sposób, że nakazuje zaliczyć do wykonawców w zasadzie każdy podmiot działający na rynku właściwym dla przedmiotu danego zamówienia. W tym miejscu należy zatem wskazać, że tylko i wyłącznie na podstawie informacji mailowej Zamawiający powinien się zastanowić czy już teraz nie doszło do zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Przepis stanowi bowiem, iż Zamawiający wyklucza wykonawcę „jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że **wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji**, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Oczywiście na etap wykluczenia jest za wcześnie, ale Odwołujący przywołał ten przepis, aby uświadomić Zamawiającemu, że opis przedmiotu zamówienia jest na tyle zawężony, że trudno jest złożyć ofertę. Mało tego w sytuacji, gdy producent/dostawca zawarł już z innym konkretnym wykonawcą umowę na wyłączność złożenie tej oferty nie jest możliwe i pokazuje, że doszło do zawarcia porozumienia, które ma na celu zakłócenie konkurencji. Polega ono właśnie na tym, że tylko jeden wykonawca w konsorcjum z Radpol Pipes Sp. z o.o. może złożyć ofertę. Jaka jest strategia Logstor International Sp. z o.o. tego Odwołujący nie wie. Natomiast wie, że aby w ogóle złożyć ofertę musi zapłacić za samą wycenę handlową, co jest praktyką niespotykaną na rynku. Odwołujący przypuszcza, że nawet gdyby chciał zainwestować w samo sporządzenie da niego wyceny to sama cena jaką otrzyma będzie niekonkurencyjna.

I wreszcie przechodząc do naruszenia konkurencji przez Zamawiającego, która w sposób bezpośredni jak wynika z korespondencji mailowej objawia się w wiadomościach mailowych o obu preferowanych firm należy wskazać na przepis art. 99 ust.4 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż 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.

W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z wskazaniem na określone rury preizolowane w płaszczu HDPE, które muszą posiadać warstwę antydyfuzyjną, co doprowadziło do uprzywilejowania dwóch podmiotów- Logstor International oraz Radpol Pipes. W tym miejscu wskazuje na wyrok KIO 1979/23 z dnia 11 lipca 2023 roku, który stanowi, iż cyt: „Zgodnie z art. 99 ust. 4 p.z.p. zakazana jest już sama możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji, a nie tylko jej rzeczywiste utrudnienie.”. Przenosząc powyższy wyrok na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, że mamy do czynienia nie tylko z samą możliwością utrudnienia uczciwej konkurencji ale także z rzeczywistym utrudnieniem, co Odwołujący wykazał poprzez stanowisko obu uprzywilejowanych wykonawców.

„Nie narusza przepisów p.z.p. takie sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Zamawiający nie ma bowiem obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży, bowiem pojęcie uczciwej konkurencji nie może być utożsamiane z konkurencją absolutną. Jednakże w przypadku opisu przedmiotu zamówienia w sposób uprzywilejowujący lub eliminujący niektórych wykonawców lub produkty, po stronie zamawiającego istnieje obowiązek przedstawienia rzeczowych argumentów uzasadniających taki opis.” (vide: KIO 32/24).

Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku 1959/23, gdzie Izba wskazała cyt; „Chociaż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady



kontradyktoryjności, to w przypadku gdy odwołanie dotyczy sposobu opisanego w SWZ przedmiotu zamówienia - to na zamawiającym jako gospodarzu postępowania spoczywa ciężar udowodnienia, że nie naruszył on przepisów art. 29 p.z.p. z 2004 r. Tak więc to strona zamawiająca powinna przedstawić dowody wskazujące na to, iż w świetle przeprowadzonych przez zamawiającego analiz i badań tylko tak opisany przedmiot zamówienia jest w stanie spełnić jego oczekiwania.” (pogrubienie Odwołującego).

Zatem to po stronie Zamawiającego jest obowiązek przedstawienia argumentów i dowodów, dlaczego uprzywilejował dwóch wykonawców. Zdaniem Odwołującego nie ma dlatego żadnego racjonalnego uzasadnienia w świetle tego przedmiotu zamówienia. W przedmiocie zamówienia należy zastosować na rury preizolowane o średnicy płaszczka 500 mm. Natomiast stosowanie bariery antydyfuzyjnej (zmienione wymaganie Zamawiającego) ma sens dla mniejszych średnic, gdzie jest cienka ścianka płaszczka PEHD, przez który może przedostawać się tlen do pianki PUR. Dla większych średnic, dla płaszczka powyżej 355 mm, **(a co dopiero dla 500 mm- a więc płaszczka w przedmiotowym zamówieniu)** grubość płaszczka jest na tyle duża, że dyfuzja gazów praktycznie nie występuje.

Nadto należy podkreślić, że rury preizolowane z barierą antydyfuzyjną do średnicy płaszczka 355 mm produkuje, oprócz wymienionych jeszcze firma Isoplus, Ecoline, ZPUM Międzyrzecz. Zatem także i w odniesieniu do produktów tych wykonawców Zamawiający ograniczył konkurencję, jednakże tu pomimo, że wykonawcy Ci mają rury z barierą antydyfuzyjną to mają ten produkt do średnicy 355 mm, a Zamawiający w niniejszym postępowaniu ma 500 mm.

