Sygn. akt: KIO 387/13

WYROK
z dnia 10 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 marca 2014 r.** w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2014 r. przez **Odwołującego** – Fabrykę Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych FASER S.A., ul. Nakielska 42/44, 42-600 Tarnowskie Góry, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,

przy udziale **Wykonawcy** – MAS Sp. z o.o., ul. eliwna 38, 40-599 Katowice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obcią a **Odwołującego** – Fabryka Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych FASER S.A., ul. Nakielska 42/44, 42-600 Tarnowskie Góry, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Fabrykę Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych FASER S.A., ul. Nakielska 42/44, 42-600 Tarnowskie Góry, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** - Fabryki Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych FASER S.A., ul. Nakielska 42/44, 42-600 Tarnowskie Góry, na rzecz **Zamawiającego** - Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt 387/14

UZASADNIENIE

Kompania Węglowa S.A. ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego na "Dostawę aparatów regeneracyjno - ucieczkowych izolujących układ oddechowy dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2014 roku” nr postępowania 331300405.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod nr Dz.U./S S168, nr 292214-2013-PL w dniu 30.08.2013r.

Wykonawca Fabryka Sprzętu Ratunkowego i Lamp Górniczych „FASER” S.A. 42 - 600 Tarnowskie Góry, ul. Nakielska 42/44, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) od treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:
art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez wprowadzenie

nowych zapisów w SIWZ i Ogłoszenia, tj.:

1. w części XX SIWZ - Kryteria oceny oferty wprowadzenie nowego kryterium Lp.3 (Tabela): „OKRES *EKSPLOATACJI APARATU W SYSTEMIE JEDNOZMIANOWYM"* oraz wprowadzenie w tej części 3) (str. 11 punktu specyfikacji), a tak e wprowadzenie w sekcji IV.2.1) - pkt. 3 Ogłoszenia z dnia 19.02.2014r.: *„Okres eksploatacji aparatu w systemie jednozmianowym. Waga* 10", 2. w załączniku nr 2a do SIWZ pkt. 15 (str.24 specyfikacji) oraz w załączniku nr 3 do umowy (str. 47 specyfikacji) dodanie zapisów o u ytkowaniu aparatu w systemie pracy jednozmianowej,
3. w załącznik nr 1 do SIWZ dotyczącym OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, w części C pkt.7), wprowadzenie przez Zamawiającego wymogu zło enia wraz z ofertą: *„co najmniej trzech dokumentów wydanych przez Kierowników Ruchu Zakładu Górniczego z ró nych podziemnych Zakładów Górniczych Europejskiego Obszaru opatrzone pieczęcią funkcyjną, potwierdzające Gospodarczego, przydatność oferowanego przedmiotu zamówienia oraz jego zastosowania prawidłowe funkcjonowanie, w warunkach istniejących zagro eń w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, bez zastrze eń".*

Równocześnie wskazał i takim postępowaniem zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

---

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 7 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt. 13 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp., poprzez dokonanie modyfikacji kryteriów oceny ofert zawartych w pkt. XX SIWZ i dodanie nowego kryterium o liczbie porządkowej nr 3 w brzemieniu: *„Okres eksploatacji aparatu w systemie jednozmianowym",* jak równie dodanie znaczenia tego kryterium oraz sposobu oceny ofert w tym kryterium- pkt. 3 na str. 11 SIWZ, które utrudniają uczciwą konkurencję, poprzez faworyzowanie firmy oferującej produkty producenta posiadającego mo liwość zaoferowania aparatu z przedłu onym okresem u ytkowania w pracy jednozmianowej, a tym samym sformułowanie kryteriów oceny ofert, które nie zapewniają obiektywizmu oceny i porównania ofert, umo liwiając Zamawiającemu dokonanie oceny dowolnej i uznaniowej,
3. art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób preferujący aparat z najdłu szym okresem u ytkowania w systemie pracy jednozmianowej, niezwiązanym z wielozmianowym system pracy w zakładach górniczych, jak i przedmiotem zamówienia wymagającym pracy aparatu w systemie pracy wielozmianowym- zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ, co w konsekwencji wskazuje na konkretnego producenta, 4.

