

Sygn. akt: KIO 641/16

WYROK
z dnia 16 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SEVITEL Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EKOP Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - SEVITEL Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EKOP Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach oraz czynności poprawienia treści oferty tego Konsorcjum w zakresie oświadczenia z pkt 13 Formularza ofertowego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i nakazuje ponowną ocenę tej oferty i jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego - **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy zł zero gr) uiszczoną przez wykonawcę **Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego - **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju** na rzecz wykonawcy **Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset zł zero gr), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164], którego przedmiotem jest „Kompleksowa obsługa lampowni i punktu wydawania metanomierzy w JSW S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie* Ruch Zofiówka wraz z obsługą punktu wydawania lamp górniczych, metanomierzy i aparatów ucieczkowych dla potrzeb budowy szybu 1 Bzie”. Wykonawca - Elektrometal SA z siedzibą w Cieszynie [Odwołujący] wobec wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Sevitel sp. z o.o. i PW Ekop sp. z o.o. z Katowic, jako najkorzystniejszej podniósł zarzut naruszenia:

I. w związku z punktem 13 Formularza ofertowego Konsorcjum oraz pkt XIV.13 SIWZ:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na jego bezpodstawne zastosowanie w sytuacji, w której oświadczenie z pkt 13 nie stanowiło omyłki, lecz świadome wyrażenie woli wykonania zamówienia przy udziale podwykonawców;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp z uwagi na jego bezpodstawne zastosowanie i w tym przypadku, poprawa oświadczenia z pkt 13 spowodowała istotną zmianę treści oferty;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na jego niezastosowanie tj. nie odrzucenie oferty Konsorcjum w sytuacji, w której była ona niezgodna w zakresie oświadczenia z pkt 13 Formularza ofertowego z pkt XIV. 13 SIWZ, a niezgodność ta nie podlegała poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP;
- 4) art. 7 ust. 3 Pzp z uwagi na dokonanie wyboru oferty Konsorcjum, pomimo, że była ona niezgodna z pkt XIV. 13 SIWZ, a zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo, iż była ona najkorzystniejszą ofertą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

II. w związku z wymaganiami Specyfikacji Technicznej [Załącznik nr 1 do SIWZ] dla lampy nahełmnej:

- 5) art. 66 §1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp z uwagi na odrzucenie oferty Konsorcjum i jej wybór w sytuacji, w której oferta Konsorcjum nie zawierała stanowczego oświadczenia woli, co do typu górniczej lampy nahełmnej, którą Konsorcjum zaoferowało Zamawiającemu - ewentualnie - art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie;

- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp z uwagi na nie odrzucenie oferty Konsorcjum i jej wybór w sytuacji, w której:
- a) była ona niezgodna: z pkt V.5 ST, gdyż nie zawierała sprawozdania z badań, potwierdzającego, że nahałmne lampy górnicze - objęte ofertą - spełniają wymagania Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 6 czerwca 2014 roku w sprawie najwyższych dopuszczalnych stężeń i natężeń czynników szkodliwych dla zdrowia w środowisku pracy [Dz. U. z 2014r., poz. 817] w zakresie najwyższego dopuszczalnego natężenia pola i promieniowania elektromagnetycznego tj. sprawozdania potwierdzającego, że natężenie pola magnetycznego nadajników lokalizacyjnych oferowanych lamp posiada wartość nie wymagającą wyznaczania i oznaczania stref ochronnych, a - w konsekwencji - udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu w sposób sprzeczny z przepisami PZP - ewentualnie - art. 26 ust. 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu wymaganego w pkt V.5 ST;
 - b) ze s. 55 oferty wynika, że oferowana lampa nahałmna nie spełnia wymogu z pkt III.A.8 ST tj. nie posiada powłoki; ewentualnie art. 87 ust.1 zd. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień treści oferty w tym zakresie;
 - c) z informacji zawartej na s. 54 oferty [nie wolno zwierać styków zewnętrznych służących do zasilania urządzenia] wynika, iż lampa nahałmna - oferowana przez Konsorcjum - nie spełnia wymagań normy PN-EN 60079-35-1, na którą Konsorcjum powołało się w deklaracji zgodności WE [s. 84 oferty] tj. nie mogła być oznakowana znakiem CE, a - w konsekwencji - nie spełnia wymogu, o którym mowa w pkt III. A. 14 ST; ewentualnie art. 87 ust.1 zd. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień treści oferty w tym zakresie;
 - d) z informacji zawartej na s. 54 oferty [lampę należy użytkować w sposób chroniący ją przed uszkodzeniami mechanicznymi] wynika, iż lampa nahałmna - oferowana przez Konsorcjum - nie spełnia wymagań normy PN-EN 60079-35-1, na którą Konsorcjum powołało się w deklaracji zgodności WE [s. 84 oferty] tj. nie mogła być oznakowana znakiem CE, a - w konsekwencji - nie spełnia wymogu, o którym mowa w pkt III.A.14. ST; ewentualnie art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień treści oferty w tym zakresie;
 - e) do oferty nie dołączono - wymaganej w pkt V.2 ST - deklaracji zgodności WE lampy SafeLight X, co oznacza, że produkt oferowany przez Konsorcjum nie spełnia również wymagania określonego w pkt III.A. 13 ST]; ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp z uwagi na

zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu wymaganego w pkt V.2 ST tj. deklaracji zgodności WE oferowanej górniczej lampy nabełmnej;

- f) ze s. 54 oferty wynikało, że oferowane lampy nie mogą być stosowane przez górników strzałowych tj. są one niezgodne z wskazanym w pkt II. B ST przeznaczeniem; ewentualnie art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie;
- g) nie spełnia wymagania z pkt III.A. 12. ST tj. warunku, by wyposażenie lampy zawierało górniczy osobisty nadajnik lokalizacyjny typu GLON przystosowany do emitowania sygnału przez okres co najmniej 7 dni, współdziałający z iskrobezpiecznym urządzeniem lokalizacyjnym; ewentualnie art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień treści oferty w tym zakresie;
- h) nie spełnia ona wymagania z pkt A.III.1. ST tj. w zakresie wymogu by źródłem zasilania górniczej lampy nabełmnej był akumulator NiMH; ewentualnie art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień treści oferty w tym zakresie;

III. art. 8 ust. 3 Pzp z uwagi na bezpodstawne jego zastosowanie, a w konsekwencji odmowę udostępnienia Odwołującemu dokumentów przesłanych przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 kwietnia 2016 r. do uzupełnienia dokumentów tj. uznanie przez Zamawiającego zastrzeżenia tych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne.

Wykonawca wniósł o dopuszczenie wnioskowanych dowodów i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności poprawy treści oferty Konsorcjum w zakresie oświadczenia z pkt 13 Formularza ofertowego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP; unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum; dokonania powtórnej oceny ofert złożonych w postępowaniu; udostępnienia dokumentów złożonych przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 kwietnia 2016 r.; oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa radcowskiego, na podstawie faktury złożonej podczas rozprawy.

