

WYROK

Warszawa, dnia 10 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2024 r. przez wykonawcę DEZEGA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ ;
siedzibą w Tychach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego JASTRZĘBSKA SPÓŁKA WĘGŁOWA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego "DRÄGER POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ" z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego Rozdziału III pkt 2.2.2 ppkt 4 specyfikacji technicznej, tj. określenia konieczności wyposażenia aparatu w pochłaniacz CO₂ jednokrotnego użytku, który pozwala użytkownikowi na wizualne kontrolowanie stanu sorbentu
2. Oddala odwołanie
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę DEZEGA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Tychach i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę DEZEGA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ ;
siedzibą w Tychach tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz kwotę 169 zł 00 gr (słownie: sto sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu
 - 3.2. zasądza od wykonawcy DEZEGA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Tychach na rzecz zamawiającego- JASTRZĘBSKA SPÓŁKA WĘGŁOWA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju kwotę 3 769 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 2071/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający JASTRZĘBSKA SPÓŁKA WĘGŁOWA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego pn: „Dostawa do zakładów JSW S.A. tlenowych aparatów regeneracyjnych, roboczych, nadciśnieniowych wraz z maskami pełnotwarzowymi”, nr referencyjny: 44/P/24.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 czerwca 2024 r. pod numerem: 324608-2024.

W postępowaniu tym wykonawca DEZEGA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ ;
siedzibą w Tychach (dalej: „Odwołujący”) w dniu 13 czerwca 2024r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji warunków zamówienia, w następującym zakresie:

- 1) Rozdział 5 – Część zamówienia pkt 5.1.9. – Kryteria kwalifikacji ogłoszenia o zamówieniu w zakresie przewidzenia odrzucenia oferty w przypadku, o którym mowa w art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp,
- 2) Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie:
 - a) pkt. 15 – Kryteria i sposób oceny ofert ppkt 15.2. w zakresie przewidzenia odrzucenia oferty w przypadku, o którym mowa w art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp,
 - b) Rozdziału III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. a) Załącznika nr 1 – Specyfikacji technicznej (dalej jako specyfikacja techniczna) i Rozdziału III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. a) specyfikacji technicznej w zakresie określenia konieczności posiadania przez aparaty pochłaniacza CO₂ wielokrotnego użytku, który pozwala użytkownikowi na wizualne kontrolowanie stanu sorbentu, tj. określenia rozwiązania oferowanego przez konkretnego wykonawcę,

- c) Rozdziału III pkt 2.2.2. ppkt 4 specyfikacji technicznej w zakresie określenia konieczności wyposażenia aparatu w pochłaniacz CO₂ jednokrotnego użytku, który pozwala użytkownikowi na wizualne kontrolowanie stanu sorbentu, tj. określenia rozwiązania oferowanego przez konkretnego wykonawcę,
- d) Rozdziału III pkt 2.2.2. ppkt 5 specyfikacji technicznej w zakresie określenia konieczności wyposażenia aparatu w pochłaniacz CO₂ wielokrotnego użytku, który pozwala użytkownikowi na wizualne kontrolowanie stanu sorbentu, tj. określenia rozwiązania oferowanego przez konkretnego wykonawcę,
- e) Rozdziału III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. l) specyfikacji technicznej i Rozdziału III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. l) specyfikacji technicznej w zakresie określenia konieczności wyposażenia aparatów w zestaw filtrów do pochłaniacza wielokrotnego użytku tj. określenia rozwiązania oferowanego przez konkretnego wykonawcę,
- f) Rozdział III pkt 2.2.2. ppkt 9 specyfikacji technicznej w zakresie określenia konieczności wyposażenia aparatu w filtr do pochłaniacza w formie tkaniny/maty filtrującej tj. określenia rozwiązania oferowanego przez konkretnego wykonawcę,
- g) Rozdział III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. b) tiret czwarty specyfikacji technicznej, Rozdział III pkt 2.1.2. ppkt 9 lit. b) tiret czwarty specyfikacji technicznej i Rozdział III pkt 2.2.2. ppkt 3) tiret czwarty specyfikacji technicznej w zakresie określenia konieczności dostarczenia aparatów wyposażonych w butlę tlenową z gwintem G 3/4", tj. określenia wymagania dla aparatów niezgodnego z obowiązującymi normami,
- h) Rozdział III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. c) specyfikacji technicznej i Rozdział III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. c) specyfikacji technicznej w zakresie określenia konieczności dostarczenia aparatów wyposażonych w butlę tlenową z gwintem G 3/4", tj. określenia wymagania dla aparatów niezgodnego z obowiązującymi normami.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 99 ust. 4 Pzp poprzez:

- a) sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie parametrów techniczno-użytkowych tlenowego aparatu regeneracyjnego dotyczących pochłaniacza CO₂ i filtrów do pochłaniaczy w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. przez wskazanie rozwiązań charakterystycznych dla jednego producenta bez jednoczesnej możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych, co powoduje, że określone przez Zamawiającego wymagania spełnić może jedynie jeden, konkretny wykonawca, tj. Dräger Polska sp. z o.o., a co nie ma uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego i nie wpływa na podwyższenie cech użytkowych aparatów będących przedmiotem zamówienia, co prowadzi do uprzywilejowania wykonawcy – Dräger Polska sp. z o.o. oraz wyeliminowania pozostałych wykonawców,
- b) wprowadzenie wymagania dostarczenia aparatów z gwintem G 3/4" co utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż wskazane wymaganie w zakresie budowy aparatu jest niezgodne z obowiązującymi normami, a co za tym idzie wyklucza możliwość złożenia oferty przez wykonawców, którzy stosują w oferowanych aparatach wymagania obowiązujących norm,

2) art. 16 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz z naruszeniem zasady proporcjonalności i przejrzystości, polegające na:

- a) przewidzeniu odrzucenia oferty w przypadku określonym w art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp, w sytuacji kiedy odrzucenie oferty na tej podstawie nie jest uzasadnione i w rzeczywistości prowadzić ma do wyeliminowania Odwołującego z postępowania i wyboru oferty konkretnego wykonawcy,
- b) określeniu parametrów techniczno-użytkowych tlenowego aparatu regeneracyjnego w sposób odpowiadający specyfikacji technicznej urządzeń konkretnego wykonawcy – Dräger Polska sp. z o.o., tj. sformułowanie parametrów dotyczących pochłaniacza CO₂ oraz filtrów do pochłaniaczy poprzez odwołanie się do rozwiązań charakterystycznych dla tego wykonawcy, co powoduje, że określone przez Zamawiającego wymagania spełnić może jedynie jeden, konkretny wykonawca, tj. Dräger Polska sp. z o.o., a co nie ma uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego i nie wpływa na podwyższenie cech użytkowych aparatów będących przedmiotem zamówienia, co prowadzi do uprzywilejowania wykonawcy – Dräger Polska sp. z o.o. oraz wyeliminowania pozostałych wykonawców,
- c) wprowadzeniu wymagania dostarczenia aparatów z gwintem butli tlenowej oraz reduktora ciśnienia G 3/4" co utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż wskazane wymaganie w zakresie budowy aparatu jest niezgodne z obowiązującymi normami, a co za tym idzie wyklucza możliwość złożenia oferty przez wykonawców, którzy stosują w oferowanych aparatach wymagania obowiązujących norm,

