

WYROK

z dnia 28 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2022r. przez wykonawcę P. i Wspólnicy Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabrze w postępowaniu prowadzonym przez Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach

przy udziale:

A. wykonawcy Minova Ekochem S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy Spółdzielnia Inwalidów Zgoda z siedzibą w Konstancynie Łódzkiej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz kwotę Zamawiającego 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”), postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa półmasek filtrujących dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. - nr grupy 292-3”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 025-064354 w dniu 4 lutego 2022r.

Wykonawca P. i Wspólnicy Sp. z o.o. Sp. k z siedzibą w Zabrze (dalej: „Odwołujący”) wniósł w dniu 11 lutego 2022r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 106 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp poprzez opisanie

przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający (ewentualnie: mogący utrudnić) uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, żądanie przedmiotowych środków dowodowych zbędnych do przeprowadzenia postępowania oraz nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, nie przewidując potwierdzenia spełnienia kryterium jakościowego równoważnymi przedmiotowymi środkami dowodowymi, tj.: żądanie dołączenia do oferty przedmiotowych środków dowodowych w postaci aktualnych, uzyskanych w okresie obowiązywania certyfikatu pozytywnych ocen badań eksploatacyjnych przeprowadzonych w warunkach rzeczywistych (w miejscach eksploatacji, gdzie zapylenie

powietrza odpowiada klasie ochronnej półmasek, w kopalniach wskazanych jednostce uprawnionej przez Biuro BHP i Szkoleń Polskiej Grupy Górniczej S.A.) wraz ze sprawozdaniem z badań będących podstawą do uzyskania oceny przydatności użytkowej wydanych przez jednostkę uprawnioną według procedury badań opisanych w Załączniku nr 1 Katalogu opisowo-rysunkowego środków ochrony indywidualnej i wyposażenia pracownika;

2. art. 99 ust. 1 i 4 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz w sposób utrudniający (ewentualnie: mogący utrudnić) uczciwą konkurencję, tj.: wprowadzenie wymogu oferowania wyrobów dostępnych co najmniej w dwóch rozmiarach;

3. art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób nieumożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia oraz w sposób utrudniający (ewentualnie: mogący utrudnić) uczciwą konkurencję, tj.: określenie kryteriów oceny oferty poprzez wprowadzenie obok kryterium ceny o wadze 75/100, kryterium jakości w postaci oceny punktowej badania eksploatacyjnego, o którym mowa w pkt 1, przyznając mu wagę 25/100.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o

zamówieniu, w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) poprzez:

1) modyfikację wymaganych przedmiotowych środków dowodowych,

wymienionych w pkt. C w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia w zakresie zadań nr 1-3 oraz nr 4-11 (Załącznik nr do SWZ, str. 24, 25) poprzez usunięcie przedmiotowego środka dowodowego w postaci aktualnych, uzyskanych w okresie obowiązywania certyfikatu pozytywnych ocen badań eksploatacyjnych przeprowadzonych w warunkach rzeczywistych (w miejscach eksploatacji, gdzie zapylenie powietrza odpowiada klasie ochronnej półmasek, w kopalniach wskazanych jednostce uprawnionej przez Biuro BHP i Szkoleń Polskiej Grupy Górniczej S.A.) wraz ze sprawozdaniem z badań będących podstawą do uzyskania oceny przydatności użytkowej wydanych przez jednostkę uprawnioną według procedury badań opisanych w Załączniku nr 1 Katalogu opisowo-rysunkowego środków ochrony indywidualnej i wyposażenia pracownika;

2) modyfikację wymogów, określonych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SWZ, str. 16, 17, 18, 19, 20, 21), poprzez usunięcie wymogu oferowania wyrobów dostępnych co najmniej w dwóch rozmiarach;

3) modyfikację kryteriów oceny ofert (Część XV SWZ, str. 9-10) poprzez zastąpienie kryterium jakościowego w postaci oceny punktowej badania eksploatacyjnego, o

którym mowa w pkt 1 ppkt 1), innym równoważnym kryterium jakościowym.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt. C SOPZ (Załącznik nr 1 do SWZ, str. 23-25) wprowadził wymóg dołączenia do oferty przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie zadań nr 1-11, w tym wymóg dołączenia aktualnych, uzyskanych w okresie obowiązywania certyfikatu pozytywnych ocen badań eksploatacyjnych przeprowadzonych w warunkach rzeczywistych (w miejscach eksploatacji, gdzie zapylenie powietrza odpowiada klasie ochronnej półmasksi, w kopalniach wskazanych jednostce uprawnionej przez Biuro BHP i Szkoleń Polskiej Grupy Górniczej S.A.) wraz ze sprawozdaniem z badań będących podstawą do uzyskania oceny przydatności użytkowej wydanych przez jednostkę uprawnioną według procedury badań opisanych w Załączniku nr 1 Katalogu opisowo-rysunkowego środków ochrony indywidualnej i wyposażenia pracownika.

Zamawiający w części XV SWZ (str. 9-10) przedstawił kryteria oceny ofert oraz zasady obliczania punktów w poszczególnych kryteriach. Zamawiający przyznał kryterium ceny wagę 75/100, a kryterium oceny punktowej badania eksploatacyjnego wagę 25/100. Do oceny drugiego kryterium przyjęte zostaną dane z dołączonych do ofert wykonawców badań eksploatacyjnych przeprowadzonych w warunkach rzeczywistych.