Odwołujący stwierdził, że ma interes w uzyskaniu Zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przez Zamawiającego - powołanych w zarzutach Odwołania - przepisów PZP. Oferta złożona przez Odwołującego była jedyną ofertą w Postępowaniu [spośród dwóch złożonych), która nie podlegała odrzuceniu, wobec czego, gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów PZP i odrzucił ofertę Konsorcjum, musiałby wybrać ofertę Odwołującego. Tak więc, wskutek naruszenia przepisów PZP, Odwołujący stracił szansę na realizację Zamówienia, a - w konsekwencji - na osiągnięcie korzyści ekonomicznych z jego realizacji.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał w szczególności, co następuje:

1. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp stwierdził, że Zamawiający zastosował ten przepis, pomimo braku jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że przekreślenie oświadczenia z pkt 13 Formularza ofertowego stanowiło omyłkę Konsorcjum. Z ostrożności procesowej, na wypadek przyjęcia przez KIO, że istniały podstawy do przyjęcia, że przekreślenie oświadczenia z pkt 13 Formularza ofertowego stanowiło omyłkę Konsorcjum [czemu Odwołujący, co do zasady przeczy], Odwołujący stwierdził, że usunięcie niezgodności treści oferty Konsorcjum z pkt XIV. 13 SIWZ powoduje istotną zmianę treści tej oferty. Wykonawca m.in. wskazał, że Zamawiający w dniu 30 marca 2016 r. wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień, odnośnie sprzeczności oświadczenia z pkt 13 Formularza ofertowego z pkt XIV. 13 SIWZ. Konsorcjum udzieliło następujących wyjaśnień: oświadczenie w pkt 13 druku Oferta na s. 6 oferty o treści: „Oświadczamy, że zamówienie zrealizujemy sami” zostało przekreślone omyłkowo przez osobę przygotowującą ofertę. Zgodnie z pkt XIV. 13 SIWZ nie będziemy zatrudniać podwykonawców do realizacji zamówienia. Naszą intencją było złożenie oferty o treści zgodnej z treścią SIWZ, co potwierdzają oświadczenia złożone w pkt 15 i 16 druku Oferta”. W dniu 18 kwietnia 2016 roku Zamawiający poinformował Konsorcjum o poprawie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty tj. przekreślonego oświadczenia, że zamówienie zrealizujemy sami, na to samo oświadczenie, lecz w formie nie przekreślonej, a w dniu 20 kwietnia 2016 r. przekazał do wykonawców informację, z której wynikało, że wybrał ofertę Konsorcjum, jako ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, podnosząc, że oświadczenie Konsorcjum z pkt 13 Formularza ofertowego nie stanowiło omyłki, lecz świadome wyrażenie woli Konsorcjum w przedmiocie wykonania zamówienia przy udziale podwykonawców. Podkreślił, że niezbędną przesłanką możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP jest to, by niezgodność pomiędzy treścią oferty wykonawcy a wymaganiem SIWZ była omyłkowa. Nie może więc stanowić celowego działania wykonawcy. Zamawiający pominął, że brak było w niniejszym przypadku jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że niezgodność oferty Konsorcjum w pkt 13 Formularza ofertowego z pkt XIV. 13 SIWZ jest omyłką. Podkreślił, że ocena tego, czy dane oświadczenie zostało złożone omyłkowo musi być dokonywana w świetle całokształtu oświadczeń zawartych w ofercie. Tak więc, z innej części oferty Konsorcjum powinno wynikać, że oświadczenie z pkt 13 Formularza ofertowego złożono przez omyłkę. Tymczasem, z treści oferty Konsorcjum nie wynika, by przekreślenie oświadczenia z pkt 13 Formularza ofertowego zostało dokonane w sposób omyłkowy. W szczególności brak jakichkolwiek innych oświadczeń, które mogłyby jednoznacznie wskazywać na omyłkowe

działanie Konsorcjum w tym zakresie. Za tego typu oświadczenia nie sposób uznawać ogólnych deklaracji o zgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż są zawarte w każdej ofercie i gdyby przyznać im walor przesądzający, to każdą niezgodność treści oferty z SIWZ należałoby uznać za omyłkę. To podważałoby natomiast sens istnienia procedur z art. 87 ust. 2 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazał na orzecznictwo KIO podnosząc m.in., że ogólne deklaracje rutynowo zamieszczane w formularzach oferty nie mogą stanowić wyrazu wiążących intencji wykonawcy - zaferowania świadczenia zgodnego z wymaganiami zamawiającego, skoro zaprzeczają temu stwierdzeniu zobowiązania szczegółowe zaciągnięte w ofercie - które jednocześnie miałyby stanowić przedmiot sprostowania w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz, że ogólne oświadczenie wykonawcy co do uwzględnienia w ofercie wszystkich wymagań specyfikacji nie może stanowić podstawy do dokonania poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp wówczas, gdy oferta zawiera jednoznaczne i szczegółowe oświadczenie wykonawcy co do zaferowanego zakresu przedmiotu zamówienia, nieodpowiadającego zakresowi określonymu w SIWZ. Reasumując stwierdził, że brak było podstaw w treści oferty Konsorcjum, które pozwalałyby przyjąć, że skreślenie oświadczenia z pkt 13 Formularza ofertowego było omyłkowe. Zamawiający błędnie uznał, że zmiana treści oferty Konsorcjum w zakresie wykonania Zamówienia przy udziale podwykonawcy na samodzielnej realizację Zamówienia nie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty Konsorcjum. Zmiana w zakresie sposobu realizacji Zamówienia, w szczególności w przypadku, gdy zamawiający wyłączył możliwość posłużenia się podwykonawcami stanowi istotną zmianę treści oferty tj. taką, która nie jest dopuszczalna w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji doszło również do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 ust. 3 Pzp albowiem oferta Konsorcjum była niezgodna z pkt XIV. 13 SIWZ i podlegała - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP - odrzuceniu. Konsekwencją nie odrzucenia oferty Konsorcjum jest udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu w sposób niezgodny z przepisami Pzp.

2. Odnośnie zarzutu dotyczącego braku stanowczego oświadczenia woli podał, że oferta Konsorcjum nie zawierała stanowczego oświadczenia woli, co do typu oferowanej górniczej lampy nahełmnej wskazał, że w pkt V. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ [Specyfikacja Techniczna] Zamawiający wymagał dołączenia przez wykonawcę do oferty wykazu przewidywanych do zastosowania urządzeń z podaniem typu urządzenia. Wskazał, że Konsorcjum dołączyło do oferty Wykaz urządzeń, o którym mowa w w pkt V. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ [Specyfikacja Techniczna], gdzie w pkt 4 wskazało, że oferuje lampę nahełmną SafeLight X [s. 40 oferty]. Zamawiający wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów, wskazując, że: w wykazie urządzeń, na s. 40 oferty, zaproponowano lampę nahełmną SafeLight X, natomiast załączono do oferty dokumenty dla innych typów lamp tj. SafeLight, SafeLight PRO i SafeLight BASIC. W

odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum wskazało, że: nazwy SafeLight i SafeLight X, używane w dokumentacji załączonej do oferty, oznaczają ten sam produkt tj. lampę typu SafeLight SafeLight X oznacza, iż lampa posiada określony typoszereg, gdzie literę X zastępuje nazwa BASIC lub PRO w zależności od konfiguracji produktu. Załączone do oferty dokumenty dotyczą zatem typu lampy przewidzianej do zastosowania. Podniósł, że zgodnie z art. 66 §1 k.c. [który znajduje zastosowanie w niniejszym postępowaniu poprzez art. 14 PZP], oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Tak więc, oferta musi zawierać identyfikację konkretnego produktu, który jest nią objęty. Do tego też zmierzał Zamawiający, wymagając dołączenia do oferty zarówno wykazu urządzeń (pkt 5.1 Załącznika nr 1 do SIWZ - [Specyfikacja Techniczna]), jak i dokumentów potwierdzających, że oferowany produkt spełnia warunki określone w SIWZ (pkt V,2-5 Załącznika nr 1 do SIWZ - [Specyfikacja Techniczna]). Tymczasem, z oferty Konsorcjum nie wynika, jaką górniczą lampę nahełmną Konsorcjum oferuje Zamawiającemu tj. czy lampę SafeLight BASIC, czy lampę SafeLight PRO. Konkretyzacja oferowanej lampy nie nastąpiła nawet w piśmie Konsorcjum z dnia 4 kwietnia 2016 roku, w którym Konsorcjum nie wskazało konkretnego typu lampy objętego ofertą. Tak więc, Zamawiający wybrał ofertę, nie wiedząc, co jest jej przedmiotem, a więc jaki będzie zakres zobowiązania Konsorcjum. Odwołujący podkreślił, że indywidualizacja typu lampy objętej ofertą Konsorcjum jest niezbędna, gdyż to w odniesieniu do typu lampy oferowanej przez Konsorcjum należy badać, czy spełnia ona wymagania wskazane w Załączniku nr 1 do SIWZ [Specyfikacja Techniczna] tj. zarówno w zakresie wymagań technicznych [pkt III.A i pkt III.B], jak i wymagań odnośnie przedłożenia konkretnych dokumentów [pkt V.2-5]. Dalej podał, że oba typy wskazane w wykazie urządzeń [s. 40 oferty] są identyczne w zakresie kluczowych wymagań Zamawiającego. Po pierwsze, z Instrukcji obsługi [s. 49 oferty] wynika, że tylko lampa typu SafeLight PRO posiada nadajnik lokacyjny, a w pkt I11.A.12 Załącznika nr 1 do SIWZ [Specyfikacja Technicznej Zamawiający wymagał, by nadajnik lokacyjny był na wyposażeniu oferowanej lampy [Odwołujący abstrahuje w tym miejscu od tego, że nadajnik lokacyjny, który posiada lampa SafeLight PRO nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego, gdyż żądał on nadajnika lokacyjnego typu GLON, co jest objęte odrębnym zarzutem Odwołania]. Tak więc, zdeklarowanie, który typ lampy jest objęty ofertą Konsorcjum ma znaczenie, gdyż lampa SafeLight BASIC nie posiada nadajnika lokacyjnego, który jest wymagany przez Zamawiającego, a więc nie spełnia wymogu, o którym mowa w pkt III.A. 12 Załącznika nr 1 do SIWZ [Specyfikacja Techniczna]. Po drugie, z treści sprawozdania z badań kompatybilności elektromagnetycznej [s. 98 oferty] wynika, że badaniom tym została poddana wyłącznie lampa typu BASIC. W treści tego sprawozdania wprost wskazano bowiem, że opcjonalnie lampa może

posiadać nadajnik radiowy, wyświetlacz oraz sygnalizator akustyczny, co oznacza, że badaniu poddano typ lampy, która tych funkcji nie zawiera, a nie zawiera ich lampa typu BASIC [co wynika ze s. 3 Instrukcji obsługi - s. 49 oferty]. Tak więc, jeśli badaniu poddano lampę w wersji BASIC, która - zgodnie z informacją zamieszczoną na s. 3 Instrukcji obsługi [s. 49 oferty] nie jest wyposażona ani w nadajnik lokacyjny ELF, ani w transponder TAG [które mają istotny wpływ na generowanie pola elektromagnetycznego], to przedstawienie sprawozdania z badań kompatybilności elektromagnetycznej [s. 98 oferty] nie wykazuje, że lampa SafeLight PRO spełnia wymagania określone w normie PN-EN 55015 w zakresie kompatybilności elektromagnetycznej, co było wymagane przez Zamawiającego w pkt V.4 Załącznika [Specyfikacja Technicznej]. Tak więc, w świetle powyższego, Zamawiający pominął, że wskazanie konkretnego typu lampy, który jest objęty ofertą Konsorcjum było niezbędne. To jednak nie zostało uczynione, wobec czego należało uznać, że Konsorcjum nie złożyło stanowczego oświadczenia woli, co do typu górniczej lampy nahełmnej, którą Konsorcjum zaoferowało Zamawiającemu, przez co oferta jest sprzeczna zarówno z art. 66 §1 k.c. w zw. z art. 14 PZP, jak również z wymogiem wskazanym w pkt V. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ [Specyfikacja Techniczna] tj. winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP [tj. jako sprzeczna z ustawą] lub na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP [jako sprzeczna z warunkami SIWZ]. Odwołujący z ostrożności procesowej, podniósł także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień treści oferty w powyższym zakresie.

3. Odnośnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, i niezgodności oferty z wymaganiami specyfikacji wskazał na wymagania Specyfikacji Technicznej - załącznika nr 1 do SIWZ [ST] w zakresie:

1) pkt V.5 ST – oferta nie zawiera sprawozdania z badań, potwierdzającego, że nahełmne lampy górnicze - objęte ofertą Konsorcjum - spełniają wymagania Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 6 czerwca 2014 roku w sprawie najwyższych dopuszczalnych stężeń i natężeń czynników szkodliwych dla zdrowia w środowisku pracy [Dz. U. z 2014r., poz. 817; dalej: „Rozporządzenie”] w zakresie najwyższego dopuszczalnego natężenia pola i promieniowania elektromagnetycznego tj. sprawozdania potwierdzającego, że natężenie pola magnetycznego nadajników lokalizacyjnych oferowanych lamp posiada wartość nie wymagającą wyznaczenia i oznaczania stref ochronnych. Zgodnie z pkt V.5, do oferty należało dołączyć m. in. sprawozdanie z badań, potwierdzające, że nahełmne lampy górnicze spełniają wymagania Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 6 czerwca 2014 roku w sprawie najwyższych dopuszczalnych stężeń i natężeń czynników szkodliwych dla zdrowia w środowisku