3) art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny poprzez nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp i zastosowanie go w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa Zamawiającego do odrzucenia oferty, tj. określenia przesłanki odrzucenia oferty wyłącznie w celu wyeliminowania możliwości złożenia oferty przez Odwołującego.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany:

a) ogłoszenia o zamówieniu w zakresie rozdziału 5 – Część zamówienia pkt 5.1.9. – Kryteria kwalifikacji poprzez usunięcie podstawy odrzucenia oferty w przypadku, o którym mowa w art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp, a co za tym idzie nadanie zapisowi następującej treści: „Kryterium: Rodzaj: Inne Nazwa: O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące: -sytuacji finansowej, -zdolności technicznej. Opis: Szczegółowe informacje dotyczące wadium zostały zawarte w SWZ. Zamawiający odrzuci ofertę w sytuacjach określonych w art. 226 ust. 1 PZP.”,

2) Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie:

- a) pkt. 15 – Kryteria i sposób oceny ofert ppkt 15.2. poprzez usunięcie podstawy odrzucenia oferty w przypadku, o którym mowa w art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp, a co za tym idzie nadanie zapisowi następującej treści: „Zamawiający odrzuci ofertę w sytuacjach określonych w art. 226 ust. 1 PZP”,
- b) Rozdziału III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. a) Załącznika nr 1 – Specyfikacji technicznej (dalej jako specyfikacja techniczna) i Rozdziału III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. a) specyfikacji technicznej poprzez usunięcie konieczności posiadania przez aparat wizualnej kontroli stanu sorbentu i nadanie im następującej treści: „pochłaniacz CO2 wielokrotnego użytku”,
- c) Rozdziału III pkt 2.2.2. ppkt 4 specyfikacji technicznej poprzez usunięcie konieczności posiadania przez aparat wizualnej kontroli stanu sorbentu i nadanie mu następującej treści: „Pochłaniacz CO2 jednorazowego użytku”,
- d) Rozdziału III pkt 2.2.2. ppkt 5 specyfikacji technicznej poprzez usunięcie konieczności posiadania przez aparat wizualnej kontroli stanu sorbentu i nadanie mu następującej treści: „Pochłaniacz CO2 wielokrotnego użytku”,
- e) Rozdziału III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. l) specyfikacji technicznej i Rozdziału III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. l) specyfikacji technicznej poprzez usunięcie konieczności dostarczenia zestawu filtrów, jeżeli zaoferowany aparat nie wymaga wymiany filtrów i nadanie im następującej treści: „zestaw filtrów do pochłaniacza wielokrotnego użytku – jeżeli użytkowanie aparatu wymaga wymiany filtrów”,
- f) Rozdział III pkt 2.2.2. ppkt 9 specyfikacji technicznej poprzez usunięcie konieczności dostarczenia filtra do pochłaniacza, jeżeli zaoferowany aparat nie wymaga wymiany filtra i nadanie im następującej treści: „Filtr do pochłaniacza (tkanina/mata filtrująca) – jeżeli użytkowanie aparatu wymaga wymiany filtrów”,
- g) Rozdział III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. b) tiret czwarty specyfikacji technicznej, Rozdział III pkt 2.1.2. ppkt 9 lit. b) tiret czwarty specyfikacji technicznej i Rozdział III pkt 2.2.2. ppkt 3) tiret czwarty specyfikacji technicznej poprzez usunięcie konieczności dostarczenia aparatów wyposażonych w butlę tlenową z gwintem G 3/4” i zmianę wymagania na zgodne z obowiązującymi przepisami oraz nadanie im następującej treści: „z gwintem spełniającym wymagania normy technicznej EN 144-2:2018”,
- h) Rozdział III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. c) i Rozdział III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. c) specyfikacji technicznej poprzez usunięcie konieczności dostarczenia aparatów wyposażonych w butlę tlenową z gwintem G 3/4” i zmianę wymagania na zgodne z obowiązującymi przepisami oraz nadanie im następującej treści: „reduktor ciśnienia z przyłączeniem butli tlenowej zgodnie z normą techniczną EN 144-2:2018”,

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według rachunku, który zostanie przedłożony na posiedzeniu lub rozprawie.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał min.:

1) pochłaniacz CO2 i filtry

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w specyfikacji technicznej przewidział między innymi następujące wymagania dla przedmiotu zamówienia:

- 1) aparaty powinny być wyposażone w pochłaniacz CO2 wielokrotnego użytku, który pozwala użytkownikowi na wizualne kontrolowanie stanu sorbentu (zapisy Rozdziału III pkt 7 2.1.1. ppkt 9 lit. a), Rozdziału III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. a), Rozdziału III pkt 2.2.2. ppkt 4, Rozdziału III pkt 2.2.2. ppkt 5 specyfikacji technicznej),
- 2) aparaty powinny posiadać zestaw filtrów do pochłaniacza wielokrotnego użytku (zapisy Rozdziału III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. l) i Rozdziału III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. l) specyfikacji technicznej),
- 3) aparaty powinny być wyposażone w filtr do pochłaniacza – tkanina/mata filtrująca (Rozdział III pkt 2.2.2. ppkt 9 specyfikacji technicznej).

Zamawiający wprowadził więc w szczególności dwa wymagania powyższymi zapisami:

- 1) aby pochłaniacz CO2 posiadał przezroczystą zabudowę umożliwiającą użytkownikowi na wizualne kontrolowanie stanu sorbentu,
- 2) konieczność dołączenia do aparatów filtrów w postaci tkaniny/maty filtrującej.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający formułując wymogi zawarte w specyfikacji technicznej w powyższy sposób doprowadził do zawężenia do jednego wykonawcy kręgu wykonawców, których urządzenia spełniają wymagania techniczne. Wprowadzone przez Zamawiającego w/w dwa wymagania dla aparatów stanowią rozwiązania specyficzne wyłącznie na produktów oferowanych przez jednego wykonawcę, tj. Dräger Polska sp. z o.o.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie ze specyfikacją techniczną aparatu oddechowego Dräger BG ProAir umieszczoną na stronie internetowej producenta oferowane przez tego wykonawcę urządzenie posiada:

- 1) specjalnie zaprojektowany pochłaniacz CO₂ z przezroczystą obudową pozwalającą sprawdzić gotowość do użytku (s. 2 danych technicznych Dräger BG ProAir),
- 2) filtr do pochłaniaczy wielorazowego użytku w postaci tkaniny/maty filtrującej (s. 28, 31 instrukcji obsługi Dräger BG ProAir).

