

**WYROK**  
z dnia 13 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2015 r. przez wykonawcę **MOJ S.A., ul. Tokarska 6, 40-859 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

przy udziale wykonawcy **ZERKOPOL Sp. z o.o., ul. Uczniowska 34, 03-112 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MOJ S.A., ul. Tokarska 6, 40-859 Katowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MOJ S.A., ul. Tokarska 6, 40-859 Katowice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) 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:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu o udzielenie - zamówienia sektorowego - prowadzone jest Zamawiającego - Kompanię Węglową S.A. z Katowic na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp lub Pzp) w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa sprzęgeli i układów hamulcowych do maszyn i urządzeń dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2015 r.". Zdaniem Odwołującego - MOJ Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach w tym postępowaniu, zaniechano z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczenia z postępowania w zakresie zadania nr 11 wykonawcy ZERKOPOL Sp. z o.o., [spółka ZERKOPOL lub wykonawca ZERKOPOL] w związku z niewykazaniem przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji zaniechano uznania oferty ww. wykonawcy za odrzuconą, a także zaniechano z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 82 ust.3 ustawy Pzp odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz], i w konsekwencji dokonano w tym postępowaniu w zakresie zadania nr 11 wyboru najkorzystniejszej oferty spółki ZERKOPOL z naruszeniem art. 91 ust.1 ustawy Pzp. Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadania 11: (1) unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZERKOPOL; oraz (2) odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; oraz powtórzenia czynności polegającej na ocenie i wyborze najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Wniósł także o przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, jak również o zasądzenie na rzecz Odwołującego poniesionych przez niego kosztów postępowania wywołanego niniejszym odwołaniem, w tym kosztów pełnomocnika. Odwołujący wskazał również, że posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem w przypadku jego uwzględnienia i nakazania Zamawiającemu dokonania zaniechanych czynności oraz powtórzenia przeprowadzenia badania i oceny niepodlegających odrzuceniu ofert, oferta Odwołującego - jako zawierająca najniższą ceną oraz odpowiadająca warunkom specyfikacji - byłaby ofertą najkorzystniejszą. Powyższe, dowodzi zatem naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość przesłankom określonym w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania podniósł w szczególności, co następuje:

Zdaniem Odwołującego wykonawca ZERKOPOL Sp. z o.o. powinien zostać w zakresie zadania nr 11 wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a i ust. 3 ustawy Pzp, a tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 tej ustawy, albowiem wykonawca ten oferując wyroby równoważne zobowiązany był do wypełnienia załącznika nr 2a do SIWZ w zakresie wszystkich elementów równoważnych danego zadania. Wykonawca ZERKOPOL Sp. z o.o. zarówno w ofercie jak i w uzupełnieniu do oferty nie wypełnił w całości załączników 2a.

Odnosnie podstaw odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp wnoszący odwołanie stwierdzając, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] wskazał, że zgodnie z treścią specyfikacji Zamawiający w zadaniu numer 11 w części 12 - załącznik nr 1 do SIWZ [OPZ], strona 19, pkt 11.12.) zamówił sprzęgło wysoko elastyczne rozbieralne skrętne DUAL-S-100-4815, zastrzegając w wymaganiach prawnych i parametrach techniczno-użytkowych OPZ – część B pkt 1 - str. 21 - aby zamawiany wyrób przeznaczony był do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych zagrożonych wybuchem metanu i (lub) pyłu węglowego i spełniał aktualne wymagania obowiązujących przepisów. Ponadto, zgodnie z częścią C pkt 4 OPZ wymagał przedstawienia w ofercie wzoru deklaracji zgodności dla oferowanego wyrobu wydanego przez producenta lub upoważnionego przedstawiciela producenta określającego, że dokładnie oznaczone wyroby będące przedmiotem zamówienia są zaliczone do grupy I urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w zakładach górniczych, w których występuje zagrożenie metanowe i (lub) zagrożenie wybuchem pyłu węglowego, i spełnia wymagania aktualnie obowiązujących przepisów i norm (wymienionych w pkt B.3. załącznika nr 1 do SIWZ). Spółka ZERKOPOL Sp. z o.o. w formularzu ofertowym w zakresie przedmiotu zamówienia pod poz. 11.12 wskazała, że oferuje wyrób równoważny (oferta wykonawcy str. 8). Jednakże wykonawca w ofercie nie złożył stosownego oświadczenia, że oferowany wyrób, jako równoważny spełnia wymagania określonego przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ (str. 112 oferty), albowiem w tabelce na str. 112 oferty (pkt 4) wykonawca nie zakreslił odpowiedniego w tym zakresie pola. Podkreślił, że oferowany przez wykonawcę wyrób takich wymagań nie spełnia. Odwołujący podniósł, że spółka ZERKOPOL Sp. z o.o. w ofercie wskazała (między innymi str. 70 oferty oraz str. 96 uzupełnienia do oferty wykonawcy), że oferowane sprzęgła produkuje we współpracy z firmą Rexnord. Odwołujący wskazał na stronę 188 oferty ZERKOPOL, na której przedstawiono dokument, z którego wynika, że producentem sprzęgieł jest firma Rexnord Antriebstechnik GmbH (zwaną dalej Rexnord) oraz na dokument wystawiony przez producenta ww. sprzęgieł firmę Rexnord, a