art. 14 i art. 139 ustawy Pzp w związku z art. 353 1 kc, art. 5 , art. 58 § 1 i § 2 kc w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wymogu udzielenia gwarancji co do pracy jednozmianowej - załącznik nr 2a do SIWZ pkt. 15) i załącznik nr 3 do umowy - pkt. 3), pomimo, e warunek taki nie jest wymagany parametrem techniczno-u ytkowym w załączniku nr 1 do SIWZ, co oznacza naruszenie obowiązku jasnego i dokładnego sformułowania treści SIWZ przez Zamawiającego, a nadto warunek ten mo e być spełniony jedynie przez jednego producenta aparatów regeneracyjno-u ytkowych,

5. art. 22 ust. 4 lub art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe zamieszczenie w załączniku nr 1 do SIWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w części C pkt. 7) warunku podmiotowego udziału w postępowaniu, w rzeczywistości dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Nadto określenie tego warunku w sposób nieproporcjonalny, nieprecyzyjny, bezpodstawnie ograniczający i tym samym wyłączający uczciwą konkurencję (np. wykluczający wykonawców wprowadzających nowe produkty na rynek rodzajowo podobne do przedmiotu zamówienia) i naruszający zasady równego traktowania wykonawców,
6. art. 25 ust. 1 pkt. 2, art. 138c ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez ądanie dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań - w załączniku nr 1 do SIWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w części C pkt. 7), w sposób nieprzewidziany przepisami Pzp,

niezgodnych z definicją poświadczeń zawartą w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów... tj. bez określenia z jakiego okresu mają pochodzić, bez mo liwości załączenia dokumentów równowa nych, bez określenia formy dokumentu, z nieuzasadnionym ograniczeniem podmiotów mających prawo wystawienia tych dokumentów, z nieuzasadnionym ograniczeniem obszaru z którego mają dokumenty pochodzić, ze wskazaniem konkretnej treści tych dokumentów wbrew obowiązującym przepisom, jako, e nie są te dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania i nie są istotne dla jego rozstrzygnięcia, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów.

Podnosząc powy sze zarzuty wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu usunięcia kryterium *„Okres eksploatacji aparatu w systemie jednozmianowym. Wagą 10”* zawartego w tabeli w części XX SIWZ, pkt. 3 w tabeli oraz pkt. 3) na str. 11 SIWZ oraz w sekcji **IV.2.1)-** pkt. 3 Ogłoszenia z dnia 19.02.2014r.,
2. w związku z powy szym nakazanie Zamawiającemu przedefiniowanie kryterium *„Cena”* z uwzględnieniem powy szego usunięcia i jego zmianę w zakresie znaczenia (waga)- do 60% i w zakresie skala punktowa - do 60 punktów.
3. nakazanie Zamawiającemu usunięcia części postanowienia z załącznika nr 2a do SIWZ, cześć A pkt. 15) o treści: „ *lat, w systemie pracy jednozmianowej minimum…..*
4. nakazanie Zamawiającemu usunięcia części postanowienia z załącznika nr 3 do umowy pkt. 3 o treści: „ *w systemie prący jednozmianowej minimum ……...lat”,*
5. nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowienia z *załącznika nr 1 do SIWZ,* część C, pkt. 7) o treści: *„co* najmniej trzy dokumenty wydane przez Kierowników Ruchu Zakładu Górniczego z ró nych podziemnych Zakładów Górniczych Europejskiego Obszaru Gospodarczego, opatrzone pieczęcią funkcyjną potwierdzającą przydatność zastosowania oferowanego przedmiotu zamówienia oraz jego prawidłowe funkcjonować w warunkach istniejących zagro eń w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, bez zastrze eń”,
6. zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (według rachunków, które zostaną przedło one na posiedzeniu bądź na rozprawie).

Dla uzasadnienia zasadności podniesionych zarzutów stwierdził, e w przedmiotowej sprawie zamawiający w znowelizowanej specyfikacji w pkt. XX SIWZ pkt. 3 oraz w sekcji IN/.2.1)- pkt. 3 Ogłoszenia z dnia 19.02.2014r., dodał nowe kryterium *„Okres eksploatacji aparatu w systemie jednozmianowym,* ”, przyznając mu 10% wagi w postaci 10 pkt. za 10 letni okres eksploatacji. Przedmiot zamówienia określony w załączniku nr 1 do SIWZ nie nakłada na oferentów wymogów wydłu onego okresu eksploatacji w systemie jednozmianowym.

