

Warszawa, dnia 29 czerwca 2020 r.

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

Zamawiający:

Babiogórski Park Narodowy
z siedzibą w Zawoi
Zawoja 1403
34-222 Zawoja
zamowienia@bgpn.pl

Odwołujący:

Taxus UL Sp. z o. o.
ul. Płomyka 58
02-491 Warszawa
KRS: 0000453849

reprezentowany przez:
adwokata Przemysława Wierzbickiego
adwokata Macieja Łysakowskiego
KKLW Wierzbicki i Wspólnicy Sp. k.
ul. Twarda 2
00-105 Warszawa
tel. 022 378 26 14
fax. 022 213 88 04
e-mail: odwolaniapzp@warp.com.pl

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *Wykonanie nowego operatu – Ochrona ekosystemów leśnych i nieleśnych BgPN*

Numer referencyjny: ZP-5/2020

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Wykonawcy – spółki Taxus UL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (02-491), ul. Płomyka 58 (dalej jako: „**Wykonawca**” lub „**Taxus**”) na podstawie pełnomocnictwa, którego odpis przedkładałam w załączeniu, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r., nr 19, poz. 177 wraz z późn. zmianami - dalej jako „**PZP**”), niniejszym:

- I. składam odwołanie wobec treści Ogłoszenia o Zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *Wykonanie nowego operatu – Ochrona ekosystemów leśnych i nieleśnych BgPN* numer referencyjny: ZP-5/2020 (dalej jako: „**Postępowanie**”) prowadzonym przez Zamawiającego – Babiogórski Park Narodowy z siedzibą w Zawoi (dalej jako: „**Zamawiający**”), w zakresie SIWZ.

tel. + 48 22 378 26 14
fax + 48 22 213 88 04
sekretariat@warp.com.pl
www.warp.com.pl
NIP 521-36-00-318
REGON 142214679

KKLW Wierzbicki i Wspólnicy sp. k.
ul. Twarda 2
00-105 Warszawa

II. Czynnościom tym zarzucam naruszenie:

- a) art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 22 ust. 1a) oraz 22 ust. 1 b) punkt 3 PZP w zw. z § 2 ust. 5 punkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (dalej jako „Rozporządzenie”) poprzez określenie w Dziale 6 punkt 6.2 podp. 3.1 SIWZ, że doświadczenie wymagane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu powinno być zdobyte w okresie 3 lat przed złożeniem oferty – podczas gdy w okresie ostatnich trzech lat takie usługi jakich wymaga Zamawiający nie były świadczone, lub były świadczone wyłącznie przez jeden podmiot;
- b) art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 22 ust. 1a) oraz 22 ust. 1 b) punkt 3 PZP poprzez określenie w Dziale 6 punkt 6.2 podp. 3.1.2 SIWZ wymogu wykonania Planu Urządzania Lasu z uwzględnieniem zadań zawartych w Planach Zadań Ochronnych, sporządzanych dla obszarów Natura 2000 o wartości 250.000,00 zł – podczas gdy z punktu widzenia celu postępowania wystarczające jest, aby jedynie część obszaru, którego dotyczy wspomniany Plan Urządzania Lasu, była kwalifikowana jako obszar Natura 2000;
- c) art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 aa) ust. 1 PZP, przez nieuzasadnione zaniechanie wydzielania do odrębnego zadania części zamówienia polegającej na opracowaniu oraz wdrożeniu w Babiogórskim Parku Narodowym aplikacji, która wspomogę zarządzanie wieloma danymi uzyskanymi w wyniku aktualnej inwentaryzacji oraz z wyniku analiz porównawczych z poprzednimi inwentaryzacjami – podczas gdy doświadczenie i wysoce specjalistyczne umiejętności niezbędne do wykonania tej części zamówienia, nie pokrywają się w żaden sposób z jego pozostałym (i podstawowym) zakresem.