Jak zatem wynika z powyższych informacji, wymagania postawione przez Zamawiającego w zakresie parametrów techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia pokrywają się z parametrami technicznymi tlenowych aparatów regeneracyjnych Dräger BG ProAir. Przy czym takie parametry techniczno-użytkowe są właściwe wyłącznie dla urządzeń producenta Dräger Polska sp. z o.o. Podkreślić również należy, że są to rozwiązania opatentowane przez producenta. Nie są to standardowe rozwiązania techniczne dla tego typu produktów, co obrazują poniższe tabele stanowiące porównanie konkretnych parametrów tlenowych aparatów regeneracyjnych producentów działających na rynku:

Zgodnie z kolejnym porównaniem parametrów aparatów ofertowych przez wykonawców na rynku:

Odwołujący podkreślił, że filtry do pochłaniaczy wielorazowego użytku w postaci tkaniny/maty filtrującej to specyficzne rozwiązanie techniczne stosowane w tlenowych aparatach regeneracyjnych Dräger BG ProAir, nieznajdujące zastosowania w tlenowych aparatach regeneracyjnych innych producentów. Pozostali producenci nie zastosowali takiego rozwiązania, gdyż nie wpływa ono w jakkolwiek znaczący sposób na funkcjonalność aparatu, czy podniesienie bezpieczeństwa użytkownika aparatu. Stanowi jedynie „przekonstruowanie”, czyli dodatkowy, de facto zbędny element urządzenia, który może jedynie utrudniać serwis i czyszczenie oraz generować dodatkowe koszty związane z wymianą czy naprawą. Inni producenci aparatów oferują rozwiązania, które nie wymagają stosowania i wymiany takich filtrów.

Przedstawione wyżej różnice w zakresie konkretnych parametrów technicznych tlenowych aparatów regeneracyjnych różnych producentów, w zastosowaniu praktycznym nie mają żadnego znaczenia. Nie wpływają one na efektywność urządzeń, jak również nie wpływają negatywnie, bądź pozytywnie na bezpieczeństwo osób noszących aparaty. Nie ma tym samym praktycznego uzasadnienia dla sformułowania w specyfikacji technicznej wymogów w zakresie parametrów techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia w sposób, w jaki uczynił to zamawiający, czyli poprzez określenie parametrów techniczno-użytkowych właściwych wyłącznie dla urządzeń producenta Dräger Polska sp. z o.o. Zamawiający wprost „przepisał” do opisu przedmiotu zamówienia rozwiązania zastosowane w aparatach oferowanych przez tego wykonawcę.

Ponadto zamawiający nie uzasadnił sformułowania specyfikacji technicznej w w/w sposób, choć był do tego obowiązany.

W przypadku treści SWZ zaskarżonej niniejszym odwołaniem nie ma żadnych racjonalnych potrzeb Zamawiającego, które uzasadniałyby sformułowanie w specyfikacji technicznej wymogów w zakresie parametrów techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia w sposób, w jaki zrobił to Zamawiający, a zatem odpowiadający produktom jednego producenta - Dräger Polska sp. z o.o. Parametry specyficzne dla tlenowych aparatów regeneracyjnych Dräger BG ProAir, a które Zamawiający wskazał w specyfikacji technicznej równocześnie nie dopuszczając rozwiązań równoważnych, nie mają znaczenia z perspektywy praktycznego użytkowania i nie przyczyniają się do zwiększenia funkcjonalności lub bezpieczeństwa użytkownika. Co więcej nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający opisał przedmiot Zamówienia w sposób wystarczająco precyzyjny i zrozumiały, bez jednoczesnego zawężenia parametrów techniczno-użytkowych do właściwych urządzeniom jednego producenta.

2) gwint

Zamawiający w specyfikacji technicznej dla butli tlenowej oraz reduktora ciśnienia przewidział następujące wymagania:

1) butla tlenowa:

- a) materiał: kompozyt,
 - b) o pojemności: minimum 2 litry,
 - c) o ciśnieniu roboczym: min. 200 bar,
 - d) z gwintem G 3/4",
 - e) do wielokrotnego napełniania,
 - f) butlę należy dostarczyć ze świadectwem UDT, (Rozdział III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. b), Rozdział III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. b), oraz Rozdział III pkt 2.2.2. ppkt 3 specyfikacji technicznej),
- 2) reduktor ciśnienia z przyłączem butli tlenowej G 3/4" (Rozdział III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. c) i Rozdział III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. c) specyfikacji technicznej),

Odwołujący podniósł, że kwestię dopuszczalnej na terenie Unii Europejskiej specyfikacji technicznej zaworów butli gazowych w sprzęcie ochronnym układu oddechowego, reguluje norma EN 144-2:2018. Podstawę prawną dla obowiązkowej normy stanowi 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. Norma zawiera między innymi wymagania wymiarowe oraz dopuszczalne tolerancje dla zaworów butli oraz połączeń skojarzonych celem zapewnienia bezpiecznego użytkowania każdego połączenia przy zamierzonym ciśnieniu roboczym. Dla potrzeb Standardu Europejskiego złącza zostały sklasyfikowane w szereg typów, przy czym dla aparatów roboczych (tlenowych aparatów

regeneracyjnych) właściwy jest typ:

- 1) O1, gdzie ciśnienie robocze tlenu w butli wynosić ma do 232 barów,
- 2) O2, gdzie ciśnienie robocze tlenu w butli wynosić ma od 232 bar aż do 300 bar.

Dla złączy dla tlenu typu O1 i O2 wymiary podawane są w milimetrach, a tolerancje powinny być zgodne z normą ISO 2768-mk. Dla aparatów roboczych (tlenowych aparatów regeneracyjnych) wymiar złącza w butlach tlenowych oraz elementach, do których butla jest przyłączana musi posiadać:

- 1) dla typu O1 – wymiar M24x2.
- 2) dla typu O2 – wymiar M22x1,5.

Wymagania ze specyfikacji technicznej dotyczące posiadania przez butlę tlenową oraz reduktor ciśnienia z przyłączem do butli gwintu w rozmiarze G 3/4" są niezgodne z obowiązującą na terenie Unii Europejskiej normą techniczną EN 144-2:2018 dotyczącą zaworów butli gazowych w sprzęcie ochrony układu oddechowego, w tym tlenowych aparatów regeneracyjnych. Zamawiający, aby zapewnić zgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia z obowiązującymi na terenie UE normami, zobligowany jest do zmiany specyfikacji technicznej w zakresie wymagań dotyczących rozmiaru gwintu butli oraz reduktora ciśnienia. Zamawiający wprowadził wymagania dla gwintu niegodne z obowiązującymi normami, przez co ograniczył w sposób nieuzasadniony uczciwą konkurencję.