pracy [Dz. U. z 2014 r. poz. 817] w zakresie najwyższego dopuszczalnego natężenia pola i promieniowania elektromagnetycznego (potwierdzenie, że natężenie pola magnetycznego nadajników lokalizacyjnych oferowanych lamp ma posiadać wartość nie wymagającą wyznaczania i oznaczania stref ochronnych). Zamawiający wezwał Konsorcjum do uzupełnienia sprawozdania, o którym mowa w pkt V.5. W rezultacie, Konsorcjum przedłożyło: Sprawozdanie z badań zgodności nahełmnej lampy górniczej Safelight PRO oraz Safelight BASIC z rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 6 czerwca 2014 r. w sprawie najwyższych dopuszczalnych stężeń i natężeń czynników szkodliwych dla zdrowia w środowisku pracy z dnia 19 lutego 2016 r. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający błędnie przyjął, że dokument, przedstawiony przez Konsorcjum jest Sprawozdaniem, o którym mowa w pkt V.5 Załącznika nr 1 do SIWZ [Specyfikacja Techniczna]. Po pierwsze, Zamawiający pominął, że sprawozdanie, o którym mowa w pkt V.5 musi być sporządzone przez jednostkę niezależną, a dokument przedstawiony przez Konsorcjum jest autorstwa producenta oferowanego urządzenia tj. SYBET Sp. z o.o. Po drugie, Zamawiający pominął, że dokument, który został przedstawiony przez Konsorcjum nie zawiera podstawowych danych, które musi zawierać sprawozdanie z badań, o którym mowa w pkt V.5 tj. wskazania przyrządów pomiarowych, opisu metody i warunków badania, czy wreszcie nazwiska osoby przeprowadzającej badania i wyników badań. Podkreślił, iż zasadność niniejszego zarzutów potwierdza fakt, iż - w zakresie innego wymogu z SIWZ tj. wymogu określonego w pkt V.4 ST - Konsorcjum dołączyło prawidłowe sprawozdanie z badań tj. dokument sporządzony przez jednostkę niezależną [Instytut Łączności - Zakład Kompatybilności Elektromagnetycznej we Wrocławiu] oraz zawierający wszystkie dane, niezbędne do tego, by uznać ten dokument za sprawozdanie, w szczególności wyniki badań. Odwołujący wskazał na pkt V.5, z którego wynika, że badania, których wyniki miało potwierdzać sprawozdanie żądane przez Zamawiającego muszą być przeprowadzane przez jednostki niezależne. Podkreślił, że celem, dla którego Zamawiający zażądał sprawozdania z badań, o których mowa w Rozporządzeniu była realizacja obowiązku wynikającego z art. 227 §1 pkt 2 k.p., zgodnie z którym pracodawca jest obowiązany stosować środki zapobiegające chorobom zawodowym i innym chorobom związanym z wykonywaną pracą, w szczególności przeprowadzać, na swój koszt, badania i pomiary czynników szkodliwych dla zdrowia, rejestrować i przechowywać wyniki tych badań i pomiarów oraz udostępniać je pracownikom. Z uwagi na to, że oferowane lampy nahełmne będą wykorzystywane przez pracowników Zamawiającego, zamówił produkt, który spełnia wymagania w zakresie dopuszczalnych stężeń i natężeń czynników szkodliwych dla zdrowia wraz z dokumentem to potwierdzającym. Należy podkreślić, iż wyniki badań najwyższych dopuszczalnych natężeń dla pola elektromagnetycznego są kluczowe dla

Zamawiającego, gdyż przekroczenie limitów wskazanych w Rozporządzeniu wiąże się z bezpośrednim zagrożeniem dla zdrowia i życia pracowników Zamawiającego. W tym świetle należało uwzględnić, iż badania, o których mowa w pkt V.5 oraz w Rozporządzeniu mogą być wykonywane wyłącznie przez jednostki akredytowane, wobec czego należało przedstawić sprawozdanie z badań, autorstwa jednej z jednostek, która ma prawo takie badania prowadzić. Odwołujący podniósł, że reguły prowadzenia badań, o których mowa w pkt V.5 są przewidziane w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 2 lutego 2011 roku w sprawie badań i pomiarów czynników szkodliwych dla zdrowia w środowisku pracy [Dz. U. z 2011 r., Nr 33, poz. 166; dalej: „BadRozp”]. Podkreślił, że zgodnie z §15 BadRozp, badania i pomiary czynników szkodliwych dla zdrowia w środowisku pracy wykonują laboratoria, które uzyskały akredytację w tym zakresie na podstawie przepisów ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności, a zgodnie z §15 ust. 2 BadRozp, w przypadku braku wymienionych w ust. 1 laboratoriów akredytowanych do badania lub pomiarów określonego czynnika, badania i pomiary wykonują inne jednostki specjalistyczne, wprost wskazane w §15 ust. 2 pkt 1-3 BadRozp. Tymczasem, z dokumentu przedłożonego przez Konsorcjum nie wynika, że badania zostały przeprowadzone przez jednostki, o których mowa w §15 ust. 2 BadRozp. Co więcej, gdyby tak było, to sprawozdanie z badań byłoby sporządzone przez jedną z tych jednostek, a nie producenta oferowanych urządzeń, w którego interesie jest potwierdzenie, że spełniają one wymagania Rozporządzenia. Zamawiający pominął więc, że z pkt V.5 wynikał obowiązek przedłożenia przez Konsorcjum sprawozdania z badań, autorstwa jednej z jednostek, która jest upoważniona do przeprowadzania tego typu badań, a przedłożono dokument sporządzony przez producenta oferowanego urządzenia. Wobec tego oferta Konsorcjum jest niezgodna z wymaganiem z pkt V.5 i odrzucić ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odnośnie treści sprawozdania podał, że zgodnie z pkt V.5 ST sprawozdanie z badań musi zawierać podstawowe informacje o podmiocie, sposobie i wynikach badań, a Konsorcjum dołączyło dokument, z którego takie informacje nie wynikają, przez co należało przyjąć, iż nie ma on cech sprawozdania, a - w konsekwencji - nie spełnia wymagań, określonych przez Zamawiającego. Dokument przedłożony przez Konsorcjum nie jest sprawozdaniem z badań, gdyż nie zawiera żadnych charakterystycznych i niezbędnych elementów sprawozdania. Z istoty sprawozdania wynika, że jest to dokument opisujący podstawowe informacje dotyczące przeprowadzonego badania tj. podmiot, który badanie przeprowadził, czas i miejsce badania, opis przyrządów i metod badania, czy - wreszcie - wskazanie wyników badania. Taki też dokumenty Konsorcjum przedłożyło, celem wykazania spełnienia innego wymagania z SIWZ [tj. wymagania z pkt V.4 ST]. Podkreślił, że Zamawiający postawił wymóg z pkt V.5, aby zrealizować obowiązek z art. 227 i n. k.p., w

ramach którego jest również obowiązany udostępniać wyniki badań pracownikom. Tak więc, dokument, który przedłożyło Konsorcjum, a który nie zawiera wyników badań jest bezużyteczny dla realizacji celu, dla którego Zamawiający wprowadził wymóg z pkt V.5. Dokument przedłożony przez Konsorcjum stanowi wyłącznie oświadczenie producenta oferowanego urządzenia, potwierdzające, że natężenie pola magnetycznego nadajników lokalizacyjnych oferowanych lamp posiada wartość nie wymagającą wyznaczenia i oznaczania stref ochronnych, jednakże Zamawiający nie wymagał - w pkt V.5 - przedłożenia oświadczenia producenta w tym zakresie, tylko sprawozdania z badań, przeprowadzonych w sposób zgodny z Rozporządzeniem. Takiego dokumentu Konsorcjum nie przedstawiło, co jest niezgodne z pkt V.5 ST i narusza zarówno art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i - w konsekwencji - art. 7 ust. 3 Pzp. Odwołujący podtrzymał zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, gdyby się okazało, że Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu określonego w pkt V.5;

2) pkt III.A.8 ST - w zakresie parametrów technicznych górniczych lamp nahełmnych - Zamawiający wymagał, aby powłoka zewnętrzna przewodu [kabla] była odporna na działanie kwasów tłuszczowych. Celem tego wymagania jest zwiększenie trwałości kabla, gdyż w środowisko, w którym lampy są wykorzystywane jest narażone na ciągłe działanie substancji pochodnych ropy naftowej [zawierających kwasy tłuszczowe], co powoduje szybką degradację kabla i konieczność częstej wymiany. Na s. 55 oferty Konsorcjum [Instrukcja obsługi lampy SafeLight X] wskazano, aby przechowywać z dala od źródeł ciepła i bezpośredniego oddziaływania promieni słonecznych oraz materiałów ropopochodnych [smary, oleje...]. Z informacji zawartej na s. 55 oferty Konsorcjum wynika, że lampa nahełmna, oferowana przez Konsorcjum nie spełnia warunku z pkt III.A.8, gdyż gdyby powłoka przewodu lampy Safelight X była odporna na działanie kwasów tłuszczowych, to można by było ją narażać na ich działanie, w tym przechowywać w pobliżu materiałów ropopochodnych tj. smary, oleje itd. Zamawiający pominął zatem, że oferta Konsorcjum jest sprzeczna z wymaganiem określonym w pkt III .A. 8 o powinna ulec odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Z ostrożności procesowej, wykonawca wskazał na zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień treści oferty w tym zakresie.

