

Łódź, dnia: 30.09.2022

WL.2370.8.2022

Wykonawcy biorący
udział w postępowaniu

INFORMACJA O WNIIESIENIU ODWOŁANIA ORAZ WEZWANIE DO
PRZYSTĄPIENIA DO POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO

Informuję, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu analitycznego, podzielone na 4 części, WL.2370.8.2022 w dniu 29.09.2022 zostało wniesione odwołanie dla części „1” postępowania (dostawa sprzętu analitycznego wykorzystującego metodę IMS, 21 sztuk) przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, poprzez wiadomość mailową na adres zamowieniapubliczne@straz.lodz.pl.

Na podstawie art. 524 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zamawiający zamieszcza na stronie internetowej zamawiającego, na której są udostępniane dokumenty zamówienia - kopię wniesionego odwołania, równocześnie wzywając Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Na podstawie art. 525 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Załącznik:

1. Kopia odwołania.

Odwołujący:

IBKOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,

ul. Sejmikowa 8, 04-602 Warszawa

KRS 0000085935

tel. 22 853 57 53

faks 22 847 61 85

e-mail: przetargi@ibkol.pl**IBKOL Sp. z o. o.**ul. Sejmikowa 8
04-602 Warszawa, PolskaKRS 0000085935
VAT ID: PL5221069889
NIP: 522 10 69 889

Telefon +48 22 / 853 57 53

Faks +48 22 / 847 61 85

www.ibkol.pl

Prezes: Magda Heese

Warszawa, 29 września 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Łodzi

ul. Wólczańska 111/113, 90-521 Łódź,

tel. 42 63 15 100,

e-mail: zamowieniapubliczne@straz.lodz.pl ,

działająca w imieniu swoim oraz na rzecz:

- 1) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Białymstoku, ul. Warszawska 3, 15-062 Białystok,
- 2) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Gdańsku, ul. Sosnowa 2, 80-251 Gdańsk,
- 3) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Gorzowie Wielkopolskim, ul. Wyszyńskiego 64, 66-400 Gorzów Wielkopolski,
- 4) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Katowicach, ul. Wita Stwosza 36, 40-042 Katowice,
- 5) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Kielcach, ul. Sandomierska 81, 25-324 Kielce,
- 6) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Krakowie, ul. Zarzecze 106, 30-134 Kraków,
- 7) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Lublinie, ul. Strażacka 7, 20-012 Lublin,
- 8) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Olsztynie, ul. Niepodległości 16, 10-045 Olsztyn,
- 9) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Opolu, ul. Budowlanych 1, 45-005 Opole,
- 10) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu, ul. Masztalarska 3, 61-767 Poznań

- 11) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Rzeszowie, ul. Mochnackiego 4, 35-016 Rzeszów
- 12) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Szczecinie, ul. Firlika 9/14, 71-637 Szczecin
- 13) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu, ul. Prosta 32, 87-100 Toruń,
- 14) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie, ul. Domaniewska 40, 02-672 Warszawa
- 15) Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej we Wrocławiu, ul. Borowska 138, 50-552 Wrocław

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 ust. 1 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp zaniechań i czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „**Dostawa sprzętu analitycznego**”, w podziale na 4 części:

- „1” dotyczy dostawy sprzętu analitycznego wykorzystującego metodę IMS, 21 sztuk,
- „2” dotyczy dostawy sprzętu analitycznego wykorzystującego metodę FTIR, 21 sztuk,
- „3” dotyczy dostawy sprzętu analitycznego wykorzystującego metodę Ramana, 21 sztuk,
- „4” dotyczy dostawy monitora skażeń promieniotwórczych, 2 sztuki

– nr postępowania WL.2370.8.2022, zwanego dalej „Postępowaniem” lub „Zamówieniem”, tj. od sporządzenia specyfikacji warunków zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie dotyczy zadania nr 1.