Natomiast w zakresie zadań nr 1-11 Zamawiający wprowadził wymóg oferowania wyrobów dostępnych co najmniej w dwóch rozmiarach (Załącznik nr 1 do SWZ, str. 16, 17, 18, 19, 20, 21).

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący wskazał, że z analizy wymogu przedstawienia aktualnej oceny badań eksploatacyjnych w warunkach rzeczywistych wynika, iż badania mają być przeprowadzone zgodnie z procedurą opisaną w Załączniku nr 1 Katalogu opisowo-rysunkowego środków ochrony indywidualnej i wyposażenia pracownika. Zgodnie z treścią przedmiotowej procedury, celem badań jest ocena jakości półmasek filtrujących, a oceny tej dokonuje się na podstawie analizy statycznej subiektywnych ocen skuteczności i komfortu użytkowania półmasek dokonanych przez próbkę użytkowników półmasek. Aby przystąpić do badania podmiot musi przedstawić dokumenty (pkt. 4 w procedurze badań) pokrywające się z pozostałymi przedmiotowymi środkami dowodowymi wskazanym w pkt. C SOPZ, m.in.: deklaracja zgodności UE wystawiona przez posiadacza certyfikatu badania typu UE, ocena z przeprowadzonych badań stwierdzająca możliwość stosowania wyrobu w środowisku pracy górniczej, dokument potwierdzający nieszkodliwość wyrobów dla zdrowia, certyfikat badania typu UE wydany przez jednostkę notyfikowaną potwierdzający spełnienie wymagań normy PN-EN 149 itp. Podmiot przystępujący do badania zleca pisemnie przeprowadzenie badań eksploatacyjnych i dostarcza do niej półmasksi w ilości ustalonej w procedurze. Jednostka uprawniona wnioskuje do Biura Bezpieczeństwa i Higieny Pracy Polskiej Grupy Górniczej S.A. o wskazanie 4 kopalń, w których badania mają być przeprowadzone. W ramach badania próbka użytkowników półmasek dokonuje na podstawie subiektywnych odczuć oceny poszczególnych parametrów przydatności użytkowej półmasek, w tym m.in. dopasowanie do twarzy i szczelności, możliwości łatwej regulacji, łatwości zakładania i zdejmowania półmasksi, pole widzenia podczas użytkowania oraz powodowanie uczuleń lub reakcji alergicznych.

Odwołujący podkreślił, że niemal tożsame parametry badane są w ramach badania potwierdzającego spełnienie wymagań normy PN-EN 149, m.in.: szczelność, nieszkodliwość dla skóry, łatwość zdejmowania i zakładania półmasksi, pole widzenia podczas użytkowania, opór oddychania. Zasadniczą jednak różnicą w przeprowadzaniu badań między procedurą określoną przez Zamawiającego a procedurą badań potwierdzających spełnienie wymagań normy PN-EN 149 jest fakt, że to drugie są przeprowadzane w warunkach obiektywnych i zautomatyzowanych z udziałem użytkowników odpowiednio dopasowanych w taki sposób, aby obejmowali oni szeroki zakres charakterystyk twarzy typowych użytkowników z wyłączeniem znaczących anomalii. W przypadku badań przeprowadzanych w wybranych przez Biuro Bezpieczeństwa i Higieny Pracy Zamawiającego kopalniach, warunki będą charakteryzowały się zdecydowanie zbyt daleko idącym poziomem subiektywizmu. Podkreślił, że pracownicy Zamawiającego nie są osobami odpowiednio dopasowanymi do wykonywania takiego rodzaju badań, albowiem w każdej z kopalń mogą pracować osoby o różnych predyspozycjach osobistych, np. o anomalii kształtu twarzy, posiadających skórę o skłonnościach alergicznych, itp. Jednocześnie pracownicy Zamawiającego mogą być osobami o określonych przywycieczajeniach co do stosowanych półmasek, podatnymi na wpływ osób trzecich lub motywowani innymi nieweryfikowalnymi czynnikami, co może znacząco wpłynąć na wynik przeprowadzanych badań. Ocena półmasek przez pracowników może być na tyle subiektywna, że wyniki badań przeprowadzonych na pracownikach jednej

kopalni mogą diametralnie różnić się od wyników badań w innej kopalni mimo tożsamości przedmiotu badania. Niemniej półmasek nie są badane we wszystkich kopalniach Zamawiającego, do którego mają być w ramach przedmiotowego zamówienia dostarczane, wobec czego badanie ich w wybranych kopalniach nie przyniesie oczekiwanego rezultatu w postaci oceny przydatności i użyteczności półmasek we wszystkich kopalniach Zamawiającego. Pracownicy Zamawiającego mogą charakteryzować się dużą odmiennością, a wyniki badań nie będą miarodajne.

Według Odwołującego, wymaganie przez Zamawiającego zastosowania przedstawionej przez niego procedury badań nie jest w żaden sposób uzasadnione, w szczególności nie jest uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego. Wskazać przy tym należy, iż wymogi Zamawiającego w tym zakresie są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Wobec konieczności przedłożenia odrębnie certyfikatów i dokumentów, potwierdzających spełnienie przez wykonawcę wymogów Zamawiającego, wyczerpujących cele, które Zamawiający (w ocenie Odwołującego) zamierza osiągnąć, wymóg zastosowania procedury subiektywnej oceny półmasek przez pracowników Zamawiającego jest zdecydowanie zbędnym, nieproporcjonalnym przedmiotowym środkiem dowodowym. Tym bardziej, że badanie ocenia kryteria tożsame w stosunku do certyfikowanych badań, których również wymaga Zamawiający jako przedmiotowe środki dowodowe.