złożony w niniejszym przetargu przez wykonawcę A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno Handlowa DUBAN A. D. z siedzibą w Bielsku-Białej. Z przedłożonego przez niego dokumentu w uzupełnieniu do oferty złożonej w zakresie zadania nr 12 i 13 oferty (str. 7 i 8) tego wykonawcy jednoznacznie wynika, że producent Rexnord nie zezwala na stosowanie ww. sprzętów na obszarach o ostrzejszych wymogach (tj. grupa I, kategoria M itp.), czyli na takich obszarach, które stanowiły warunek specyfikacji. Zwrócił także uwagę, że Zamawiający na tej podstawie odrzucił ofertę firmy DUBAN w zakresie zadania nr 13. W konkluzji stwierdził, że sprzętła oferowane przez wykonawcę ZERKOPOL nie spełniają wymagań specyfikacji, (czego potwierdzeniem jest oświadczenie producenta Rexnord) i tym samym oferta wykonawcy ZERKOPOL powinna zostać odrzucona. Podkreślił, że dopuszczenie do stosowania w zakładach górniczych wyrobów, które nie spełniają określonych wymagań stwarzać może poważne niebezpieczeństwa narażenia życia lub zdrowia osób pracujących z wykorzystaniem ww. wyrobów.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał także na wymaganie OPZ, dotyczące parametrów techniczno-użytkowych zamawianych wyrobów wg części B pkt 7. (str. 21-22 SIWZ) zgodnie z którym „wyroby równoważne, które dopuszcza Zamawiający po zabudowie do maszyny lub urządzenia nie mogą powodować zmian konstrukcyjnych i w konsekwencji wytworzenia nowej maszyny (...). Dalej podał, że spółka ZERKOPOL w formularzu ofertowym w zadaniu 11 pozycja 42 zaferowała sprzętło ZERKO 502 ZGU TH, jako wyrób równoważny do sprzętła TYTAN S-360, którego wyłącznym producentem jest Odwołujący. Co najistotniejsze - średnica zewnętrzna wyrobu oferowanego, jako równoważny przez ZERKOPOL wynosi 375 mm (str. 169 oferty) - jest o 15 mm większa od oryginału, którego średnica wynosi 360 mm (oferta Odwołującego i dokumentacja techniczno - ruchowa dołączona do oferty str. 318 i 335) i jego zdaniem większa średnica zewnętrzna wyrobu oferowanego przez ZERKOPOL uniemożliwia umieszczenie wyrobu w miejscu do tego przeznaczonym. Powyższe powoduje bowiem konieczność dokonania zmian konstrukcyjnych urządzenia, co stanowi niezgodność z warunkami OPZ w jego części B pkt 7.6. Na dowód powołał się na ofertę Odwołującego w zakresie zadania 12 oraz na punkt I. 7) [str 3] pisma z dnia 19.01.2015 r. informującego o rozstrzygnięciu postępowania. Odnośnie tego wyrobu podał również, że w sprzętle oryginalnym TYTAN S-360 (produkcji Odwołującego) wymiana dwóch wkładek elastomerowych następuje poprzez rozsunięcie maszyny napędzanej i silnika oraz ich wyjęcie. Z kolei (...) W sprzętle oferowanym przez ZERKOPOL - zgodnie ze złożoną przez niego dokumentacją (str. 210 i 211 uzupełnienia do oferty - dokumentu DTR) - wymiana ta następuje poprzez demontaż kompletnego napędu oraz demontaż połowy sprzętła z przekładni, co dopiero umożliwi demontaż wkładki poprzez odkręcenie 32 śrub. Taki sposób wymiany jest bardziej skomplikowany niż w

oryginale, (która następuje poprzez rozsuniecie urządzenia i wymianę wkładki bez dodatkowych czynności), a więc nie spełnia wymagań Zamawiającego (...) wskazanych w OPZ – część B pkt 7.5 (str. 21-22 SIWZ)