Zarzuty odwołania:

Zamawiającemu zarzucam naruszenie, w zakresie zadania nr 1, **art. 99 ust. 4 ustawy Pzp** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję przez wskazanie cech charakteryzujących produktu konkretnego wykonawcy, co prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców i produktów z Postępowania, a w konsekwencji **art. 16 pkt 1 ustawy Pzp**, zgodnie z którym Zamawiający powinien przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Żądania odwołania:

Mając na względzie powyższe zarzuty wnoszę o **uwzględnienie niniejszego odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu zmiany specyfikacji warunków zamówienia**, załącznik nr 1 do SWZ (załącznik nr 4 do umowy) „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – opis techniczny (oferta techniczna)”, pkt 1 „Opis sprzętowy”, ppkt 1.1., część 1. „Sprzęt analityczny wykorzystujący metodę IMS, 21 sztuk (Detektor gazów bojowych – Spektrometr ruchliwości jonów)” oraz we wszystkich innych dokumentach zamówienia, które odnoszą się do przedmiotowych wymogów, tj.:

zastąpienie obecnych wymogów:

jonizacja: bez użycia izotopów promieniotwórczych,

tryby pracy: detektor osobisty (CWA/TIC), pomiar skuteczności dekontaminacji,

zakresy pracy: tj. waga urządzenia: max. 700 g,

wilgotność: 0 – 100 % RH,

do urządzenia dołączona dysza do próbkowania w czasie dekontaminacji w ilości 20 szt. (jeżeli taka jest wymagana)

następującymi:

*jonizacja: bez użycia izotopów promieniotwórczych **lub przy pomocy izotopu promieniotwórczego o niskiej aktywności Ni-63 (o aktywności 90 MBq),***

*tryby pracy: detektor osobisty (CWA/TIC), pomiar skuteczności dekontaminacji **lub detektor osobisty (CWA/TIC), umożliwiający wykrywanie nawet niewielkiej ilości śladów CWA i TIC, dzięki czemu można go wykorzystać do weryfikacji skuteczności dekontaminacji,***

*zakresy pracy: tj. waga urządzenia: **max. 770 g (z akumulatorem),***

*wilgotność: **0 – 95 % niekondensująca***

*do urządzenia dołączona dysza do próbkowania w czasie dekontaminacji w ilości 20 szt. **lub tuba do próbkowania w ilości 3 szt. celu punkowego wykrywania CWA/TIC jako możliwość sprawdzenia skuteczności dekontaminacji (jeżeli taka jest wymagana),***

oraz w sposób wynikający z uzasadnienia odwołania, a także **o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym zastępstwa procesowego, poniesionych przez Odwołującego.**

Interes we wniesieniu odwołania:

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania i w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, tj. oferuje na rynku dostawę produktów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia i chciałby ubiegać się o przedmiotowe Zamówienie, jednak w wyniku naruszających przepisy ustawy Pzp czynności (sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia) i zaniechań (sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób prawidłowy) Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę przejawiającą się w braku możliwości uzyskania Zamówienia i zysków płynących z jego realizacji. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego (prawidłowego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia) Odwołujący miałby realną szansę na pozyskanie zamówienia i zysków płynących z jego realizacji. Na etapie odwołania od treści postanowień SWZ, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie w ramach konsorcjum ubiegać się o udzielenie zamówienia. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że jeżeli SWZ m.in. w zakresie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia została ukształtowana w sposób naruszający przepisy, co uniemożliwia lub utrudnia Wykonawcy złożenie oferty oraz uzyskanie zamówienia i godzi w interes Wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia, to w konsekwencji taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego Wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Wyczerpuje to dyspozycję art. 505 ustawy Pzp. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej.

Termin na wniesienie odwołania:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **19 września 2022 r. pod numerem 2022/S 180-508759**, a specyfikacja warunków zamówienia została publikowana na stronie internetowej Zamawiającego **19 września 2022 r.**

Odwołanie zostało wniesione 29 września 2022 r. Tym samym termin na wniesienie odwołania został zachowany.