Odwołujący podkreślił także, że wymóg przeprowadzenia badania eksploatacyjnego w kopalniach Zamawiającego z całą pewnością narusza zasadę uczciwej konkurencji, a w szczególności zasadę obiektywizmu, tym bardziej, że nie będzie to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, jak również nie będzie można w żaden sposób zweryfikować prawidłowości wyników przeprowadzonej oceny. W wyniku tak rygorystycznie opisanego przedmiotu zamówienia, wykonawcy posiadający wszelkie certyfikaty, wieloletnie doświadczenie i wysokie kompetencje do wykonania przedmiotu zamówienia mogą nie być dopuszczeni do udziału w aukcji z uwagi na nieprzeprowadzone badania eksploatacyjne w kopalniach Zamawiającego, bądź w przypadku niekorzystnych wyników przeprowadzonych badań ich oferta mimo posiadania wszelkich referencji i korzystnej ceny nie zostanie uznana za najkorzystniejszą, choć w rzeczywistości nią jest. Tym samym może to doprowadzić do sytuacji, w której jedynie wąskie grono wykonawców będzie spełniać wymagania udziału w postępowaniu, wobec czego oferty nawet z najniższą ceną mogą przewyższać kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że biorąc udział w postępowaniach dotyczących dostaw półmasek w ramach realizacji zamówień korzysta z zasobów MAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie (dalej: „MAS”), będącego dystrybutorem na rynku polskim półmasek producenta MFA IS GUVENLIGI MEDIKAL A.S. z siedzibą w Zonguldak w Turcji. Oferowane przez Odwołującego półmasek zostały dopuszczone do stosowania na rynku unijnych, posiadają wszystkie wymagane certyfikaty oraz aktualne sprawozdania z badań, potwierdzających spełnienie przez półmasek wszelkich wymaganych przepisami prawa norm. Odwołujący oraz MAS wielokrotnie brali udział w postępowaniach na dostawy tego typu półmasek i niejednokrotnie ich oferta była uznawana za najkorzystniejszą. MAS realizował dostawy zarówno dla Zamawiającego, jak i innych spółek górniczych, takich jak: Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdrój oraz Węgłokoks Kraj Sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich. MAS posiada referencje wszystkich tych spółek górniczych, świadczących o zakresie należytego wykonania dostaw na półmasek. Uprzednia realizacja dostaw przez MAS spełniała wymagania jakościowe Zamawiającego, który nie wnosił zastrzeżeń co do należytego wykonania tych dostaw. Świadczy to o tym, że pomimo faktu, że Odwołujący (korzystający z zasobów MAS) daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, jego oferta zostanie odrzucona z uwagi na niewykonanie dodatkowych, zbędnych a przede wszystkim odpłatnych badań, które narażają Odwołującego na poniesienie zbędnych, niewspółmiernych kosztów.

Odwołujący podkreślił także, iż Zamawiający ma możliwość oceny jakości oferowanych przez wykonawców wyrobów przy użyciu proporcjonalnych i adekwatnych środków dowodowych, które nie będą narażać wykonawców na ponoszenie rażących kosztów, a jednocześnie w stosunkowo wysokim stopniu ograniczą poziom subiektywizmu tej oceny.

Kolejno Odwołujący wskazał, że Zamawiający wprowadził wymóg oferowania wyrobów co najmniej w dwóch rozmiarach, niemniej nie wskazał jakie mają to być rozmiary, nie przedstawił żadnych wymiarów półmasek, którymi miałyby różnić się ich poszczególne rozmiary. Tym samym Zamawiający nie spełnił wymogu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Nieprzedstawienie przez Zamawiającego szczegółowych wytycznych w kwestii wymaganego rozmiaru oferowanych wyrobów, może świadczyć o tym, iż wymóg ten nie jest niezbędny i przydatny do osiągnięcia celów przez Zamawiającego, a jedynie stanowi istotne ograniczenie konkurencyjności postępowania. Wprowadzenie bowiem wymogu oferowania łącznie przynajmniej dwóch rozmiarów półmasek może w znacznym stopniu ograniczyć krąg wykonawców, pozwalając na wzięcie

udziału w przetargu jedynie niewielkiemu gronu wykonawców, którzy produkują przedmiotowe półmasksi w więcej niż jednym rozmiarze. Powyższe ograniczenie może co najmniej poważnie utrudnić uczciwą konkurencję, zważywszy na fakt, że oferowanie tych wyrobów w więcej niż jednym rozmiarze jest rozwiązaniem niestandardowym i jedynie jednostkowi wykonawcy sporadycznie stosują takie rozwiązanie. Może to doprowadzić do sytuacji, w której uprawnionym do wzięcia udziału w postępowaniu będzie tylko jeden wykonawca, co rażąco godzi w zasadę uczciwej konkurencji, albowiem nie jest to uzasadnione szczególnymi potrzebami zamawiającego, tym bardziej, że dotychczas Zamawiający stosował półmasksi w jednym rozmiarze. Nie bez znaczenia - zdaniem Odwołującego - pozostaje również fakt, że inne spółki górnicze, których zakres działalności jest tożsamy z działalnością Zamawiającego również stosują półmasksi w jednym rozmiarze, co potwierdza stanowisko Odwołującego, iż wymóg oferowania więcej niż jednego rozmiaru jest zbędny i nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego. Nie sposób przy tym pominąć faktu, że z uwagi na nietypowość tego rozwiązania, zdolnymi do wykonania zamówienia będzie znacznie węższe grono wykonawców.