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z OPZ [str. 21- 22 pkt 7] wymagane jest, aby (...) wyrób wykonany wg innej dokumentacji musi być równoważny w stosunku do wymienionego w formularzu ofertowym (...). Wykonawca ZERKOPOL oferuje w zadaniu 11 w poz. 13-20 - sprzęgło ZERKO 401 ZGU z jedną wkładką metalowo gumową (uzupełnienie do oferty wykonawcy - str 178 oraz oferta Odwołującego - str 285 do 288), w poz. 21-34 - sprzęgło ZERKO 402 ZGU z dwoma wkładkami metalowo gumowymi (oferta wykonawcy str. 189 i 200 oraz oferta Odwołującego - str 289, 290), a w poz. 35-41 - sprzęgło ZERKO 502 ZGU z dwoma wkładkami metalowo gumowymi (oferta wykonawcy str. 211 oraz oferta Odwołującego - str. 293 i 294) - zamiast sprzęgła SET produkcji Odwołującego wskazanej przez Zamawiającego w zamówieniu, które składa się z wkładki metalowo -gumowej oraz dodatkowej elastycznej kompensującej odchyłki montażowe i drgania napędu, co ma wpływ na charakterystyki pracy całego układu oraz jego żywotność.

Odwołujący podał także, że wykonawca ZERKOPOL niezgodnie z wskazaniem Zamawiającego w zadaniu nr 11 pod poz. 34 zaofertował sprzęgło (str. 9 oferty wykonawcy oraz str. 319 uzupełnienia do oferty wykonawcy), które nie jest wyposażone w bęben hamulcowy. Oryginalne sprzęgło SET produkcji Odwołującego (str. 304 oferty Odwołującego i SIWZ Zamawiającego) wskazane przez Zamawiającego posiada bęben hamulcowy - umożliwiając tym samym zatrzymanie pracy maszyny, a co za tym idzie zapewnia bezpieczeństwo pracy osób posługujących się ww. urządzeniami.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że niespełnienie wymagań specyfikacji przez wyroby oferowane przez wykonawcę ZERKOPOL w sposób istotny wpłynęło na wysokość przedstawionej w ofercie tego wykonawcy ceny, która z kolei stanowiła determinant wyboru tej oferty za najkorzystniejszą. Podkreślił, że dochowanie wszelkich wymagań technicznych przedmiotowych wyrobów, jakie zostały określone w specyfikacji, wymagało przyjęcia przez Odwołującego zwiększenia kosztów, które z kolei spowodowały - po stronie Odwołującego - ukształtowanie się ceny za urządzenia na poziomie wskazanym w złożonej ofercie.

Odwołujący wskazał również na dołączone do oferty wykonawcy ZERKOPOL Sp. z o.o. dokumenty w języku obcym, nieprzetłumaczone na język polski przez tłumacza przysięgłego (oferta wykonawcy strony 193-198), podczas gdy w rozdziale XVI pkt 5, str. 8 siwz podano jednoznacznie, że oferta oraz wszystkie załączniki muszą być sporządzone w języku

polskim. Wskazując na orzecznictwo KIO, wnoszący odwołanie wykonawca podniósł, że brak tłumaczenia dokumentu kwalifikuje taką ofertę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem brak tłumaczenia dokumentu na język polski należy traktować w związku z art. 9 ust.2 i 3 ustawy Pzp, jako brak merytoryczny, a nie formalny, który jako taki powinien skutkować odrzuceniem oferty we wskazanym trybie.

W konkluzji, Odwołujący stwierdził, że konsekwencją naruszenia powołanych przepisów ustawy Pzp jest naruszenie art. 91 ust.1 ustawy Pzp z uwagi na niezasadny wybór oferty wykonawcy ZERKOPOL sp. z o.o., jako najkorzystniejszej, podczas gdy, jako najkorzystniejsza powinna być zakwalifikowana oferta Odwołującego.

**Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego** przystąpił wykonawca ZERKOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

#### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Przedmiot zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podzielony został – zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu [sekcja II.1.5] oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia [pkt IV siwz] - na 13 części [zadań], które zostały wyszczególnione w załączniku nr 1 do specyfikacji - Opis przedmiotu zamówienia, wymagania prawne i wymagane parametry techniczno użytkowe, wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy wymagań (...) [dalej OPZ] oraz w załączniku nr 2 do siwz. Zgodnie z OPZ w ramach każdego z zadań [podobnie jak w załączniku nr 2] opisano zakres rzeczowy i ilościowy danej części zamówienia. Zamawiający w OPZ w tabeli zamieszczonej w części A w jej kolumnie drugiej [od nr 11.1 do 11. 49] - oznaczonej, jako nazwa materiału – opisał w wierszu pierwszym zamawiane sprzęgła, wskazując ogólnie na „Sprzęgła: podatne elastyczne, podatne cierne, elastyczne podatno przegubowe, wysokoplastyczne – MOJ”, a następnie w kolejnych wierszach – szczegółowo opisał zamawiane sprzęgła objęte dostawą z użyciem symboli sprzęgieł oryginalnych i podając, jakie mają spełniać wymagania materiałowe, konkretyzując w ten sposób, jakie sprzęgła firmy MOJ mają być wzorcem – odnośnikiem dla określania parametrów równoważności. Parametry równoważności zostały wskazane w cz. B pkt 7 OPZ [od 7.1 do

7.7]. Izba ustaliła także, że dla potwierdzenia spełniania warunków podmiotowych określonych w art. 22 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający wymagał w punkcie XI. 1) specyfikacji oświadczenia składanego na Formularzu ofertowym zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz [treść takiego oświadczenia zawarta została w punkcie 2 formularza] oraz wymagał Wykazu wykonanych dostaw na druku z załącznika nr 3 w zakresie opisanym w punkcie X.1) specyfikacji. Z kolei wymagania związane z przedmiotem dostawy zgodnie z punktem XV specyfikacji odniesiono do OPZ, wskazując, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom, (...) Zamawiający wymaga dołączenia do oferty dokumentów wymienionych w Załączniku Nr 1 do SIWZ punkt C.” Zgodnie ze wskazanym punktem C.1 do oferty należało załączyć „Wykaz parametrów techniczno-użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia, oraz wykaz załączonych dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego – zgodnie z Załącznikiem nr 2a do SIWZ”. Odwołanie dotyczy zadania 11, w którym wyodrębniono 42 pozycje od 11 do 11.42.

Odwołanie – tak jak wskazano powyżej - zostało wniesione w zakresie zadania 11, a główne zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 2 tej ustawy, a także jej art. 91 ust.1 dotyczą oferty wykonawcy ZERKOPOL Sp. z o.o., [spółka ZERKOPOL lub wykonawca ZERKOPOL], uznanej w tym postępowaniu za najkorzystniejszą w zakresie tego zadania.

Rozpoznając pierwszy z zarzutów, dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na brak wypełnienia załącznika nr 2a do specyfikacji w zakresie wszystkich elementów dla wyrobu oryginalnego Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że załącznik ten dotyczył – jak wskazano powyżej – wymagań związanych z przedmiotem zamówienia, a nie jego podmiotowych warunków i z tego chociażby powodu nie możliwe byłoby zastosowanie wskazanego przepisu, jako podstawy wykluczenia z przedmiotowego postępowania wykonawcy ZERKOPOL [podobnie jak każdego innego oferenta w tym postępowaniu]. Izba nie zgodziła się również ze stanowiskiem Odwołującego, że wykonawca składający ofertę bezspornie był zobowiązany dla wyrobu oryginalnego uszczegółwić w kolumnie trzeciej parametry, o których mowa w kolumnie drugiej od punktu 1 do 7, które de facto stanowiły powtórzenie równoważnych parametrów technicznych według pkt C.7 OPZ. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że załącznik Nr 2a składa się z dwóch części – pierwsza z nich dotyczy wymagań prawnych, w tym zawiera w punkcie 4 oświadczenie wykonawcy, że „wyrób oferowany, jako równoważny spełnia wymagania określone w załączniku nr 1 do specyfikacji. W odniesieniu do tej części Zamawiający pod tabelą zawarł instrukcję zgodnie z którą załącznik należało wypełnić dla wszystkich elementów danego zadania (zarówno