3) pkt III.A. 14 ST- braku możliwości oznakowania CE odnośnie styków zewnętrznych
Z informacji zawartej na s. 54 oferty [nie wolno zwierać styków zewnętrznych służących do zasilania urządzenia] wynika, iż lampa nahełmna - oferowana przez Konsorcjum - nie spełnia wymagań normy PN-EN 60079-35-1, na którą Konsorcjum powołało się w deklaracji zgodności WE [s. 84 oferty], co oznacza, że nie spełnia ona wymogu, o którym mowa w pkt III.A. 14. ST tj. nie mogła być oznakowana znakiem CE.

4)) pkt III.A. 14 ST – uszkodzenia mechaniczne

Z informacji zawartej na s. 54 oferty [lampę należy użytkować w sposób chroniący ją przed uszkodzeniami mechanicznymi] wynika, iż lampa nahełmna - oferowana przez Konsorcjum - nie spełnia wymagań normy PN-EN 60079-35-1, na którą Konsorcjum powołało się w deklaracji zgodności WE [s. 84 oferty], co oznacza, że nie spełnia ona wymogu, o którym mowa w pkt III.A. 14 ST.tj. nie mogła być oznakowana znakiem CE. Z ostrożności procesowej, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 87 ust, 1 zd. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień treści oferty w wyżej wymienionym zakresie. Zamawiający wymagał, by nahełmna lampa górnicza posiadała znak CE zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 r. [Dz. U. z 2005r. Nr 263, poz. 2202 i 2203] w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem, które wdraża postanowienia dyrektywy 94/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 marca 1994 roku [ATEX][...]. Jedną z norm zharmonizowanych z dyrektywą 94/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 marca 1994 roku [ATEX] [dalej: „Dyrektywa ATEX”] jest norma PN-EN 60079-35-1. Jest ona wskazana w wykazie norm zharmonizowanych z Dyrektywą ATEX. Tak więc, aby urządzenie mogło być oznakowane znakiem CE - a w konsekwencji spełnić warunek, o którym mowa w pkt III.A. 14. ST - musi być zgodne z wymaganiami m. in. z normy PN-EN 60079-35-1.

5) pkt V.2 ST - Zamawiający wymagał dołączenia do oferty m. in. deklaracji zgodności WE oferowanego urządzenia. Konsorcjum dołączyło do oferty m. in. deklarację zgodności WE nr 07/PORTAL/2016 z dnia 14 marca 2016 roku [s. 84 oferty Konsorcjum], wystawioną przez producenta nahełmnej lampy górniczej typu: SafeLight X [SYBET Sp. z o.o.], w której potwierdzono zgodność tego urządzenia m. in. z normą PN-EN 60079-35-1. Jednakże, z informacji wskazanych w Instrukcji obsługi lampy SafeLight X wynika, że urządzenie to nie spełnia wymagań przewidzianych w normie PN- EN 60079-35-1. Po pierwsze, na s. 54 oferty [Instrukcja obsługi lampy typu SafeLight] Konsorcjum znajduje się informacja, zgodnie z którą nie wolno zwierać styków zewnętrznych służących do zasilania urządzenia, co jest sprzeczne z wymaganiami normy PN-EN 60079-35-1 [pkt 5.3 normy PN-EN 60079-35-1]. Po drugie, na s. 54 oferty Konsorcjum znajduje się informacja, zgodnie z którą lampę należy użytkować w sposób chroniący ją przed uszkodzeniami mechanicznymi, co jest sprzeczne z wymaganiami m.in. normy PN-EN 60079-35-1]. Tak więc, należało uwzględnić, iż deklaracja zgodności WE [s. 84 oferty Konsorcjum] nie potwierdza zgodności lampy nahełmnej - oferowanej przez Konsorcjum - ze wszystkimi normami wymaganymi przez Dyrektywę ATEX, przez co należało przyjąć, że lampa oferowana przez Konsorcjum nie mogła być oznakowana znakiem CE tj. nie spełnia

wymogu, o którym mowa w pkt III.A. 14. ST, co winno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum. Z ostrożności procesowej, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty w wyżej wymienionym zakresie.

6) w pkt III.A. 13 w zw. z pkt V.2 ST - do oferty nie dołączono wymaganej deklaracji zgodności WE lampy SafeLight X, co oznacza, że produkt oferowany przez Konsorcjum nie spełnia również wymagania określonego w pkt III.A. 13. ST. Konsorcjum dołączyło do oferty m. in. deklarację zgodności WE nr 07/PORTAL/2016 z dnia 14 marca 2016 roku [s. 84 oferty Konsorcjum], wystawioną przez producenta nahałmnej lampy górniczej typu: SafeLight [SYBET Sp. z o.o.], jednakże nie ma ona wszystkich wymaganych przez obowiązujące przepisy elementów. Po pierwsze, w treści deklaracji zgodności WE musi znajdować się informacja wskazująca na: nazwę, numer identyfikacyjny i adres jednostki notyfikowanej [co wynika z § 8 ust. 2 pkt 4a w zw. z § 51 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem - Dz. U. z 2005, Nr 263, poz. 2203; dalej: „ZasWymRozp”]. Tymczasem, dokument ze s. 84 oferty Konsorcjum takiej informacji nie zawiera. Odwołujący podkreśla, iż w przypadku urządzenia takiego, jak lampa górnicza nahałmna [tj. urządzenia należącego - zgodnie z wymogami ZasWymRozp - do grupy I kategorii MI] - udział jednostki notyfikowanej w ocenie fazy produkcji jest niezbędny, co wynika również z pkt 11 certyfikatu badania typu WE, dołączonego do oferty. Po drugie, w treści deklaracji zgodności WE musi znajdować się informacja wskazująca na: numer certyfikatu badania typu WE [co wynika z § 8 ust. 2 pkt 4b w zw. z § 51 ust. 1 pkt 1 ZasWymRozp], a dokument przedstawiony przez Konsorcjum [s. 84 oferty] takiej informacji nie zawiera. Po trzecie, w treści deklaracji zgodności WE musi znajdować się informacja wskazująca na: system zarządzania jakością stosowany u producenta - tzw. powiadomienie o zapewnieniu jakości produkcji [co wynika z § 8 ust. 2 pkt 4e w zw. z § 51 ust. 1 pkt 1 ZasWymRozp], a dokument ze s. 84 oferty Konsorcjum takiej informacji nie zawiera. Celem wykazania, że wszystkie wyżej wymienione informacje są niezbędnymi elementami deklaracji zgodności WE górniczych lamp nahałmnych [tj. urządzeń zaliczanych - zgodnie z § 51 ust. 1 pkt 1 ZasWymRozp - do grupy I kategorii MI] należy wskazać, iż pozostałe deklaracje zgodności WE dołączone do oferty Konsorcjum wszystkie te elementy zawierają. Co więcej, wady „deklaracji zgodności WE”, przedłożonej przez Konsorcjum są o tyle istotne, że świadczą o tym, iż producent nie przeprowadził - odnośnie lampy SafeLight X - kompletnej procedury, umożliwiającej wprowadzenie tego urządzenia do obrotu. Zgodnie z § 51 ust. 1 pkt 1 ZasWymRozp, producent urządzenia jest

obowiązany zastosować - przed wprowadzeniem urządzenia do obrotu - procedury oceny zgodności polegające na badaniu typu WE wraz z zapewnieniem jakości produkcji. Odwołujący podkreślił, że jeśli w „deklaracji zgodności WE” przedłożonej przez Konsorcjum nie ma tzw. powiadomienia o zapewnieniu jakości, to znaczy, że produkt nie może być dopuszczony do obrotu i oznakowany znakiem CE. Z ostrożności procesowej, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu deklaracji zgodności WE lampy SafeLight X.