Również zdaniem Odwołującego, ustanowienie kryterium oceny ofert, opartego na wynikach badań, naruszających zasady uczciwej konkurencji, jest sprzeczne z przepisami Pzp z uwagi na wysoki poziom subiektywizmu tej oceny. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający ma prawo swobodnego wyboru jakościowych kryteriów oceny ofert, z tym zastrzeżeniem, że jest w stanie uzasadnić ich zastosowanie swoimi obiektywnie uzasadnionymi potrzebami, a zatem że kryteria te służą uzyskaniu zamówienia lepszej jakości. Według Odwołującego, ustanowienie wagi 25/100 kryterium jakościowego, w szczególności wysoce subiektywnego, nie jest uzasadnione charakterem postępowania. Zastosowanie kryterium o tak dużej wadze może spowodować konieczności wyboru oferty znacznie droższej oferującej niewiele wyższą (bądź tożsamą z uwagi na subiektywizm badań) jakość, nie przynosząc przy tym żadnych korzyści Zamawiającemu oraz narażając go na stratę.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Wyjaśnił, że zamawiając półmasksi filtrujące, począwszy od 2012 r., żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci aktualnej, uzyskanej w okresie obowiązywania certyfikatu pozytywnej oceny badań eksploatacyjnych przeprowadzonych w warunkach rzeczywistych jw. wraz ze sprawozdaniem z badań będących podstawą do uzyskania oceny przydatności użytkowej, wydanej przez jednostkę uprawnioną. Wymaganie to jest związane bezpośrednio z koniecznością przestrzegania przepisów prawa w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy. Zamawiający zobowiązany jest do bezwzględnego przestrzegania regulacji zawartych w ustawie z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t.j.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1320, dalej: „k.p.”), a w szczególności: art. 207 § 1 k.p., który stanowi, że pracodawca ponosi odpowiedzialność za stan bezpieczeństwa i higieny pracy w zakładzie pracy. Zgodnie z § 2 powołanego przepisu pracodawca jest obowiązany chronić zdrowie i życie pracowników przez zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy przy odpowiednim wykorzystaniu osiągnięć nauki i techniki. Stosownie do treści art. 237⁹ § 2 k.p. pracodawca jest obowiązany zapewnić, aby stosowane środki ochrony indywidualnej oraz odzież i obuwie robocze posiadały właściwości ochronne i użytkowe.

Zamawiający dodał także, że jest przedsiębiorcą górniczym, którego podstawową działalność stanowi eksploatacja podziemnych złóż węgla kamiennego i jako taki zobowiązany jest stosować się do postanowień rozporządzenia Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz.U. 2017 poz. 1118, dalej: „Rozporządzenie”). Zgodnie z § 232 ust. 1 Rozporządzenia doboru środków ochrony indywidualnej dróg oddechowych dokonuje się dla poszczególnych stanowisk pracy, na podstawie wyników pomiarów stężenia pyłów w powietrzu wykonanych w trakcie części procesu technologicznego, w której jest wytwarzana największa ilość pyłów. Zgodnie z ust. 2 ww. przepisu przy doborze środków ochrony indywidualnej dróg oddechowych uwzględnia się wymaganą klasę ochronną tych środków oraz własności użytkowe decydujące o komforcie pracy w warunkach wzrostu stężenia pyłów w powietrzu i mikroklimatu występujących w zakładzie górniczym. Stosownie do treści ust. 3 ww. przepisu na podstawie aktualnych wyników pomiarów stężenia pyłów w powietrzu kierownik ruchu zakładu górniczego (1) dokonuje oceny narażenia pracowników na poszczególnych stanowiskach pracy na działanie pyłów; (2) określa minimalne i obowiązujące klasy ochronne środków ochrony indywidualnej dróg oddechowych dla poszczególnych stanowisk pracy oraz (3) określa zasady stosowania środków ochrony indywidualnej dróg oddechowych. Konieczność stosowania przepisów k.p. i Rozporządzenia, w szczególności obowiązek ochrony zdrowia użytkowników półmasek, spowodowała podjęcie działań mających na celu jak najlepszą ochronę pracowników. Używanie półmasek wysokiej jakości, poddanych badaniom eksploatacyjnym przeprowadzonym w warunkach rzeczywistych w kopalniach wskazanych przez Biuro BHP Zamawiającego spowodowało znaczący spadek w ostatnich latach zachorowalności ich

użytkowników na pylicę płuc.