oryginalnego jak i równoważnego) oferowanego przez wykonawcę, a z kolei dla drugiej części formularza tego załącznika w instrukcji podano, że załącznik należy wypełnić tylko dla wszystkich elementów równoważnych danego zadania oferowanych przez wykonawcę. Takie opisy instrukcji mogą sugerować, że bezwzględny obowiązek wypełnienia tabeli w drugiej części załącznika 2a związany jest z kolumną czwartą, dotyczącą wyrobu równoważnego (substytucyjnego). Izba jednocześnie zauważa, że opisy, co do nazwy i typu wyrobu równoważnego podane w wierszu pierwszym tabeli nie zostały przez Odwołującego zakwestionowane. Wykonawca nie kwestionuje także w odwołaniu danych podanych w kolumnie czwartej, co do ich równoważności z parametrami oryginalnymi [wypełnionymi, jak również niewypełnionymi] podanymi w kolumnie czwartej tabeli. Izba na marginesie stwierdza, że nawet uwzględniając, że w zakresie załącznika nr 2a istniał obowiązek kompletnego wypełnienia kolumny trzeciej, to niekompletne wypełnienie – w niektórych pozycjach - można zakwalifikować, co najwyżej, jako brak formalny. W niniejszej sprawie, podstawą do obiektywnej oceny wymaganych parametrów, mogą być bowiem dane pochodzące od producenta MOJ, i tym samym informacje podane w tej kolumnie przez zainteresowanego wykonawcę, powołującego się na równoważne wymagania musiałyby być, podobnie jak parametry z kolumny 4, niezależnie zweryfikowane przez Zamawiającego. Izba dodatkowo wskazuje, że rozpoznając powyższy zarzut i podnoszoną argumentację Izba uwzględniała w szczególności dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Z tych też względów przedmiotem oceny Izby nie były dane zamieszczone w uzupełnionym - na wezwanie skierowane do wykonawcy w piśmie z dnia 5.11. 2014 r. - załączniku nr 2a.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec tych ustaleń nie podlega uwzględnieniu podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2a i ust. 3 ustawy Pzp, oraz art. 24 ust. 4 tej ustawy.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba miała także na względzie wskazaną powyżej dyrektywę z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, jak również wytyczne z art. 190 ust.1 tej ustawy, w myśl których w postępowaniu odwoławczym przed Izbą – tak jak podkreśla się w orzecznictwa – zgodnie z zasadą kontradyktoryjności zobowiązanym do wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne w pierwszej kolejności jest ta strona lub uczestnik postępowania, który wywodzi z podnoszonych faktów skutki prawne. W niniejszej sprawie zobowiązanym w pierwszej kolejności do wskazywania dowodów był Odwołujący, albowiem to wykonawca MOJ skierował do oferty spółki ZERKOPOL zarzuty niezgodności tej oferty ze specyfikacją i uwzględnienie tych zarzutów oferta mogło skutkować w konsekwencji wyborem oferty, jako najkorzystniejszej,

wnoszącego odwołanie wykonawcy w zakresie zadania 11. Izba jednocześnie stwierdza, że zarówno wykonawca, jak i zamawiający nie mogą interpretować wymagań siwz na etapie oceny ofert w dostosowaniu m.in. do treści ofert innych wykonawców. Ewentualna modyfikacja wymagań, bądź ich wyjaśnianie [celem usunięcia wątpliwości, co do danego warunku i celem obiektywnego ustalenia woli zamawiającego, co do danego postanowienia specyfikacji] powinno następować - zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych - przed upływem terminu do składania ofert. Rozszerzająca lub zawężająca interpretacja postanowień specyfikacji - na etapie oceny ofert prowadziłaby w konsekwencji – bez względu na pobudki zamawiającego, czy wykonawcy – do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, o których to zasadach stanowi art. 7 ust.1 ustawy Pzp.

Pierwszy z zarzutów braku odrzucenia oferty wykonawcy ZERKOPOL na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy części pierwszej strony 112 załącznika nr 2a. Odwołujący wskazał na brak złożenia w punkcie 4 tego formularza – dotyczącego sprzęgła podanego w punkcie 11.12 cz. A załącznika 2a do oferty [OPZ – część B pkt 1 - str. 21] odpowiedniego oświadczenia - stosownie do opisu kolumny 4 lub 5, że oferowany wyrób, „jako równoważny spełnia wymagania określone w załączniku nr 1 do SIWZ (...). Izba stwierdza, że na wezwanie Zamawiającego z dnia 5.11. 2014 r. spółka ZERKOPOL uzupełniła ten formularz – zakreśliła odpowiednie pole w wymaganym zakresie oraz wskazała strony z dokumentów - vide str 97 uzupełnienia – i ta okoliczność nie została przez Odwołującego zakwestionowana w toku rozprawy.

Rozpoznając drugi z zarzutów, dotyczący nie spełniania wymagań specyfikacji przez oferowany wyrób w ofercie ZERKOPOL, z uwagi na brak możliwości stosowania oferowanych sprzęgieł na obszarach o ostrzejszych wymaganiach [grupa I - wyrób przeznaczony do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych zagrożonych wybuchem metanu i (lub) pyłu węglowego] Izba stwierdziła, że zarzut ten – jak podał w odwołaniu Odwołujący – dotyczy informacji zamieszczonych na stronie 70 i oświadczenia ze str 188 oferty oraz informacji zamieszczonych na str 96 uzupełnienia oferty. Izba ustaliła, że informacja ze str 70 oferty dotyczy sprzęgła Zerko 502 ZGU 0166 A, a oświadczenie ze str 188 oferty - części zamiennych, a informacja ze str 96 uzupełnienia oferty - sprzęgła Viva 851 460... . W pierwszym przypadku ZERKOPOL wskazał na współpracę z firmą REXONERD przy produkcji sprzęgieł, podobnie na stronie 96 uzupełnienia oferty. Natomiast oświadczenie ze strony 188 oferty jest oświadczeniem Rexonerd Antriebstechnik z Dortmundu producenta części zamiennych, w którym wskazano, że ZERKOPOL sp. z o.o. jest jego wyłącznym przedstawicielem. Brak możliwości stosowania oferowanych sprzęgieł [na wskazanych stronach] na obszarach o ostrzejszych

wymaganiach Odwołujący odniósł do oferty wykonawcy A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Produkcyjno Handlowa DUBAN A. D. z siedzibą w Bielsku-Białej złożonej w zakresie zadania 13. Wykonawca dodatkowo przedłożył na rozprawie stanowisko Jednostki Notyfikowanej – GIG Kopalnia doświadczalna „Barbara” z Mikołowa, w którym podano, potwierdzenie przyjęcia i przechowywania dokumentacji nr KDB ATEX (wg artykułu 8, podpunkt (b) ii) dyrektywy 94/9/WE wydano dla urządzenia o nazwie sprzęgło wysokoplastyczne typu ViVA i OMEGA (...) dla producenta: Senoma sp. z o.o. z Katowic.

W ocenie Izby powyższa argumentacja, mająca stanowić podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim argumentacja podnoszona w odwołaniu dotyczy zadania 13, gdzie przedmiotem dostawy – zgodnie z OPZ – jest sprzęgło wysokoplastyczne VIVA firmy REXNORD i firma DUBAN przedstawiła w ofercie sprzęgła producenta REXNORD, załączając jednocześnie w wyniku wezwania do uzupełnienia oferty deklarację wystawioną przez REXNORD NV/SA z Mechelan, w której treści wskazując na firmę Rexnord Industries, zaznaczono brak zezwolenia na stosowanie sprzęgieł na obszarach o ostrzejszych wymogach „z grupy I, kategoria M itp.” Zatem ta okoliczność mogła odnosić się tylko do sprzęgła z zadania 13. Izba ponadto podnosi, że wykonawca ZERKOPOL w uzupełnieniu oferty – w piśmie przewodnim z dnia 14.11. 2014 r. podał m.in., że „Wkładki oraz dokumentacja sprzęgieł Omega i Viva pochodzą od z – firmy „REXNORD Industries LLL (...) z USA, (.....) Procedurę certyfikacji sprzęgieł Omega i sprzęgieł Viva w Polsce przeprowadziła firma SENOMA – przedstawiciel REXNORD Industries LLC w Polsce (...) oraz, że firma ZERKOPOL (...) jest oficjalnym przedstawicielem firmy REXNORD Industries LCC w Polsce i dostarcza sprzęgła Omega i Viva korzystając z komponentów, wiedzy oraz doświadczenia koncernu REXNORD Industries LCC”. Podano także, że (...) Zgodnie z przepisami, dotyczącymi deklaracji zgodności, uprawnienia znakowania są przypisane do wyrobu, a nie do określonego podmiotu gospodarczego. W związku z powyższym ZERKOPOL sp. z o.o. znakuje sprzęgła Omega i Viva na podstawie dokumentu uzyskanego przez firmę SENOMA. W dokumentach DTR, dołączonych do sprzęgieł Omega i Viva, zamieszczona jest odpowiednia adnotacja”. Wnoszący odwołanie wykonawca nie kwestionował powyższych oświadczeń, co do ich prawdziwości, czy też, co do zgodności ze stanem faktycznym.

Odnosnie wskazywanych okoliczności, Izba, mając na uwadze wytyczne z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, na marginesie zauważa, że w odniesieniu do sprzęgła 851 460 [w zw. ze str 96 uzupełnienia] [na str 88 uzupełnienia] zamieszczono deklarację zgodności WE, określającą obszary jego stosowania – IM2c/II20GcT5, a na str 90, wskazując na producenta ZERKOPOL, w Instrukcji eksploatacji tego sprzęgła podano także, że firma Rexnord

Corporation Elastomer Products Operation z USA [inna Rexnord niż dotychczas wymieniono] jest producentem wkładek do tego sprzęgła. Z kolei w odniesieniu do podanego w ofercie sprzęgła Zerko 502 ZGU 0166 A zamieszczono na 63 -69 instrukcję eksploatacji, jednakże na str 62 brak jest wymaganej OPZ deklaracji zgodności. Takiej deklaracji zgodności dla sprzęgła Zerko 502 ZGU 0166 A w przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji, w tym kserokopii uzupełnionej oferty - Izba nie ustaliła. W tym miejscu Izba podkreśla, że powyższe nie zostało podniesione w odwołaniu, jednakże zamawiający przed zawarciem umowy w każdym przypadku zobowiązany jest wyjaśnić wszelkie wątpliwości, a nawet powtórzyć czynność oceny oferty, nawet wówczas, gdy nie są one przedmiotem odwołania. Izba dodatkowo zauważa, że w toku badania ofert, co do zasady, nie jest dopuszczalna zmiana przedmiotu zamówienia w stosunku do podanego w ofercie.

Odwołujący w zakresie zarzutu naruszenia także art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał na wymaganie OPZ dotyczące parametrów techniczno-użytkowych zamawianych wyrobów wg części B pkt 7 (str. 21-22 SIWZ) zgodnie z którym „wyroby równoważne, które dopuszcza Zamawiający po zabudowie do maszyny lub urządzenie nie mogą powodować zmian konstrukcyjnych i w konsekwencji wytworzenia nowej maszyny. Zdaniem wykonawcy oferowane przez spółkę ZERKOPOL w zadaniu 11 pozycja 42 sprzęgło ZERKO 502 ZGU TH, jako wyrób równoważny do sprzęgła TYTAN S-360, którego wyłącznym producentem jest Odwołujący nie spełnia wymagań, albowiem średnica zewnętrzna oferowanego równoważnego wyrobu wynosi 375mm (str. 169 oferty) - jest o 15 mm większa od oryginału, którego średnica wynosi 360mm. Odwołujący podniósł również, że z analogicznego powodu jego oferta została odrzucona w zadaniu 12.

Izba uznając powyższy zarzut za niezasadny miała na uwadze wymagania według punktu C.7.6 OPZ, zgodnie z którym średnica zewnętrzna ma pozwalać na umieszczenie w obudowie oferowanego wyrobu [w tym przypadku sprzęgła] lub jego średnica ma być mniejsza od średnicy wyrobu oryginalnego. W punkcie A OPZ w poz. 11.42 Zamawiający w opisie sprzęgła określił średnicę tarczy hamulcowej – 600 mm, która pozwala – jak podniósł Zamawiający - na umieszczenie w obudowie wyrobu oferowanego sprzęgła o średnicy 375mm. Izba zwraca również uwagę, że w zadaniu 12 oferowane sprzęgła przez Odwołującego sprzęgła nie mają – jak wskazał Zamawiający i co nie zostało zakwestionowane przez wykonawcę - tarczy hamulcowej i tym samym różnica 50 mm w średnicy zewnętrznej oferowanego sprzęgła nie pozwala na umieszczenie ich w obudowie.

Odnosnie omawianego sprzęgła wykonawca podał również, że w sprzęgle oryginalnym TYTAN S-360 (produkcji Odwołującego) wymiana dwóch wkładek elastomerowych następuje

poprzez rozsuniecie maszyny napędzanej i silnika oraz ich wyjęcie. W sprzęgle natomiast oferowanym przez ZERKPOL wymiana wkładek jest możliwa po demontażu napędu oraz połowy sprzęgła z przekładni i odkręceniu 32 śrub. Zdaniem Odwołującego, taki sposób wymiany jest bardziej skomplikowany niż w oryginale (następuje poprzez rozsuniecie urządzenia i wymianę wkładki bez dodatkowych czynności), a więc nie spełnia wymagań Zamawiającego (...) wskazanych w OPZ – część B pkt 7.5. Izba stwierdza, że Zamawiający nie podał sposobu pomiaru stopnia złożoności wymiany wkładek. Tak jak słusznie podniósł w toku rozprawy, wymiana wkładek w dostosowaniu do oferowanego przez ZERKPOL sprzęgła, nie wymaga, ani dodatkowych specjalistycznych urządzeń, ani dodatkowych kwalifikacji od pracownika wykonującego demontaż wkładki. Tym samym zarzut ten nie podlega uwzględnieniu.

W odniesieniu do wymagań OPZ w zakresie zadania 11 z poz. 13 do 41 zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy ZERKPOL ze specyfikacją Odwołujący oparł na twierdzeniu, że wkładki zastosowane w sprzęgle Zerko 401 ZGU oraz w sprzęgle Zerko 402 ZGU i w sprzęgle Zerko 502 ZGU, w porównaniu do wkładek zastosowanych w sprzęgle SET produkcji wnoszącego odwołanie wykonawcy, mają negatywny wpływ na charakterystykę pracy całego układu oraz jego żywotność. Izba stwierdza, że takie kryteria równoważności nie były opisane w specyfikacji i tym samym podnoszony zarzut nie podlega uwzględnieniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wymagania dla sprzęgła z poz. 34 w zadaniu 11, Izba stwierdza, że w jego opisie wymagany był tylko hamulec bez określenia jego rodzaju. Zatem wykonawca ZERKOPOL mógł zaoferować zarówno bęben hamulcowy jak i tarczę hamulcową, o ile tarcza hamulcowa jest rodzajem hamulca. Izba zwraca uwagę, że w odwołaniu zarzut oparty został na twierdzeniu braku bębna hamulcowego, a w wezwaniu z dnia 5.11. 2014 r. dotyczącego poz. 11.34 Zamawiający wymagał tylko określenia rodzaju hamulca. W wyniku tego wezwania wykonawca ZERKOPOL wskazał w miejsce sprzęgła 502 ZGU 0167 A/TH inny typ sprzęgła [str 226 i 316 uzupełnienia) 502 ZGU 0167 A /BH, które jest wyposażone w bęben hamulcowy. Ta okoliczności w odwołaniu nie była kwestionowana. Odwołujący zwracał tylko uwagę na rozbieżności [brak spójności] w stosunku do załącznika do formularza ofertowego zamieszczonego na str 319 uzupełnienia oferty. Izba powołując się ponownie na ograniczenia z art. 192 ust.7 ustawy Pzp [mając także na uwadze wpływ takich okoliczności na dotychczasowe ustalenia] na marginesie ponownie zauważa, że zmiana wyrobu po upływie terminu do składania oferty na etapie oceny ofert nie jest dopuszczalna.

Nie podlega także uwzględnieniu zarzut, dotyczący dołączonych do oferty wykonawcy ZERKOPOL. dokumentów w języku obcym, nieprzetłumaczonych na język polski przez

tłumacza przysięgłego (oferta wykonawcy strony 193-198). Izba przede wszystkim zwraca uwagę, że zgodnie § 7 ust. 4 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - w odniesieniu do dokumentów sporządzonych w języku obcym wymagane jest tylko ich tłumaczenie na język polski. Przepis ten, jak i inne przepisy Pzp nie narzucają sposobu poświadczania tłumaczenia załączonych przez wykonawcę dokumentów do oferty, a zatem takie tłumaczenie może być wykonane przez samego wykonawcę. Izba zwraca uwagę, że taka rygorystyczna forma dla tłumaczenia nie wynika również ze specyfikacji. Niezasadny jest zatem zarzut naruszenia obowiązku przedłożenia w ofercie tłumaczenia dokumentu przez tłumacza przysięgłego. Izba na marginesie zauważa, że na gruncie Pzp tylko przepis § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, pozwala składowi orzekającemu KIO żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego. Izba dalej stwierdza, że Odwołujący nie podał, który z dokumentów wymaganych w OPZ w punkcie C nie został załączony do oferty. Tym samym wobec stwierdzenia kompletności wymaganych OPZ i specyfikacją dokumentów Zamawiający uprawniony był dokument złożony w innym języku niż język polski bez jego tłumaczenia pominąć przy ocenie ofert.

Wobec tych ustaleń nie podlega uwzględnieniu podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

W konkluzji, rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów, Izba uznała, że nie podlega uwzględnieniu także zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp dotyczący wyboru oferty wykonawcy ZERKOPOL sp. z o.o., jako najkorzystniejszej.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

.....