

Warszawa, dnia 28 sierpnia 2024 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

**Zamawiający: Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej
w Opolu**

ul. Budowlanych 1, 45-005 Opole

e-mail: sekretariat@psp.opole.pl

Odwołujący: Fire – Max sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

Al. Jerozolimskie 224, 02-495 Warszawa

NIP: 521-00-83-845, KRS: 0000096553

e-mail: biuro@firemax.pl

tel. +48 22 578 84 00, fax +48 22 662 38 38

reprezentowana przez

r. pr. Dariusza Ćwika i r. pr. Wojciecha Sobejko,

e-mail: kancelaria@cwik.pl

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa 3 kpl. ratowniczych narzędzi hydraulicznych zasilanych akumulatorowo” (nr sprawy: WTT.2370.2.2024), zwanego dalej „Postępowaniem”.

Przedmiot zamówienia:

Dostawa ratowniczych narzędzi hydraulicznych.

Miejsce i data publikacji ogłoszenia o zamówieniu:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 19 sierpnia 2024 r. pod nr 2024/BZP 00461424/01.

Termin do wniesienia odwołania:

Zamawiający poinformował Odwołującego o wprowadzeniu kwestionowanych postanowień do SWZ w dniu 23 sierpnia 2024 r. Z tego względu, upływ terminu do wniesienia odwołania przypada na dzień 28 sierpnia 2024 r.

Odwołanie

Działając w imieniu Odwołującego, odpis umocowania w załączeniu, na podstawie przepisów art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, wnoszę odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegające na ustaleniu pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ust. 2 i art. 242 ust. 1 pkt 1 oraz 2 pkt 1 ustawy Pzp wyrażające się w ustanowieniu (w rozdz. XIX SWZ) pozacenowego kryterium oceny ofert pn. „Parametry techniczne”, zgodnie z którym, Zamawiający zdecydował przyznać punkty za zaoferowanie sprzętu posiadającego następujące parametry:

- 1) zaoferowanie nożyc hydraulicznych z wymiennymi rdzeniami ostrzy,
- 2) zaoferowanie narzędzi hydraulicznych (nożyc, rozpieracza ramieniowego oraz kolumnowego) ze stopniem ochrony IP 68

– w sytuacji w której ww. parametry spełnia konkretny produkt konkretnego producenta, a jednocześnie nie przekładają się one na zapewnienie wyższej jakości oferowanego sprzętu niż alternatywne rozwiązania, co prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz nie umożliwia dokonania wyboru oferty faktycznie najkorzystniejszej.

Z uwagi na powyższe, **wnoszę o:**

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu usunięcia kryterium „Parametry techniczne”, przy zachowaniu obecnie określonych w dokumentach zamówienia obligatoryjnych wymagań technicznych;
- 2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w tym kosztami zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Legitymacja do wniesienia odwołania:

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem jest podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie dostarczania specjalistycznego sprzętu ratowniczego dla jednostek straży pożarnej. Tymczasem, postanowienia SWZ zgodnie z twierdzeniami zawartymi w odwołaniu, sformułowane są w sposób niezgodny z ustawą Pzp, przekładający się na brak możliwości złożenia najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu przez Odwołującego, a tym samym, narażający go na szkodę w postaci utraty możliwości osiągnięcia zysku, jaki wiązałby się z wykonaniem zamówienia. Tak postrzegany interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody dają legitymację Odwołującemu do wniesienia odwołania.

Uzasadnienie

I. stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 3 kompletów ratowniczych narzędzi hydraulicznych zasilanych akumulatorowo z prawem opcji zakupu dodatkowego wyposażenia/serwisowania sprzętu. Wymagania co do zamawianego sprzętu określone zostały w załączniku nr 1 do SWZ – Opisie przedmiotu zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 sierpnia 2024 r.

Pierwotnie, w rozdz. XIX, Zamawiający uregulował, że kryterium oceny ofert będzie wyłącznie cena sprzętu. W pierwotnej treści OPZ, Zamawiający zawarł wymagania:

- 1) w zakresie nożyc hydraulicznych – parametr pkt 2.5. wymienne rdzenie ostrzy;

- 2) w zakresie:
 - a) nożyc hydraulicznych – parametr pkt 2.8. stopień ochrony całego urządzenia IP 68;
 - b) rozpieracza ramieniowego – parametr 3.8 stopień ochrony całego urządzenia IP 68;
 - c) rozpieracza kolumnowego – parametr 4.6 stopień ochrony całego urządzenia IP 68.