Zamawiający podkreślił, że uznał, że dla realizacji celu ochrony zdrowia własnych pracowników oraz zapewnienia komfortu pracy skuteczne jest wprowadzenie procedur ponad normę PL-EN 149. Procedury określone w normie PL-EN 149 przewidują poddanie badaniu tylko dwóch sztuk półmasek w warunkach laboratoryjnych, jedynie zbliżonych do eksploatacyjnych. Jednakże, jak przewiduje ww. norma w części odnoszącej się do badań eksploatacyjnych (8.4), w punkcie 8.4.1 „Podczas badań półmasek filtrujące powinny być subiektywnie ocenione przez użytkowników, a po badaniu powinny być zapisane uwagi i spostrzeżenia dotyczące: komfortu nagłowia, bezpieczeństwa połączeń, pole widzenie, inne uwagi i spostrzeżenia zgłaszane przez użytkownika.”. Zamawiający opracował w ramach zadań własnych Komisji Bezpieczeństwa i Higieny Pracy (przy współpracy z jednostkami naukowo badawczymi). „Procedurę badań eksploatacyjnych półmasek filtrujących w warunkach rzeczywistych kopalń Polskiej Grupy Górniczej S.A., prowadzonych przez jednostki uprawnione, tj. Główny Instytut Górnictwa z siedzibą w Katowicach lub Instytut Techniki Górniczej KOMAG z siedzibą w Gliwicach” (dalej Procedura). Celem badań określonych w tej procedurze jest ocena jakości półmasek filtrujących. Oceny tej dokonuje się na podstawie analizy statystycznej subiektywnych ocen skuteczności i komfortu użytkowania półmasek dokonanych przez użytkowników półmasek. Badanie prowadzone jest przez niezależne od Zamawiającego jednostki badawcze: Główny Instytut Górnictwa z siedzibą w Katowicach (dalej: „GIG”) lub Instytut Techniki Górniczej KOMAG z siedzibą w Gliwicach (dalej: „KOMAG”). Wyjaśnił, że GIG jest instytutem badawczym, nadzorowanym przez Ministra Aktywów Państwowych. Laboratoria badawcze GIG wprowadzają system zapewnienia jakości i uzyskują akredytacje takich jednostek jak: Polskie Centrum Badań i Certyfikacji, Lloyd's Register Quality Assurance, Główny Urząd Miar i Polski Rejestr Statków. Jak wynika z informacji zamieszczonej na stronie internetowej GIG „zakres badawczy związany z procesem dobrowolnej certyfikacji wyrobów realizują akredytowane Laboratoria GIG”. KOMAG natomiast jest instytutem badawczym, którego podstawowym przedmiotem działalności jest prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych. W związku z prowadzoną działalnością podstawową KOMAG m.in. prowadzi działalność normalizacyjną, aprobacyjną i certyfikacyjną, w tym: certyfikację i ocenę zgodności wyrobów w zakresie posiadanej akredytacji, autoryzacji i notyfikacji, certyfikację systemów zarządzania w zakresie posiadanej akredytacji oraz badania i ocenę wyrobów na zgodność z wymaganiami do stosowania w zakładach górniczych. Zamawiający wskazał, że obie ww. jednostki są uznanymi instytucjami naukowymi, akredytowanymi przez Polskie Centrum Akredytacji. Wyniki przeprowadzonych przez nie badań podlegają rzetelnemu opracowaniu. Badania półmasek przeprowadzane są w oparciu o precyzyjnie opisaną Procedurę, która przewiduje zbadanie 60, 32 lub 20 sztuk półmasek, w zależności od typu półmasek, które dostarcza wykonawca. Aby wyniki badań półmasek różnych producentów były miarodajne, przeprowadzane są w kopalniach, w którym panują podobne warunki, (najczęściej tych samych). Każdorazowo badanie przeprowadzane jest w kopalni suchej, mokrej, metanowej i z zapyleniem węglem, aby można było ocenić skuteczność masek w różnych warunkach panujących w kopalniach. Wynik badania dla danego wyrobu określa każdorazowo subiektywne odczucia użytkownika, ale podkreślić należy, że wynik nie obejmuje oceny subiektywnych odczuć jednego tylko użytkownika, ale reprezentatywnej grupy użytkowników, badanie daje zatem możliwość uzyskania wyniku zobiektywizowanego. Półmasek badaniu określone w Procedurze może poddać każdy wykonawca. Odnośnie doboru uczestników do badań w kopalniach Zamawiający postępuje zgodnie z zapisami normy PL-EN 149 określonymi pkt. 8.5.1.1, w którym norma stanowi, że „Zespół gładko ogolonych osób, bez bokobrodów, bród powinien być tak dobrany, aby obejmował szeroki zakres charakterystyk twarzy typowych dla użytkowników (z wyłączeniem anomalii). Użytkownicy którym nie można dobrać właściwie rozmiar maski badanej są wykluczani z tego badania.”

Zamawiający zauważył ponadto, że wskazany przez Odwołującego dystrybutor na rynku polskim półmasek producenta MFA IS GUVENLIGI MEDIKAL A.S. z siedzibą w Turcji, tj. MAS sp. z o. o. z siedzibą w Mikołowie, poddał badaniom eksploatacyjnym przez KOMAG ww. półmasek w 2020 r. Badanie zostało przeprowadzone zgodnie z „Procedurą”. Spośród dostarczonych przez MAS sp. z o. o. z siedzibą w Mikołowie do badania 7 typów masek, 3 typy uzyskały pozytywną opinię w zakresie przydatności do stosowania w górnictwie, 4 typy uzyskały negatywną opinię w zakresie przydatności do stosowania w górnictwie.