Wpis od odwołania:

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości 15.000 zł i w terminie (dowód: załącznik nr 1 do odwołania).

Termin przekazania odwołania/kopii odwołania Zamawiającemu:

Zamawiający otrzymał kopię odwołania 29 września 2022 r. (dowód: załącznik nr 2 do odwołania).

Adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

<https://www.gov.pl/web/kwpsp-lodz/zamowienia-publiczne>

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający prowadzi postępowanie o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp, w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa sprzętu analitycznego”, w podziale na 4 części. Część 1. dotyczy dostawy sprzętu analitycznego wykorzystującego metodę IMS, 21 sztuk.

W załączniku nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia (załącznik nr 4 do umowy) „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – opis techniczny (oferta techniczna)”, pkt 1 „Opis sprzętowy”, ppkt 1.1., część 1. „Sprzęt analityczny wykorzystujący metodę IMS, 21 sztuk (Detektor gazów bojowych – Spektrometr ruchliwości jonów)” Zamawiający wskazał następujące wymagania co do zamawianego sprzętu: „*Sprzęt analityczny wykorzystujący metodę IMS, 21 sztuk (Detektor gazów bojowych - Spektrometr ruchliwości jonów)*”:

- *zakres pomiarowy: Bojowe Środki Trujące (CWA) oraz Toksyczne Środki Przemysłowe (TIC);*
- *minimalny zakres CWA: GA, GB, GD, GF, HD, HN3, L, VX, CG;*
- *jonizacja: bez użycia izotopów promieniotwórczych;*
- *tryby pracy: detektor osobisty (CWA/TIC), pomiar skuteczności dekontaminacji;*
- *sygnalizacja alarmów: dźwiękowa, optyczna dioda LED oraz wyświetlacz;*
- *wyświetlanie alarmów: typ środka chemicznego oraz skala stężenia;*
- *zasilanie: kompatybilne akumulatory (2 kpl.) oraz system ładowania akumulatorów;*
- *zakresy pracy: temp. (min.) - 30°C - 50°C, wilgotność: 0 – 100 % RH;*
- *spełnione standardy: MIL STD 810G;*

- urządzenie dostosowane do noszenia na pasie podczas normalnej pracy;
- waga urządzenia: max. 700 g;
- do urządzenia dołączony pokrowiec do noszenia na pasie;
- do urządzenia dołączony tester urządzenia;
- do urządzenia dołączona dysza do próbkowania w czasie dekontaminacji w ilości 20 szt. (jeżeli taka jest wymagana);
- w przypadku wymaganych akcesoriów do pracy urządzenia dołączony zestaw akcesoriów zużywalnych tj. filtry, osuszacze itp. w ilości: 20 kpl. (jeżeli takie są wymagane);
- urządzenie powinno posiadać walizkę transportową o wzmocnionej konstrukcji IP67 dostosowanej do oferowanego modelu;
- urządzenie fabrycznie nowe, rok produkcji 2022.”

W ocenie Odwołującego następujące wymogi Zamawiającego:

- jonizacja: bez użycia izotopów promieniotwórczych,
- tryby pracy: detektor osobisty (CWA/TIC), pomiar skuteczności dekontaminacji;
- zakresy pracy: tj. waga urządzenia: max. 700 g,
- wilgotność: 0 – 100 % RH,
- do urządzenia dołączona dysza do próbkowania w czasie dekontaminacji w ilości 20 szt. (jeżeli taka jest wymagana)