Jak zatem z powyższego wynika ograniczenie to nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia. Jedynym aspektem tego ograniczenia jest zakłócenie konkurencji, o czym uprzywilejowani wiedzą (mają tego świadomość, co potwierdza prowadzona z nimi korespondencja mailowa- jak odmowa przedstawienia oferty lub co gorsza żądanie kwoty ponad 20 000 zł za przedstawienie oferty handlowej).

Odwołujący podkreśla jeszcze raz, że dla samego naruszenia tych przepisów wystarczające jest samo utrudnienie dostępu do zamówienia. (KIO 1741/23). **Odwołujący zatem wykazał utrudnienie dostępu do zamówienia, bowiem na ten moment nie ma możliwości złożenia oferty. Przed zmianą Odwołujący jak i inni wykonawcy mieli możliwość złożenia oferty.**

Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpłynie niewątpliwie na mniejszą liczbę złożonych ofert. (KIO 551/23), co zadzieje się w tym postępowaniu. Jak już wiemy z maila Radpol Pipes Sp. z o.o., złoży on jedną ofertę w Konsorcjum z jakimś podmiotem oraz prawdopodobnie Logstor International Sp. z o.o. też złoży jedną ofertę, gdyż inni Wykonawcy nie będą chcieli płacić za samo sporządzenie wyceny ofertowej oraz patrząc na zachowanie Logstor zaproponuje on innym wykonawcom wysokie ceny. Uprzedzając argumentację, iż mamy do czynienia z dwoma wykonawcami (Radpol Pipes Sp. z o.o., Logstor International Sp. z o.o) należy przywołać wyrok KIO 3463/21, w którym Izba wskazała cyt: „**Utartego twierdzenia, bardzo uproszczonego, że naruszeniem uczciwej konkurencji jest, gdy jeden dostępny na rynku przedmiot spełnia wymagania, a nie jest, gdy co najmniej dwa przedmioty spełniają wymagania opisu przedmiotu zamówienia, nie należy traktować jako prawdy bezwzględnej. Inna bowiem będzie sytuacja, gdy na rynku jest dostępnych 20 porównywalnych przedmiotów, a opis przedmiotu zamówienia będzie skonstruowany tak, że prawidłowe oferty można złożyć tylko dla dwóch z tych produktów - taki opis przedmiotu zamówienia nie będzie wypełniał**



dyspozycji art. 99 ust. 4 p.z.p. Inna natomiast sytuacja będzie, gdy na rynku występują 2 lub 3 produkty. Inna też, gdy na rynku występują produkty, ale o parametrach, które nie są ze sobą porównywalne - dotyczy to w szczególności nowoczesnych rozwiązań technicznych. W takim wypadku, gdy ów najnowocześniejszy (w domniemaniu - najlepszy) produkt nie ma swoich odpowiedników, owa zasada "minimum dwóch produktów możliwych do zaoferowania" nie prowadziła wcale do uczciwej konkurencji ("niech wygra najlepszy" lub wyboru "oferty najkorzystniejszej"), ale do tzw. "równania w dół", które jest zaprzeczeniem powyższego ("niech wygra najlepszy" albo "najkorzystniejsza")." (**pogrubienie Odwołującego**)

W niniejszym stanie faktycznym mamy zatem do czynienia z sytuacją dokładnie wskazaną w wyroku Izby KIO 3463/21, **a mianowicie na rynku europejskim jest dostępnych jest około 13 do 15 podmiotów oferujących porównywalne produkty**, bowiem są to produkty produkowane zgodnie z obowiązującymi normami europejskimi, które są zarówno dla rur preizolowanych, kształtek preizolowanych jak i muf do łączenia rur preizolowanych i armatury preizolowanej.

Mimo tak wielu produktów porównywalnych Zamawiający zawęził obecnie opis przedmiotu zamówienia do 2 podmiotów na rynku europejskim.

W świetle powyższego Odwołujący co najmniej uprawdopodobnił zakłócenie uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. „Dla wykazania naruszenia art. 99 ust. 4 p.z.p. wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji, a nie jej udowodnienie. Uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym dowodu wskazującym na wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o danym fakcie. Nie wymaga się zatem pełnego udowodnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, a za wystarczające należy uznać wykazanie realnego prawdopodobieństwa takiego utrudnienia.” (vide: KIO 603/23).

Odwołujący wskazuje także, że jego pierwotnym zarzutem jest naruszenie uczciwej konkurencji poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję. Gdyby jednak Odwołującemu udało się uzyskać od jednego z wykonawców uprzywilejowanych ofertę cenową na rynkowym poziomie i bez zapłaty za ofertę handlową Odwołujący wskazuje na zarzut alternatywny dotyczący przedłużenia terminu składania ofert. Mimo tego jednak (uzyskania ewentualnego oferty cenowej rynkowej od jednego z wykonawców uprzywilejowanych) Odwołujący dalej popiera zarzut pierwotny. Niemniej jednak powyższe wyłomaczeniem jest zastrzeżeniem na wypadek, gdyby podjęto argumentację, co do wykluczania się dwóch wskazanych naruszeń. Na ten moment Odwołujący nie wie, czy uzyska ofertę od wykonawcy uprzywilejowanego, ale nawet jakby ją uzyskał i tak wskazuje i popiera swoje stanowisko w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia, który narusza uczciwą konkurencję i nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia, jest dla niego wręcz irrelevantny.

Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania, jako zasadnego.

Załączniki:

- 1) Wpis od odwołania
- 2) Potwierdzenie przesłania zamawiającemu odwołania



INLEGIO

Lubieniecka Nobis Adwokaci i Radcowie Spółka Partnerska