7) pkt II.B - stosowanie lamp przez górników strzałowych - Zamawiający wymagał m. in. 4080 lamp dla swoich pracowników. Z uwagi na to, że Zamawiający prowadzi w miejscu, w którym lampy będą używane przez pracowników wydobywanie węgla kamiennego [w tym metodą strzałową], lampy muszą spełniać wymagania niezbędne do tego, by mogli z nich korzystać również górnicy strzałowi. Tymczasem, na s. 54 oferty Konsorcjum zawarto informację, według której nie należy narażać lampy na działanie górniczych środków strzałowych oraz odłamków wywołanych ich działaniem. Z tej informacji wprost wynika, że lampy oferowane przez Konsorcjum nie będą mogły być stosowane przez górników strzałowych, gdyż z istoty czynności wykonywanych przez górnika strzałowego wynika narażenie lampy na działanie górniczych środków strzałowych i odłamków wywołanych ich działaniem. Tak więc, aby lampa nie była narażona na działanie tych czynników, nie będzie ona mogła być używana przez górników strzałowych. Z ostrożności procesowej, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty.

8) pkt III.A. 12 ST – zgodnie z wymaganiem wyposażenie lampy musi zawierać górniczy osobisty nadajnik lokalizacyjny typu GLON przystosowany do emitowania sygnału przez okres co najmniej 7 dni, współdziałający z iskrobezpiecznym urządzeniem lokalizacyjnym. Z treści oferty Konsorcjum wynika, że oferowane lampy nie są wyposażone w nadajnik lokalizacyjny typu GLON, lecz w nadajnik lokalizacyjny ELF. Po pierwsze, ze s. 108 oferty Konsorcjum [tj. oświadczenia producenta o przeprowadzaniu badań] wprost wynika, że oferowane przez Konsorcjum lampy są wyposażone w nadajnik ELF. Po drugie, w załączniku do certyfikatu badania typu WE wprost wskazano, że oferowane przez Konsorcjum lampy są wyposażone w nadajnik ELF. Po trzecie, z Instrukcji obsługi wynika, że wyłącznie lampa w wersji PRO są wyposażone w nadajnik lokalizacyjny ELF. Po czwarte, z opinii technicznej nr 416/03/16 z marca 2016 r. [s. 95 oferty Konsorcjum] wynika, że wyłącznie lampy w wersji PRO są wyposażone w nadajnik lokalizacyjny ELF. Po piąte, z Instrukcji obsługi [s. 47-55 oferty Konsorcjum] nie wynika, żeby na wyposażeniu oferowanej lampy był odrębny nadajnik lokalizacyjny typu GLON. Nie zawiera ona żadnych informacji odnośnie dodatkowego wyposażenia lampy. Po szóste, fakt, iż

lampa będzie wyposażona w nadajnik lokalizacyjny typu GLON nie wynika również z Wykazu urządzeń oferowanych przez Konsorcjum [s. 40 oferty Konsorcjum], w którym wskazano wyłącznie - w pkt 4 - na lampę SafeLight X. Natomiast z uwagi na to, że lampa SafeLight X nie jest wyposażona w nadajnik typu GLON [natomiast wyłącznie wersja SafeLight PRO zawiera nadajnik lokalizacyjny ELF], aby spełnić wymaganie Zamawiającego, Konsorcjum musiałoby wyraźnie oświadczyć, że - de facto oprócz lampy - oferuje również nadajnik lokalizacyjny typu GLON. Jak bowiem wynika z opinii technicznej nr 416/03/16 z marca 2016 roku [s. 95 oferty Konsorcjum] oferowana lampa umożliwia wyłącznie podłączenie nadajnika typu GLON. Tak więc, Konsorcjum nie zaoferowało nadajnika lokalizacyjnego, który był wymagany, a - w konsekwencji – oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z ostrożności procesowej, Odwołujący zarzuca naruszenie art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień treści ofert w wyżej wymienionym zakresie.

9) w pkt A.III.1 ST - w zakresie wymogu by źródłem zasilania górniczej lampy nahełmnej był akumulator NiMH stwierdził, że z treści oferty [Instrukcji obsługi] nie wynika, by warunek był spełniony tj. aby lampa oferowana przez Konsorcjum była zasilana akumulatorem NiMH. Nie ma bowiem w ogóle informacji o typie akumulatora. Tak więc, Zamawiający pominął, że z treści oferty Konsorcjum nie wynika, że lampy oferowane przez Konsorcjum nie są zasilane akumulatorem typu NiMH, co stanowi naruszenie wymogu, o którym mowa w pkt III.A. 1 ST. Z ostrożności procesowej, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp z uwagi na, zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień treści oferty w tym zakresie.

3. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp

Odwołujący podał, że w dniu 22 kwietnia 2016 r. otrzymał pisemną informację, zgodnie z którą Zamawiający odmówił udostępnienia dokumentów złożonych przez Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2016 r. Tym samym, Zamawiający uznał zastrzeżenie tych informacji przez Konsorcjum - dokonane w trybie art. 8 ust. 3 Pzp - za skuteczne, z czym nie sposób się zgodzić. Wykonawca wskazał art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podkreślając, że aby uznać zastrzeżenie Konsorcjum za skuteczne, zastrzeżone informacje muszą spełniać wymagania wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie. Z uwagi na to, iż Konsorcjum nie jest producentem oferowanego urządzenia, spełnienie wymogu z art. 8 ust. 3 Pzp wymagałoby oczywiście m. in. wykazania, że producent zobowiązał Konsorcjum do nie rozpowszechniania zastrzeżonych informacji do wiadomości publicznej, co - z niżej wskazanych przyczyn - byłoby wręcz absurdalne. Konsorcjum zostało wezwane do uzupełnienia dokumentu w postaci: instrukcji stosowania wraz z opisem technicznym górniczych lamp nahełmnych tj. takiego, który nie może zawierać

informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż - ze swej istoty - zawiera informacje charakteryzujące produkt, a - w konsekwencji - powszechnie udostępniane kontrahentom. Tak więc, każdy kto zakupi produkt oferowany przez Konsorcjum ma dostęp do tych informacji, a dostęp do niego nie jest w żaden sposób ograniczony. Najlepszym przykładem jest Konsorcjum, które zapewniło sobie dostęp do oferowanego produktu i uzyskało od producenta wszystkie informacje charakteryzujące ten produkt. Trudno przypuszczać, że producent mógłby odmówić udostępnienia tych informacji, gdyż nie znalazłby w takim przypadku nabywcy na swój produkt. Podkreślił, że Konsorcjum dołączyło do oferty instrukcje stosowania wraz z opisem technicznym - oferowanych - górniczych lamp nahełmnych, nie zastrzegając ich, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co potwierdza, że samo uważa, że dokumenty tego rodzaju nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W przeciwnym razie zastrzeżenie zostałoby uczynione już przy złożeniu oferty. Zdaniem wykonawcy, nie sposób uznać, że nawet uzupełnienie tych dokumentów o brakujące informacje [wskazane w piśmie Zamawiającego z dnia 7.04.2016 r.] powoduje, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa może być skutecznie dokonane. Żadna z tych informacji nie spełnia bowiem przesłanek „tajemnicy przedsiębiorstwa”, o których mowa w art. 11 ust. 4 ZWKonkU. Są to bowiem podstawowe informacje identyfikujące produkt, udostępniane każdemu potencjalnemu klientowi. Obejmują one bowiem wyłącznie: a) źródło zasilania lamp; b) źródło światła; c) długość przewodu łączącego głowicę z baterią; d) powłokę zewnętrzną przewodu; e) głowicę wyposażoną w urządzenie blokujące lub zamknięcie specjalne; f) barwę światła; g) konstrukcję obudowy lampy. Wszystkie w/w informacje stanowią typowe informacje o produkcie, które producent musi udostępnić każdemu zainteresowanemu jego nabyciem. Podkreślił, że żadna z tych informacji nie obejmuje szczególnej wiedzy, której ujawnienie konkurencyjnemu wykonawcy mogłoby narazić Konsorcjum lub producenta na szkodę. Chodzi tu bowiem wyłącznie o rodzaj - powszechnie znanych i powszechnie stosowanych na rynku - cech oferowanego produktu. Zatem nie sposób uznać, że wszystkie elementy definicji z art. 11 ust. 4 uznk zostały wypełnione.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, o następuje:

Odwołanie w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp podlega uwzględnieniu.

Odwołujący podtrzymał na rozprawie zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z zastosowaniem procedury z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp dla poprawienia w ofercie uznanej za najkorzystniejszą - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia -: Sevitel sp. z o.o. i PW Ekop sp. z o.o. z Katowic [Konsorcjum] - punktu 13 Formularza oferty. Podtrzymał także zarzut naruszenia wskazanego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp związany z brakiem podania w ofercie Konsorcjum typu lampy najełmnej, wskazując ponadto na naruszenie art. 66 §1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 tej ustawy. Zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp odniósł również do wymaganych Specyfikacją techniczną [załącznik nr 1 do specyfikacji] [ST] dokumentów i parametrów technicznych dla lampy najełmnej, a mianowicie: (1) nie przedłożenia: sprawozdania z badań wymaganego w punkcie V.5 ST i certyfikatu badania typu WE wydanego przez jednostkę upoważnioną do certyfikacji lamp najełmnych wymaganego pkt V.2; oraz (3) nie spełniania wymagania z punktu: (a) III.A.8 ST (strona 55 oferty), dotyczącego odporności powłoki zewnętrznej przewodu kabla na działanie kwasów tłuszczowych; (b) II.B ST [str 54 oferty], dotyczącego stosowania lampy przez górników strzałowych; (c) III.A. 12 ST, dotyczącego wyposażenia lampy w górniczy osobisty nadajnik lokalizacyjny typu GLON; (d) pkt A.III.1 ST dotyczącego akumulatora NiMH, jako źródła zasilania górniczej lampy najełmnej. Wykonawca podtrzymał także zarzut naruszenia art. 8 ust.3 ustawy Pzp kwestionując zasadność zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień w piśmie z dnia 12.04.2016 r.

Izba uznała, że zasługuje na uwzględnienie zarzut, dotyczący nieuprawnionego zastosowania wobec oferty Konsorcjum procedury z art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp i poprawienie punktu 13 na Formularza oferty, którego wzór został ustalony w załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz], które to poprawienie – w oparciu o wyjaśnienie Konsorcjum z dnia 4.04.2016 r. odnośnie omyłkowego przekreślenia tego punktu - polegało na przywróceniu brzmienia punktu 13 bez skreśleń.

Zgodnie z art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp poprawieniu podlega wyłącznie inna omyłka [aniżeli rachunkowa i/lub pisarska] polegająca na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w przypadku, gdy taka czynność [poprawienia] nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wyraźnie wyłączył regułę pozwalającą na realizację przedmiotowego zamówienia przy udziale podwykonawców. Powyższe wynika z punktu XIV.13 specyfikacji oraz z paragrafu 6 projektu umowy, w których wskazano, że „Wykonawca zrealizuje przedmiot umowy bez współudziału

wykonawcy”. Wymaganie to niewątpliwe odnoszące się do sposobu realizacji świadczenia, należy zakwalifikować, jako wymaganie istotne i jego zmiana przez wykonawcę w ofercie powoduje, że oferta w tym zakresie nieodpowiada treści specyfikacji. Istotność tego warunku podkreślał, z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, Zamawiający w toku rozprawy, który na powyższą okoliczność z tego powodu zamieścił w Formularzu ofertowym w jego punkcie 13 treść zobowiązania wykonawcy – oświadczenie, które nie podlegało żadnym modyfikacjom, w tym oczywiście skreśleniom. Tym samym skreślenie zobowiązania z punktu 13 Formularza stanowiło zmianę oświadczenia woli wykonawcy w niedopuszczonym zakresie, co powodowało w konsekwencji istotną zmianę treści oferty w zakresie deklarowanego w ofercie sposobu wykonania zamówienia. To z kolei oznacza, że ta omyłka nie mogła być poprawiona na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem jej poprawienie powodowałoby zmianę treści oferty Konsorcjum, co jest wykluczone wskazanym przepisem. Izba na marginesie stwierdza, że w tym przypadku fakt popełnienia omyłki jest bezsporny i nie ma znaczenia, czym było podyktowane – jakimi intencjami - przekreślenie oświadczenia z punktu 13 Formularza oferty.

Izba stwierdza ponadto, że oferta Konsorcjum jest także niezgodna z wymaganiami pkt III.A.1 ST, która to okoliczność nie może być naprawiona na podstawie przewidzianych ustawą Pzp procedur. Zgodnie z tym punktem Zamawiający jednoznacznie określił, że źródłem zasilania górniczej lampy nahełmnej ma być akumulator NiMH, który jest akumulatorem w technologii niklowo - metalowo – wodorkowego. Na rozprawie przyznał jednocześnie, że Konsorcjum zaoferowało – tak jak ustalił na podstawie wyjaśnień udzielonych na jego żądanie, a zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa - inny typ akumulatora. Izba podkreśla, że nawet, gdyby uznać, że zaoferowanie akumulatora w innej technologii, zwiększałoby komfort użytkownika, ochronę środowiska i byłoby bardziej ekonomicznym rozwiązaniem przy analogicznym poziomie bezpieczeństwa, nie jest możliwa akceptacja tej oferty w zakresie tego parametru, albowiem prowadziłyby to do nieuprawnionej zmiany specyfikacji technicznej po upływie terminu składania ofert. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający nie dopuścił zmiany typu akumulatora, pomimo wnioskowanego [na akumulator w technologii LiFetPO] w zapytaniu z dnia 7 marca 2016 r. przez jednego z wykonawców. Z dokumentacji wynika, że obok stwierdzenia, że zgłoszenie zapytania nastąpiło po terminie wskazano, że nie ma to wpływu na przygotowanie oferty.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów związanych z postanowieniami Specyfikacji