Tym bardziej, e zakłady górnicze Kompanii Węglowej S.A. wykonują pracę w ró nym systemie równie wielozmianowym. Preferowanie tego wymogu oraz sprzeczność tego kryterium oceny ofert z podstawowymi wymogami dotyczącymi przedmiotu zamówienia jest niczym nieuzasadniona. Odwołujący podkreślił, i zamawiający, ustalając kryteria oceny ofert, co prawda winien kierować się przede wszystkim własnymi potrzebami, jednak ma obowiązek zwracać uwagę, aby ka dy wykonawca, który jest w stanie je zaspokoić, był równo traktowany. Kryteria ustalane przez zamawiającego winny być natomiast jednoznaczne i precyzyjne, nie naruszać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów. Niezachowanie tego wymogu prowadzić mo e do wady postępowania uniemo liwiającej zgodny z prawem wybór najkorzystniejszej oferty, a tym samym zawarcie wa nej umowy w sprawie zamówienia. Tymczasem sformowanie nowego kryterium oceny ofert preferuje jednego z producentów aparatów tj. aparat OXY-6000 firmy Drager.

Zarzucił, e w związku z wprowadzeniem nowego kryterium zamawiający postawił na u ytkowanie aparatu w systemie pracy warunek udzielenia gwarancji równie jednozmianowym (załącznik nr 2a oraz umowa §7 i załącznik nr 3 do umowy). Warunek taki nie został jednak sformułowany jako warunek minimalny w załączniku nr 1 do SIWZ, co wprowadza nieprecyzyjność i niejasność specyfikacji. Odwołujący kwestionuje zatem

postanowienia projektu umowy w zakresie zapisów w załączniku nr 3 do umowy, a dotyczących udzielenia gwarancji dla przedmiotu zamówienia do u ytkowania aparatu w systemie pracy jednozmianowym.

Kolejny zarzut wskazany w pkt. 3 odwołania dotyczący ądania przez zamawiającego dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań - w załączniku nr 1 do SIWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA w części C pkt. 7), został uwzględniony przez zamawiającego poprzez zmianę SIWZ w tym zakresie. Zmiana to została opublikowana przed terminem rozprawy. Odwołujący oświadczył, e dokonana zmiana czyni zadość jego oczekiwaniom w tym zakresie, dlatego te na rozprawie cofnął przedmiotowy zarzut.

Zamawiający w przesłanej do KIO odpowiedzi na odwołania oprócz uwzględnienia ww. zarzut wniósł o oddalenie pozostałych zarzutów.

W uzasadnieniu swojego stanowiska podał, e zamawiający podtrzymuje zapis w części XX SIWZ dotyczący kryterium oceny : „okres *eksploatacji aparatu w systemie jednozmianowym"* - waga 10 %. W 11 oddziałach (kopalniach) zamawiającego aparaty regeneracyjno-ucieczkowe przypisane są do konkretnego pracownika, wobec czego u ytkowane są w systemie jednozmianowym. W pozostałych 4 kopalniach aparaty częściowo są przypisane konkretnemu pracownikowi. Docelowo jednak działania zamawiającego zmierzają do eksploatacji aparatów w systemie jednozmianowym we wszystkich kopalniach. Przyporządkowanie aparatu do konkretnego pracownika powoduje

---

większą dbałość o powierzone urządzenie. Natomiast odnośnie zarzutu dotyczącego kwestionowania przez odwołującego dodania do pierwotnej treści SIWZ wymagania w w załączniku nr 2a do SIWZ pkt. 15 (str.24 specyfikacji) oraz w załączniku nr 3 do umowy (str. 47 specyfikacji) zapisów o u ytkowaniu aparatu w systemie pracy jednozmianowej, podał, e w obydwu przytoczonych fragmentach SIWZ Wykonawca winien podać okres gwarancji zarówno dla u ytkowania w systemie jednozmianowym jak i w systemie wielozmianowym.. tj.

* **Załącznik nr 2a do SIWZ (tekst ujednolicony) pkt 15 brzmi:**

Udzielamy gwarancji na aparaty regeneracyjna ~ ucieczkowe izolujące układ oddechowy na okres minimum ..... lat, licząc od dały produkcji aparatu, w tym minimum ..... lat, licząc od daty wprowadzenia przedmiotowego aparatu do u ytkowania w systemie pracy jednozmianowym i minimum ……. lat w systemie pracy wielozmianowym.