III. W związku z tym, że interes Wykonawcy doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP, Wykonawca wnosi o uwzględnienie odwołania w całości, a tym samym żąda:

- a) Nakazania Zamawiającemu zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez:
 - i. zmianę w treści Działu 6 punkt 6.2 podp. 3.1 SIWZ, polegającą na wskazaniu, że warunek w zakresie doświadczenia zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał określone usługi w okresie 10 (dziesięciu) lat przed terminem składania ofert,
 - ii. wskazanie w treści Działu 6 punkt 6.2 podp. 3.1.2 SIWZ, że warunek dotyczący Planu Urządzania Lasu będzie spełniony również wówczas, gdy jedynie część opracowania dotyczy obszaru Natura 2000, pod warunkiem sporządzenia dokumentacji przyrodniczej wyczerpującej znamiona zadań ochronnych,

- iii. **wyodrębnienie części przedmiotu zamówienia, o której mowa w Dziale 3 punkt 3.1.2 SIWZ, jako odrębnego zadania, stanowiącego samodzielny przedmiot oferty,**

ewentualnie

usunięcie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Dziale 6 punkt 6.2 podp. 3.1.4 SIWZ

- iv. **dostosowanie SIWZ oraz załączników do stanu, w którym opracowanie aplikacji stanowi odrębne zadanie, w szczególności poprzez usunięcie warunku o którym mowa w treści Działu 6 punkt 6.2 podp. 3.1.4 SIWZ w odniesieniu do części zamówienia, która nie jest związana z usługą informatyczną.**

- b) **zmiany treści Ogłoszenia o Zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wskazanym powyżej**

- c) **zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego – według właściwych przepisów.**

- IV. **Odwołujący wskazuje, że jego interes w Postępowaniu został naruszony z uwagi na fakt, że przewidziane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, w sposób niezwykle rygorystyczny ograniczają krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia – do tego stopnia, że w ocenie Odwołującego nie ma na rynku polskim takiego wykonawcy, który spełniałby wszystkie kryteria, zaś co najmniej jeden z warunków wyraźnie wskazuje na jeden z podmiotów działających na rynku, o wyraźnie dominującej pozycji.**

Dodatkowo połączenie usługi w zakresie gospodarki leśnej z wymogiem opracowania aplikacji do obsługi danych informatycznych powoduje, że konieczne jest legitymowanie się doświadczeniem o wysoce specyficznym charakterze – dotyczącym całkowicie odmiennej branży, niż zasadnicza część usługi.

W konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę w związku z uniemożliwieniem mu złożenia oferty, ubiegania się o zamówienie i uzyskania zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP – brak jego uwzględnienia, nawet w przypadku uzyskania zamówienia publicznego, godzi w prawo wykonawcy do uzyskania należnego wynagrodzenia.

- V. **Odwołujący wskazuje, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w Postępowaniu opublikowana została przez Zamawiającego w dniu 18 czerwca 2020 r., co przesądza o zachowaniu terminu na wniesienie niniejszego odwołania.**

- VI. **Odwołujący wskazuje nadto, że skierował do Zamawiającego wniosek o zmianę treści SIWZ w zakresie objętym niniejszym odwołaniem, jednakże do chwili jego złożenia, Zamawiający nie udzielił odpowiedzi – co powoduje konieczność skorzystania przez Wykonawcę z przewidzianych ustawą środków ochrony prawnej.**

UZASADNIENIE

A. Zarzuty dotyczące trzyletniego okresu wykonania usług referencyjnych

Pierwszą grupą zarzutów podnoszonych w ramach niniejszego odwołania są zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu, a dokładnie – okresu, w którym należało wykonać usługi referencyjne, spełniające bardzo specjalistyczne, wyśrubowane wymogi.

Zamawiający w Dziale 6 punkt 6.2 podp. 3.1 wskazał, że doświadczenie o zadanych parametrach, winno być zdobyte przez wykonawców w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Jest to przy tym termin podstawowy, określony w Rozporządzeniu.