Uzasadnienie zarzutów dotyczących przewidzenia odrzucenia oferty w przypadku, o którym mowa określonych w art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp

Przewidzenie przez Zamawiającego podstawy odrzucenia oferty określonej w art. 394 ust. 1 pkt 4 Pzp można by uznać za racjonalne i dopuszczalne, gdyby nie zbieg z treścią SWZ sformułowaną w sposób faworyzujący konkretnego wykonawcę, tj. Dräger Polska sp. z o.o. oraz wykluczający innych wykonawców. Parametry wskazane w Specyfikacji technicznej pozwalają bowiem na zaoferowanie tylko jednego modelu tlenowego aparatu regeneracyjnego - Dräger BG ProAir, zaś takie wymogi nie są w żaden sposób uzasadnione racjonalnym interesem Zamawiającego. Powyższa zależność niewątpliwie świadczy nie o chęci odrzucenia ofert ze względu na pochodzenie produktów, a o woli udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy i wyeliminowania pozostałych. Zamawiający w sposób oczywisty dąży do wyeliminowania możliwości złożenia oferty przez Odwołującego. Zamawiający publikując ogłoszenie nie przewidział odrzucenia oferty zgodnie z art. 394 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający jednak dokonał zmiany w tym zakresie. Nie ma przy tym żadnych uzasadnionych interesów Zamawiającego, które stałyby za konieczności wprowadzenia przesłanki odrzucenia oferty, w tym aż potrzeby zmiany ogłoszenia. Zamawiający ma świadomość, że Odwołujący może mieć przeszkody w celu zaoferowania produktów, które spełniałyby wymaganie w zakresie pochodzenia. Wszyscy wykonawcy działający na rynku (z uwagi na ich niewielką liczbę) są znani Zamawiającemu. Zamawiający zna również produkty oferowane przez wszystkich wykonawców. Zamawiający celowo więc w kolejnym postępowaniu przewidział wykluczenie z art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp. W uprzednio prowadzonych postępowaniach Zamawiający nie przewidywał wskazanej przesłanki odrzucenia oferty z uwagi na pochodzenie produktów. W tym kontekście należy wskazać, że w uprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, Zamawiający próbował stosować preferowanie pochodzenia produktów z terenu UE, w celu nie dokonania wyboru oferty Odwołującego, pomimo, że nie miał ku temu podstaw. W tym przypadku Zamawiający również dążył do zastosowania przepisu, który nie mógł mieć zastosowania, w celu dokonania wyboru oferty Dräger Polska sp. z o.o. Z działań Zamawiającego w sposób oczywisty wynika więc preferowanie jednego wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego, wprowadzenie przez Zamawiającego odrzucenia oferty, w której udział produktów, w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy 13 decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, nie przekracza 50%, stanowi nie tylko obejście prawa i zastosowanie przywileju niezgodnie z jego przeznaczeniem, ale także jest sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami, dokładnie art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. Zgodnie z przywołanym przepisem „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”. Celem społeczno-gospodarczym uprawnienia zamawiającego sektorowego do odrzucenia oferty przez wzgląd na pochodzenie towarów jest chęć „uprzywilejowania” produktów pochodzących z UE, na co wskazuje chociażby literalna wykładnia art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym natomiast, Zamawiający posłużył się swoim uprawnieniem w celu zabezpieczenia udzielenia zamówienia dla faworyzowanego przez siebie wykonawcy – Dräger Polska sp. z o.o. Jest to działanie niewątpliwie sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa, a tym samym (biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy) Zamawiający przewidując przesłankę odrzucenia z art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp działał w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami.

W złożonym piśmie z dnia 4 lipca 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał min.:

Ad. 1 i 2

Zamawiający zwrócił uwagę, że uprawniony jest wprowadzić w ogłoszeniu o zamówieniu i swz dodatkową przesłankę odrzucenia oferty. W żadnej mierze nie można uznać, że skorzystanie z przedmiotowego uprawnienia stanowi niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, przewidzianą w art. 513 pkt 1 pzp. Konsekwencją powyższego jest wniosek, zgodnie z którym z mocy przepisu art. 513 pkt 1 pzp wprowadzenie w rozdziale 5 pkt 5.1.9. ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 15 ppkt 15.2. swz przesłanki umożliwiającej odrzucenie oferty w przypadku, o którym mowa w art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp z obiektywnych względów nie może naruszać przepisów pzp i stanowić skutecznego zarzutu odwołania.

Zamawiający wskazał, że zaskarżone przez Odwołującego wymogi przewidziane w specyfikacji technicznej wynikają z jego obiektywnie uzasadnionych potrzeb i nie mają na celu zapewnienie spółce Dräger Polska sp. z o.o. uzyskanie uprzywilejowanej pozycji w przedmiotowym postępowaniu. Nawet przyjmując, wbrew jednak wszelkim zasadom, że zarzuty odwołania dotyczące wymogów zawartych w specyfikacji technicznej są zasadne, należy zauważyć, że każdy zarzut należy rozpatrywać odrębnie i uwzględnienie przez Izbę zarzutów wskazanych w pkt 2) lit. c – h petitum odwołania nie będzie skutkowało automatycznym uwzględnieniem zarzutów zawartych w pkt 1) oraz pkt 2) lit. a – b. Stąd zupełnie chybione jest łączenie przez odwołującego wprowadzenia przesłanki odrzucenia przewidzianego w art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp ze wskazanymi przez niego wymogami, które zamawiający przewidział w treści specyfikacji technicznej.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazał, że na etapie przygotowania postępowania zapoznał się z ofertą rynkową spółki Dezega Polska sp. z o.o. dostępną na stronie internetowej o adresie: <https://www.dezega.com>. Opublikowane tam informacje nie zostały opracowane w języku polskim. Opis produktu oferowanego przez odwołującego tj. aparatu regeneracyjnego DEZEGA-P70 dostępny jest na podstronie o adresie <https://www.dezega.com/en/catalog/compressed-oxygen-self-contained-closed-circuit-breathing-apparatus-dezega-p-70>.

Jednakże nie została tam przedstawiona dokumentacja techniczna urządzenia lub instrukcja obsługi. Ponadto brak na stronie informacji, że wyrób można użytkować zgodnie z grupą urządzeń I (podziemne wyrobiska kopalń) i kategorią M1.

Wskazując na powyższe zamawiający oświadczył, że nie posiada wiedzy o rozwiązaniach technicznych zastosowanych w oferowanych przez odwołującego aparatach tlenowych. Jednocześnie zamawiający nie posiada informacji co do tego, że odwołujący zamierza złożyć ofertę, w której udział produktów, pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE nie przekracza 50%. Stąd nie można uznać, że zamawiający skorzystał z uprawnienia przewidzianego w art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp w celu uniemożliwienia odwołującemu złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu i zapewnienia spółce Dräger Polska sp. z o.o. uprzywilejowanej pozycji w postępowaniu nr 44/P/24. Tym samym nie można uznać, że zamawiający skorzystał z przedmiotowego prawa niezgodnie z jego społeczno – gospodarczym przeznaczeniem, co zarzut naruszenia art. 5 kc czyni bezpodstawnym z przyczyn nader oczywistych.