• **Przedmiotowy fragment załącznika nr 3 do umowy (tekst ujednolicony) brzmi :**

dla aparatów regeneracyjno — ucieczkowych izolujących układ oddechowy — okres lat licząc od daty produkcji aparatu, w tym minimum lat gwarancji minimum licząc od daty wprowadzenia przedmiotowego aparatu do u ytkowania w systemie pracy jednozmianowym i minimum lat w systemie pracy wielozmianowym,

Ponadto zamawiający w informacji o zmianie SIWZ zawarł postanowienie w części XX SIWZ w ust. 3, dot. okresu eksploatacji aparatu w systemie jednozmianowym o treści „Zamawiający *przyjmuje, e okres eksploatacji aparatu w systemie jednozmianowym jest równy okresowi udzielonej gwarancji na u ytkowanie aparatu w systemie jednozmianowym. Co oznacza, e okres eksploatacji aparatu w tym systemie jest równy okresowi gwarancji".*

Przystępujący do postępowania wykonawca MAS Sp. z o.o., ul. eliwna 38, 40-599 Katowice zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego nie stawił się na rozprawę.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając zło one odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zwa yła co następuje.

Odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, e nie została wypełniona adna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, e odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w zło eniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp,. Krajowa Izba Odwoławcza w ka dym rozpatrywanym odwołaniu zobowiązana jest z urzędu do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp. W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca wykazując interes, wskazuje na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu zło enie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje ka demu wykonawcy który potencjalnie mo e ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie postępowania wystarczające jest wykazanie mo liwości poniesienia szkody, wynikającej z nieprawidłowego sformułowania treści SIWZ, które mo e utrudniać temu wykonawcy dostęp do zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów i ądań z pominięciem zarzutu uwzględnionego przez zamawiającego i następnie cofniętego przez odwołującego na etapie rozprawy, stwierdzić nale y, e pozostaje do rozstrzygnięcia zarzut dotyczący kwestii zasadności zmiany SIWZ, poprzez dodanie kryterium - „okres *eksploatacji aparatu w systemie pracy jednozmianowej".* Tym samym ocenie podlega zarzut ozn nr 1 i 2, oraz ądania zawarte w punktach 1 - 4 odwołania. Przy czym oba zarzuty dotyczą tej samej kwestii - dokonanej powy szej zmiany SIWZ.

Odwołujący zarówno w uzasadnieniu odwołania jak i w piśmie procesowym zło onym na rozprawie prezentował stanowisko, e wprowadzenie tego kryterium - punktowania za okres gwarancji aparatu w systemie jednozmianowym został dokonany pod produkt jednego producenta tj firmy Drager, mogącego zaoferować aparat OXY - 6000. Wskazywał, e w instrukcji obsługi tego aparatu na str. 43 producent podaje, i jego trwałość wynosi 10 lat z zastrze eniem i będzie on u ytkowany w systemie pracy jednozmianowej. Z tego zapisu odwołującego wywodził, i zamawiający warunki udziału w tym postępowaniu opisał pod mo liwości tego wykonawcy. Nadto podniósł, e kwestia jednozmianowości nie znajduje oparcia w dokumentach charakteryzujących tego typu aparaty na rynku. Na tą okoliczność zło ył certyfikaty dla aparatów o symbolu SR 60 oraz KA 60 z których wynika, i nie ma przeprowadzanych badań dla określenia ywotności takich aparatów. Tym samym z powy szych certyfikatów nie wynika, czy aparat mo e pracować w systemie jedno czy wielozmianowym.

Podniósł równie , e w sytuacji nieprowadzenia certyfikacji urządzeń do u ytkowania w systemie jedno czy wielozmianowym, zamawiający nie ma mo liwości weryfikacji spełniania tego wymagania. Wykonawca mo e zło yć tylko zapewnienie, i urządzenie to w systemie jednozmianowym będzie mogło być u ytkowane przez określony okres w tym wypadku w przypadku aparatu firmy Drager -10 lat, ale w aden sposób zamawiający nie będzie mógł tego zweryfikować, gdy na tą okoliczność nie przeprowadza się badań

---

aparatów. Stwierdził, ze jedyne informacje o okresie trwałości aparatu objętego przedmiotem zamówienia- w systemie jednozmianowym są zawarte tylko w instrukcji dotyczącej aparatu OXY - 6000, którego producentem jest firma Drager.