Technicznej Izba stwierdza, że w punkcie V.1 wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty Wykaz przewidywanych do zastosowania urządzeń z podaniem typu urządzenia. Konsorcjum zgodnie z tym wymaganiem wskazało typ lampy górniczej, a mianowicie SafeLight X. Z tego względu zarzut dotyczący naruszenia pkt V.1 ST - braku wskazania typu lampy – nie jest zasadny. Jednakże Izba za zasadną uznała argumentację, że na podstawie oferty Konsorcjum, w tym przedłożonych dokumentów, nie może zidentyfikować jakiej konkretnie lampy nahełmnej [modelu] będzie dotyczyła dostawa. Wykonawca, w składanych dokumentach, zobowiązany był niewątpliwie dookreślić przedmiot dostawy, albowiem zgodnie z punktem V.2. ST przedkładane dokumenty, takie jak: Instrukcja stosowania wraz z opisem technicznym, deklaracja zgodności, certyfikaty badania typu WE wydane przez jednostki upoważnione, miały dotyczyć lamp, które zostaną wprowadzone na kopalnię. Wykonawca wskazane dokumenty odniósł tylko do typu lampy, które co prawda obejmowały dwa różne jego warianty [Basic i Pro], jednakże na tej podstawie nie można ustalić, jaki model spełniający wszystkie wymagane parametry będzie przedmiotem dostawy. Taka identyfikacja wariantu stanowiąca deklarację, co do konkretyzacji przedmiotu dostawy powinna pochodzić od wykonawcy, a nie być wynikiem domniemania [interpretacji] Zamawiającego ze wskazaniem na model SafeLight Pro. Z tego też względu oferta Konsorcjum w powyższym zakresie powinna podlegać ponownej ocenie z zastosowaniem procedur przewidzianych ustawą Pzp [odpowiednio art. 26 ust.3 i/lub 4 oraz art. 87 ust.1 ustawy Pzp].

Wymagają także wyjaśnienia, co najmniej w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp, zastrzeżenia poczynione w Dokumentacji techniczno-ruchowej (Instrukcja obsługi) w punkcie 5 na stronie 54 i 55 oferty. Pierwsze z nich zaleca bowiem nie narażanie lampy na działanie górniczych środków strzałowych oraz odłamków wywołanych ich działaniem, a drugie, wskazuje na ich przechowywanie z dala od materiałów ropopochodnych. Izba zwraca uwagę, że przeznaczeniem lampy zgodnie z pkt II.B ST jest jej użytkowanie przez górników strzałowych, którzy wykonują czynności w warunkach, których istotą jest, co do zasady, narażenie lampy na działanie górniczych środków strzałowych i ich odłamków. Z kolei zgodnie z pkt III.A.8 „Powłoka zewnętrzna przewodu ma być odporna na działanie kwasów tłuszczowych”. Z tego też względów poczynione zastrzeżenia w Instrukcji obsługi, co do warunków użytkowania i przechowywania lampy powinny podlegać wyjaśnieniu - chociażby ze względów bezpieczeństwa - przez wykonawcę, a nie, jako nieistotne, podlegać swobodnej ocenie [także na rozprawie, bez stosownych dowodów] przez Zamawiającego.

Zarzuty dotyczące nie przedłożenia sprawozdania z badań wymaganego w punkcie V.5 ST i certyfikatu badania typu WE wydanego przez jednostkę upoważnioną do certyfikacji lamp nahełmnych wymaganego pkt V.2 ST nie podlegają uwzględnieniu. W odniesieniu do sprawozdania z badań Izba wskazuje, że ten dokument miał potwierdzać [jak zaznaczono w nawiasie tego punktu], że natężenia pola magnetycznego nadajników lokalizacyjnych oferowanych lamp posiada wartość nie wymagającą wyznaczania i oznaczania stref ochronnych i promieniowania elektromagnetycznego. W punkcie tym wskazano wyłącznie na rozporządzenie ministra pracy i polityki społecznej z dnia 6 czerwca 2016 r. w sprawie najwyższych dopuszczalnych stężeń i natężeń czynników szkodliwych dla zdrowia w środowisku pracy. Tym samym, Odwołujący nie wykazał, że do żądanego sprawozdania mają zastosowanie przepisy rozporządzenia ministra zdrowia z dnia 2 lutego 2011 r. w sprawie badań i pomiarów czynników szkodliwych dla zdrowia w środowisku pracy. W odniesieniu do certyfikatu badania typu WE wydanego przez jednostkę upoważnioną do certyfikacji lamp nahełmnych Izba stwierdza, że Konsorcjum załączyło do oferty na jej stronie 84 Deklarację zgodności WE, której wystawcą jest producent, a na stronie 89 - Certyfikat badania typu WE wraz z załącznikami, w którego treści wskazano jego wystawcę [Jednostka Opiniująca, Atestująca i Certyfikująca Wyroby Test sp. z o.o. z Siemianowic Śląskich], co pozwala bezspornie zidentyfikować jednostkę notyfikowaną [NB 2057] w zakresie wskazywanego przez Odwołującego paragrafu 8 ust.2 pkt 4a rozporządzenia ministra gospodarki w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem. Także nie jest zasadny zarzut, dotyczący oferowanego nadajnika ELF. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego i przystępującego po jego stronie wykonawcy, że w tym postępowaniu wymagany był nadajnik, co do typu, a nie tożsamy – a więc każdy nadajnik przystosowany do emitowania sygnału przez okres co najmniej 7 dni, współdziałający z iskrobezpiecznym urządzeniem lokalizacyjnym.

Odnosząc się do zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum wyjaśnień w piśmie z dnia 12 kwietnia 2016 r. Izba uznała, że podnoszony zarzut naruszenia art. 8 ust.3 ustawy Pzp jest zasadny. Zdaniem Izby, co najwyżej mogłyby korzystać z takiej ochrony, [jako tajemnica przedsiębiorstwa] informacje dotyczące zastosowanego typu akumulatora, w tym punkt 3 załączonej Specyfikacji technicznej, na co wskazywał sam wykonawca w punkcie 2 na stronie 3 pisma z dnia 12.04.2016 r., przy którym przedłożył ten dokument, wskazując w szczególności na informacje o sposobie wyposażenia lampy w zakresie akumulatora, jako o rozwiązaniu nowatorskim, zastrzeżonym dotychczas przez producenta.

Reasumując Izba stwierdza, że oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem jej treść nieodpowiada treści specyfikacji w zakresie wymaganego sposobu realizacji świadczenia [samodzielnie przez wykonawcę] oraz w zakresie wymaganego źródła zasilania dla lampy najełmnej. Z tego też względu odwołanie podlega uwzględnieniu. W pozostałym zakresie odwołanie nie podlega uwzględnieniu z uwagi na dyrektywę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp. W myśl wskazanego przepisu odwołanie – odpowiednio zarzut – podlega uwzględnieniu, jeżeli stwierdzone naruszenie ma wpływ [lub może mieć wpływ] na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W tej sprawie zastosowanie procedury z art. 87 ust.1 oraz art. 26 ust.3 i 4 ustawy Pzp w zakresie wskazywanym powyżej nie miałyby wpływu na wynik tego postępowania z uwagi na wprost wskazane okoliczności z powodu których ofertę Konsorcjum należało odrzucić.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz 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. 2010 r. nr 41 poz.238).

.....