Na marginesie Zamawiający zaznaczył, że spółka Dezega Polska sp. z o.o. zarzuciła, że wprowadzenie w niniejszym postępowaniu podstawy odrzucenia, przewidzianej w art. 393 ust. 1 pkt 4 pzp stanowiło dodatkowo obejście prawa. Jednakże odwołujący nie wskazał w celu obejścia jakiego nakazu albo zakazu ustawowego miałyby to nastąpić. Stąd również wspomniany zarzut należy uznać za gołosłowny i jako taki nie może zostać uwzględniony.

Ad. 3 i 5

Zamawiający przytoczył tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując, że przytoczone wytyczne orzecznictwa mają decydujące znaczenie dla oceny wprowadzenia przez zamawiającego w Rozdziale III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. a) i Rozdziale III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. a) specyfikacji technicznej wymogu wyposażenia aparatu w pochłaniacz CO₂ wielokrotnego użytku, który pozwala użytkownikowi na wizualne kontrolowanie stanu sorbentu. Wynikało to z faktu, zgodnie z którym procedura przygotowania aparatu do użycia obejmuje między innymi napełnienie sorbentem zasobnika, tj. pochłaniacza dwutlenku węgla (CO₂) wielokrotnego użytku, który następnie jest montowany w aparacie. Powyższe czynności są wykonywane przez członka drużyny ratowniczej, a mianowicie mechanika sprzętu ratowniczego. W działaniach ratowniczych istotne znaczenie ma bezpieczeństwo w użytkowaniu sprzętu, które wynika również z prawidłowego uzupełnienia sorbentem zasobnika. W dotychczas stosowanych aparatach ratowniczych kontrola ilości sorbentu odbywa się w sposób akustyczny, poprzez potrząsanie zasobnikiem i sprawdzanie wypełnienia sorbentem. Ustalenie ilości sorbentu następowało na podstawie emitowanego dźwięku. Należy jednak nadmienić, iż niniejsza kontrola umożliwia jedynie stwierdzenie czy sorbent nie uległ zbryleniu, natomiast na tej podstawie nie można stwierdzić poziomu napełnienia zasobnika sorbentem. Z uwagi na fakt, że powyższe rozwiązanie jest stosowane od lat siedemdziesiątych XX wieku, postęp technologiczny i innowacyjny umożliwił wykonywanie tej kontroli w sposób wizualny, który pozwala na bieżąco i dokładnie ustalać ilość sorbentu. W ocenie zamawiającego, jest to rozwiązanie, które w istotny sposób wpływa na wzrost bezpieczeństwa i komfortu pracy ratowników górniczych.

Ad. 4

Zamawiający wskazał, że w dniu 20.06.2024 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści przedmiotowego zapisu,

polegającej na rezygnacji z wymogu, zgodnie z którym pochłaniacz CO₂ jednokrotnego użytku powinien pozwalać użytkownikowi na wizualne kontrolowanie stanu sorbentu (potwierdzenie modyfikacji na stronie internetowej postępowania oraz zawiadomienie wykonawców – w aktach sprawy). Uwzględniając fakt, że wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego (art. 552 ust. 1 pzp), należy uznać, że przedmiotowy zarzut odnosi się do nieistniejącego postanowienia specyfikacji technicznej i jako taki jest bezprzedmiotowy. Stąd podlega on oddaleniu z przyczyn nader oczywistych.

Ad. 6 i 7

Zamawiający wskazał, że istotnym elementem tlenowych aparatów regeneracyjnych, roboczych, nadciśnieniowych, których dostawa stanowi przedmiot niniejszego zamówienia są pochłaniacze CO₂. Rolą pochłaniaczy jest redukcja stężenia CO₂ w powietrzu obiegowym, która następuje wskutek wiązania dwutlenku węgla w wydychanym przez ratownika powietrzu. Następuje to w drodze reakcji chemicznej z sorbentem, stanowiącym mieszaninę wodorotlenku sodu oraz wodorotlenku wapnia. Substancja ta dostarczana jest w formie granulatu, który w przypadku pochłaniaczy wielokrotnego użytku jest dostarczany w pojemnikach, a następnie przesypywany do pochłaniaczy, zainstalowanych w aparatach. Podczas transportu do miejsc, w których prowadzona jest akcja ratownicza lub prace profilaktyczne aparaty są narażone na wstrząsy, powodujące częściowe kruszenie się sorbentu, a w konsekwencji powstawanie frakcji pylastej sorbentu. Wskutek powyższego istnieje możliwość przedostania się frakcji pylastej sorbentu do organizmu ratownika, co rodzi ryzyko wystąpienia zaburzeń i chorób układu oddechowego. Z uwagi na konieczność zabezpieczenia użytkownika aparatu przed przedstawionymi powyżej niekorzystnymi skutkami, zamawiający w treści Rozdziału III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. I) i Rozdziału III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. I) specyfikacji technicznej wprowadził wymóg wyposażenia aparatów w zestaw filtrów do pochłaniacza wielokrotnego użytku, a ponadto w treści Rozdziału III pkt 2.2.2. ppkt 9 specyfikacji technicznej wprowadził obowiązek wyposażenia aparatu w filtr do pochłaniacza w formie tkaniny/maty filtrującej.

Wprowadzając przedmiotowe wymogi zamawiający kierował się wyłącznie obowiązkiem zapewnienia bezpieczeństwa pracy ratowników górniczych. Z uwagi na brak niezbędnych informacji na stronie internetowej odwołującego, obejmujących w szczególności metody zapobiegania niekorzystnemu zjawiskowi, polegającemu na przedostaniu się frakcji pylastej sorbentu do organizmu użytkownika, zamawiający wprowadził przedmiotowy wymóg.

Zamawiający zwrócił uwagę, że ani z treści powszechnie dostępnej dokumentacji technicznej aparatów odwołującego, ani z treści odwołania nie wynika jakie rozwiązania techniczne zastosował on w celu zabezpieczenia ratowników przed szkodliwym wpływem sorbentu na zdrowie użytkowników. Dlatego z oczywistych względów nie można uznać, że przedmiotowy zapis został wprowadzony w celu wyeliminowania odwołującego z przedmiotowego postępowania. Na marginesie Zamawiający wskazał, iż w obecnie stosowanych rozwiązaniach w zakresie aparatów nurkowych z obiegiem zamkniętym (Rebreatherach), również zastosowany jest zespół filtrów.