Przywołał równie obowiązującą w tym zakresie normę PN-EN13794 dotyczącą sprzętu ochrony układu oddechowego na ucieczkowe aparaty regeneracyjne, odnoszącą się do wymaganych badań i znakowania tych aparatów. Norma ta nie przewiduje badania na sprzęt ochronny układu oddechowego pod kątem, czy będzie on mógł być u ytkowany w systemie pracy jedno czy wielozmianowej. Na tą okoliczność wskazał równie na załącznik A do ww. normy, dotyczący wymagań dla aparatów przeznaczonych do u ytkowania pod ziemią, gdzie wskazano, e aparaty te winny być badane przed wydaniem stosownego certyfikatu w ten sposób, e winny być u ytkowane w kopalni przez 2 zmiany i okres 3 nie przewiduje badań tych aparatów pod kątem miesięcy. Powy sza norma równie u ytkowania ich w systemie jednozmianowym. Tym samym tak postawione wymaganie jest nieweryfikowalne i niezasadnie ograniczające konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Dodatkowo podniósł, i zamawiający przyznał, e jeszcze w co najmniej 4 kopalniach takie aparaty są u ytkowane w systemie pracy wielozmianowej. Ponadto zarzucił, e zamawiający w zakresie wymagań dotyczących gwarancji nie wprowadził w umowie postanowienia o ewidencji czasu u ytkowania tego aparatu. Tym samym trudno jest zapewnić oferentowi 10 letni okres gwarancji na taki aparat w sytuacji, kiedy wykonawca nie będzie wiedział czy dany aparat będzie u ytkowany w okresie jedno czy wielozmianowym.

Dlatego te widzi potrzebę eby kwestię dotyczącą jednozmianowości u ytkowania aparatu wykreślić z SIWZ, wraz z konsekwencjami tego wykreślenia odnoszącymi się do pozostałych postanowień SIWZ, łącznie z postanowieniami dotyczącymi treści projektu umowy.

Biorąc powy sze pod uwagę stwierdził, e postawienie takiego kryterium oceny ofert: „okres *eksploatacji aparatu w systemie jednozmianowym"* czyni postawiony warunek nieobiektywnym i dowolnym, a jednocześnie preferującym aparat jednego z producentów.

Zamawiający w odpowiedzi na powy szy zarzut, stwierdził i jest on niezasadny. Zarówno firma Drager jak i inni producenci nie mogą posiadać certyfikatu dotyczącego dopuszczenia danego urządzenia do pracy jedno czy wielo zmianowej. Ka dy aparat regeneracyjno - ucieczkowy który przejdzie odpowiednie badania i testy, zgodnie z obowiązującą w tym zakresie normą, uzyska certyfikat i mo e być u ytkowany zarówno w zakresie pracy jedno jak i wielozmianowej. W związku z tym niezasadne jest stwierdzenie jakoby firma Drager miała przewagę nad produktami innych wykonawców.

Ponadto zamawiający nie wymagał, aby wraz z ofertą wykonawcy składali certyfikaty czy nawet oświadczenia, e dany aparat jest dopuszczony do pracy jedno czy wielozmianowej, gdy takie certyfikaty nie są wydawane. Okres na jaki wykonawca udzieli

---

gwarancji nie ma być podparty załączonym certyfikatem, czy te instrukcją obsługi. Ma to być swobodne samodzielne oświadczenia danego producenta, który znając oferowane aparaty będzie wiedział i na ile lat mo e i chce zapewnić zamawiającemu ich prawidłowe funkcjonowanie. Taka deklaracja następuje poprzez wpisanie w formularzu oferty okresu na jaki zostaje udzielona gwarancja. Wskazał, e z tą kwestią związane jest uściślenie treści SIWZ dodane w części XX ustęp 3 SIWZ, gdzie zamawiający ustalił, e okres eksploatacji aparatu w systemie wielozmianowym jest równy okresowi gwarancji w systemie jednozmianowym.

System jednozmianowy polega na tym, e aparat jest przydzielony do jednego górnika i tylko ten górnik ten aparat u ytkuje. Ma to wymierne korzyści dla zamawiającego, gdy u ytkowanie aparatu przez jedną osobę daje rękojmię dbałości o ten aparat, a tym samym, będzie mógł być prawidłowo i bezawaryjnie u ytkowany.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, jakoby nie było wiadome, który aparat będzie u ytkowany w jakim systemie, zamawiający odwołał się do odpowiedzi na pytanie 3 - z dnia 7 marca 2014 r. skierowanego do wykonawców, gdzie jednoznacznie wskazał i w chwili otrzymania dostawy aparatów w realizacji tego zamówienia, zamawiający od razu pewną część aparatów przeznaczy do pracy w systemie jednozmianowym czyli przydzieli je poszczególnym osobom, a inne przeznaczy do pracy wielozmianowej. Tym samym zamawiający nie dopuszcza, aby dany ten sam aparat mógł być u ytkowany zarówno w systemie pracy zarówno jedno jak i wielozmianowym. Ponadto dodał, e ka dy aparat posiada ewidencję okresu jego u ytkowania.