Ponadto dodał, że Zamawiający nie jest jedynym na rynku górniczym podmiotem, który wymaga przeprowadzenia badań eksploatacyjnych dla półmasek filtrujących. Podobna procedura pn. „Procedura badań eksploatacyjnych” obowiązuje także w Jastrzębskiej Spółce Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju. W pkt.1 ww. dokumentu wskazuje się, że „Badania eksploatacyjne półmasek i filtrów w warunkach górniczych w przeciwieństwie do badań laboratoryjnych uwzględniają warunki kopalniane tj. między innymi temperaturę, zapylenie i wilgotność panujące w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Przesłanką do opracowania i wdrożenia procedury badań eksploatacyjnych do postępowania na dostawę półmasek i filtrów jest chęć pozyskiwania wyrobów charakteryzujących się wysoką jakością zarówno pod względem funkcjonalnym jak i użytkowym, odpowiednich do

zastosowania w specyficznych warunkach klimatycznych i pracy w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w JSW S.A.". Analogiczny wymóg przeprowadzenia badań eksploatacyjnych w warunkach rzeczywistych obowiązuje w spółce Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. z siedzibą w Bogdanie. Wobec powyższego całkowicie pozbawionym podstaw jest twierdzenie, jakoby opis przedmiotu zamówienia utrudniał i ograniczał uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Z równym powodzeniem Odwołujący mógłby twierdzić, że ograniczeniem konkurencji jest żądanie „Deklaracji zgodności UE”, gdyż

również jej uzyskanie wymaga od producenta spełnienia określonych wymagań i przejścia koniecznej procedury.

Kolejno Zamawiający wskazał, że art. 106 ust 1 Pzp pozwala Zamawiającemu na żądanie przedmiotowych środków dowodowych innych niż wskazane w art. 104 i 105 Pzp, które potwierdzają, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego. Przedmiotowe środki dowodowe powinny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (art. 106 ust. 2) oraz ich żądanie nie może ograniczać uczciwej konkurencji (art. 106 ust. 3).

Jak wykazano powyżej pozytywna ocena badań eksploatacyjnych jest przedmiotowym środkiem dowodowym spełniającym wszystkie wymagania ustawowe:

1) Potwierdza przydatność oferowanego wyrobu do celu, w jakim ma być on zastosowany,

2) Żądanie nie jest nadmierne - odnosi się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia i służy jasno określonymu celowi,

3) Każdy zainteresowany podmiot (producent, dystrybutor, wykonawca) może ubiegać się o przeprowadzenie badania na równych zasadach. Żądanie przeprowadzenia badania jest stosowane w praktyce zamawiającego oraz innych zamawiających w tej samej branży od wielu lat.

Tym samym zarzut naruszenia art. 106 ust. 1, 2 i 3 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 4 p.z.p. jest bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający za niezasadny uznał także zarzut opisanego przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz w sposób utrudniający (ewentualnie: mogący utrudnić) uczciwą konkurencję, tj.: wprowadzenie wymogu oferowania wyrobów dostępnych co najmniej w dwóch rozmiarach jest bezzasadny. Podkreślił, że rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylenia dyrektywy Rady 89/686/EWG (dalej: „Rozporządzenie ŚOI”) stanowi w art. 3 pkt 1 lit. a, że środki zaprojektowane i wyprodukowane do noszenia lub trzymania przez osobę w celu ochrony przed jednym lub większą liczbą zagrożeń dla zdrowia lub bezpieczeństwa tej osoby. Zgodnie z art. 5 Rozporządzenia ŚOI środki ochrony indywidualnej (ŚOI) muszą spełniać zasadnicze wymagania dotyczące zdrowia i bezpieczeństwa określone w załączniku II, które mają do nich zastosowanie. W ww. Załączniku w pkt. 1.3. (Komfort i skuteczność) ppkt 1.3.1. wskazuje się, że ŚOI muszą być zaprojektowane i wytworzone w taki sposób, aby ułatwić ich prawidłowe zakładanie oraz utrzymywanie na właściwym miejscu przez przewidywalny okres użytkowania, z uwzględnieniem panujących wokół warunków, wykonywanych ruchów i zmiany pozycji. W tym celu musi być możliwe dopasowanie ŚOI do budowy ciała użytkownika za pomocą wszelkich właściwych środków, takich jak odpowiednie sposoby regulacji i mocowania lub zapewnienie odpowiedniego zakresu rozmiarów. W przypadku półmasek filtrujących, ze względu na ich budowę niemożliwym jest zastosowanie jakiegokolwiek regulacji części filtrującej, występuje jedynie możliwość regulowania docisku poprzez korektę długości gumek mocujących. W przypadku masek filtrujących nie ma więc możliwości wykorzystania pierwszej części przepisu i należy wykorzystać część drugą stanowiącą o produkcji ŚOI w różnych rozmiarach. Zamawiający, świadomy utrudnień, na jakie mogą w przyszłości napotkać wykonawcy, uwzględniając konieczność dostosowania linii produkcyjnych, zastosował okres przejściowy informując wszystkich potencjalnych dostawców półmasek filtrujących w dokumencie pt. „Katalog opisowo-rysunkowy środków ochrony indywidualnej i wyposażenia pracownika”, opublikowanym w grudniu 2019 r., że od 2022 r. roku będzie wymagał realizowania dostaw półmasek filtrujących w co najmniej w dwóch rozmiarach. Tym samym wszyscy wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniach Zamawiającego mieli dwa lata na dostosowanie linii produkcyjnej do nowych wymogów.

Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym działającym na rynku środków ochrony indywidualnej od co najmniej kilku lat. Z powyższego oraz z faktu uczestnictwa Odwołującego w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego należy wywodzić, że

Odwołujący po pierwsze powinien znać treść Rozporządzenia ŚOI, po drugie zaś, składając w przeszłości oferty na dostawy półmasek filtrujących w postępowania prowadzonych przez PGG znał treść „Katalogu opisowo-rysunkowego środków ochrony indywidualnej i wyposażenia pracownika”. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz w sposób utrudniający (ewentualnie: mogący utrudnić) uczciwą konkurencję, tj.: wprowadzenie wymogu oferowania wyrobów dostępnych co najmniej w dwóch rozmiarach jest bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Również według Zamawiającego, zarzut naruszenia art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp poprzez opisanie kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia oraz w sposób utrudniający (ewentualnie: mogący utrudnić) uczciwą konkurencję, tj.: określenie kryteriów oceny oferty poprzez wprowadzenie obok kryterium ceny o wadze 75/100, kryterium jakości w postaci oceny punktowej badania eksploatacyjnego, o którym mowa w pkt 1, przyznając mu wagę 25/100 jest bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sam przyznaje, że Zamawiający ma prawo swobodnego wyboru jakościowych kryteriów oceny ofert i jest to jego wyłączna prerogatywa. Jak wykazano powyżej dzięki zastosowaniu mechanizmów statystycznych Zamawiający uzyskał obiektywne kryterium jakościowe, które co najmniej od 2012 r. jest z powodzeniem stosowane w niezmienionej formie w postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawę półmasek filtrujących. Zamawiający uznał, że ze względu na specyficzne warunki klimatyczne i czas pracy w podziemnych wyrobiskach górniczych koniecznym jest nadanie odpowiedniej wagi kryteriom jakościowym, co jest niezwykle istotne z uwagi na profilaktykę chorób płuc. Ponadto podkreślił, że opisując poszczególne wymagania może wziąć pod uwagę nie tylko względy medyczne/kliniczne, ale także i ekonomiczne, ergonomiczne, funkcjonalne, czy choćby dydaktyczne. Zamawiający ma zatem prawo „premiować” dodatkowymi punktami rozwiązania, które według jego są rozwiązaniami korzystniejszymi” (tak: wyrok KIO z dnia 17 maja 2021 r., KIO 618/21, wyrok KIO z dnia 27 maja 2021 r. KIO 1018/21), a także, iż „Zamawiający w oparciu o przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie ma obowiązku precyzowania kryteriów oceny ofert w taki sposób, aby w równym stopniu spełniać oczekiwania każdego z wykonawców na danym rynku usług” (tak: wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2021 r. KIO 2201/21).

Jak wskazano powyżej podstawą do przyznania punktów jest ocena dokonywana w zobjektywizowany sposób na podstawie określonej Procedury, dokonywana z udziałem niezależnych od zamawiającego podmiotów o uznanych kwalifikacjach w dziedzinie.

Również więc w odniesieniu do zarzutu dotyczącego kryteriów oceny ofert odwołanie nie jest zasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców Minova Ekochem S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich oraz Spółdzielnię Inwalidów Zgoda z siedzibą w Konstancynie Łódzkim zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1 i 2 Pzp.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 7 pkt 20 Pzp przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z

wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Stosownie zaś do treści art. 106 ust. 1 Pzp Zamawiający może żądać innych niż wskazane w art. 104 i art. 105 przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria, jeżeli są one niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zgodnie z art. 106 ust. 2 Pzp zamawiający żąda przedmiotowych środków dowodowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i związanych z przedmiotem zamówienia.

Podkreślić należy, że zgodnie z przywołanymi wyżej przepisami wymóg przedłożenia w danym postępowaniu przedmiotowych środków dowodowych określa Zamawiający, uwzględniając obowiązek, aby żądane przez niego przedmiotowe środki dowodowe były niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i związane z przedmiotem zamówienia. Wskazać należy, że zasada proporcjonalności przedmiotowych środków dowodowych oznacza konieczność doboru tych środków w sposób adekwatny do osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówienia, czyli wyboru wykonawcy, który będzie zdolny realizować zamówienie zgodnie z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonym przez zamawiającego, przy jednoczesnym zachowaniu naczelnych zasad systemu zamówień publicznych (uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców). Ponadto wskazać należy, że zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 106 ust. 3 Pzp żądanie przedmiotowych środków dowodowych nie może ograniczać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stąd też przy formułowaniu tego typu wymagań Zamawiający musi pamiętać, że wskazane przez niego żądanie złożenia konkretnego środka dowodowego na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez niego wymagania, cechy lub kryteria, musi mieć charakter obiektywny, podyktowany np. zakresem czy też skomplikowaniem technologicznym zamówienia, którego realizacja wymaga od wykonawcy zapewnienia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia określone wymagania. Wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia przedmiotowe środki dowodowe powinny zatem być odpowiednie do specyfiki zamówienia i nie mogą prowadzić do naruszenia zasad określonych w Pzp, m.in. zasady prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich podmiotów biorących udział w postępowaniu.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 106 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp dotyczącego żądania przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych, które według Odwołującego są zbędne do przeprowadzenia postępowania oraz nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia Izba stwierdziła, że Odwołujący nie zdołał wykazać naruszenia wskazanych przez niego przepisów.