powodują, że wszystkie wymagania Zamawiającego łącznie spełnia tylko jedno dostępne na rynku urządzenie, tj. **LCD 3.3 firmy Smiths Detection**, co skutkuje naruszeniem dyspozycji art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, gdyż w konsekwencji z ubiegania się o zamówienie zostaną wyeliminowani inni wykonawcy oferujący inne, równorzędne analizatory wykorzystujące metodę IMS, co narusza zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Z kolei w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp wyrażono podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. obowiązek zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Należy podkreślić, że, jak wynika z treści 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. Tym samym naruszeniem dyspozycji tego artykułu, a więc jednocześnie zakazów i obowiązków ciężących na Zamawiającym w tym zakresie, jest już samo potencjalne, realnie możliwe utrudnienie uczciwego konkurencyjnego konkurowania pomiędzy wykonawcami zainteresowanymi zamówieniem i oferowanymi przez nich produktami. Naruszenie takie nastąpiło w niniejszym Postępowaniu, gdzie poprzez takie sformułowanie wymagań co do cech i parametrów zamawianego urządzenia Zamawiający w sposób nieuzasadniony wyeliminował z postępowania Odwołującego i oferowany przez niego produkt, który jest produktem nie gorszym od urządzenia opisanego przez Zamawiającego. Z przepisu wynika bowiem wprost, że zakazane jest zarówno takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, które spowoduje, że możliwe będzie zaoferowanie wyłącznie jednego konkretnego produktu jednego producenta, a także każde sformułowanie, które uprzywilejowuje lub eliminuje niektórych wykonawców lub produkty. W niniejszym postępowaniu Zamawiający naruszył przepis art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, co powoduje brak możliwości wzięcia udziału w postępowaniu przez Odwołującego, pomimo, że jest on doświadczonym wykonawcą, działającym na rynku wiele lat i oferującym profesjonalne produkty, które zaspokoilyby rzeczywiście uzasadnione potrzeby Zamawiającego, a nie te, które bez uzasadnienia prowadzą do ograniczenia konkurencji tylko i wyłącznie do produktu jednej firmy.

Niezależnie od powyższego, do uznania odwołania za uzasadnione, wystarczające jest stwierdzenie, że poprzez opis przedmiotu zamówienia Zamawiający w sposób nieuzasadniony wyeliminował z Postępowania Odwołującego i oferowany przez niego detektor.

Odwołujący zamierza zaoferować analizator ChemProX firmy Environics Oy z Finlandii.

W ocenie Odwołującego oferowany przez niego produkt jest równie dobry jak opisany w SWZ przez Zamawiającego, choć działa na innych zasadach, a Zamawiający nie miał konkretnych i obiektywnych powodów (oprócz własnych subiektywnych preferencji lub przyzwyczajenia), by wybrać właśnie produkt opisany, a wyeliminować inne, działające w oparciu o jonizację bez użycia izotopów promieniotwórczych. Co więcej, Zamawiający przedmiotowe wymogi postawił jako bezwzględne wymogi opisu przedmiotu zamówienia, eliminujące całkowicie urządzenia ich nie spełniające, choć mógł zastosować narzędzie w postaci kryteriów oceny ofert, dzięki którym jednocześnie mógłby punktować parametry przez siebie preferowane nie uniemożliwiając innym wykonawcom wzięcia udziału w Postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, aby uznać odwołanie za uzasadnione, wystarczające jest także, by Zamawiający nie wykazał w sposób przekonujący, że bezwzględne postawienie kwestionowanych w odwołaniu

wymogów było konieczne dla osiągnięcia celów zamówienia, które nie mogłyby być osiągnięte w inny sposób, właśnie na przykład przez zastosowanie stosownych kryteriów oceny ofert.

Należy podkreślić, że z przepisu art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że to po stronie Zamawiającego leży wykazanie/udowodnienie, że jego działanie nie narusza tego przepisu choćby w sposób potencjalny – sposób, który „mógłby utrudniać” uczciwą konkurencję. Zamawiający musi także wykazać, że wprowadzone przez niego do opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji warunków zamówienia i innych dokumentów zamówienia wymogi i ograniczenia są uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami, których nie może zaspokoić w inny sposób i przy użyciu innych środków. Powyższe jest jednoznacznie i od lat potwierdzone także w orzecznictwie KIO i sądów okręgowych, jeszcze na gruncie art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r., co potwierdzają poniższe przykładowe orzeczenia KIO:

Wyrok KIO 2130/21 z 9 września 2021 r.: *„Przepis art. 99 ust. 4 Prawa zamówień publicznych stanowi, że 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. Dla wykazania powyższego stanu rzeczy wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji, a nie jej udowodnienie. Już sama potencjalna możliwość wystąpienia sytuacji utrudnienia uczciwej konkurencji może uzasadniać stwierdzenie naruszenia ww. przepisu.”*

Wyrok KIO 2074/21 z 1 września 2021 r.: *„Każde z wymagań zamawiającego w większym lub mniejszym stopniu ogranicza konkurencję, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest jedynie zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania.”*

Wyrok KIO 1972/21 z 5 sierpnia 2021 r.: *„Opis przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do sztucznego, nieuzasadnionego rzeczywistymi potrzebami zamawiającego ograniczenia konkurencji w postępowaniu. W związku z tym w przypadku zarzutów odwołania co do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia badaniu Izby podlega, czy kwestionowane postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, zawierającej opis przedmiotu zamówienia i wymagań zamawiającego w tym zakresie, które np. eliminują wykonawcę z udziału w postępowaniu, są zamawiającemu niezbędne do zrealizowania rzeczywistych potrzeb związanych z realizacją nałożonych na niego zadań.”*

Wyrok KIO 2009/22 z 19 sierpnia 2022 r.: „W art. 99 ust. 4 Prawa zamówień publicznych mowa jest o potencjalnej możliwości utrudniania konkurencji, a zatem dla stwierdzenia naruszenia tego **przepisu wystarczające jest wykazanie prawdopodobieństwa wystąpienia naruszenia konkurencji, a nie konieczności wystąpienia tego naruszenia.**”

Wyrok KIO 248/22 z 14 lutego 2022 r.: „Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną regułę. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów nieporównywalnych. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 99 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji. Z kolei zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 Prawa zamówień publicznych jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach. Przy czym, w przypadku zamówienia, którego poszczególne części składowe opisane zostały za pomocą wielu parametrów, nawet brak spełniania jednego z nich może przynieść skutek w postaci niemożności złożenia oferty w ogóle, zatem niezbędne jest wykazanie, że potrzeby zamawiającego dotyczą wszystkich, kwestionowanych przez danego wykonawcę parametrów.”

Zamawiane w Postępowaniu analizatory IMS, czyli detektory wykorzystujące spektrometrię ruchliwości jonów (Ion Mobility Spektrometry) to urządzenia, które wykrywają różnego niebezpieczne substancje chemiczne, np.: narkotyki, materiały wybuchowe, czy, jak w tym przypadku – CWA/TIC, czyli Bojowe Środki Trujące (Chemical Warfare Agents) i Toksyczne Substancje Przemysłowe (Toxic Industry Chemicals). IMS to technika analityczna, której podstawą jest pomiar ruchliwości zjonizowanych cząsteczek w gazie buforowym pod wpływem pola elektrycznego. Jonizacja ta może odbywać się przy pomocy niskiej aktywności źródła promieniotwórczego (np. Nikiel 63) lub bez użycia źródła, czyli przy wykorzystaniu tzw. wyładowań koronowych. Zatem kluczowym elementem technologii IMS jest zjonizowanie cząstki.

Głównym powodem używania źródła promieniotwórczego IMS jest zapewnienie, że jonizacja cząstek nie będzie osłabiona (zakłócana) przez wpływ zmian temperatury, wilgotności

i ciśnienia, czyli czynników, które są zmienne i mają wpływ na warunki otoczenia podczas działań wykonywanych przez operatora.

Dodatkowe informacje na temat ww. pojęć można znaleźć np. w Wikipedii:

<https://pl.wikipedia.org/wiki/Ruchliwo%C5%9B%C4%87>

<https://pl.wikipedia.org/wiki/Jonizacja>

<https://pl.wikipedia.org/wiki/Cz%C4%85steczka> https://pl.wikipedia.org/wiki/Pole_elektryczne.

Kluczowym dla użytkownika powinna być funkcjonalność analizatora, czyli: ilość wykrywanych substancji, czułość urządzenia, czas wykrywania, sposób alarmowania, ilość fałszywych alarmów, a nie to, w jaki sposób cząsteczka zasysanego gazu jest jonizowana.

W przypadku rozwiązania zawierającego źródło promieniotwórcze, jest to źródło szczelnie zamknięte, o bardzo niskiej aktywności, powszechnie stosowane w wielu detektorach IMS różnych firm. Urządzenie ze źródłem nie ma wpływu negatywnego na otoczenie ani na samego użytkownika, nawet podczas długotrwałego użytkowania.

Nie ma też możliwości samoczynnego rozszczelnienia się źródła. Może to nastąpić jedynie w przypadku niezgodnego z przeznaczeniem użytkowania analizatora, czy poważnych uszkodzeń mechanicznych z winy użytkownika.

Analizatory IMS zawierające zamknięte źródło promieniotwórcze mogą być transportowane transportem lotniczym, samochodowym i kolejowym. Po wycofaniu urządzenia z użycia, jedynym obligatoryjnym warunkiem jest przekazanie urządzenia wraz ze źródłem do producenta w celu utylizacji przez specjalistyczne zakłady do utylizacji. Jednak warunek prawidłowej utylizacji dotyczy każdego urządzenia, zatem powyższe nie jest wymogiem wyjątkowym.

Urządzenia IMS ze źródłem promieniotwórczym są powszechnie stosowane przez użytkowników służb mundurowych w tym wojsko i straż pożarną.

Urządzenia, które wykorzystują technologię IMS ze źródłem promieniotwórczym to np.:

1. Bruker RAID-M 100

<https://www.bruker.com/en/products-and-solutions/cbrne-detectors/ims/mraidplus.html>

<https://www.bruker.com/en/products-and-solutions/cbrne-detectors/ims/raid-m-100.html>)

2.. Smiths Detection – detector GID-3

<https://www.smithsdetection.com/products/gid-3/>

3. Environics (partner IBKOL) oferuje analizatory IMS ze źródłem promieniotwórczym Ni 63

Urządzenia te używają do jonizacji źródła promieniotwórczego Nikiel 63.

Należy też zauważyć, że Zamawiający nie może jednoznacznie podnosić, że wybrana przez niego metoda jonizacji jest znacząco lepsza, gdyż wskazany w OPZ analizator wykorzystujący metodę IMS z jonizacją bez użycia izotopów promieniotwórczych wykorzystuje do jonizacji tzw. „wyładowania koronowe” (iskry).

Analizatory IMS wykorzystujące „wyładowania koronowe” nie są tak stabilne podczas pracy w zmieniających się warunkach środowiskowych oraz wysokości, jak analizatory IMS zawierające źródła promieniotwórcze, na których pracę i możliwości wykrywania te warunki nie mają żadnego wpływu. Także ich czas pracy / żywotność źródła promieniowania jest praktycznie nieograniczony.

Należy podkreślić, że analizatory bez źródła promieniotwórczego nie są rozwiązaniem nowatorskim, są stosowane od wielu lat, jednak spośród znanych Odwołującemu urządzeń do wykrywania Bojowych Środków Trujących i Toksycznych Substancji Przemysłowych tylko rozwiązanie Smiths Detection LCD 3.3 używa technologii IMS bez źródła w połączeniu ze wszystkimi pozostałymi wymaganiami zawartymi w OPZ. Także firma Smiths Detection produkuje analizatory w dwóch wersjach – ze źródłem promieniowania oraz bez źródła promieniowania. Można z tego wnioskować, że analizatory działające w technologii IMS ze źródłem promieniowania posiadają cechy (zalety), które powodują, że nie zostały zastąpione urządzeniami bez źródła promieniowania, jak też urządzenia bez źródła promieniowania posiadają cechy (wady), ze względu na które nie są one powszechnie produkowane przez innych producentów.

Prawdopodobną przyczyną, zdaniem Odwołującego, dla której Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia odniósł się do parametrów właśnie produktu firmy Smiths Detection LCD 3.3, jest to, że dotychczas stosował takie urządzenia, zatem kierował się przyzwyczajeniem, jak też mógł wykorzystać posiadane już informacje o parametrach, co w sposób techniczny ułatwiło mu sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, jednak nie odzwierciedla faktycznych, „merytorycznych” potrzeb służbowych Zamawiającego (jak też innych podmiotów, na rzecz których zamawiane są urządzenia). Przyczyny te nie wynikają także z treści specyfikacji warunków zamówienia.

Co do żądanego parametru: tryby pracy: detektor osobisty (CWA/TIC), pomiar skuteczności dekontaminacji lub detektor osobisty (CWA/TIC), umożliwiający wykrywanie nawet niewielkiej ilości śladów CWA i TIC, dzięki czemu można go wykorzystać do weryfikacji skuteczności dekontaminacji należy wskazać, że informacje zawarte w instrukcji obsługi detektora LCD 3.3 wskazują na dwa tryby pracy: oprócz normalnego trybu pracy (wykrywanie), urządzenie to posiada dodatkową dyszę, która po

zainstalowaniu umożliwi wykonywanie pomiarów w trybie szybszym (drugim), co jest wykorzystywane do sprawdzania skuteczności dekontaminacji (odkazywania) obiektu, obszaru (tzw wykrywanie punktowe)

Co niezwykle istotne, w przypadku sprawdzania skuteczności odkazywania nie jest ważny szybki czy wolny tryb pomiarów, ale czułość urządzenia i możliwość wykrycia nawet niewielkiej ilości śladów CWA i TIC, czyli sprawdzenia, czy obiekt/obszar został skutecznie odkazywany.

W analizatorze oferowanym przez Odwołującego znajdują się dodatkowe 3 tuby, które umożliwiają pomiar punktowy, dzięki czemu jest możliwość sprawdzenia skuteczności procesu dekontaminacji.

Wymóg dotyczący dołączenia do oferowanego urządzenia dyszy do próbkowania w czasie dekontaminacji w ilości 20 szt. (jeżeli taka jest wymagana) jest konsekwencją żądania konkretnego rodzaju urządzenia. W przypadku innych urządzeń, tego typu materiały eksploatacyjne się różnią, tj. oferowane przez Odwołującego urządzenie wykorzystuje do próbkowania tuby, a nie dysze, zaś odpowiadająca żądanym 20 dyszom liczba tub to 3.

Dodatkowo oferowane równoważne przez Odwołującego urządzenia posiadają technologię ortogonalną IMS (opatentowaną komorę aspiracyjną IMS), działającą w połączeniu z czujnikami wilgotności, ciśnienia, przepływu oraz temperatury, a także uzupełnioną dodatkowo o technologię kilku innych czujników jednocześnie, aby zapewnić możliwość wykrywania zdecydowanie większej liczby TIC (toksycznych substancji przemysłowych) w porównaniu do analizatorów IMS opartych o technologię pojedynczego sensora. Powyższe stanowi zaletę urządzenia oferowanego przez Odwołującego, której nie posiada urządzenie wskazane w opisie przedmiotu zamówienia.

W zakresie wskazanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia parametrów odnoszących się do wagi urządzenia i wilgotności należy wskazać, że Zamawiający jako wymóg graniczny wskazał maksymalną wagę 700 g. Oferowane przez Odwołującego urządzenie waży 650g (bez akumulatora) oraz 770 g z akumulatorem.

Odwołujący nie neguje, że im mniejsza waga urządzenia, tym jest ono wygodniejsze do noszenia. Jednak wskazana przez Odwołującego różnica 70 g stanowi jedynie 10% wagi określonej przez Zamawiającego i nie jest znacząca dla użytkownika. Można ją porównać do wagi 1/3 kostki masła, zatem różnica ta nie powinna mieć dla użytkownika praktycznego znaczenia.

Trudno także wskazać na konkretne powody, dla których Zamawiający górną granicę wagi urządzenia określił akurat na 700 g, a nie np. 600 g lub 800 g, i dla których wymóg ten nie mógłby zostać zmieniony. Poza tym, jak Odwołujący wskazał już wcześniej, jeśli Zamawiający konkretną wagę urządzenia uznaje za tak znaczącą jego zaletę, to powinien powyższe uwzględnić w kryteriach oceny ofert, nie zaś eliminować z postępowania dostępne na rynku urządzenia. Powyższe (tzn. całkowita eliminacja produktu), w ocenie Odwołującego, jest nieproporcjonalne do różnicy w wadze preferowanej przez Zamawiającego i w wadze urządzenia Odwołującego. Należy podkreślić, że Zamawiający przewiduje noszenie urządzeń na wysokości talii, przy pasku (jednymi z wymogów opisu przedmiotu zamówienia jest, by urządzenie było dostosowane do noszenia na pasie podczas normalnej pracy i był do niego dołączony pokrowiec do noszenia na pasie), zatem w miejscu, w którym tak niewielka różnica wagi jak 70 g nie jest odczuwalna.

Poza tym konkretna różnica w wadze urządzeń – LCD 3.3 firmy Smiths Detection oraz oferowanego przez Odwołującego wynika z konkretnych cech obu urządzeń, głównie z tego, że urządzenie firmy Smiths Detection zasilane jest bateriami, a urządzenie Odwołującego akumulatorem. Rozwiązanie wykorzystujące akumulator ma tę zaletę, że akumulator co do zasady działa dłużej niż baterie, a jego ładowanie następuje przy użyciu jedynie ładowarki podpinanej do sieci, co ułatwia praktyczne korzystanie z urządzenia, zwłaszcza w sytuacji, w której pracownicy Zamawiającego będą z niego korzystać poza swoją jednostką, wielokrotnie lub przez dłuższy czas bez ładowania.

Jeśli zaś chodzi o określone przez Zamawiającego parametry dotyczące wilgotności, tj. 0 – 100 % RH, to wymóg ten jest dla Odwołującego niezrozumiały, ponieważ w atmosferze o wilgotności 100% woda kondensuje się na powierzchniach, zaś przy parametrze 95% nie ma tej kondensacji.

Na marginesie można zauważyć, że w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga również, aby do analizatora dołączyć zestaw akcesoriów zużywalnych, tj. filtry, osuszacze, itp. w ilości 20 kpl. (jeżeli takie są wymagane). W przypadku analizatorów wykorzystujących metodę IMS, gdzie jonizacja odbywa się bez użycia izotopów promieniotwórczych, materiały takie jak filtry, osuszacze czy membrany są podstawowymi materiałami eksploatacyjnymi koniecznymi do zapewnienia prawidłowej pracy analizatora IMS. Powoduje to wyższe koszty eksploatacyjne, które użytkownik musi ponieść zakupując ww. materiały eksploatacyjne. W przypadku analizatora oferowanego przez Odwołującego wyżej wymienione materiały eksploatacyjne nie są już wymagane za wyjątkiem filtra przeciwkurzowego.

Zatem zaletą rozwiązania oferowanego przez Odwołującego są także niższe koszty eksploatacyjne urządzenia.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że urządzenie oferowane przez Odwołującego nie jest gorsze niż opisane przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia i w równym stopniu spełni potrzeby Zamawiającego, zatem wykluczenie możliwości jego zaoferowania w niniejszym Postępowaniu stanowi nieuzasadnioną dyskryminację Odwołującego i oferowanego przez niego produktu.

W związku z powyższym odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zastrzega możliwość rozbudowania zaprezentowanej wyżej argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy lub w formie pisma procesowego.

W imieniu Odwołującego:

Magda HEESE

Prezes

Załączniki:

- 1. Dowód uiszczenia wpisu*
- 2. Dowód przesłania Zamawiającemu kopii odwołania*
- 3. Informacja z KRS*

Otrzymują:

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej (oryginał),

Zamawiający (kopia).