Warunki udziału w postępowaniu, których dotyczy wspomniany wyżej trzyletni okres referencyjny, określone są w podp. 3.1.1 – 3.1.4

Tak skonstruowane warunki udziału w postępowaniu, należy skonfrontować z zasadą wyrażoną w wyroku KIO 1776/17 z dnia 18 września 2017 r.:

„Zamawiający powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu wymaganego potencjału, wiedzy i doświadczenia, który uwzględnia przedmiot zamówienia, jego zakres czy wartość nie wykraczając ponad wymagane i niezbędne minimum. Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby. Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękojmię nie był pozbawiany prawa złożenia oferty.”

Wspomniana konstrukcja, którą Odwołujący kwestionuje w niniejszym odwołaniu, obejmuje przy tym nie tylko samą treść warunku – ale również okres, w jakim należało warunek ten spełnić, wykonując usługę referencyjną.

Należy w tym miejscu podkreślić, że przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie są usługi, których rynek jest bardzo specyficzny – charakteryzuje się bardzo ograniczoną liczbą wykonawców, na czele z państwowym Biurem Urządzania Lasu i Geodezji Leśnej („BULiGL”), który w wielu obszarach ma praktyczny monopol na świadczenie usług, jak i ograniczoną liczbą usługobiorców – w praktyce usługi tego typu świadczone są wyłącznie na rzecz Lasów Państwowych lub parków narodowych. Dodatkowym elementem charakterystycznym jest cykliczność wykonywania tego rodzaju usług – w cyklach kilku lub kilkunastoletnich.

Powyższe okoliczności świadczenia usług podobnych do tych, jakie są przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie, mają kluczowy wpływ na możliwość spełnienia warunków udziału w postępowaniu – powodują, że nie sposób wykazać się żadanymi usługami, świadczonymi w okresie ostatnich 3 lat, względnie – jedynym podmiotem, który może się wykazać takim doświadczeniem jest BULiGL.

W przypadku warunku z podp. 3.1.1 – Zamawiający wymaga doświadczenia w sporządzaniu operatu leśnego z wykorzystaniem nowoczesnych technik geomatycznych, w tym przy pomocy ALS (wartość usługi ponad 250.000 zł.). Tego typu usługi, o żądanej wartości, są świadczone na rzecz dwóch rodzajów zamawiających, przy czym:

- a) usługi wykonywane na rzecz Lasów Państwowych – muszą być wykonywane w sposób zgodny z obowiązującą Instrukcją Urządzania Lasu, która nie zezwala na wyliczanie zasobności drzewostanu z wykorzystaniem ALS;
- b) usługi wykonywane na rzecz parków narodowych – były realizowane w latach 2010-2014.

Jak wynika z powyższego, zestawienie trzyletniego okresu referencyjnego z treścią warunku określonego w podp. 3.1.1. SIWZ sprawia, że żaden z polskich wykonawców nie wykonywał takiej usługi komercyjnie w okresie ostatnich trzech lat, podczas gdy istnieją wykonawcy, którzy tego rodzaju usługi wykonywali w okresie 2010-2014 r. W obecnym trzyletnim okresie, takie prace były wykonywane jedynie przez BULiGL, jednakże w ramach projektów badawczych.

Trzyletni termin wykonania usług referencyjnych należy również skonfrontować z warunkiem określonym w podp. 3.1.3 – tj. z warunkiem wykonania inwentaryzacji stanu zasobów leśnych z wykorzystaniem stałych powierzchni próbnych (wartość usługi 100.000 zł).

W parkach narodowych, usługi obejmujące wykonanie inwentaryzacji stanu zasobów leśnych z wykorzystaniem stałych powierzchni próbnych, były prowadzone w okresie 2010- 2014, w tym między innymi Odwoływający wykonywał taką usługę dla Zamawiającego. Usługi realizowane dla parków narodowych, z powodu przyjętego trzyletniego terminu, nie mogą być jednak powołane na spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Pozostaje zatem drugi z usługobiorców – Lasy Państwowe. Zgodnie z powołaną wcześniej Instrukcją Urządzania Lasów, do inwentaryzacji stanu zasobów stosuje się czasowe powierzchnie próbne. Jedynymi usługami, zamawianymi przez Lasy Państwowe, które spełniają kryteria Zamawiającego są wielkoobszarowe inwentaryzacje stanu lasu – które to, na podstawie art. 21 a) ust. 1 ustawy z dnia 28 września 1998 r. o lasach (tj. (Dz.U. z 2020 r. poz. 6) - powierza się przedsiębiorstwu państwowemu pod nazwą Biuro Urządzania Lasu i Geodezji Leśnej.

Z powyższego zestawienia wynika zatem jasno, że zastosowanie trzyletniego terminu na wykonanie usług referencyjnych sprawia, że:

- a) w odniesieniu do warunku z p. 3.1.1. – na rynku polskim jedynym wykonawcą spełniającym warunek jest BULiGL (zakładając, że Zamawiający uwzględni prace wykonywane w ramach projektów badawczych)
- b) w odniesieniu do warunku z p. 3.1.3. – na rynku polskim jedynym wykonawcą spełniającym warunek jest BULiGL.

W przypadku zastosowania terminu 10 lat – do kręgu usług kwalifikujących wykonawców do udziału w postępowaniu, dołączyłyby usługi świadczone w latach 2010-2014 na rzecz szeregu parków narodowych. Tym samym krąg potencjalnych wykonawców uległby poszerzeniu.

Powyższe zestawień trzeba z treścią samego Rozporządzenia – istotnie podstawowym terminem, w którym należało wykonać usługi referencyjne, jest termin 3 lat, co wynika z § 2 ust. 4 p. 2 Rozporządzenia. Jednocześnie jednak w § 2 ust. 5 Rozporządzenia wskazano:

„5. W celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może dopuścić, aby wykaz:

1) o którym mowa w ust. 4 pkt 1, dotyczył robót budowlanych wykonanych w okresie dłuższym niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

2) o którym mowa w ust. 4 pkt 2, dotyczył dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - również wykonywanych, w okresie dłuższym niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.”

Sytuacja, o której mowa w cytowanym wyżej przepisie, jest sytuacją, która na skutek obrazu rynku usług, których dotyczy postępowanie, ma miejsce w niniejszej sprawie. **Zastosowanie dłuższego niż trzyletni (w praktyce – dziesięcioletniego) terminu wykonywanych usług jest nie tylko dopuszczalne – ale wręcz konieczne, nie tyle z potrzeby zapewnienia „odpowiedniego poziomu konkurencji”, ale w ogóle dla jej zaistnienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.**

Na tym tle powtórzyć trzeba za Krajową Izbą Odwoławczą¹:

„Analiza przepisu zawartego w § 2 ust. 5 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) wskazuje, że przepis ten ma charakter fakultatywny dla zamawiającego. Niemniej jednak wydaje się, iż w sytuacji, gdyby ustalone przez zamawiającego na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia warunki miały doprowadzić do zaburzenia odpowiedniego poziomu konkurencji, zamawiający będzie zobligowany do wydłużenia terminu zgodnie z ust. 5 pkt 2 rozporządzenia. Tego rodzaju konstatacja wynika również z jednej z podstawowych dla postępowań o udzielenie zamówień publicznych zasad, tj. zawartej w art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164) zasady zachowania uczciwej konkurencji.”

B. Zarzuty dotyczące wymogu sporządzenia Planu Urządzania Lasu dla obszarów Natura 2000

W zakresie zarzutu odnoszącego się do Działu 6 punkt 6.2 podp. 3.1.2 SIWZ Wykonawca wskazuje, że treść warunku udziału może wskazywać, że referencyjny plan urządzenia lasu, uwzględniający zadania-zawarte w Planach Zadań Ochronnych, musi w całości dotyczyć obszarów Natura 2000.