Izba uznała, że żądane przez Zamawiającego przedmiotowe środki dowodowe w postaci wyników badań masek przeprowadzonych w warunkach rzeczywistych w sposób nie budzący żadnych wątpliwości potwierdzać będą okoliczność, czy dane maski są przydatne do celu, w jakim mają być one zastosowane, tj. czy będą one zapewniać odpowiednią ochronę osób wykonujących pracę w górnictwie przed pyleniem. Ponadto Izba uznała, że kwestionowany przedmiotowy środek dowodowy odnosi się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia i służy jasno określonymu celowi, tj. zbadaniu jakości i przydatności oferowanych dostaw. Zamawiający na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie w sposób szczegółowy wyjaśnił zarówno powody żądania tego rodzaju przedmiotowych środków dowodowych, jak i wyjaśnił dlaczego niewystarczające jest żądanie złożenia jako przedmiotowych środków dowodowych samych tylko certyfikatów zgodności oferowanych masek z normą PN 149. Wyjaśnił bowiem, że w badaniu na zgodność z ww. normą oceniane są i badane tylko 2 sztuki masek przez 2 użytkowników. Badanie natomiast przeprowadzane w warunkach rzeczywistych obejmuje kilkudziesięciu osobową grupę osób/górników, którzy oceniają zarówno przydatność, jakość oraz wygodę ich użytkowania. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby badania przeprowadzane w wybranych przez Biuro Bezpieczeństwa i Higieny Pracy Zamawiającego kopalniach cechował wysoki poziom subiektywizmu. Izba uznała bowiem, że fakt, iż badania te będą wykonywane na znacznej grupie osób, przez niezależne jednostki badawcze taki element w sposób znaczny ogranicza, a ponadto umożliwia uzyskanie wyników o charakterze zobiektywizowanym. Ponadto wskazać należy, że Zamawiający szczegółowo opracował procedurę przeprowadzania badania, która jest tożsama dla wszystkich wykonawców, a także fakt, że każdy zainteresowany podmiot (producent, dystrybutor, wykonawca) może ubiegać się o przeprowadzenie badania na równych zasadach, co w ocenie Izby zapewnia zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając powyższe rozważania Izba uznała, że żądane w niniejszym

postępowaniu przedmiotowe środki dowodowe są niezbędne do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, proporcjonalne do jego przedmiotu jak i związane z przedmiotem zamówienia, w związku z czym zarzut naruszenia art. 106 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp jako niezasadny, podlegał oddaleniu.

Izba za niezasługującą na uwzględnienie uznała także zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w zakresie wymogu oferowania wyrobów dostępnych co najmniej w dwóch rozmiarach.

Izba po pierwsze za nieudowodnione uznała wszelkie twierdzenia Odwołującego dotyczące faktu, że tylko jeden wykonawca może spełnić powyższy warunek. Podkreślić należy, że już sam fakt przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dwóch wykonawców, w ocenie których sformułowane przez Zamawiającego wymogi są prawidłowe potwierdza, że wbrew stanowisku Odwołującego na rynku istnieją co najmniej dwa podmioty zdolne zrealizować zamówienie z uwzględnieniem wymogu zaoferowania dwóch rozmiarów masek. Ponadto Izba stwierdziła, że brak określenia w dokumentacji postępowania konkretnych dwóch różnych wymiarów masek przez Zamawiającego umożliwia w postępowaniu - jak wskazał na rozprawie Zamawiający - zaoferowanie przez wykonawcę dwóch dowolnych rozmiarów, a każdy zostanie przyjęty przez Zamawiającego jako spełniający ww. wymóg. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że sztywne określenie dwóch rozmiarów masek wpłynęłoby na ograniczenie konkurencji i wyeliminowanie wykonawców, oferujących inne rozmiary masek, natomiast obecny sposób skonstruowania zakwestionowanego wymogu powoduje otwarcie zamówienia na wszystkich wykonawców oferujących dowolne dwa rozmiary masek.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 240 ust. 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp, po

pierwsze wskazać należy, że Zamawiający ma prawo preferować rozwiązania, w szczególności dodatkowo punktować te produkty i dostawy, które zapewnią mu określone funkcjonalności. Zamawiający opisując poszczególne wymagania może wziąć pod uwagę nie tylko względy funkcjonalne ale także zapewnienie wygody, komfortu użytkowników oraz zapewnienie większego bezpieczeństwa oferowanych towarów. Zamawiający ma zatem prawo „premiować” dodatkowymi punktami rozwiązania, które według jego są rozwiązaniami korzystniejszymi. Podkreślić przy tym należy, że przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia, oraz powinny gwarantować zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający dysponuje ponadto nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. Odnośnie każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej) w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie w tym zakresie przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia oraz zasadę równego traktowania (powinny być stosowane jednakowo do wszystkich oferentów).

Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu wszystkie te warunki Zamawiający spełnił, a ponadto wykazał on dlaczego takie kryterium zostało przez niego w postępowaniu ustalone. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisu art. 240 ust. 2 w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp i zarzut ten oddaliła.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący: