

Sygn. akt: KIO 1346/13

Sygn. akt: KIO 1347/13

## WYROK

z dnia 20 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 czerwca 2013 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu **06 czerwca 2013 r.** przez wykonawcę **Aparator Mining Sp. z o.o., al. Roździeńskiego 188, 40-203 Katowice** (sygn. akt: KIO 1346/13)

B. w dniu **06 czerwca 2013 r.** przez wykonawcę **POMAR B..... C..... Spółka Jawna, ul. Karola Hermisza 15, 41-800 Zabrze** (sygn. akt: KIO 1347/13)

w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

przy udziale:

A. wykonawcy **SELMAG Sp. z o.o., pl. Kombatantów 6/2, 14-300 Morąg** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1346/13** po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1A i B. oddala oba odwołania;**

2. kosztami postępowania obciąża **Apator Mining Sp. z o.o., al. Roździeńskiego 188, 40-203 Katowice i POMAR B....., C..... Spółka Jawna, ul. Karola Hermisza 15, 41-800 Zabrze** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Apator Mining Sp. z o.o., al. Roździeńskiego 188, 40-203 Katowice i POMAR B....., C..... Spółka Jawna, ul. Karola Hermisza 15, 41-800 Zabrze** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Apator Mining Sp. z o.o., al. Roździeńskiego 188, 40-203 Katowice i POMAR B....., C..... Spółka Jawna, ul. Karola Hermisza 15, 41-800 Zabrze** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę **1 800 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) od **Apator Mining Sp. z o.o., al. Roździeńskiego 188, 40-203 Katowice** oraz kwotę **1 800 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) od **POMAR B....., C..... Spółka Jawna, ul. Karola Hermisza 15, 41-800 Zabrze**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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:**

.....

**Sygn. akt: KIO 1346/13**

**Sygn. akt: KIO 1347/13**

## **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod numerem 221200863 pt. „*Dostawa urządzeń (instalacji) odpylających do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2013r.*” - zadanie nr 1, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 027-042221 z dnia 07.02.2013 r. przez Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 29.05.2013 r. (faxem) Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu 1: SELMAG Sp. z o.o., pl. Kombatantów 6/2, 14-300 Morąg zwanej dalej: „SELMAG Sp. z o.o.” albo „Przystępującym w sprawie KIO 1346/13” oraz odrzuceniu w tym zadaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ofert Apator Mining Sp. z o.o., al. Roździeńskiego 188, 40-203 Katowice zwana dalej: „Apator Mining Sp. z o.o.” albo „Odwołującym w sprawie KIO 1346/13” oraz POMAR B....., C..... Spółka Jawna, ul. Karola Hermisza 15, 41-800 Zabrze zwana dalej: „POMAR B....., C..... Spółka Jawna” albo „Odwołującym w sprawie KIO 1347/13”. W obu wypadkach wskazano, że w zakresie zadania nr 1, gdyż Zamawiający określił na str. 21 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, aby wydajność nominalna oferowanej instalacji mieściła się w granicach pomiędzy 250 a 400 m<sup>3</sup>/min. Ze złożonej oferty jak również wyjaśnień nie wynika, iż Wykonawcy oferuje urządzenie spełniające wymagania opisane przez Zamawiającego w zadaniu poprzednim (*Wydajność nominalna oferowanego wentylatora WWG-630/B/18,5 wynosi 420 m<sup>3</sup>/min*).

**Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1346/13 – Apator Mining Sp. z o.o.:**

### **Ustalenia Izby odnośnie zgłoszonego przystąpienia i opozycji:**

Zamawiający w dniu 06.06.2013 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10.06.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej oraz

oddzielnie faxem) SELMAG Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Z uwagi na § 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232) Izba uznała za wiążące przystąpienie zgłoszone w formie i treści elektronicznej.

**Ustalenia Izby odnośnie formalnej skuteczności odwołania:**

W dniu 06.06.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Apator Mining Sp. z o.o. wniósł odwołanie na czynność z 29.05.2013 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.06.2013 r. (e-mialem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierzetelną i błędną ocenę techniczną oferty Odwołującego w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako nie odpowiadającej treści SIWZ, w sytuacji gdzie oferta jest całkowicie z treścią specyfikacji zgodna. Odwołujący wnosił o:
  1. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
  2. nakazanie ponownego badania i oceny złożonych ofert, w tym oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący złożył ofertę w tym postępowaniu między innymi w zadaniu nr 1. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie zadania 1, stwierdzając iż jej treść nie odpowiada SIWZ. W szczególności postawił zarzut odnoszący się do niespełnienia wymogów zawartych na str. 21 SIWZ przez urządzenie U0-630-1 i WWG630/B/18,5, tj., że wydajność nominalna oferowanego urządzenia nie mieści się w granicach pomiędzy 250, a 400 m<sup>3</sup>/min. Według Zamawiającego, Wykonawca w ofercie, ani w późniejszych dodatkowych wyjaśnieniach nie wykazał, że oferowane przez niego urządzenie spełnia opisane wyżej wymogi. Odwołujący podnosił, że zarzuty podane przez Zamawiającego są bezpodstawne. Poinformował, że oferowane przez Odwołującego urządzenie żądane wymagania całkowicie spełnia. Co do spełnienia tych wymogów Odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienia w piśmie dostarczonym w dniu 03.04.2013r. - pkt A wyjaśnień. W zadaniu nr 1 do przedmiotowego przetargu Zamawiający określił zapotrzebowanie na: „*Instalację odpylającą na mokro z układem lutni wirowych - wydajność min. 250 m<sup>3</sup>/min.*”. W złożonej ofercie zaproponowano urządzenie odpylające UO-630-1 wraz z wentylatorem elektrycznym WWG630/B/18.5. Karty katalogowe w załączeniu do tego pisma. Zakres pracy urządzenia typu UO mieści się w żądanych wydajnościach 250-400 m<sup>3</sup>/min. Zakres pracy

wentylatora lutniowego współpracującego z urządzeniem odpylającym mieści się w żądanych wydajnościach 250-400 m<sup>3</sup>/min., co potwierdza charakterystyka tego typu wentylatora. Żądana maksymalna wydajność 400 m<sup>3</sup>/min. dla wentylatora jest uzyskiwana przy pomocy króćca regulacyjnego (przepustnicy), stanowiącej wyposażenie tego wentylatora. Taki sposób regulacji umożliwia zapewnienie żądanego przepływu strumienia powietrza przez instalację odpylającą niezależnie od oporów ruchowych instalacji. Dla zadania nr 1 w skład instalacji odpylającej na mokro z układem lutni wirowych wchodzi urządzenie odpylające typu UO-630-1 wraz z wentylatorem typu WWG630/B/18.5 i króćcem regulującym (przepustnicą) zapewniającym pracę instalacji w żądanym zakresie od 250 m<sup>3</sup>/min. (minimum) do 400 m<sup>3</sup>/min. (maksimum). Powyższe spełnia więc wymogi zawarte w SIWZ Zamawiającego, określone w zał. nr 2a na zadanie 1 w tym przetargu (str. 21 SIWZ). Brak jest zatem podstaw do powołania się na powyższy argument jako przesłankę do odrzucenia oferty. Odwołujący nie zgodził się z wyjaśnieniami zawartymi w pkt 2 informacji o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 29.05.2013 r., gdyż takie rozpatrywanie oferty wskazuje na nieuwzględnienie wyjaśnień przesłanych do Zamawiającego naszym pismem z dnia 03.04.2013r. oraz tendencyjny stosunek do przedłożonej oferty. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie przeanalizował w pełni naszych wyjaśnień na zgłoszone przez niego zapytanie z dnia 27.03.2013r. Naszym zdaniem narusza to zgodność postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców zawarte w art. 7 Pzp.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1347/13 - POMAR B....., C..... Spółka Jawna:**

**Ustalenia Izby odnośnie zgłoszonego przystąpienia i opozycji:**

Zamawiający w dniu 06.06.2013 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żaden przystąpienia nie miały miejsca.

**Ustalenia Izby odnośnie formalnej skuteczności odwołania:**

W dniu 06.06.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) POMAR B....., C..... Spółka Jawna wniosła odwołanie na czynność z 29.05.2013 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.06.2013 r. (e-miałem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierzetelną i błędną ocenę techniczną oferty Odwołującego w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako nie odpowiadającej treści SIWZ, w sytuacji gdzie oferta jest całkowicie z treścią specyfikacji zgodna. W oparciu o powyższe zarzuty wnosił o: 1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, 2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert w tym oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie zadania 1, stwierdzając iż jej treść nie odpowiada SIWZ. W szczególności postawił zarzut odnoszący się do niespełnienia wymogów zawartych na str. 21 SIWZ przez urządzenie UO-630-1 i WWG630/B/18,5, tj., że wydajność nominalna oferowanego urządzenia nie mieści się w granicach pomiędzy 250, a 400 m<sup>3</sup>/min. Według Zamawiającego, Wykonawca w ofercie, ani w późniejszych dodatkowych wyjaśnieniach nie wykazał, że oferowane przez niego urządzenie spełnia opisane wyżej wymogi. Odwołujący stwierdził, że zarzuty podane przez Zamawiającego są bezpodstawne. Poinformował, że oferowane przez Odwołującego urządzenie żądane wymagania całkowicie spełnia. Co do spełnienia tych wymogów Odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienia w piśmie przesłanym w dniu 28.03.2013 r. - pkt II pkt. a zd. 2 (Ad. 2) wyjaśnień. W zadaniu nr 1 do przedmiotowego przetargu Zamawiający określił zapotrzebowanie na: „*Instalację odpylającą na mokro z układem lutni wirowych - wydajność min. 250 m<sup>3</sup>/min.*” W złożonej ofercie zaproponowano urządzenie odpylające UO-630-1 wraz z wentylatorem elektrycznym WWG630/B/18,5. Karty katalogowe w załączeniu do tego pisma. Zakres pracy urządzenia typu UO mieści się w żądanych wydajnościach 250-400 m<sup>3</sup>/min. Zakres pracy wentylatora lutniowego kompatybilnego z urządzeniem odpylającym mieści się w żądanych wydajnościach 250-400 m<sup>3</sup>/min., co potwierdza charakterystyka tego typu wentylatora, zamieszczona na odwrotnej stronie karty katalogowej. Żądana maksymalna wydajność 400 m<sup>3</sup>/min. dla wentylatora jest uzyskiwana przy pomocy króćca regulacyjnego (przepustnicy), stanowiącej wyposażenie tego wentylatora. Taki sposób regulacji umożliwia zapewnienie żądanego przepływu strumienia powietrza przez instalację odpylającą, uniezależniając go od oporów lokalnych, wzrostu naporu powietrza w urządzeniu. W skład instalacji odpylającej na mokro z układem lutni wirowych wchodzi urządzenie odpylające typu UO-630-1 wraz z wentylatorem typu WWG630/B/18,5 i króćcem regulującym (przepustnicą) zapewniającą pracę instalacji w żądanym zakresie od 250 m<sup>3</sup>/min. - minimum, do 400 m<sup>3</sup>/min. - maksimum. Spełnione są więc wymogi zawarte w SIWZ Zamawiającego, określone w tym przetargu. Brak jest zatem podstaw do powołania się na powyższy argument jako przesłankę do odrzucenia oferty. Odwołujący nie zgodził się z wyjaśnieniami zawartymi w pkt. 1 informacji o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 29.05.2013r., gdyż takie rozpatrywanie oferty wskazuje na niedbałą weryfikację danych zawartych w ofercie i wyjaśnieniach oraz tendencyjny stosunek do przedłożonej oferty. W ocenie Odwołującego

Zamawiający w sposób świadomy nie przeanalizował w pełni odpowiedzi na zgłoszone przez niego zapytanie co rodzi pytanie o zgodność postępowania zasadami uczciwej konkurencji i równości wyrażonymi w art. 7 Pzp.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.06.2013 r. sprawy o sygn. akt: KIO 1346/13 oraz sygn. akt: KIO 1347/13 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, zał. Nr 2 do SIWZ – formularzem ofertowym, zał. Nr 2a do SIWZ dla zadania Nr 1, ofertą Apator Mining Sp. z o.o., jak i ofertą POMAR B....., C..... Spółka Jawna, pismem z dnia 18.03.2013 r. Przystępującego w sprawie KIO 1346/13 do Zamawiającego wraz z załącznikami, wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 27.03.2013 r. wystosowanym przez Zamawiającego do Apator Mining Sp. z o.o., jak i POMAR B....., C..... Spółka Jawna, wyjaśnieniami z dnia 03.04.2013 r. Apator Mining Sp. z o.o. wraz z załącznikiem oraz wyjaśnieniami 28.03.2013 r. POMAR B....., C..... Spółka Jawna wraz z załącznikami, pismem z dnia 04.03.2013 r. Zamawiającego skierowanym do Ośrodka Badań, Atestacji i Certyfikacji (OBAC), odpowiedzią niniejszego Ośrodka z dnia 12.04.2013 r., wewnętrznym stanowiskiem Zamawiającego z dnia 09.04.2013 r. odnoszącym się do otrzymanych wyjaśnień m.in. od Apator Mining Sp. z o.o., jak i POMAR B....., C..... Spółka Jawna, pismem z dnia 26.04.2013 r. Przystępującego w sprawie KIO 1346/13 do Zamawiającego wraz z załącznikiem stanowiskiem Instytutu Techniki Górniczej (KOMAG), pismem wewnętrznym Zamawiającego z dnia 27.05.2013 r., informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. w zadaniu 1 oraz odrzuceniu w tym zadaniu oferty Apator Mining Sp. z o.o., jak i oferty POMAR B....., C..... Spółka Jawna, odwołaniem o sygn. akt: KIO 1346/13 wraz z załącznikami oraz odwołaniem o sygn. akt: KIO 1347/13 wraz z załącznikami, przystąpieniem do odwołania o sygn. akt: KIO 1346/13, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1346/13 złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Izba stwierdza, że przedmiotowe odwołanie dotyczy postępowania wszczętego ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 07.02.2013 r., czyli przed dniem 20.02.2013 r.,

tj. wejściem w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

Nadto, Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1346/13, sygn. akt: KIO 1347/13, postanowień SIWZ, zał. Nr 2 do SIWZ – formularza ofertowego, zał. Nr 2a do SIWZ dla zadania Nr 1, oferty Apator Mining Sp. z o.o., jak i oferty POMAR B....., C..... Spółka Jawna, pisma z dnia 18.03.2013 r. Przystępującego w sprawie KIO 1346/13 do Zamawiającego wraz z załącznikami (str. 7, 57, 79, 135, 150 oferty Apator Mining Sp. z o.o., kopia załącznika do certyfikatu wydanego przez OBAC) wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z dnia 27.03.2013 r. wystosowanym przez Zamawiającego do Apator Mining Sp. z o.o., jak i POMAR B....., C..... Spółka Jawna, wyjaśnienia z dnia 03.04.2013 r. Apator Mining Sp. z o.o. wraz z załącznikiem (karta katalogową uniwersalnego tłumika hałasu m.in. UTH-630) oraz wyjaśnienia 28.03.2013 r. POMAR B....., C..... Spółka Jawna wraz z załącznikami (karta katalogową Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5 oraz karta katalogową uniwersalnego tłumika hałasu m.in. UTH-630, jak i Instrukcja obsługi i użytkowania Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5 – Olsztyn, 2011), pisma z dnia 04.03.2013 r. Zamawiającego skierowanego do Ośrodka Badań, Atestacji i Certyfikacji (OBAC), odpowiedzi niniejszego Ośrodka z dnia 12.04.2013 r., wewnętrznego stanowiska Zamawiającego z dnia 09.04.2013 r. odnoszącego się do otrzymanych wyjaśnień m.in. od Apator Mining Sp. z o.o., jak i POMAR B....., C..... Spółka Jawna, pisma wewnętrznego Zamawiającego z dnia 27.05.2013 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. w zadaniu 1 oraz odrzuceniu w tym zadaniu oferty Apator Mining Sp. z o.o., jak i oferty POMAR B....., C..... Spółka Jawna, odwołania o sygn. akt: KIO 1346/13 wraz z załącznikami (wyjaśnieniami z dnia 03.04.2013 r., kartami katalogowymi: uniwersalnego tłumika hałasu m.in. UTH-630, Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5 oraz Urządzenia Odpylającego UO-630-1) oraz odwołania o sygn. akt: KIO 1347/13 wraz z załącznikami (wyjaśnieniami z dnia 28.03.2013 r., kartami katalogowymi: Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5 oraz Urządzenia Odpylającego UO-630-1), jak i przystąpienia do odwołania o sygn. akt: KIO 1346/13.



Izba uznała zgłoszone przystąpienie po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1346/13 SELMAG Sp. z o.o., oddalając wniosek zgłoszony przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1346/13, wskazując, że w odniesieniu do kopii przystąpienia wystarczające jest przesłanie kopii obu stronom postępowania odwoławczego, w odróżnieniu od kopii odwołania w wypadku której, zastosowanie ma teoria doręczenia. Po nowelizacji Pzp dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest bowiem faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi KIO w terminie przewidzianym w Pzp. W przepisach Pzp po jej nowelizacji brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa KIO.

Izba nie dopuściła jako dowodu w sprawie pisma z dnia 26.04.2013 r. Przystępującego w sprawie KIO 1346/13 do Zamawiającego wraz z załącznikiem stanowiskiem Instytutu Techniki Górniczej (KOMAG) – na podstawie oryginalnej dokumentacji - okazany na rozprawie przez Zamawiającego, uznając że jego wartość dowodowa jest wątpliwa, gdyż po pierwsze nie znane jest pytanie zadane Instytutowi, po drugie parametry jakimi operuje pismo oraz załącznik nie dają pewności, czy mamy do czynienia z tożsamym jak w ofercie Odwołujących w sprawie KIO 1346/13 urządzeniem.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1346/13 złożone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że tak odwołanie w sprawie o sygn. akt: 1346/13, jak i odwołanie w sprawie o sygn. akt: 1347/13 podlega oddaleniu.

### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1346/13 oraz o sygn. akt: KIO 1347/13:**

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1346/13 oraz Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1344/13 zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie ich ofert, jako nieodpowiadających treści SIWZ, w sytuacji gdy oferty są całkowicie zgodne z treścią specyfikacji, Izba oddaliła niniejsze zarzuty.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający wymagał zaoferowania w ramach załącznika nr 2 do SIWZ – formularz ofertowy dla zadania 1 – Instalacji odpylającej na mokro z układem lutni wirowych –

wydajność min. 250 m<sup>3</sup>/min. wraz z podaniem producenta oraz typu, zał. Nr 2a do SIWZ dla zadania Nr 1. Z kolei w ramach zał. nr 2a do SIWZ dla zadania 1 określił Wykaz spełnienia istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych. Zgodnie z jego treścią – wydajność nominalna (minimum - 250 m<sup>3</sup>/min), a wydajność nominalna (maksimum – 400 m<sup>3</sup>/min). Zamawiający określił także w Rozdz. IX – W celu potwierdzenia, że oferowany dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w kolumnie 2 i 3 Zał. Nr 2a, wymagał dołączenia do oferty – wykazu spełniania istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych, zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. Nr 2a, oświadczenia o spełnieniu istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych złożone na druku Formularza ofertowego stanowiącego Zał. Nr 2 do SIWZ, kopii deklaracji zgodności WE, kopii certyfikatu badania typu WE lub certyfikatu zgodności, karty katalogowe oferowanych urządzeń (instalacji) odpylających lub wyciąg z „Instrukcji...” zawierający w szczególności: rysunki, opis budowy, schematy układu elektrycznego.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1346/13 oraz Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1344/13 zaoferowali identyczną instalację typu UO-630-1, producenta PW WIROMAG wraz z m.in. Wielonapięciowym Wentylatorem Górniczym WWG630/B/18,5, producenta PHU EKO-WIN, uniwersalnym tłumikiem hałasu UTH-630, producenta PHU EKO-WIN, jak i Lutnia wirową WIR-700 producenta PW WIROMAG. Niniejsze wynika z oferty Apator Mining Sp. z o.o. (str. 7, 57, od 75 do 330). Wielonapięciowy Wentylator Górniczy WWG630/B/18,5 Apator Mining Sp. z o.o. udokumentował w ofercie (str. 79, 131, 133, 135, 137-143, 145-166). Z kolei z oferty POMAR B....., C..... Spółka Jawna wynika powyższe zestawienie sprzętowe – ze str. 3, 51, od 175 do 462. Wielonapięciowy Wentylator Górniczy WWG630/B/18,5 POMAR B....., C..... Spółka Jawna udokumentował w ofercie (str. 177, 217, 219-221, 223-230). Nadto, na str.231-266 udokumentował Wielonapięciowy Wentylator Górniczy WWG-800.

W dniu 27.03.2013 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnień w trybie art. 26 ust.4 Pzp Apator Mining Sp. z o.o. wskazując, że z Deklaracji Zgodności (str.131 oferty) i Certyfikatu badania typu WE (str. 139 oferty) wynika, że Wykonawca oferuje wentylator o wydajności nominalna – 420 m<sup>3</sup>/min, podczas gdy na str. 57 oferty podano maksymalną wydajność nominalną 400 m<sup>3</sup>/min.

W tym samym dniu i trybie Zamawiający wezwał do wyjaśnień POMAR B....., C..... Spółka Jawna stwierdzając, że z Deklaracji Zgodności (str.217 oferty) i Certyfikatu badania typu WE (str. 223-229 oferty) wynika, że Wykonawca oferuje wentylator WWG630/B/18,5, a instrukcja przedłożona w ofercie (str.231-266) jest dla wentylatora typu WWG-800. Wnosił o wskazanie, jaki wentylator Wykonawca dostarczy wraz z urządzeniem odpylającym UO-630-1 zgodnie z zapisami L.p.12 na str. 51-52 oferty – „W ramach zamówienia wykonawca dostarczy wszystkie elementy bądź podzespoły (odpylacz

wraz z wentylatorem lub zespołem napędowym) które SA niezbędne dla zapewnienia prawidłowej pracy instalacji”.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1346/13 stwierdził w wyjaśnieniach z dnia 03.04.2013 r., że wraz z urządzeniem UO-630-1 Wykonawca dostarczy wentylator WWG630/B/18,5 o wydajności nominalnej 420 m<sup>3</sup>/min. Parametry tego wentylatora zapewniają wydajność nominalną (minimum 250 m<sup>3</sup>/min i żadaną – maksymalną 400 m<sup>3</sup>/min). Powyższe parametry są regulowane przy pomocy króćca regulacyjnego (przepustnicy), stanowiącego jego wyposażenie. Wentylator jest zabezpieczony antykorozyjnie przez ocynkowanie (poza silnikiem elektrycznym).

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1347/13 stwierdził w wyjaśnieniach z dnia 28.03.2013 r. że wraz z urządzeniem UO-630-1 Wykonawca dostarczy wentylator WWG630/B/18,5 o wydajności nominalnej 420 m<sup>3</sup>/min. parametry tego wentylatora zapewniają wydajność nominalną (minimum 250 m<sup>3</sup>/min i żadaną – maksymalną 400 m<sup>3</sup>/min). Powyższe parametry są regulowane przy pomocy króćca regulacyjnego (przepustnicy), stanowiącego wyposażenie tego wentylatora (załączył kartę katalogową Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5 oraz karta katalogową uniwersalnego tłumika hałasu m.in. UTH-630, jak i Instrukcja obsługi i użytkowania Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5 – Olsztyn, 2011).

Pismem z dnia 04.03.2013 r. Zamawiającego skierowanym do Ośrodka Badań, Atestacji i Certyfikacji (OBAC) wnosił o wyjaśnienie czy Wielonapięciowy Wentylator Górniczy WWG630/B/18,5 może być stosowany w instalacji odpylającej UO-630-1. Nadto, przywoływał załączony Certyfikat Badania Typu WE Nr: OBAC 11 ATEX 340X z dnia 30.08.2011 r. (Apator Mining Sp. z o.o. – str. 139-143 oferty, POMAR B....., C..... Spółka Jawna – str. 223-230 oferty). W odpowiedzi niniejszego Ośrodka z dnia 12.04.2013 r. stwierdzono, że certyfikat uzyskano po przeprowadzeniu procesu certyfikacji, w styczniu 2013 r. wskazany wentylator uzyskał odpowiedni załącznik do certyfikatu w zakresie możliwości zastosowania do chłodzenia i/lub odpalania – data wydania 18.01.2013 r. Wewnętrzne stanowiska Zamawiającego z dnia 09.04.2013 r. odnoszące się do otrzymanych wyjaśnień m.in. od Apator Mining Sp. z o.o., jak i POMAR B....., C..... Spółka Jawna stwierdza, że w dokumentacji techniczno-ruchowej nie przedstawiono żadnego króćca regulującego (przepustnicy). Nadto, pismo wewnętrzne Zamawiającego z dnia 27.05.2013 r. podnosi, że producent przedstawił wentylator o większej wydajności, który nie spełnia wymogów SIWZ, ponadto nie podał w instrukcji obsługi ww. wentylatora oraz nie dostarczył w trybie uzupełnienia sposobu możliwości obniżenia ww. wydajności do zgodnej z SIWZ, w której powinna być zapewniona prawidłowa i stabilna praca wentylatora.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Z przedłożonych do oferty dokumentów – wymaganych przez Zamawiającego (Rozdz. IX SIWZ) przez obu Odwoływających, jak i dokumentów załączonych do wyjaśnień – nie wynika w jaki sposób Odwołujący zamierzał osiągnąć wymagany przez Zamawiającego parametr maksymalnej wartości minimalnej 400 m<sup>3</sup>/min. dla stosownej instalacji odpylającej na mokro z układem lutni wirowych dla zadania 1, wobec wskazywanej wielkości – przyjętej wydajności nominalnej Wielonapięciowy Wentylator Górniczy WWG630/B/18,5 -420 m<sup>3</sup>/min. Apator Mining Sp. z o.o. podał nieprawidłowy wyższy parametr w swojej ofercie na str. 131 – Deklaracja zgodności WE, 135 – Świadectwie jakości, 139- Certyfikat Badania Typu WE Nr: OBAC 11 ATEX 340X z dnia 30.08.2011 r., jak i 150 - Instrukcja obsługi i użytkowania Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5 – Olsztyn, 2011. POMAR B....., C..... Spółka Jawna podał nieprawidłowy wyższy parametr w swojej ofercie na str. 217 - Deklaracja zgodności WE, 221- Świadectwie jakości, jak i 225 - Certyfikat Badania Typu WE Nr: OBAC 11 ATEX 340X z dnia 30.08.2011 r. Niniejszy parametr został także wskazany przez POMAR B....., C..... Spółka Jawna w Instrukcji obsługi i użytkowania Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5 – Olsztyn, 2011 oraz karcie katalogowej Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5 – odpowiednio 11 i 4 str. wyjaśnień z dnia 28.03.2013 r.

Należy zauważyć, że na niniejszą instalację składało się nie tylko urządzenie odpylające UG630-1, ale również Wielonapięciowy Wentylator Górniczy WWG630/B/18,5, tudzież uniwersalny tłumikiem hałasu UTH-630. Przywołany parametr był wiążący dla całej instalacji, tym bardziej, że wskazany wentylator służy do współpracy z urządzeniami odpylającymi tworząc oczekiwana przez Zamawiającego docelową całość.

Nawet biorąc pod uwagę samodzielne uzupełnienie dokumentów dokonane przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1347/13 (w ramach wyjaśnień z dnia 28.03.2013 r. - kartę katalogową Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5 oraz karta katalogową uniwersalnego tłumika hałasu m.in. UTH-630, jak i Instrukcja obsługi i użytkowania Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5 – Olsztyn, 2011), brak jest przesłanek do ewentualnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż w skutek działania Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1347/13 Zamawiający zobligowany był do wzięcia pod uwagę uzyskanych w ten sposób dokumentów oceniając je w kontekście wyjaśnień i uznania że oferta Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1347/13 podlega odrzucenia i nie ma zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp. W odniesieniu do Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1346/13 Instrukcja obsługi i użytkowania Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5 – Olsztyn, 2011 została dołączona do oferty.

Podobnie z kart katalogowych załączonych do odwołania o sygn. akt: KIO 1346/13 oraz o sygn. akt: KIO 1347/13 nie wynika sposób obniżenia maksymalnej wydajności

nominalnej z 420 m<sup>3</sup>/ min do zgodnej z SIWZ - 400 m<sup>3</sup>/ min. W tym zakresie przywołany przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1347/13 na rozprawie wykres – „Charakterystyki wentylatorów typu WWG630/B/18,5”; z karty katalogowej Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5; jest informacją nie wystarczająca, gdyż nawet z niego nie wynika sposób dojścia do wymaganego parametru, czy też po prostu regulacji w tym zakresie. Wszelkie działania na obecnym etapie przez obu Odwołujących są spóźnione, gdyż Izba ocenia zasadność czynności Zamawiającego odrzucenia obu ich ofert na podstawie dokumentów, jakim dysponował podczas oceny ofert. Wszelkie działania dostosowawcze, na które również wskazywał Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1346/13, w tym zakresie przywoływał postanowienia tiretu piątego z drugiej strony karty katalogowej Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5 (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1346/13 dołączył niniejszą kartę katalogową wraz z odwołaniem, a Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1347/13 w ramach wyjaśnień z dnia 28.03.2013 r., a później ponownie do odwołania) - mają charakter spóźniony i mogą przybrać niedozwolony charakter zmiany treści oferty po jej złożeniu, tudzież negocjacji jej treści w trybie wyjaśnień.

Na marginesie Izba podnosi, że przywołany powyżej Certyfikat Badania Typu WE Nr: OBAC 11 ATEX 340X z dnia 30.08.2011 r. zawiera w sobie opis urządzenia (pkt 15) oraz wykaz uzgodnionej dokumentacji (pkt 19) w tym także odnosi się do Instrukcji obsługi i użytkowania Wielonapięciowego Wentylatora Górniczego WWG630/B/18,5 – Olsztyn, 2011. Brak jest jakiegokolwiek wzmianki o sposobie dojścia do oczekiwanego przez Zamawiającego parametru, tudzież informacji o króćcu (przepustnicy). Nie ma też takiej informacji na str. 16 z 22 przywołanej instrukcji, a także na rysunkach od str. 17 do 22, w szczególności na wieloelementowym schemacie rysunkowym na str. 19 i 20 z 22.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierzetelną i błędną ocenę techniczną ofert obu Odwołujących w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, Izba uznała, że wobec nie potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, niniejszy zarzut należy także uznać za niezasadny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 1346/13 oraz o sygn. akt: KIO 1347/13 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w zw. z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1346/13, sygn. akt: KIO 1347/13 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1346/13, sygn. akt: KIO 1347/13 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....