W ocenie Odwołującego takie rozumienie warunku, jest nieprawidłowe, a w szczególności nie jest usprawiedliwione rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego. Zagadnienie to było przedmiotem pytania ze strony Wykonawcy, zadanego w dniu 23 czerwca 2020 r., w którym Odwołujący oczekiwał potwierdzenia przez Zamawiającego, że dla uznania warunku za spełniony, wystarczające jest okazanie się doświadczeniem w zakresie:

- 1) opracowania Operatu Leśnego w ramach Planu Ochrony Parku Narodowego, lub
- 2) opracowania Planu Urządzania Lasu, o następujących cechach:
 - a. wartość min. 250.000 zł,
 - b. część obszaru opracowania objęta obszarem Natura 2000,
 - c. Plan uwzględnia zadania zawarte w Planach Zadań Ochronnych – o których mowa w art. 28 ust. 10 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody.

¹ Wyrok KIO z dnia 1 listopada 2016 r. KIO 1959/16

W ocenie Wykonawcy nie ma żadnego znaczenia, czy cały obszar objęty Planem Urządzenia Lasu znajduje się na obszarze Natura 2000, czy też jedynie jego część – i tak wymusza to uwzględnienie kwestii związanych z zadaniami ochronnymi.

Innymi słowy, kluczowym doświadczeniem jest umiejętność uwzględnienia w Planie Ochrony Lasu wymogów charakterystycznych dla obszarów chronionych, bez względu na to, czy wymogi te dotyczą całości czy części zakresu opracowania – tu różnica jest już jedynie ilościowa, a nie jakościowa.

Co istotne, w treści pytania z dnia 23 czerwca 2020 r., Wykonawca powołał się również na zarządzenie nr 29 Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych z dnia 14 czerwca 2016 r., w którym wyraźnie wskazano, iż dla obszarów, w skład których wchodzi teren Natura 2000 sporządza się dokumentację przyrodniczą, która następnie jest uwzględniana w Projekcie Urządzenia Lasu. Taki projekt, obejmujący (choćby częściowo) obszar Natura 2000 musi zawierać zakres opisany w art. 28 ust. 10 ustawy o ochronie przyrody – a więc właśnie Plan Zadań Ochronnych, o których mowa w SIWZ.

Podsumowując – jedynym racjonalnym i uzasadnionym na gruncie PZP sposobem interpretacji Działu 6 punkt 6.2 podp. 3.1.2 SIWZ jest taki, który stawia akcent na sporządzenie określonego dokumentu, w tym Planu Urządzania Lasu, który w sposób merytoryczny uwzględnia (jako całość opracowania) zagadnienia o których mowa w art. 28 ust. 10 ustawy o ochronie przyrody. Takie właśnie rozumienie warunku było zaprezentowane w zapytaniu wystosowanym przez Odwołującego – jednakże wobec milczenia ze strony Zamawiającego, konieczne jest uzyskanie potwierdzenia na drodze postępowania odwoławczego.

Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że jakiegokolwiek próby interpretacji SIWZ w sposób, który sugerowałby, że wspomniany Plan Urządzania Lasu musi w całości (lub w części wartej 250.000 zł) dotyczyć obszarów Natura 2000, lub kładłby nacisk nie na merytoryczne odniesienie się do zakresu art. 28 ust. 10 ustawy o ochronie przyrody, lecz na kwestie stricte formalne, byłoby niezgodne z PZP. Należy bowiem przypomnieć, że nie jest dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego². Co więcej, taka interpretacja, która prowadziłaby do znacznego ograniczenia, o ile nie całkowitego wyeliminowania konkurencji, w żaden sposób nie miałyby przełożenia na większą wiedzę i umiejętności po stronie wykonawców – tym samym zaś tak rozumiany warunek nie spełniałby wymogu proporcjonalności, o którym wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza chociażby w uchwale z dnia 28 czerwca 2018 r. (KIO/KU 27/18): „Określenie „proporcjonalny” oznacza tyle co „zachowujący właściwą proporcję”. Miarą owej właściwej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzanie nadmiernych wymagań podmiotowych. Innymi słowy - warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny; czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.”

² Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2018 r., KIO 1612/18

Jeszcze trafniej zasada ta została wyrażona w uchwale z dnia 5 czerwca 2018 r. (KIO/KU 20/18):

Zasada proporcjonalności oznacza, iż opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Przy ocenie proporcjonalności istotne znaczenie mają okoliczności obiektywne, a nie postrzeganie przedmiotu zamówienia przez pryzmat interesu zamawiającego w szybkim i „dającym lepsze gwarancje” przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach dokonywania oceny czynności zamawiającego pod kątem zachowania zasady proporcjonalności należy zatem brać pod uwagę takie okoliczności jak przydatność (warunek przydatności) i niezbędność (warunek niezbędności) zastosowanych ograniczeń - do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Ewentualne ograniczenia konkurencyjności postępowania muszą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów, przy czym należy wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki zastosowania środków ograniczających konkurencję.

Interpretacja warunku opisanego w Dziale 6 punkt 6.2 podp. 3.1.2 SIWZ w sposób inny niż przedstawiony przez Wykonawcę w piśmie z dnia 23 czerwca 2020 r., zawężający:

- a) ograniczy możliwość ubiegania się o zamówienie,
- b) nie będzie obrazowała innego doświadczenia wykonawców,
- c) w żaden sposób nie wpłynie na jakość wykonawców

a zatem nie może przejść pozytywnie próby proporcjonalności – i powinna zostać z góry odrzucona.

C. Zarzut dotyczący zaniechania wyodrębnienia części zamówienia

Zarzut dotyczący zaniechania wyłączenia do oddzielnego zadania usługi polegającej na opracowaniu i wdrożeniu aplikacji informatycznej opiera się na rażącej odmienności tego elementu zamówienia, od pozostałych usług, które mają być świadczone na rzecz Zamawiającego.

Oczywiście, w ramach wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej, planowania i inwentaryzacji lasów korzysta się z nowoczesnych technik i narzędzi informatycznych, jak również pracuje z dużą ilością danych – jednakże jest to posługiwanie się narzędziami informatycznymi, a nie ich tworzenie. Opracowywanie autorskich, dedykowanych narzędzi informatycznych, jest zupełnie inną gałęzią rynku – wymagającą innego doświadczenia, kwalifikacji zawodowych oraz przygotowania organizacyjnego.

O ile jak najbardziej zrozumiałe jest żądanie współpracy wykonawcy nowego operatu – polegające na dostarczeniu danych, które mają być obsługiwane przez aplikację, względnie konsultowanie jej poszczególnych funkcjonalności, o tyle żądanie stworzenia tej aplikacji od strony informatycznej, przez wykonawcę operatu ws. ochrony ekosystemów leśnych, jest całkowicie nietrafione, z uwagi na rozbieżność tematyczną obydwu usług.

W kontekście powyższych okoliczności zauważyć należy, że na gruncie Prawa zamówień publicznych zasadą jest dążenie do podziału zamówienia na mniejsze części, a w konsekwencji

umożliwienie złożenia oferty wyłącznie na część zamówienia.³ Jednocześnie, jak wskazuje się w motywie 78 dyrektywy 2014/24/UE, podziału zamówienia na części można dokonać na zasadzie ilościowej, tak by wielkość poszczególnych zamówień lepiej odpowiadała możliwościom MSP, **lub na zasadzie jakościowej, z uwzględnieniem różnych zaangażowanych branż i specjalizacji, tak by w większym stopniu dostosować treść poszczególnych zamówień do wyspecjalizowanych sektorów MSP, lub według różnych kolejnych etapów projektu.**

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zwraca się uwagę, że: *Kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego (art. 36aa ust. 1 ZamPublU). Jednakże decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności na umożliwienie udziału w postępowaniu szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danym przedmiocie zamówienia, nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu podzielenie zamówienia na części.*

Zamawiający podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe.