Ad. 8 i 9

Odwołujący zarzucił, że w Rozdziale III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. c) i Rozdziale III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. c) specyfikacji technicznej zamawiający wprowadził wymóg dostarczenia aparatów wyposażonych w butlę tlenową z gwintem G 3/4", tj. wprowadził wymagania dla aparatów niezgodne z obowiązującymi normami. Jednakże nie zauważył odwołujący, że wskazane przez niego postanowienia specyfikacji technicznej nie wprowadzają wymogów dla butli tlenowej, a reduktora ciśnienia. Stąd już tylko z powyższych względów zarzut odwołania pozostaje zupełnie chybionym. Uznając jednak, że przedmiotowy zarzut został sformułowany prawidłowo, czemu zamawiający konsekwentnie zaprzecza, należy wskazać, że wymóg zastosowania gwintu 3/4", który to wymóg został przewidziany w Rozdziale III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. b) tiret czwarte, Rozdziale III pkt 2.1.2. ppkt 9 lit. b) tiret czwarte, Rozdziale III pkt 2.2.2. ppkt 3) tiret czwarte, Rozdziale III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. c) i Rozdziale III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. c) specyfikacji technicznej wynika z obiektywnych potrzeb zamawiającego. Powyższy wniosek wynika z faktu, że Kopalniane Stacje Ratownictwa Górniczego we wszystkich zakładach górniczych zamawiającego wyposażone są w przetłaczarki tlenu, służące do napełniania butli tlenowych aparatów ratowniczych. Napełnienie polega na przetłoczeniu tlenu z butli o pojemności np. 40 l do pustych butli tlenowych o pojemności 2 l, w które wyposażone są aparaty regeneracyjne. Jednym z parametrów przetłaczarek tlenu posiadanych przez zakłady zamawiającego jest standard gwintu umożliwiający napełnianie konkretnych butli tlenowych. W przypadku zamawiającego standardem w butlach tlenowych aparatów ratowniczych o pojemności 2 l, jak również obsługujących je przetłaczarek tlenu jest gwint G 3/4". Zamawiający posiada w swoich zasobach 12 szt. przetłaczarek tlenu różnych producentów o gwincie G 3/4". Zamawiający nie posiada przetłaczarek tlenu posiadających inny gwint. W przypadku konieczności zastosowania przez zamawiającego innego standardu niż gwint G 3/4", byłby on zmuszony do wymiany wszystkich posiadanych przetłaczarek tlenu, co wiązałoby się z poniesieniem kosztu w wysokości co najmniej 2.148.000,00 zł netto.

Zamawiający podniósł, że gwint G 3/4" jest standardem gwintu, powszechnie wykorzystywanym przez całe ratownictwo górnicze w Polsce. Wszystkie stacje ratownicze, w tym Centralna Stacja Ratownictwa Górniczego (CSRG) w Bytomiu wykorzystują go w swoich butlach. Podczas akcji ratowniczych do zakładu zamawiającego kierowane są zastępy ratowniczych CSRG. Urządzenia przetłaczające tlen muszą być zatem wyposażone w standardy złączy zgodne z sprzętem wspierających zastępów CSRG, których standardem jest jak wcześniej wskazano gwint G 3/4". Powyższe

pozwała na zachowanie kompatybilności sprzętowej wszystkich jednostek ratowników, która to kompatybilność jest niezbędna do prowadzenia skutecznych i bezpiecznych akcji ratowniczych.

Jeżeli chodzi o niezgodność z obowiązującymi normami, w szczególności normą EN 144-2:2018, Zamawiający wskazał, że przepis art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 12.09.2002 r. o normalizacji jest jasny i jednoznaczny. Stanowi on, że stosowanie Polskich Norm jest dobrowolne. W związku z tym nie sposób uznać, że jakkolwiek norma techniczna, w tym norma EN 144- 2:2018 ma moc obowiązującą. Powyższe stanowi wystarczającą podstawę do uznania, że omawiany zarzut jest zupełnie chybiony i w żaden sposób nie może się ostać.

Zamawiający podkreślił, że w punkcie II.7.1. specyfikacji technicznej wprowadził jednoznaczny wymóg, zgodnie z którym realizacja rzeczowa przedmiotu zamówienia powinna być zgodna z n/w wymaganiami w zakresie aktów prawnych, przepisów i norm. W szczególności przedmiot zamówienia winien spełniać wymagania normy EN 145:1997+A1:2000 lub równoważnej. Ponadto, ani przywołane postanowienie, ani żaden inny zapis dokumentów zamówienia nie wskazują, że przedmiot zamówienia powinien spełniać wymagania określone w normie EN 144-2:2018. Uwzględniając przytoczony powyżej przepis art. 5 ust. 3 ustawy o normalizacji należy stwierdzić, że zamawiający nie był zobowiązany wprowadzić do treści specyfikacji technicznej wymogów przewidzianych w powołanej przez odwołującego normie. Stąd niewprowadzenie do treści specyfikacji technicznej wymogów przewidzianych w normie EN 144-2:2018 nie można kwalifikować jako naruszenie jakichkolwiek przepisów rangi ustawowej, w tym naruszenie przepisów pzp. Ponadto należy zauważyć, że w punkcie 6.15 normy EN 145:1997+A1:2000 wskazano, że „połączenie pomiędzy butlą a zaworami powinno być uzyskane przez połączenie określone w normie EN 144-1:1991”. Z kolei druga ze wskazanych norm nie wymienia gwintów wskazanych w treści odwołania. Uwzględniając powyższe wypada zauważyć, że nie występowały żadne przeszkody do wprowadzenia wymogu, zgodnie z którym butla tlenowa i reduktor ciśnienia z przyłączem butli tlenowej powinny posiadać gwint G 3/4”, co omawiany zarzut czyni co najmniej nieuzasadnionym.

Zamawiający zaznaczył, że ani treść normy EN 144-2:2018, ani treść rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylecia dyrektywy Rady 89/686/EWG nie wskazuje, że wspomniana norma „implementuje” do krajowego systemu prawnego przepisy rozporządzenia. W związku z tym zupełnie chybione jest stanowisko odwołującego, zgodnie z którym „podstawę prawną dla obowiązkowej normy stanowi Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/425 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie środków ochrony indywidualnej oraz uchylecia dyrektywy Rady 89/686/EWG”.

Wykonawca "DRÄGER POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ" z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 4 lipca 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę "DRÄGER POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ" z siedzibą w Warszawie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia złożone przez:

1.Odwołującego wraz z odwołaniem, tj.:

- a) dane techniczne aparatu oddechowego Dräger BG ProAir; instrukcję obsługi Dräger BG ProAir *na fakt*: pokrywania się wymagań Zamawiającego w zakresie parametrów techniczno – użytkowych przedmiotu zamówienia z parametrami technicznymi tlenowych aparatów regeneracyjnych Dräger BG ProAir;
- b) instrukcję obsługi urządzenia DEZEGA P-70 wraz z tłumaczeniem, katalogu Faser S.A. wraz z tłumaczeniem *na fakt*: iż pozostali wykonawcy nie posiadają pochłaniaczy CO₂ wykonanych z transparentnego tworzywa sztucznego oraz nie posiadają filtrów do pochłaniaczy wielorazowego użytku w postaci tkaniny/maty filtrującej;

2.Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie, tj:

- a) dokumentacji technicznej substancji chemicznych wchodzących w skład sorbentu *na fakt*: szkodliwego wpływu sorbentu na zdrowie użytkowników;
- b) wykazu środków trwałych Zamawiającego, dokumentacji technicznej przetłaczarek tlenowych Zamawiającego, wyliczenia wartości zamówienia na dostawę 12 szt. przetłaczarek tlenu *na fakt*: posiadania przetłaczarek tlenu z

gwintem 3/4", uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

3. Uczestnika postępowania wraz z pismem procesowym, tj. karty charakterystyki Drägersorb 400 *na fakt*: szkodliwego działania środków, które są elementem absorbera oraz na rozprawie, tj. kartę katalogową przetłaczarki, która jest w posiadaniu Zamawiającego *na fakt*: braku możliwości zastosowania przejściówki.

Izba postanowiła nie zaliczyć w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożone przez:

1. Odwołującego wraz z odwołaniem, tj. Specyfikację Warunków Zamówienia w postępowaniu nr 91/P/23, Specyfikację techniczną w postępowaniu nr 91/P/23, wezwania Zamawiającego z dnia 10.11.2023 r., odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.11.2023 r., pisma Zamawiającego z dnia 17.11.2023 r., odpowiedzi Wykonawcy z dnia 21.11.2023 r.; tekstu normy EN 144-2:2018 wraz z tłumaczeniem jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

2. Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie tj.:

- a) dokumentacji opublikowanej na stronie internetowej Odwołującego – dokumentacja została złożona w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski. Zgodnie zaś z art. 506 ust. 2 ustawy Pzp wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski;
- b) dokumentacji technicznej aparatów nurkowych, normy EN 145:1997+A1:2000, normy EN 144-1: jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

oraz na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, tj.: części dokumentacji użytkowania aparatów, które są w posiadaniu Zamawiającego, instrukcji użycia pochłaniacza jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

3. Uczestnika postępowania wraz z pismem procesowym, tj.: tekstu normy EN 145:1997/A1:2000 wraz z tłumaczeniem jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa tlenowych aparatów regeneracyjnych, roboczych, nadciśnieniowych wraz z maskami pełnotwarzowymi.

Zamawiający w Rozdziale 5 - Część zamówienia pkt 5.1.9. – Kryteria kwalifikacji ogłoszenia o zmianie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 czerwca 2024 r. pod numerem: 324608-2024, wskazał:

Kryterium:

Rodzaj: Inne

Nazwa: O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące: -sytuacji finansowej, -zdolności technicznej.

Opis: Szczegółowe informacje dotyczące wadium zostały zawarte w SWZ. Zamawiający odrzuci ofertę w sytuacjach określonych w art. 226 ust. 1 PZP oraz art. 393 ust. 1 pkt 4 PZP.

Ww. przesłanka odrzucenia oferty została powtórzona w pkt. 15 – Kryteria i sposób oceny ofert ppkt 15.2. specyfikacji warunków zamówienia.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Specyfikacja techniczna, stanowiąca załącznik nr 1 do SWZ. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w następujący sposób:

Rozdział III pkt 2.1.1. ppkt 9 lit. a, lit. b tiret czwarty, lit. c, lit. I Specyfikacji technicznej

Tlenowy aparat regeneracyjny, roboczy, nadciśnieniowy wraz z maską pełnotwarzową wyposażoną w zintegrowany system łączności, spełniający poniższe parametry techniczno-użytkowe: 9) wyposażony, w co najmniej:

- a) pochłaniacz CO₂ wielokrotnego użytku, który pozwala użytkownikowi na wizualne kontrolowanie stanu sorbentu,
- b) butle tlenową:– z gwintem G 3/4",
- c) reduktor ciśnienia z przyłączem butli tlenowej G 3/4",
- l) zestaw filtrów do pochłaniacza wielorazowego użytku,

Rozdział III pkt 2.1.2. pkt 9 lit. a, lit. b tiret czwarty, lit. c, lit. I Specyfikacji technicznej

Tlenowy aparat regeneracyjny, roboczy, nadciśnieniowy wraz z maską pełnotwarzową z możliwością zabudowy zintegrowanego systemu łączności, spełniający poniższe parametry techniczno-użytkowe: 9) wyposażony, w co najmniej:

- a) pochłaniacz CO₂ wielokrotnego użytku, który pozwala użytkownikowi na wizualne kontrolowanie stanu sorbentu,
- b) butle tlenową:– z gwintem G 3/4",
- c) reduktor ciśnienia z przyłączem butli tlenowej G3/4",
- l) zestaw filtrów do pochłaniacza wielorazowego użytku,

Rozdział III pkt 2.2.2. ppkt 3 tiret czwarty, ppkt 4, ppkt 5, ppkt 9 Specyfikacji technicznej

2.2.2. Poniżej przedstawiono rodzaj, typ wymaganych elementów dodatkowych i części zamiennych do tlenowych aparatów regeneracyjnych tlenowych, roboczych, nadciśnieniowych:

- 3) Butla tlenowa:– z gwintem G3/4",
- 4) Pochłaniacz CO₂ jednorazowego użytku, który pozwala użytkownikowi na wizualne kontrolowanie stanu sorbentu

5) Pochłaniacz CO₂ wielokrotnego użytku, który pozwala użytkownikowi na wizualne kontrolowanie stanu sorbentu

9) Filtr do pochłaniacza (tkanina/mata filtrująca),

Izba zważyła, co następuje:

I.Umózenie postępowania odwoławczego

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku:
2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego Rozdziału III pkt 2.2.2 ppkt 4 specyfikacji technicznej, tj. określenia konieczności wyposażenia aparatu w pochłaniacz CO₂ jednorrotnego użytku, który pozwala użytkownikowi na wizualne kontrolowanie stanu sorbentu.

Zamawiający dokonał modyfikacji treści przedmiotowego zapisu, polegającej na rezygnacji z wymogu, zgodnie z którym pochłaniacz CO₂ jednorrotnego użytku powinien pozwalać użytkownikowi na wizualne kontrolowanie stanu sorbentu.

W ocenie Izby dokonanie zmiany specyfikacji warunków zamówienia powoduje, że dalsze postępowanie stało się zbędne, przestał bowiem istnieć przedmiot zaskarżenia, a w konsekwencji orzekanie przez Izbę co do czynności lub zaniechań, które utraciły swój byt, jest bezprzedmiotowe.

II.Oddalenie odwołania

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.*

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.*

Art. 393 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi, że *W postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego: zamawiający może, w przypadku zamówienia na dostawy, odrzucić ofertę, w której udział produktów, w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, nie przekracza 50%, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli postępowanie nie jest wszczynane za pomocą ogłoszenia o zamówieniu - w SWZ.*

Zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny *Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.*

Tytułem wstępu, zamawiający jako gospodarz postępowania, w granicach przepisów prawa, opisuje przedmiot zamówienia w sposób, który zagwarantuje spełnienie jego uzasadnionych potrzeb, nawet gdyby powodowało to, że nie wszystkie produkty występujące na rynku w danej branży, będą w stanie spełnić wymogi wynikające z tego opisu. W sytuacji gdy opis przedmiotu zamówienia jest podyktowany uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a nie zamiarem faworyzowania konkretnego wykonawcy i dyskryminowania innych wykonawców, nie jest możliwe skuteczne ingerowanie w określony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji decydowanie za zamawiającego, jakie rozwiązania ma dopuścić. W ocenie Izby wymogi postawione przez Zamawiającego, a wynikające z opisu przedmiotu zamówienia w powyżej przytoczonym zakresie mają uzasadnienie w świetle celu jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia.

Opisując przedmiot zamówienia należy wziąć pod uwagę charakter i specyfikę konkretnej usługi jak również uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający ma prawo wymagać sprzętu, który będzie dobrej jakości i będzie spełniał określone parametry. Nie narusza przepisów ustawy Pzp takie sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Zamawiający nie ma bowiem obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Zdanie Izby Zamawiający przedstawił rzeczowe argumenty uzasadniające taki opis przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, Izba wskazuje, co następuje:

1.Pochłaniacz CO₂

Izba uznawała argumentację Zamawiającego o usprawnieniu pracy i bezpieczeństwie ratowników za uzasadnioną. Nie sposób wymagać od Zamawiającego aby ten zaniechał poszukiwania nowszych rozwiązań, które mogą, nawet w

minimalnym stopniu, usprawnić procesy zachodzące u Zamawiającego.

Podczas rozprawy Zamawiający zaprezentował w jaki sposób obecnie sprawdza się ilość sorbentu, a mianowicie: odbywa się w sposób akustyczny – poprzez potrząsanie zasobnikiem i sprawdzenie wypełnienia sorbentem. Nie dziwi zatem poszukiwanie przez Zamawiającego nowych technologii i innowacji, które wyeliminują wyżej wskazane - niewątpliwie przestarzałe i nieużyteczne - rozwiązanie.

Z dowodów przedłożonych przez Odwołującego, tj. instrukcji obsługi urządzenia DEZEGA P-70 oraz katalogu Faser S.A. nie wynika, że wykonawcy – nota bene producenci pochłaniaczy – nie mają możliwości wyprodukowania pochłaniaczy z transparentnego tworzywa. Nie bez znaczenia jest również to, że żaden z podmiotów specjalizujących się w dostawach tego typu nie przystąpił do postępowania po stronie Odwołującego.

Odwołujący nie wykazał, że są to rozwiązania opatentowane przez Uczestnika postępowania. Izba zwraca uwagę, że to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To Odwołujący bowiem wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie Odwołujący. Powyższemu obowiązкови w rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie sprostął.

2. Filtr do pochłaniaczy

Twierdzenia Odwołującego nie zasługiwały na aprobatę. Zamawiający obowiązany jest dbać o bezpieczeństwo i zdrowie ratowników górniczych. Jak wynika z dowodów przedłożonych przez Zamawiającego oraz Uczestnika postępowania, tj. dokumentacji technicznej substancji chemicznych wchodzących w skład sorbentu jest to substancja wysoko szkodliwa. Nie ma przy tym większego znaczenia, że pochłaniacz Odwołującego nie wymaga filtrów. Nie można bowiem oczekiwać, że Zamawiający będzie zobowiązany stosować przez kilkadziesiąt lat sorbent wskazany przez Odwołującego – bo tylko przy takim sorbencie Odwołujący daje gwarancję, że filtr nie jest potrzebny. Co równie istotne, Odwołujący udziela gwarancji na okres 24 miesięcy, z kolei Zamawiający będzie używał pochłaniaczy przez kilkadziesiąt lat.

Z dowodów przedłożonych przez Odwołującego, tj. instrukcji obsługi urządzenia DEZEGA P-70 oraz katalogu Faser S.A. nie wynika, że wykonawcy nie mają możliwości zastosowania filtrów do pochłaniaczy wielorazowego użytku w postaci tkaniny/maty filtrującej. Nie bez znaczenia jest również to, że żaden z podmiotów specjalizujących się w dostawach tego typu nie przystąpił do postępowania po stronie Odwołującego.

Izba zwraca uwagę, że to na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To Odwołujący bowiem wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie Odwołujący. Powyższemu obowiązкови w rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie sprostął.

3. Gwint G 3/4"

W tym zakresie Izba podziela argumentację Zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie, uznając ją za kompleksową, pogłębioną i wyczerpującą. Zamawiający posiada przetłaczarki tlenu z gwintem G 3/4" w związku z tym zasadne jest wymaganie reduktora ciśnienia o wskazanym gwincie. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że stosowanie Polskich Norm jest dobrowolne. W związku z tym nie sposób uznać, że norma EN 144- 2:2018 ma moc obowiązującą.

Jeżeli chodzi o przejściówki - Izba związana jest wyartykułowanymi w odwołaniu zarzutami i nie może orzekać w zakresie szerszym niż zostało to w odwołaniu wskazane. Odwołujący w zarzucie nie wskazał na brak rozwiązania równoważnego w powyższym zakresie.

Abstrahując od powyższego, Odwołujący nie wykazał, że jest możliwość zastosowania przejściówek. Z dowodu przedłożonego przez Uczestnika postępowania, tj. karty katalogowej przetłaczarki, którą posiada Zamawiający nie wynika możliwość zastosowania przejściówek.

4. Naruszenia art. 393 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego

Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego. W tym zakresie Izba podziela argumentację Zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie, uznając ją za kompleksową, pogłębioną i wyczerpującą.

Niejako na marginesie, Odwołujący wskazał, że zastrzeżona przez Zamawiającego przesłanka może utrudnić złożenie oferty przez Odwołujące, ale nie uniemożliwia złożenia oferty. Nadto, argumentacja Odwołującego w tym zakresie była lakoniczna i ogólna. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał istnienia szczególnych okoliczności, które mogłyby pozwolić na zakwalifikowanie czynności Zamawiającego jako sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami.

Reasumując, w ocenie Izby żądania Odwołującego de facto nie zmierzały do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających wskazane przepisy prawa, ale do nadania postanowieniom specyfikacji treści przez niego żądanej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: