Sygn. akt KIO 2988/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę MAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Południowy Koncern Węglowy Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jaworznie,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MADA K. i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Południowemu Koncernowi Węglowemu Spółce Akcyjnej z siedzibą w Jaworznie wezwanie odwołującego – wykonawcy MAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) do udzielenia wyjaśnień odnośnie zgodności ofertowanych produktów z wymaganiami określonymi w pkt 6.2 lit. d SWZ.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego – Południowy Koncern Węglowy Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jaworznie i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę MAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące

sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Południowy Koncern Węglowy Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jaworznie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 34 zł 00 zł (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dwóch opłat skarbowych od pełnomocnictw.

2.2. Zasądza od zamawiającego – Południowego Koncernu Węglowego Spółki Akcyjnej z siedzibą w Jaworznie na rzecz odwołującego – wykonawcy MAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2988/24

Uzasadnienie

Południowy Koncern Węglowy Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jaworznie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawy środków ochrony indywidualnej dla Południowego Koncernu Węglowego S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 marca 2024 r., pod numerem 2024/S 059-172873.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca MAS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie, zwany dalej jako „Odwołującym” lub „wykonawcą MAS”, wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części nr 6 zamówienia – Ochrona dróg oddechowych – półmaski przeciwpyłowe FFP2 i FFP3 z zaworem wydechowym oraz wobec zaniechania żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących przedmiotowych środków dowodowych – wzorów oferowanych wyrobów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, której treść jest zgodna z warunkami zamówienia oraz poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty oraz nieproporcjonalny – Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na nieoznaczenie wzoru oferowanego wyrobu numerem partii lub serii, mimo że warunki zamówienia nie przewidywały wymogu oznaczenia wyrobu numerem partii lub serii, a Odwołujący umieścił numer partii lub serii wyrobu w dokumencie towarzyszącym środkom ochrony indywidualnej (ŚOI) – zarzut nr 1,

2) art. 107 ust. 4 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez zaniechanie żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych –

wzorów oferowanych wyrobów w sytuacji, kiedy Zamawiający miał wątpliwości co do zgodności treści Oferty Odwołującego z warunkami zamówienia oraz poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty oraz nieproporcjonalny – Zamawiający zaniechał żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących spełnienia przez Odwołującego wymagań przepisu art. 8 ust. 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 2016/425 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylenia dyrektywy Rady 89/686/EWG (Dz. Urz. UE. L. z 2016 r. Nr 81, str. 51) oraz odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na nieoznaczenie wzoru oferowanego wyrobu numerem partii lub serii, mimo że warunki zamówienia nie przewidywały wymogu oznaczenia wyrobu numerem partii lub serii, a Odwołujący umieścił numer partii lub serii wyrobu w dokumencie towarzyszącym ŚOI – zgodnie z przepisem art. 8 ust. 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 2016/425 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylenia dyrektywy Rady 89/686/EWG.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie części nr 6 zamówienia,

2) unieważnienia aukcji elektronicznej oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,

3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części nr 6 zamówienia.

Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy PZP Odwołujący wskazał, że jego oferta została odrzucona w zakresie części nr 6 zamówienia (Ochrona dróg oddechowych – półmaski przeciwpyłowe FFP2 i FFP3 z zaworem wydechowym) z powodu niezgodności z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że Odwołujący złożył wzór oferowanego wyrobu, półmaski FFP2 A267 V oraz FFP3 A367V, w których stwierdzono brak numeru partii lub serii, co zdaniem Zamawiającego miałoby być niezgodne z wymogami, które określił w pkt 6.2 ppkt d SWZ oraz art. 8 ust. 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 2016/425 z 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylenia dyrektywy Rady 89/686/EWG. Odwołujący podał, że z żadnego postanowienia SWZ ani załączników do SWZ nie wynikał wymóg oznakowania środków ochrony indywidualnej – półmasek przeciwpyłowych klasy FFP2 i FFP3 z zaworem wydechowym – numerem partii lub serii. Odwołujący podniósł, że norma PN-EN 149+A.1 przewiduje w pkt 6 wymogu, aby półmaski filtrujące spełniające wymagania normy były znakowane w następujący sposób: Półmaska filtrująca do ochrony przed cząstkami EN 149, rok publikacji, klasyfikacja, opcja (gdzie „D" stanowi opcję w przypadku półmasek filtrujących jednorazowego użytku, natomiast jest obowiązkowe dla półmasek filtrujących wielokrotnego użytku), natomiast w pkt 9, że podane informacje były w sposób czytelny i trwały naniesione na najmniejsze opakowanie dostępne w handlu lub widoczne przez opakowanie, jeżeli jest ono przezroczyste, a półmaska filtrująca odpowiadająca normie była w sposób czytelny i trwały oznakowana następującymi cechami: nazwa, znak handlowy lub inny element identyfikujący producenta lub dostawcę, znakowanie identyfikujące typ, numer i rok publikacji normy oraz klasyfikację. Odwołujący podkreślił też, że norma nie przewiduje obowiązku oznakowania wyrobu numerem partii lub serii. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że złożone przez niego wzory oferowanego wyrobu – półmaski FFP2 A267V i FFP3 A367V posiadały oznakowanie wymagane przez normę PN-EN 149+A.1, więc spełniały wymagania tej normy.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z treścią art. 8 ust. 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 2016/425 z 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylenia dyrektywy Rady 89/686/EWG producenci zapewniają, aby wprowadzane przez nich do obrotu ŚOI były opatrzone nazwą typu, numerem partii lub serii lub inną informacją umożliwiającą ich identyfikację lub – w przypadku gdy nie pozwala na to wielkość lub charakter ŚOI – aby wymagane informacje były umieszczone na opakowaniu lub w dokumencie towarzyszącym ŚOI. Odwołujący podniósł, że wielkość półmasek przeciwpyłowych klasy FFP2 i FFP3 z zaworem wydechowym nie pozwala na opatrzenie ich dodatkowo (poza informacjami już na nich zamieszczonymi zgodnie z wymaganiami normy PN-EN 149+A.1) informacjami typu numer partii lub serii. Odwołujący podkreślił, że złożone przez niego wzory oferowanych wyrobów zostały opatrzone nazwą typu, a informacje dotyczące numeru partii lub serii zostały umieszczone w dokumencie towarzyszącym ŚOI – zgodnie z treścią przepisu art. 8

ust. 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 2016/425 z 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylenia dyrektywy Rady 89/686/EWG. Z kolei w załączonych instrukcjach użytkowania wyrobów zostało wskazane, że półmaski pakowane są w przeźroczyste torebki foliowe, a najmniejszym opakowaniem handlowym jest pudełko tekturowe, na którym są umieszczone podstawowe informacje dotyczące oznaczenia producenta, terminu przydatności do użytkowania, zasad przechowywania oraz oznaczenia serii lub partii produktu (str. 2 instrukcji).

Odwołujący podniósł też, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający udzielił wyjaśnień treści SWZ, w których na pytanie wykonawcy „Czy Zamawiający w zadaniu 6 wymaga aby na każdej masce nadrukowany był numer partii / LOT lub inne oznaczenie pozwalające zidentyfikować datę produkcji konkretnej maski / partii?", Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że: „Zamawiający w załączniku nr 5 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia jednoznacznie określił wymagania dla Części 6 ppkt.1 i 2 przy czym wskazał obowiązujące Normy. Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ". Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie stwierdził w udzielonych wyjaśnieniach, że wymaga oznaczenia wyrobu numerem serii lub partii, a w udzielonej odpowiedzi Zamawiający przywołał wymagania Załącznika nr 5 do SWZ dla części 6 ppkt 1 i 2, w których to wymaganiach nie ma żadnej informacji co do wymogu oznaczenia wyrobu numerem serii lub partii. Zdaniem Odwołującego zasadne jest więc stwierdzenie, że Zamawiający nie wymagał, aby wyroby oznaczone zostały numerem serii lub partii, ponieważ gdyby taki wymóg Zamawiający rzeczywiście przewidywał, to nie tylko wskazałby go wprost w treści SWZ lub załączników do SWZ, ale w szczególności odpowiedziałby twierdząco na zadane mu pytanie w ramach udzielania wyjaśnień co do treści SWZ. W opinii Odwołującego prowadzi to do wniosku, że oferta złożona przez Odwołującego w zakresie części nr 6 zamówienia – Ochrona dróg oddechowych – półmaski przeciwpyłowe FFP2 i FFP3 z zaworem wydechowym była zgodna z warunkami zamówienia, a odrzucenie jego oferty jest bezpodstawne i narusza art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 16 ustawy PZP.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego naruszenia art. 107 ust. 4 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy PZP Odwołujący podniósł, że w przypadku, gdy Zamawiający miał wątpliwości co do przedłożonych przez Odwołującego wzorów oferowanych wyrobów, to powinien zażądać od Odwołującego wyjaśnień w tym przedmiocie. Według opinii Odwołującego zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie skutkowało bezpodstawnym odrzuceniem jego oferty, która była zgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący zwrócił jeszcze uwagę na to, że wyroby będące