Nie należy również zapominać, iż decyzja zamawiającego musi również uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasady wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 ZamPublU.⁴

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika zatem, że zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest zbadać czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia znajduje swoje racjonalne uzasadnienia i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe, a także czy jego decyzja co do zaniechania podziału nie naruszy zasady równego traktowania wykonawców czy uczciwej konkurencji.

Również w komentarzach podnosi się, że ustawodawca położył nacisk na dzielenie zamówienia na części, przy czym zamawiający może zrezygnować z takiego podziału, jeśli udzielenie zamówienia jako całości będzie bardziej uzasadnione ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych.

Przenosząc powyższe uwagi na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że w ocenie Odwołującego Zamawiający w prowadzonym Postępowaniu nie dokonał należytego rozważenia wskazanych powyżej okoliczności. Do „podstawowego” przedmiotu zamówienia, jakim jest wykonanie operatu ws. ochrony ekosystemów leśnych i nieleśnych Babiogórskiego Parku Narodowego, Zamawiający „dokleił” zadanie opracowania aplikacji informatycznej do przetwarzania danych.

Trudno zrozumieć, jakie względy techniczne czy organizacyjne miałyby stać za takim rozwiązaniem – przeciwnie, sytuację w której dostawcą (i odpowiedzialnym za rękojmię i gwarancję) aplikacji informatycznej jest wykonawca, świadczący usługi za zakresu urządzania

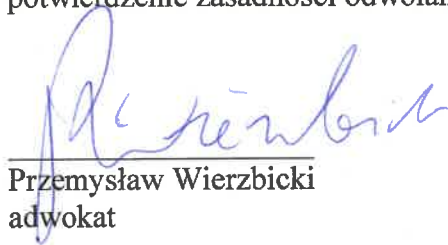
³ red. Marzena Jaworska, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, 2018, Legalis.

⁴ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2017 r., sygn. Akt: KIO 1241/17

lasów, trudno uznać za optymalną z punktu widzenia Zamawiającego. Z drugiej zaś strony, oczekuje się od wykonawców „zorganizowania” usługodawców w zakresie, w którym potencjalni wykonawcy nie prowadzą działalności gospodarczej, a jedynie są incydentalnymi klientami twórców aplikacji komputerowych. **Oczekiwanie to nie ogranicza się przy tym do samego obowiązku dostarczenia odpowiedniej aplikacji – chociażby nabytej na rynku, lecz Zamawiający stawia warunek udziału w postępowaniu, który nijak nie dotyczy usług stanowiących rdzeń niniejszego postępowania, lecz opracowania i wdrożenia określonego rodzaju aplikacji. Na marginesie zaznaczyć trzeba również – warunek dotyczy wykonania usługi o bardzo specyficznym charakterze, a na dodatek – dla bardzo ograniczonego kręgu odbiorców, co dodatkowo zawęża krąg potencjalnych „partnerów” wykonawców.**

Natomiast wszelkie punkty styeczne na linii pozyskanie danych (wykonanie operatu) – ich przetwarzanie (opracowanie aplikacji), Zamawiający może bez problemu zagospodarować poprzez nałożenie na wykonawców obydwu części, określonych obowiązków współdziałania.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, należy uznać niniejsze odwołanie za uzasadnione. Jednocześnie Odwołujący zastrzega sobie możliwość przedłożenia dalszych dowodów, na potwierdzenie zasadności odwołania – na etapie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą.



Przemysław Wierzbicki
adwokat

Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. odpis pełny z KRS dla Odwołującego,
3. dowód przesłania kopi odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania;
4. dowód uiszczenia opłaty od odwołania,