Odwołujący skierował do Zamawiającego wnioszek o zmianę ww. parametrów podnosząc, że ich ustanowienie wskazuje na konkretnego producenta konkretnego urządzenia:

- 1) w zakresie nożyc hydraulicznych: model nożyc RSC 190 PLUS Smart – FORCE (oferowany przez wykonawcę Weber Hydraulik), które są zasilane za pomocą baterii Milwaukee;
- 2) w zakresie rozpieracza ramieniowego: model rozpieracza SP 50 BS Smart – FORCE (oferowany przez wykonawcę Weber Hydraulik), które są zasilane za pomocą baterii Milwaukee;
- 3) w zakresie rozpieracza kolumnowego: model rozpieracza RZT 2-1360 Smart – FORCE (oferowany przez wykonawcę Weber Hydraulik), które są zasilane za pomocą baterii Milwaukee.

Odwołujący w treści pytania podniósł też, że wymaganie wyposażenia nożyc w wymienne rdzenie ostrzy powoduje konieczność stosowania w urządzeniu dodatkowych nakładek wymiennych, które są słabszej jakości i generują dodatkowe koszty ich wymiany w przyszłości, w sytuacji w której na rynku istnieją rozwiązania zapewniające trwałość ostrzy bez konieczności wymiany nakładek. Odwołujący postulował więc o dopuszczenie zaoferowania nożyc, także takich które nie posiadają wymiennych rdzeni ostrzy.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że wymaganie posiadania przez urządzenia posiadania ochrony na poziomie IP 68 (dla całego urządzenia) implikowała konieczność zainstalowania przez Weber Hydraulik dodatkowej obudowy na baterię (gdyż baterie

Milwaukee nie mogą mieć kontaktu z wodą), która uniemożliwia sprawdzenie stopnia naładowania podczas działań ratowniczych oraz powoduje znaczne nagrzewanie się baterii w zamkniętej, szczelnej komorze, co w efekcie końcowym szybciej rozłącza urządzenie, uniemożliwiając kontynuowanie czynności ratowniczych. Odwołujący postulował o dopuszczenie zaoferowania urządzeń posiadających stopień ochrony (dla całego urządzenia) IP 58, bez konieczności stosowania dodatkowych osłon.

W dniu 23 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował o zmianie OPZ zgodnie z którą ww. wymagania zostały usunięte jako obligatoryjne. Zamawiający zmodyfikował jednak kryteria oceny ofert i w rozdz. XIX SWZ wprowadził kryterium „Parametry techniczne” zgodnie z którym postanowił przyznawać punkty za spełnienie następujących parametrów:

- 1) zaoferowanie nożyc hydraulicznych z wymiennymi rdzeniami ostrzy (10 pkt);
- 2) zaoferowanie narzędzi hydraulicznych (nożyc, rozpieracza ramieniowego oraz kolumnowego) ze stopniem ochrony IP 68 (10 pkt).

II. uzasadnienie zarzutu

Jak wynika z powyższego, Zamawiający dokonał zmian dokumentów zamówienia, które tylko pozornie miały doprowadzić do równego traktowania wykonawców i zapewnienia możliwości uczciwego konkutowania pomiędzy wykonawcami. Ww. parametry w postaci konieczności zaoferowania nożyc hydraulicznych z wymiennymi rdzeniami ostrzy i zaoferowania narzędzi ze stopniem ochrony IP 68, wskazujące na konkretnego dostawcę konkretnych urządzeń, nie są już obecnie obligatoryjnymi do spełnienia, ale stanowią kryteria oceny ofert o łącznej wadze mogącej mieć niebagatelny wpływ na wynik postępowania.

Jednocześnie jednak, kryteria te nie przekładają się na wyższą jakość zamawianych urządzeń. Wręcz przeciwnie - niosą za sobą znaczne utrudnienia w ich użytkowaniu lub generują po stronie użytkownika dodatkowe koszty eksploatacyjne (wady tych rozwiązań przytoczono wyżej, opisując wniosek Odwołującego o zmianę pierwotnego brzmienia OPZ). W tym miejscu należy jednak rozwinąć tę argumentację.

[wymienne rdzenie ostrzy]

Alternatywą dla sprzętu posiadającego parametr w postaci wymiennych rdzeni ostrzy (oferowany przez Weber Hydraulik), są rozwiązania niepunktowane przez Zamawiającego, które jednak posiadają najnowocześniejszą i sprawdzoną technologię wykonania ostrzy w formie odkuwanej, która nie wymaga zastosowania dodatkowych elementów wymiennych, mających wpływ na pogorszenie jakości nożyc. Należy zwrócić uwagę, iż Weber Hydraulik zdając sobie sprawę z tego, że ostrza w oferowanych przez tego wykonawcę urządzeniach nie wytrzymują obciążeń i tym samym często pękają, zastosowała rdzenie wymienne, która to wymiana obciąża użytkownika (tak kosztowo jak i organizacyjnie). Wskazuje to na niską jakość ostrzy punktowanych przez Zamawiającego.

Należy szczególnie zwrócić uwagę, że każdy odprysk (odpęknięcie) rdzenia ostrzy niesie za sobą ogromne niebezpieczeństwo zagrożenia życia i zdrowia zarówno dla ratownika, jak i poszkodowanego, gdyż odłamek rdzenia jest ostry i przybiera dużą prędkość, działającą jak pocisk balistyczny.

Punktowanie ww. rozwiązania jest więc niezrozumiałym i nieznajdującym odzwierciedlenia w jakości wykonania tych rdzeni.

Co więcej, ustanawiając kryterium oceny ofert dotyczący wymiennych rdzeni ostrzy na poziomie 10 pkt Zamawiający dał potencjalnemu wykonawcy (a ten parametr może być punktowany wyłącznie w wypadku urządzeń Weber Hydraulik) możliwość uzyskania z wykonania zamówienia dodatkowego zysku w wysokości ok. 13 008,13 PLN (zwiększenia ceny o tę wartość względem pozostałych wykonawców), co nie ma żadnego uzasadnienia w jakości urządzenia oraz mając na względzie koszty przyszłego serwisu takiego urządzenia związanego z koniecznością wymiany rdzenia ostrzy.

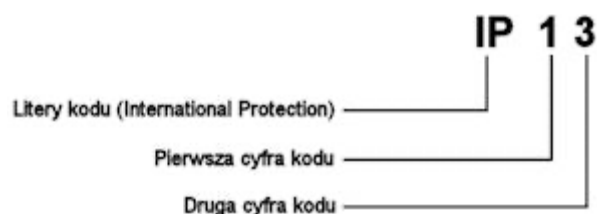
Kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia według ogłoszenia o zamówieniu wynosi 390 243,90 PLN w podziale na 3 zestawy hydrauliczne co daje:

- 1) $390\,243,90\text{ PLN} : 3 = 130\,081,30\text{ PLN}$ na każdy zestaw;
- 2) 10 pkt (czyli 10% tej wartości) = 13 008,13 PLN.

Biorąc pod uwagę fakt, że cena rynkowa wymiennych rdzeni ostrzy do urządzeń Weber Hydraulik wg ogólnie dostępnego cennika Weber Hydraulik, przeliczonego wg kursu średniego NBP (kurs 1 EUR= 4,2802 PLN) z dnia 27-08-2024 wynosi 2 579,68 PLN (490 EUR), Zamawiający jednoznacznie umożliwił urządzeniom Weber Hydraulik pozyskanie 10 pkt w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, bez żadnej wymiernej własnej korzyści jakościowej i technicznej. Ponadto zakładając możliwość przyznania dodatkowych punktów w ramach tego kryterium, Zamawiający nie zagwarantował sobie dostarczenia wymiennych rdzeni ostrzy na przyszłe możliwe uszkodzenia.

[stopień ochrony urządzeń]

Stopień ochrony IP (skrót od „International Protection”) poświadcza, że urządzenie przeszło pomyślnie test certyfikacyjny mierzący odporność zarówno na pył, jak i na wodę. Pierwsza cyfra dwucyfrowego oznaczenia stopnia IP wskazuje poziom ochrony przed ciałami stałymi, w tym przed drobnymi cząsteczkami kurzu. Druga cyfra wskazuje odporność urządzenia na wodę.



Odporność na ciała stałe i pył:

IP0X. Brak specjalnej ochrony

IP1X. Ochrona przed ciałami stałymi o średnicy > 50 mm.

IP2X. Ochrona przed ciałami stałymi o średnicy > 12,5 mm.

IP3X. Ochrona przed ciałami stałymi o średnicy > 2,5 mm.

IP4X. Ochrona przed ciałami stałymi o średnicy > 1 mm.

IP5X. Ochrona przed pyłem; ograniczone przedostawanie się do środka (brak szkodliwych osadów).

IP6X. Pyłoszczelność

Odporność na wodę:

IPX0. Brak specjalnej ochrony

IPX1. Ochrona przed kapiącą wodą.

IPX2. Ochrona przed kapiącą wodą w przypadku przechylenia urządzenia maks. o 15 stopni od położenia normalnego.

IPX3. Ochrona przed rozpyloną wodą.

IPX4. Ochrona przed rozpryskującą się wodą.

IPX5. Ochrona przed strumieniem wody pod niskim ciśnieniem przez co najmniej 3 minuty.

IPX6. Ochrona przed strumieniem wody pod wysokim ciśnieniem przez co najmniej 3 minuty.

IPX7. Ochrona przed skutkami zanurzenia w wodzie na głębokość do 1 metra przez 30 minut.

IPX8. Ochrona przed skutkami ciągłego zanurzenia w wodzie na głębokość większą niż 1 metr. Dokładne warunki zostały określone dla każdego urządzenia przez producenta.

Obecnie, 2 z 3 wykonawców działających na rynku oferuje narzędzia hydrauliczne, które umożliwiają pracę narzędzi pod wodą nie stosując żadnej dodatkowej obudowy chroniącej baterię, ponieważ baterie w oferowanych przez tych wykonawców urządzeniach posiadają stopień ochrony IP 67. Z kolei urządzenia Weber Hydraulik, aby osiągnąć stopień ochrony baterii na poziomie IP 68 muszą posiadać dodatkową osłonę o wartości około 500 PLN, która szczelnie zamyka akumulator, ograniczając tym samym właściwości operacyjne ratowników podczas zdarzeń z ich udziałem. Wszystkie produkty dostępne na rynku pracują na akumulatorach litowo – jonowych, które mają tendencję do nagrzewania się podczas pracy, przy czym przegrzanie baterii (podobnie np. jak w telefonach komórkowych) nie pozwala na ładowanie urządzenia do momentu schłodzenia.

Rozwiązanie polegające na zamknięciu akumulatora w szczelnej komorze (co ma miejsce w produkcie oferowanym przez Weber Hydraulik) jako jedyne na rynku, naraża urządzenie na przedwczesne wyłączenie z uwagi na przegrzanie baterii. Produkty pozostałych działających na rynku wykonawców nie posiadają zamkniętych w komorze

akumulatorów, co pozwala na utrzymanie odpowiedniej temperatury baterii. Z powyższego wynika, że Zamawiający zdecydował się na punktowanie rozwiązania, które doprowadza do bardzo szybkiego przegrzania baterii, a tym samym wyłączenia urządzenia służącego ratowaniu życia ludzkiego..

Kolejną konsekwencją zabudowanej baterii jest brak możliwości skontrolowania przez ratownika stanu naładowania akumulatora, co wyłącza możliwość nadzoru nad prowadzeniem skutecznych czynności ratowniczych.

Trzecią niepraktyczną konsekwencją rozwiązania polegającego na zabudowaniu baterii jest okoliczność, że każde uszkodzenie mechaniczne osłony baterii oraz dostania się wody do komory natychmiast spowoduje zwarcie w urządzeniach Weber Hydraulik jakie punktować zamierza Zamawiający, co również prowadzi do wyłączenia urządzenia z akcji ratowniczej.

W wypadku rozwiązań nieoferowanych przez Weber Hydraulik, a przez pozostałych wykonawców funkcjonujących na rynku (które jednak nie są punktowane), nawet rozszczelnienie baterii nie będzie miało żadnego wpływu ze względu na zabezpieczenie urządzenia i instalacji przed zalaniem wodą, a sam akumulator o stopniu ochrony IP 67 pozwala na jego wymianę nawet pod wodą, co w przypadku firmy Weber Hydraulik jest niemożliwe.

Na marginesie należy zwrócić uwagę na niekonsekwencję Zamawiającego, który w przypadku zasilacza wymaga stopnia ochrony na poziomie IP 54, co w przypadku firmy Weber Hydraulik nie pozwala na pracę pod wodą, w przeciwieństwie do urządzeń oferowanych przez pozostałych potencjalnych wykonawców.

Podsumowując, Zamawiający w postępowaniu postanowił premiować rozwiązania, które faktycznie utrudniają działania ratowników i narażają Zamawiającego na dodatkowe koszty, a jednocześnie cechują konkretne urządzenie konkretnego producenta.

Powyższe świadczy o nieprawidłowym ukształtowaniu kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z przepisem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek

jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Jak stanowi z kolei przepis art. 242 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników. Jak każda czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, także ustanowienie kryteriów oceny ofert, musi zostać przeprowadzone z uwzględnieniem naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia, w tym odzwierciedlonej w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: *Biorąc pod uwagę sposób ukształtowania przepisów p.z.p. w zakresie formułowania kryteriów oceny ofert, dostrzec należy, iż przepisy te odmiennie od przepisów dotyczących np. sposobu opisu przedmiotu zamówienia, nie referują wprost np. do zasady uczciwej konkurencji, wobec tego trudno byłoby sformułować zarzut naruszenia konkretnej normy. Jednakże przez pryzmat celu, w jakim określa się kryteria oceny ofert, tj. dążenia do wyboru oferty najkorzystniejszej, możliwe jest odwołanie się do zasad ogólnych. Trudno byłoby zaakceptować wniosek, że kryteria oceny ofert nie muszą być zgodne z naczelnymi zasadami p.z.p. (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2023 r. KIO 1110/23).*

W świetle powyższego, za niezgodne z przytoczonymi zasadami należy uznać kryteria oceny ofert, które wskazują na cechy konkretnego urządzenia konkretnego producenta (co jest również niezgodne z przepisem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp), przy czym cechy te nie przekładają się w jakikolwiek sposób na jakość zamawianych urządzeń. Tak ukształtowane kryteria oceny ofert, nie pozwalają na dokonanie wyboru oferty faktycznie najkorzystniejszej, a więc oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, a przy tym w sposób nieuprawniony i niepodyktowany żadnymi obiektywnymi względami, ułatwiają konkretnemu wykonawcy uzyskanie zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: *Ustalone przez Zamawiającego kryteria oceny ofert nie powinny w sposób nieuzasadniony faworyzować jakiegokolwiek wykonawcy. W konsekwencji Zamawiający, mając dużą swobodę w zakresie ustalania kryteriów oceny ofert, nie ma jednocześnie pełnej dowolności w ich ustaleniu. Istotne jest bowiem, aby ustalone przez Zamawiającego kryteria pozacenowe były uzasadnione jego potrzebami, waga kryterium nie była nadmierna, opis kryterium był jednoznaczny i precyzyjny, a jego wprowadzenie nie prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania*

wykonawców i uczciwej konkurencji. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2024 r. KIO 172/24).

W świetle powyższego, Odwołujący kwestionując prawidłowość ustanowionego przez Zamawiającego kryterium pozacenowego, postuluje o jego wykreślenie, a tym samym doprowadzenie do pierwotnych – w świetle dokumentów zamówienia – zasad oceny ofert przez ustanowienie jedynego kryterium dotyczącego ceny. Należy bowiem przyjąć, że wraz ze zmianą OPZ dnia 23 sierpnia 2024 r. zmianie nie uległ fakt, że określa on wymagania jakościowe odnoszące się do głównych elementów, składających się na przedmiot zamówienia (art. 246 ust. 2 ustawy Pzp).

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w *petitum*.

Załączniki:

- 1) *odpis z KRS Odwołującego oraz pełnomocnictwo z potwierdzeniem uiszczenia opłaty;*
- 2) *potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;*
- 3) *potwierdzenie doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.*