przedmiotem zamówienia zaoferował też w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na rzecz innych zamawiających. Tytułem przykładu Odwołujący podał, że Zamawiający Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (nr 50/PM/22) w związku z wątpliwościami dotyczącymi oznakowania wyrobów wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej Odwołujący wyjaśnił, że do każdej półmaski konfekcjonowanej indywidualnie (przeźroczysta torebka foliowa) zostanie dołączony dokument towarzyszący ŚOI zawierający informacje dotyczące: nazwy, typu produktu, datę produkcji, liczbę sztuk półmasek w opakowaniu, numer partii lub serii jak również nazwę producenta oraz adres pocztowy, pod którymi można się z nimi skontaktować oraz informacje dotyczące warunków przechowywania w formie piktogramów wraz z datą ważności produktu. Odwołujący zaznaczył, że zamawiający Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna uznał wyjaśnienia Odwołującego za prawidłowe i wystarczające.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, albowiem nie została spełniona żadna wynikająca z art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka, która by uniemożliwiała merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MADA K. i Wspólnicy Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej „wykonawcą MADA"), ponieważ zostało ono złożone w ustawowym terminie i było pozbawione wad formalnych.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 września 2024 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z dokumentów stanowiących załączniki do odwołania i odpowiedzi na odwołanie:

- Wzoru oferowanego wyrobu – półmaski filtrującej typu A-267V FFP2 nr D,

- Wzoru dokumentu towarzyszącego dla półmaski filtrującej typu A-267V FFP2 nr D,

- Wzoru oferowanego wyrobu – półmaski filtrującej typu A-367V FFP3 nr D,

- Wzoru dokumentu towarzyszącego dla półmaski filtrującej typu A-367V FFP3 nr D,

- Instrukcji użytkowania półmaski filtrującej typu A-267V FFP2 nr D,

- Instrukcji użytkowania półmaski filtrującej typu A-367V FFP3 nr D,

- pisma Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółka Akcyjnej do Odwołującego z dnia 9 czerwca 2022 r.,

- pisma Odwołującego do Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej z dnia 27 czerwca 2022 r.,

- fotografii maski produkcji MFA IS GUVENLIGI MEDIKAL A.S. oferowanej przez Odwołującego,

- fotografii maski produkcji Filter Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oferowanej przez wykonawcę MADA,

- fotografii maski produkcji Oxyline Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oferowanej przez wykonawców Prewenta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Lyreco Polska Spółka Akcyjna,

- fotografii maski produkcji EUROPROFIL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oferowanej przez tego wykonawcę,

- fotografii maski produkcji Spółdzielnia Inwalidów ZGODA oferowanej przez tą Spółdzielnię.

Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej. Jednocześnie Izba na podstawie regulacji art. 541 ustawy PZP odmówiła przeprowadzenia zawnioskowanego przez Zamawiającego dowodu z oględzin wzorów masek złożonych przez wykonawców w postępowaniu, albowiem fakty, które miały zostać wykazane za pomocą tego dowodu, wynikały już z innych złożonych dowodów, tj. zdjęć masek załączonych do odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa środków ochrony indywidualnej dla Południowego Koncernu Węglowego Spółki Akcyjnej. Zamówienie zostało podzielone na 9 części. W zakresie części nr 6 zamówienia (Ochrona dróg oddechowych) jego przedmiotem była dostawa półmasek przeciwpyłowych FFP2 i FFP3 z zaworem wydechowym.

W rozdziale 6 pkt 6.1 SWZ Zamawiający wymagał, aby oferowane środki ochrony indywidualnej były zgodne z wymaganiami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 2016/425 z dnia 9 marca 2016r. w sprawie środków ochrony indywidulnej. Na potwierdzenie spełniania tego wymagania wykonawcy mieli załączyć do oferty: 1) Deklarację zgodności UE zgodną z załącznikiem IX do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 2016/425 w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz 2) aktualny Certyfikat badania typu UE wraz ze

sprawozdaniem z oceny (jeśli stanowi ono integralną część certyfikatu, co wynika z zapisów w nim zawartych), wydany przez jednostkę notyfikowaną.

Ponadto w rozdziale 6 pkt 6.2 Zamawiający wymagał, aby oferowany produkt był: a) wolny od wad prawnych, b) fabrycznie nowy, nieużywany i nieregenerowany, pochodzący z bieżącej produkcji, c) objęty 12-miesięcznym okresem gwarancyjnym oraz d) oznakowany zgodnie z obowiązującymi przepisami i wymogami norm oraz oznakowany trwale w całym cyklu użytkowania wyrobu.

W świetle rozdziału 6 pkt 6.8 Zamawiający wymagał również, aby oferowany produkt był zgodny z Opisem przedmiotu Zamówienia stanowiącym Załącznik nr 5 do SWZ. Na potwierdzenie spełniania tego wymagania wykonawcy mieli złożyć wzór każdego z oferowanych wyborów, z zastrzeżeniem, że:

1) Przed upływem terminu składania ofert wzory oferowanych wyrobów należy zdeponować w Magazynie Zakładu Górniczego Sobieski w Jaworznie przy ul. Sulińskiego 2, który jest czynny od godz. 8:00 do godz. 13:00 w dni robocze,

2) Opis wzoru oferowanego wyrobu powinien zawierać:

a) nazwę produktu,

b) nazwę wykonawcy,

c) numer referencyjny tego postępowania przetargowego,

3) Zamawiający zwraca wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, złożone do oferty wzory oferowanych wyrobów,

4) Zamawiający może zwrócić złożone wzory oferowanych wyrobów jeżeli wniosek, o którym mowa w pkt 3, nie został złożony w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy albo unieważnienia postępowania,

5) Wzory oferowanych wyrobów załączone przez wykonawcę do oferty wybranej jako najkorzystniejsza zostaną zdeponowane w Magazynie Zamawiającego jako załącznik do umowy na cały okres jej obowiązywania,

6) Zamawiający po zakończeniu obowiązywania umowy na wniosek wykonawcy zwróci załączone do umowy wzory.

W Załączniku nr 5 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) w pkt II (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia) w zakresie części nr 6 zamówienia Zamawiający wymagał spełnienia szczegółowych wymagań dotyczących:

1) Ochrona dróg oddechowych, półmaska przeciwpyłowa klasy FFP2 z zaworem wydechowym,

2) Ochrona dróg oddechowych, półmaska przeciwpyłowa klasy FFP3 z zaworem wydechowym.

W świetle treści Załącznika nr 5 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) w pkt III (Wspólny Opis Dla Wszystkich Części Zamówienia), Zamawiający żądał spełnienia następujących wymagań:

1) Oferowane środki ochrony indywidualnej winny spełniać wymagania:

- rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/425 z 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidulnej,

- być wolne od wad prawnych,

- fabrycznie nowe, nieużywane i nieregenerowane, pochodzące z bieżącej produkcji

- objęte 12-miesięcznym okresem gwarancyjnym,

2) Wymaga się, aby udział towarów pochodzących z państw UE, państw z którymi UE zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady UE stosuje się przepisy dyrektywy nr 2014/25/UE, będzie przekraczał 50 %.

3) Przed upływem terminu składania ofert wzory oferowanych wyrobów należy zdeponować w Magazynie Zakładu Górniczego Sobieski w Jaworznie przy ul. Sulińskiego 2, który jest czynny od godz. 8:00 do godz. 13:00 w dni robocze.

3.1) Opis wzoru oferowanego wyrobu powinien zawierać:

a) nazwę produktu,

b) nazwę wykonawcy,

c) numer referencyjny postępowania przetargowego,

d) Zamawiający zwraca wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, złożone do oferty wzory oferowanych wyrobów.

3.2) Zamawiający zwraca wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, złożone do oferty wzory oferowanych wyrobów.

3.3) Zamawiający może zwrócić złożone wzory oferowanych wyrobów, jeżeli wniosek, o którym mowa w pkt. 3.2 nie został złożony w terminie 30 dni od dnia zawarcia umowy albo unieważnienia postępowania.

3.4) Wzory oferowanych wyrobów załączone przez wykonawcę do oferty wybranej jako najkorzystniejsza zostaną zdeponowane w Magazynie Zamawiającego jako załącznik do umowy na cały okres jej obowiązywania.

3.5) Zamawiający po zakończeniu obowiązywania umowy na wniosek wykonawcy zwróci załączone do umowy wzory.

4) Wymagany termin realizacji zamówień wynosi do 14 dni roboczych od dnia złożenia danego zamówienia wykonawcy,

5) Miejscem dostawy towaru będą magazyny Zamawiającego w Jaworznie, Libiążu lub Brzeszczach, przy czym miejsce to będzie każdorazowo wskazywane przez Zamawiającego w zamówieniu.

Jako wymagane wzory oferowane produktu w ramach części nr 6 zamówienia wykonawca MAS złożył półmaski FFP2 A267V i FFP3 A367V, które posiadają oznakowanie wymagane przez normę PN-EN 149+A.1. Półmaski te nie posiadają

oznaczenia numeru partii lub serii na swojej powierzchni.

W dniu 9 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawcę MAS o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zakresie części nr 6 zamówienia – Ochrona dróg oddechowych – półmaski przeciwpyłowe FFP2 i FFP3 z zaworem wydechowym. Zamawiający uzasadnił, że zgodnie z rozdziałem 6 pkt 6.2 ppkt d SWZ Z wymagał aby oferowany produkt był oznakowany zgodnie z obowiązującymi przepisami i wymaganiami norm oraz oznakowany trwale w całym cyklu użytkowania wyrobu. Zgodnie z rozdziałem 6 pkt 6.8 SWZ wykonawca złożył wzór oferowanego wyrobu, półmaski FFP2 A 267 V oraz FFP3 A367V, w których stwierdzono brak numeru partii lub serii, co jest niezgodne z wymogami SWZ

rozdziału 6 pkt 6.2 ppkt d oraz z art. 8 pkt 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 2016/425 w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylenia dyrektywy Rady nr 89/686/EWG z dnia 9 marca 2016 r. W związku z nieprawidłowościami w przesłanych wzorcach Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy MAS w całości dla części nr 6 zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w dniach 4 września 2024 r., po zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron, uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

We wniesionym odwołaniu wykonawca MAS zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

- art. 16 ustawy PZP statuujący podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, w myśl którego zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny,

- art. 107 ust. 4 ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych,

- art. 223 ust. 1 ustawy PZP stanowiący, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby uznawanie przez Zamawiającego oferty wykonawcy MAS za niezgodną z warunkami zamówienia na tym etapie postępowania było przedwczesne. Uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jest bardzo krótkie i sprowadza się w zasadzie do arbitralnego stwierdzenia, że zaoferowane przez wykonawcę MAS półmaski FFP2 A267V oraz FFP3 A367V nie posiadają numeru partii lub serii, co zdaniem Zamawiającego jest niezgodne z SWZ (rozdział 6 pkt 6.2 ppkt d) oraz z art. 8 pkt 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 2016/425 w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylenia dyrektywy Rady 89/686/EWG z 9 marca 2016 r.

Izba wskazuje, iż wykonawca MAS słusznie wywodzi w swoim odwołaniu, że z żadnego postanowienia ujętego w SWZ lub załącznikach do niej nie wynika wprost wymóg, aby środki ochrony indywidualnej – półmaski przeciwpyłowe klasy FFP2 i FFP3 z zaworem wydechowym – zostały oznakowane numerem partii lub serii. Jednocześnie powołany przez Zamawiającego w rozdziale 6 pkt 6.2 ppkt d SWZ jako podstawa prawna postawienia wymogu „oznakowania zgodnie z obowiązującymi przepisami i wymogami norm" przepis art. 8 ust. 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 2016/425 z 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidulnej posiada dwuczłonową strukturę. Stanowi on, że „Producenci zapewniają, aby wprowadzane przez nich do obrotu ŚOI były opatrzone nazwą typu, numerem partii lub serii lub inną informacją umożliwiającą ich identyfikację lub – w przypadku gdy nie pozwala na to wielkość lub charakter ŚOI – aby wymagane informacje były umieszczone na opakowaniu lub w dokumencie towarzyszącym ŚOI". Co do zasady zatem środki ochrony indywidualnej powinny być opatrzone nazwą typu, numerem partii lub serii lub inną informacją umożliwiającą ich identyfikację. Jednakże przepis ten przewiduje wyjątek od wspomnianej zasady, a mianowicie, że jeśli nie pozwala na to wielkość lub charakter środka ochrony indywidualnej rozporządzenie zezwala, aby wymagane informacje były umieszczone na opakowaniu lub w dokumencie towarzyszącym środkowi ochrony indywidualnej. Na możliwość odstąpienia od zasady ogólnej wynikającej z regulacji art. 8 ust. 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 2016/425 z 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidulnej w toku postępowania odwoławczego przed Izbą w sposób konsekwentny powoływał się Odwołujący, wobec czego Zamawiający powinien w sposób szczegółowy zbadać i zweryfikować słuszność czynienia takiego odstępstwa od ogólnej zasady umieszczania na ŚOI nazwy typu, numeru partii lub serii lub innej indywidualizującej informacji. A jeśli już zdecydowałby się odrzucić ofertę wykonawcy jako niezgodną z warunkami zamówienia, to powinien dokładnie i wyczerpująco, w oparciu o obowiązujące regulacje prawne, uzasadnić swoją czynność, żeby nie było wątpliwości co do prawidłowości jego działania, a w konsekwencji słuszności jego decyzji

Zamawiający przed ewentualnym odrzuceniem oferty tego wykonawcy powinien zatem wyjaśnić, czy zaoferowane półmaski przeciwpyłowe FFP2 i FFP3 z zaworem wydechowym są zgodne z wymogiem, który postawił w rozdziale 6 pkt 6.2 lit. d SWZ, stwierdzającym, że oferowany produkt powinien być oznakowany zgodnie z obowiązującymi przepisami i wymogami norm oraz oznakowany trwale w całym cyklu użytkowania wyrobu i regulacją art. 8 pkt 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 2016/425 w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylenia dyrektywy

Rady nr 89/686/EWG z 9 marca 2016 r. I dopiero po odebraniu wyjaśnień od wykonawcy i skonfrontowaniu ich ze złożonymi wzorami i przepisami prawa Zamawiający powinien podjąć decyzję co do bytu oferty Odwołującego w postępowaniu w odniesieniu do części nr 6 zamówienia.

W ocenie Izby dowody w postaci dokumentacji fotograficznej masek zaoferowanych w postępowaniu przez innych wykonawców (tj. wykonawców: MADA, Prewenta, Lyreco Polska, EUROPROFIL oraz Spółdzielnię Inwalidów ZGODA) nie mają żadnego znaczenia w kontekście oceny oferty Odwołującego, bo dotyczą one masek innych producentów niż maski zaoferowane przez Odwołującego. Także korespondencja prowadzona przez Odwołującego z Zamawiającym prowadzącym inne postępowanie przetargowe nie znajduje przełożenia na to postępowanie i nie ma podstaw do oczekiwania podejmowania identycznych działań przez instytucji zamawiające, choćby prowadziły one zbliżone przedmiotowo postępowania. W tym stanie rzeczy dowody te nie miały większego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Skoro zatem Zamawiający w punkcie III Załącznika nr 5 do SWZ (Wspólny Opis Dla Wszystkich Części Zamówienia) oczekiwał, że zaoferowane środki ochrony indywidualnej będą spełniały wymagania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/425 z 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidulnej, to wywieźć z tego należy, że dopuszczał on również możliwość zamieszczenia wymaganych informacji na opakowaniu lub w dokumencie towarzyszącym środkowi ochrony indywidualnej. Natomiast to, czy w danych okolicznościach uczynienie takiego wyłomu od zasady wynikającej z art. 8 ust. 5 rozporządzenia było faktycznie uzasadnione, wymagało zażądania wyjaśnień od konkretnego wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania były zasadne, zaś Zamawiający naruszył przepisy ustawy PZP przedwcześnie odrzucając ofertę wykonawcy MAS, bez uprzedniego przeprowadzenia procedury wyjaśniającej treść złożonej oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Z uwagi na uwzględnienie odwołania w całości Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz wykonawcy MAS zwrot kosztów postępowania odwoławczego obejmujących wpis od odwołania i wynagrodzenie pełnomocnika w łącznej wysokości 18 600 zł 00 gr.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....