Odnosząc się do tak ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, e brak jest podstaw do przyjęcia, jako udowodnionego twierdzenia odwołującego, e po pierwsze, taki opis

e narusza zasady uczciwej konkurencji i równego taktowania wykonawców, po drugie,
postanowienie kryterium okresu u ytkowania aparatu w systemie jednozmianowym faworyzuje jeden produkt i producenta, a po trzecie, e tak postawione wymaganie
uniemo liwia zło enie odwołującemu konkurencyjnej oferty.

Izba stwierdza, e brak jest jakichkolwiek podstaw do tego, aby z instrukcji działania aparatu OXY - 6000 firmy Drager wywodzić, e jego producent gwarantuje 10 letni okres jego trwałości. Ka dy producent znając parametry oferowanego wyrobu, materiały z których został wyprodukowany, oraz warunki w jakich to urządzenie będzie u ytkowane, mo e wskazywać okres jego trwałości oraz swobodnie deklarować na jaki okres udziela gwarancji.

Z treści SIWZ nie wynika ograniczenie, aby odwołujący, na produkowane przez siebie aparaty nie mógł udzielić dowolnego okresu gwarancji, np. 10 lat. Wykonawca udzielając gwarancji winien jednak liczyć się z faktem, e okres u ytkowania jest równy okresowi gwarancji. Zamawiający nie dopuszcza u ytkowania aparatu poza okresem udzielonej gwarancji. Okres udzielonej gwarancji ma przeło enie na cenę oferty, ale nie ma adnych

---

przeszkód, aby wykonawca te koszty skalkulował w cenie oferty.

Odnosząc się do stwierdzenia odwołującego, i *nie kwestionuje on prawa zamawiającego, do ustalenia kryteriów oceny ofert, natomiast wskazuje, e cały SIWZ jest pisany pod kątem mo liwości zło enia oferty przez firmę Drager.,* stwierdzić nale y, e brak jest podstaw - w świetle przedło onych dowodów, uznania takiego stanowiska za zasadne.

Stwierdzić nale y, e nie mo na przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym sposobu określenia jego potrzeb oraz sposobu ich opisania. Pod warunkiem, aby dokonany opis nie utrudniał w sensie obiektywnym konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, to zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i to zamawiający jest nie tylko uprawniony, ale jest tak e zobowiązany do określenia przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami (tak w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 246/12 oraz z dnia 16 maja 2011 r. sygn. akt KIO 937/11).

Izba zauwa a, e dokonany opis przedmiotu zamówienia w niektórych elementach wskazanych w odwołaniu nie jest zbyt precyzyjny, ale Izba nie stwierdziła aby te nieścisłości nie pozwalały na zło enie wykonawcom prawidłowej oferty.

Biorąc pod uwagę powy sze Izba przyznaje racje stanowisku zamawiającego, e dą enie do przypisania aparatu do wyłącznego u ytkowania go przez konkretną osobę, jest słuszne i zasadne..

Izba nie miała podstaw do uwzględnienia tego odwołania, gdy zgodnie z treścią przepisu art. 192 ust.2 ustawy Pzp Izba mo e uwzględnić odwołanie tylko wtedy, je eli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mo e mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, e ustawodawca dopuszcza wystąpienie stosunkowo niewielkich odchyleń od postanowień danego przepisu prawa przywołanego w odwołaniu. Istotność wpływu nale y rozumieć jako doniosłość, wa ność i dopuszczalność dokonanych naruszeń, który stanowi pewien próg czy te granicę przy przekroczeniu której zachowania stron postępowania o zamówienie publiczne nie dadzą się pogodzić z przepisami prawa zamówień publicznych. Kwestię istotności wpływu naruszeń prawa na postępowanie o zamówienie Izba ocenia w ka dym przypadku indywidualnie, odnosząc ją do wpływu danego naruszenia, na wynik postępowania. W tym odwołaniu Izba takiego naruszenia nie stwierdziła.

W związku ze stwierdzeniem zasadności wprowadzenia do SIWZ postanowienia o jednozmianowym okresie eksploatacji aparatu, oddaleniu podlega równie - jako konsekwencja oddalenia zarzutu nr 1, zarzut nr 2 i ądania wskazane w pkt. od 1 do 4. Zarzut nr 3 jak ww. został cofnięty.

Biorąc pod uwagę powy sze rozwa ania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2 b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący ……