

Sygn. akt KIO/1716/10

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 11 sierpnia 2010 r. przez **Eurotech Sp. z o.o., 40-906 Bytom, ul. Konstytucji 150** od czynności zamawiającego - **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30.**

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz xxx - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Eurotech Sp. z o.o., 40-906 Bytom, ul. Konstytucji 150 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Eurotech Sp. z o.o., 40-906 Bytom, ul. Konstytucji 150**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Eurotech Sp. z o.o., 40-906 Bytom, ul. Konstytucji 150**

na rzecz **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa wraz z zabudową urządzeń podziemnej klimatyzacji grupowej o mocy chłodniczej 1MW dla KWK „Rydułtowy-Anna”, numer sprawy 230900480/1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 maja 2010 r., pod nr 2010/S 96-145660.

W dniu 11 sierpnia 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania bądź zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum: AZIS-Mining Service Sp. z o.o., Elgór+Hansen Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum”), gdyż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej SIWZ), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., 113, 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”: art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 1 pkt 3, art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2, art. 26, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz § 2 ust. 1 pkt 3 i § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817). Odwołujący wniósł o wykluczenie wskazanego wykonawcy z postępowania bądź odrzucenie jego oferty.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w SIWZ żądał, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ - dostarczenia danych z dokumentacji technicznej lub wypisu z instrukcji urządzeń zawierających m.in. charakterystykę techniczną i schematy głównych układów mechanicznych i elektrycznych (pkt XVII SIWZ). W odpowiedzi na powyższe Konsorcjum dostarczyło schemat zasilania agregatu chłodniczego (zał. nr 146 do oferty), z którego wynika, że silniki agregatu będą zasilane napięciem 1000 V (nie ma więc przewidzianej opcji z dodatkowym transformatorem, co było określone jednoznacznie w piśmie Zamawiającego nr Z/ZZ/ZZT/5839/PM/2010, stanowiącego odpowiedź na zapytanie do SIWZ) oraz Instrukcję instalacji, obsługi i serwisowania agregatu (zał. nr 109 do oferty)

Odwołujący wyjaśnia jednocześnie, iż przedłożona przez Konsorcjum Instrukcja instalacji, obsługi i serwisowania agregatu (zał. nr 109 do oferty) dotyczy agregatów chłodniczych chłodzonych wodą firmy Carrier o wydajności chłodniczej 476-1764 kW typoszeregu 30XW - 30XWH (27 wykonań). Wybrany Wykonawca nie wskazał jednak jednoznacznie, które wykonanie zamierza zastosować. Z danych technicznych zawartych w Instrukcji, dotyczących całego typoszeregu wynika, że: napięcie zasilania silników agregatu wynosi 400 V -3 fazy -50 Hz (pkt. 4.2 i 5), maksymalne ciśnienie robocze po stronie wody dla

parownika i skraplacza wynosi 1 MPa (pkt. 4.1), maksymalne przechłodzenie wody lodowej (obieg parownika) wynosi 11,1 K (pkt.6.1), nie podano wydajności agregatu przy max przechłodzeniu wody, parametry wody dla wymienników (parownik, skraplacz) powinny spełniać zalecenia ujęte w pkt. 7.1 Środki bezpieczeństwa.

Zatem, zaoferowane przez Konsorcjum urządzenie nie spełnia wymagań SIWZ ponieważ:

1. w przedłożonej przez niego Instrukcji instalacji, obsługi i serwisowania agregatu brak informacji, że agregat może pracować w wyrobiskach górniczych zaliczonych do stopnia "a" niebezpieczeństwa wybuchu metanu i klasy "A" niebezpieczeństwa wybuchu pyłu węglowego (wymaganie wprost z treści pkt XVII SIWZ i zał. nr 2a SIWZ). Z zapisów przedłożonej instrukcji wynika, że agregat przeznaczony jest do schładzania wody w systemach klimatyzacji budynków oraz w procesach przemysłowych, co jednoznacznie wskazuje na jego zastosowania w instalacjach powierzchniowych a nie podziemnych.
2. zaoferowany agregat nie jest przystosowany do zasilania napięciem 1000 V a wybrany Wykonawca nie przewidział dodatkowego transformatora, co wymagane jest dokumentacją stanowiącą załącznik do SIWZ. Oferta w kwestii napięcia zasilania silnika agregatu jest niespójna. W jednym dokumencie wskazuje się, że będzie zasilany napięciem 1000 V, a z przedłożonej Instrukcji wynika, że napięcie zasilania agregatu wynosi 3x400 V 50 Hz. Jest to napięcie stosowane w sieciach elektrycznych powierzchniowych, natomiast niedozwolone, zgodnie z obowiązującymi przepisami Prawa geologicznego i górniczego, w instalacjach pod ziemią.
3. agregat nie jest przystosowany do maksymalnych ciśnień roboczych w obiegach wodnych, które ze względu na usytuowanie chłodziń oraz parametry, wykonanej zgodnie z projektem dotyczącym I etapu klimatyzacji grupowej w KWK "Rydułtowy-Anna", instalacji wynoszą: 4 MPa po stronie parownika oraz 1,6 MPa po stronie skraplacza. Z przedłożonej Instrukcji wynika, że wymienniki agregatu mogą pracować na maksymalnym ciśnieniu roboczym obiegów wodnych wynoszącym 1 MPa.
4. zaoferowany agregat nie jest przystosowany do współpracy z istniejącymi chłodzińcami powietrza, które dla uzyskania nominalnych parametrów wydajnościowych wymagają wydajności agregatu równej 1000 kW, przy przechłodzeniu wody lodowej na poziomie 13-13,5 K. Z przedłożonej Instrukcji wynika, że maksymalne przechłodzenie wody w agregacie wynosi 11 K.
5. zaoferowany agregat nie jest przystosowany do współpracy z wodą kopalnianą używaną w obiegach chłodzińczych parownika i skraplacza. Według Instrukcji instalacji, obsługi i serwisowania agregatu (pkt.7.1 Środki bezpieczeństwa), zalecenia dotyczące wody dla wymienników ciepła wynoszą: brak jonów amoniakowych NH₄⁺,

jony chlorkowe $\text{Cl}^- < 10\text{mg/l}$, jony siarkowe $\text{SO}_4^{2-} < 30\text{mg/l}$. Parametry wody kopalnianej określono w odpowiedzi na pytanie nr 8 w piśmie Zamawiającego nr Z/ZZ/ZZT/5839/PM/2010 (stanowiącego odpowiedź na zapytanie do SIWZ) i wynoszą one: zawartość jonów amoniakowych NH_4^+ - 0,10 mg/l (przekroczenie), zawartość jonów chlorkowych Cl^- - 142 mg/l (przekroczenie 14x), zawartość jonów siarkowe SO_4^{2-} - 472 mg/l (przekroczenie 16x). Zastosowanie w proponowanym agregacie wody kopalnianej o podanych parametrach chemicznych może doprowadzić do decydującego obniżenia żywotności rur zastosowanych w jego wymiennikach ciepła, jak również może być powodem ich zakamienienia. Ma to wpływ na czas bezawaryjnej eksploatacji urządzenia oraz na udzieloną na niego gwarancję.

6. wybrany Wykonawca nie kontaktował się z nim, ani też nie wystąpił do niego o uzyskanie informacji w sprawie możliwości komunikacji nowego sterowania z istniejącym oraz możliwości wprowadzenia zmian w oprogramowaniu sterowników maszyny GMC 1000, tak aby sterowanie nowego agregatu spełniało wymagania SIWZ z niniejszego postępowania. Zgodnie bowiem z treścią zał. nr 2a do SIWZ, sterowanie mikroprocesorowe powinno współpracować ze sterowaniem maszyny klimatycznej GMC 1000 (produkcji Odwołującego, lp.6.2)

Dalej Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z zapisami pkt XIII ppkt 1.3 SIWZ, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający żądał przedłożenia aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Z przedłożonego dla członka Konsorcjum Elgór+Hansen Sp. z o.o. zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzającego stan zaległości z dnia 13 maja 2010 r. (stanowiącego załącznik nr 17 do oferty tegoż Wykonawcy) wynika, że podmiot ten posiada zaległość w podatku dochodowym od osób prawnych za 2004 r. w kwocie 67.658 zł. Z zaświadczenia tego nie wynika też, aby Wykonawca ten uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Co prawda, do oferty tego Wykonawcy przedłożona została opinia prawna radcy prawnego Marcina L. (załącznik nr 18 do oferty tego Wykonawcy), z której wynika, jakoby samo stwierdzenie w wydanym zaświadczeniu, że decyzja ta jest nieostateczna i nie podlega wykonaniu zastępowało przedłożenie zaświadczenia, że Wykonawca uzyskał przewidziane prawem wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Po pierwsze, zdaniem Odwołującego, opinia radcy prawnego jest dokumentem prywatnym i w żaden sposób nie zastępuje obowiązku przedłożenia właściwego zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego. Po drugie, nie jest

tak, że samo sformułowanie na zaświadczeniu właściwego naczelnika urzędu skarbowego, że istniejące decyzje, zgodnie z którymi Elgór+Hansen Sp. z o.o. posiada zaległości w płaceniu podatków, są nieostateczne i nie podlegają wykonaniu świadczy o tym, że Elgór+Hansen Sp. z o.o. przedłożył zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Na samym zaświadczeniu bowiem takiego sformułowania brak, jak również brak na zaświadczeniu podstawy prawnej (tj. art. 239a Ordynacji podatkowej), na którą powołuje się radca prawny wydający opinię.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności odniesienia wymaga wnioszek Odwołującego o powołanie dowodu z opinii biegłego. Izba uznała przedmiotowy wniosek za niezasadny. Zauważyć bowiem należy, iż ocena zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi w SIWZ, zgodnie z postanowieniami SIWZ, następuje na podstawie określonych przez Zamawiającego dokumentów, które należy przedłożyć wraz z ofertą. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż ustalenie wymogów Zmawiającego względem przedmiotu zamówienia i ocena treści oferty (dokumentów załączonych do oferty) pod tym kątem wymaga wiadomości specjalnych.

Przechodząc do ustalenia stanu faktycznego stwierdzić należy, iż zgodnie z postanowieniem pkt XVII ppkt 4 SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ, Zamawiający wymagał dołączenia do oferty danych z dokumentacji technicznej (dla urządzeń posiadających aktualne dopuszczenie Prezesa WUG) lub wypisu z instrukcji, w rozumieniu dyrektywy 98/37/WE i 94/9/WE (dla urządzeń posiadających deklarację zgodności WE), zawierających m.in.: charakterystykę techniczną, opisy budowy i działania, schematy głównych układów mechanicznych, hydraulicznych, elektrycznych, rysunki z wymiarami podstawowymi w trzech rzutach, wykaz elementów o obniżonej żywotności. Zaś, w przedmiotowym załączniku nr 1 Zamawiający czyni odwołanie do kolejnego załącznika – nr 2a wskazując, iż wykonawca dostarczy urządzenia określone w załączniku nr 2a.

W świetle przytoczonych postanowień SIWZ, zdaniem Izby nie budzi wątpliwości, że wymogi Zamawiającego co do przedmiotu dostawy zostały określone w załączniku nr 2a. Spełnienie tych wymogów wykonawca miał zadeklarować w wymienionym załączniku, na co wskazuje dodatkowo tytuł załącznika - „Wykaz spełniania istotnych dla Zamawiającego parametrów techniczno-użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia” oraz jego treść.

Jednym z wymogów Zamawiającego, określonych w załączniku nr 2a do SIWZ jest możliwość stosowania, co do zasady, przedmiotu zamówienia w wyrobiskach zaliczonych do stopnia „c” niebezpieczeństwa wybuchu, z tym zastrzeżeniem, że zespół maszynowy, powinien posiadać możliwość stosowania w wyrobiskach zaliczonych do stopnia „a”

niebezpieczeństwa wybuchu i klasy „A” niebezpieczeństwa wybuchu pyłu węglowego. Powyższe zostało przez Zamawiającego potwierdzone w odpowiedzi na pytanie nr 4, zawartej w piśmie z dnia 2 czerwca 2010 r., w którym „zamawiający informuje, że istnieje możliwość zastosowania urządzeń tylko w wyrobiskach zaliczonych do stopnia „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanem za wyjątkiem zespołu maszynowego, który może spełniać wymagania do stosowania w wyrobiskach niezagrażonych wybuchem metanu, stanowiących wyrobiska ze stopniem „a” niebezpieczeństwa wybuchu metanu”.

Zdaniem Izby, potwierdzenie przedmiotowego wymogu w załączniku nr 2a do SIWZ, dołączonym do oferty (str. 104) nie pozostaje w sprzeczności ze wskazywanym przez Odwołującego, w treści Instrukcji, zapisem, iż zaoferowane urządzenia „są przeznaczone do schładzania wody w systemach klimatyzacji budynków oraz w procesach przemysłowych.” Nie można zgodzić się bowiem z Odwołującym, że ze wskazanej informacji jednoznacznie wynika możliwość zastosowania agregatu jedynie w instalacjach powierzchniowych. Zauważyć bowiem należy, iż producent wskazał ma możliwość wykorzystania agregatu do schładzania wody w procesach przemysłowych. Producent dopuszcza więc możliwość zastosowania agregatu we wszelkich procesach przemysłowych, nie czyniąc żadnego ograniczenia, co oznacza, iż wykorzystanie agregatu jest możliwe w procesach chemicznych, niezależnie od tego gdzie zachodzą rzeczzone procesy przemysłowe, czy pod ziemią, czy też na powierzchni. Dodatkowo wskazać należy, iż potwierdzenie możliwości stosowania przedmiotowego agregatu w podziemnych wyrobiskach górniczych znalazło również odzwierciedlenie w oświadczeniu Wykonawcy, stanowiącym załącznik nr 2b do SIWZ, dołączonym do oferty (str. 107).

Zaś, argument Odwołującego, iż sporny zapis należy oceniać z dużą ostrożnością, bowiem mamy do czynienia ze szczególnymi warunkami, w których agregat będzie wykorzystywany, tj. zagrożenie wybuchem metanu, nie jest trafny. Jak wskazano bowiem wyżej, agregat znajdzie zastosowanie w wyrobiskach zaliczonych do stopnia „a” niebezpieczeństwa wybuchu i klasy „A” niebezpieczeństwa wybuchu pyłu węglowego, co oznacza zgodnie z § 12 ust. 1 pkt 1 oraz § 25 ust. 2 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 czerwca 2002 r. w sprawie zagrożeń naturalnych w zakładach górniczych (Dz. U. z 2002 r., Nr 94, poz. 841 ze zm.), iż wyrobiska te należą do kategorii wyrobisk niezagrażonych wybuchem metanu i w których występuje pył węglowy zabezpieczony w sposób naturalny.

Analizując kolejny wymóg Zamawiającego dotyczący silnika napędowego, wskazać należy, iż Zamawiający uczynił zastrzeżenie, że silnik ten ma posiadać możliwość zasilania 6000 V lub 1000 V. Jednocześnie w piśmie z dnia 2 czerwca 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że „istnieje możliwość zastosowania silnika napędowego o napięciu znamionowym innym niż 6000 V lub 1000 V, pod warunkiem zapewnienia

dostarczenia w cenie oferty transformatora zasilanego napięciem 6000 V lub 1000 V, który będzie współpracować z dostarczonym silnikiem napędowym (odpowiedź na pytanie nr 5).

Przechodząc zatem do oceny kwestionowanej oferty, w aspekcie potwierdzenia spełnienia wymogów Zamawiającego, odnoszących się do silnika napędowego, wskazać należy, iż bezspornym między stronami jest, że zarówno z załącznika nr 2a do SIWZ (str. 104 oferty), jak i ze schematu ideowego zasilania agregatu chłodniczego (str. 146 oferty) wynika, iż zaoferowany silnik spełnia oczekiwania Zamawiającego.

Jednakże zdaniem Odwołującego informacje wynikające ze wskazanych dokumentów pozostają w sprzeczności z tymi, które zawarte są w Instrukcji instalacji, obsługi i serwisowania urządzenia (str. 121 oferty). W ocenie Izby, prezentowane stanowisko nie znajduje uzasadnienia. Zapis: 400-3-50 dotyczący zasilania nominalnego, jak zgodnie twierdzą strony wskazuje, iż oferowany jest silnik o napięciu znamionowym 400 V. W tych okolicznościach stwierdzić należy, że sporny parametr nie pozostaje w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego, jak i ze wskazanymi dokumentami, dołączonymi do oferty i dotyczącymi tego przedmiotu. Po pierwsze zauważyć należy, iż Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania silnika o napięciu znamionowym innym niż 6000 V lub 1000 V (odpowiedź na pytanie nr 5 w piśmie z dnia 2 czerwca 2010 r.). Jednocześnie Zamawiający nie dokonał w tym zakresie zmiany załącznika nr 2a. Po drugie, Zamawiający dopuszczając taką możliwość i wskazując na konieczność dostarczenia w takiej sytuacji transformatora, nie zobowiązał wykonawców do wykazania go w jakimkolwiek dokumencie. Powyższe znajduje jednoznaczne potwierdzenie w treści SIWZ, gdzie Zamawiający postanowił, iż zakres robót składających się na przygotowanie stanowiska w komorze zespołów maszynowych do zabudowy agregatu o mocy 1 MW oraz zabudowę agregatu wraz z wszystkimi podłączeniami mechanicznymi i elektrycznymi do istniejącej instalacji w komorze zespołów maszynowych w chodniku dojściowym 2-E1 w pokł. 703/1 obejmuje robociznę, pracę sprzętu i materiały (w tym niezbędne rurociągi, armaturę, urządzenia pomocnicze, kable, przewody, itp.) w komorze zespołów maszynowych (pkt VII ppkt 1 lit. a załącznika nr 1 do SIWZ). Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, iż pod pojęciem „urządzenia pomocnicze” rozumie wszystkie urządzenia dodatkowe (nie ujęte w załączniku nr 1 i 2a do SIWZ), które zgodnie z rozwiązaniami technicznymi Wykonawcy będą niezbędne do realizacji zadań określonych w załączniku nr 2a do SIWZ, punkty od 5 do 7 (odpowiedź na pytanie nr 5d w piśmie z dnia 31 maja 2010 r.).

Konkludując, skoro w spornej ofercie zaoferowano silnik o napięciu znamionowym innym niż 6000 V lub 1000 V, jednakże jak wskazano wyżej, dopuszczalnym, to z powyższym związany jest co prawda obowiązek dostarczenia transformatora zasilanego napięciem 6000 V lub 1000 V, jednakże fakt jego zaoferowania nie musi wynikać z treści Instrukcji. Zgodnie bowiem z cytowanymi postanowieniami SIWZ, ani w załączniku nr 1 ani w

załączniku nr 2a do SIWZ nie określono wymagań dotyczących urządzeń pomocniczych, tj. m.in. transformatorów, co powoduje, iż Instrukcja obsługi nie musi zawierać informacji dotyczących transformatorów. Przedmiotowe rozwiązanie jest jak najbardziej uzasadnione, nie sposób sobie bowiem wyobrazić, żeby z Instrukcji wynikały wszelkie możliwości dostosowania silnika do potrzeb kontrahentów.

W tej sytuacji stwierdzenie, iż zaoferowano silnik o dopuszczalnym napięciu znamionowym jest wystarczające, w świetle postanowień SIWZ, dla potwierdzenia wymaganych przez Zamawiającego parametrów. Z tych względów twierdzenia Odwołującego w analizowanym zakresie należy uznać za chybione. Podobnie jak stanowisko, iż napięcie 400 V jest niedozwolone w instalacjach pod ziemią. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał istnienia ograniczeń w tym względzie. Odwoływanie się do bliżej nieokreślonych norm Prawa geologicznego i górniczego jest niewystarczające dla uznania trafności formułowanego twierdzenia.

Stanowisko Odwołującego, iż zaoferowany agregat nie jest przystosowany do maksymalnych ciśnień w obiegach wody nie znajduje uzasadnienia. Skoro bowiem Zamawiający nie określił wysokości maksymalnych ciśnień i nie postawił w tym względzie wymogu dla agregatu, to stwierdzenie jakiegokolwiek sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ nie jest możliwe. Nie do przyjęcia jest stanowisko Odwołującego, który określa wymogi dotyczące zamawianego agregatu na podstawie wiedzy uzyskanej podczas realizacji I etapu budowy klimatyzacji. Oznaczałoby to bowiem, iż parametry urządzenia, które ma być przedmiotem dostawy, znane są tylko Odwołującemu.

W analogiczny sposób należy ocenić zarzut Odwołującego, iż zaoferowany agregat nie jest przystosowany do współpracy z istniejącymi chłodnicami powietrza.

Odnosnie twierdzenia Odwołującego, iż zaoferowany agregat nie jest przystosowany do współpracy z wodą kopalnianą używaną w obiegach chłodniczych parownika i skraplacza stwierdzić należy, iż Zamawiający nie formułował w tym względzie żadnych wymogów. Zamawiający podał jedynie analizę chemiczną wody używanej we wskazanych obiegach (odpowiedź na pytanie nr 8 w piśmie z dnia 2 czerwca 2010 r.). Z powyższego jednakże nie wynika, iż płyn dla wymiennika ciepła, stosowany w agregacie, ma mieć taki sam skład chemiczny jak woda kopalniana. Wskazywane więc przez Odwołującego różnice pomiędzy treścią oferty (str. 128) a informacją Zamawiającego nie mogą mieć żadnego znaczenia. Tym bardziej, iż sam producent wskazał we wspomnianej Instrukcji, iż tak określony skład chemiczny stanowi jedynie zalecenie, a w przypadku zastosowania płynów innych niż zalecane, należy się upewnić, że nie są one traktowane jako gaz oraz że należą do klasy 2 w rozumieniu dyrektywy 97/23/WE.

Odwołujący nie wykazał również, iż skład chemiczny płynu nieodpowiadający składowi chemicznemu wody kopalnianej uniemożliwia udzielenie 24-miesięcznej gwarancji na dostarczone maszyny i urządzenia.

W przedmiocie zarzutu, iż wybrany Wykonawca nie mógł zadeklarować, iż urządzenia sterujące muszą współpracować ze sterowaniem maszyny klimatyzacyjnej GMC-1000 (załącznik nr 2a do SIWZ, l.p. 6.2), bowiem nie wystąpił do Odwołującego o przekazanie informacji na temat możliwości komunikacji nowego sterowania z istniejącym oraz możliwości wprowadzenia zmian w oprogramowaniu sterowników maszyny GMC-1000, stwierdzić należy, iż z treści SIWZ taki obowiązek nie wynikał. Oznacza to, że Zamawiający uznał, iż zadeklarowanie spełnienia przedmiotowego wymogu jest możliwe bez konsultacji z Odwołującym. Zamawiający zaoferował bowiem, iż „udostępni projekt sterowania i wizualizacji istniejącego systemu pracy maszyny GMC-1000 wraz z chłodnicami powietrza i chłodnicami wyparnymi (odpowiedź na pytanie nr 7 w piśmie z dnia 2 czerwca 2010 r.). Odwołujący zaś nie wykazał, iż na podstawie rzeczzonego projektu nie jest możliwe zadeklarowanie spełnienia przedmiotowego wymogu.

W tych okolicznościach stwierdzić należy, iż zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia. Za bezprzedmiotowy należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący nie wskazał okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby trafność sformułowanego zarzutu. Za niezrozumiały należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 oraz art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. W istocie brak podstaw do oceny przedmiotowego zarzutu, bowiem Odwołujący nie wskazał na czym polega przekroczenie dyspozycji wskazywanych norm. Brak również podstaw do stwierdzenia naruszenia § 5 ust. 1 pkt 2 powoływanego rozporządzenia, który stauuje dla zamawiającego uprawnienie do określenia katalogu środków, za pomocą których wykonawcy mają możliwość potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Ustawodawca wymieniając jedynie przykładowy katalog środków (katalog otwarty), daje zamawiającemu możliwość ich dobrania w sposób umożliwiający weryfikację spełniania wymogów. Zamawiający wskazując w niniejszym postępowaniu na określone dokumenty nie wykroczył poza dyspozycję przedmiotowej normy.

Przechodząc do zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania, Izba stoi na stanowisku, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Faktem jest, iż do oferty dołączono zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości (z dnia 13 maja 2010 r.), w którym ujawniono, iż Elgór+Hansen Sp. z o.o. posiada zaległości z tytułu podatku dochodowego od osób prawnych za rok 2004, stwierdzone decyzją nr PSUS/PB-RI-PDP/4210-1/09/ZOB/WS/150900, wydaną w dniu 30 grudnia 2009 r. przez Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego w Sosnowcu. Z przedmiotowego zaświadczenia wynika

również, że decyzja ta jest nieostateczna i nie podlega wykonaniu (str. 58 oferty). W reakcji na powyższe, Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum do "udzielenia jednoznacznych wyjaśnień czy i kiedy wykonanie decyzji organu podatkowego zostało wstrzymane oraz wyjaśnienia okoliczności wstrzymania w/w decyzji z uwzględnieniem uprawomocnienia decyzji organu" (pismo z dnia 1 lipca 2010 r.). W odpowiedzi Wykonawca wyjaśnił, że w dniu 18 stycznia 2010 r. Elgór+Hansen Sp. z o.o. wniósł odwołanie od przedmiotowej decyzji do Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach (dołączając do wyjaśnień treść odwołania wraz z dowodem jego nadania i odbioru), które nie zostało do dnia składania wyjaśnień rozpatrzone, decyzji nie został też nadany rygor natychmiastowej wykonalności. Zdaniem Konsorcjum, powyższe powoduje, iż zaskarżona decyzja jest nieostateczna i jako taka nie podlega wykonaniu, na podstawie przepisu art. 239a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r., Nr 8, poz. 60 ze zm.). Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Wykonawca przedłożył opinię prawną, sporządzoną przez radcę prawnego Marcina L. oraz opinię opracowaną przez biegłego rewidenta Piotra K.

Przechodząc do oceny opisanego stanu faktycznego, stwierdzić należy, iż zawarte na stronie 58 oferty zaświadczenie należy do kategorii dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 powoływanego rozporządzenia. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż posiadanie zaległości podatkowych nie jest przesłanką do wykluczenia wykonawcy z postępowania pod warunkiem, że wykonawca uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu i potwierdzi tę okoliczność składając odpowiednie zaświadczenie. W aktualnej sytuacji prawnej decyzja nieostateczna, nakładająca na stronę obowiązek podlegający wykonaniu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, nie podlega wykonaniu, chyba że decyzji nadano rygor natychmiastowej wykonalności (art. 239a Ordynacji podatkowej). Oznacza to, iż zaskarżenie decyzji organu pierwszej instancji powoduje skutek w postaci wstrzymania wykonania decyzji z mocy prawa (*ex lege*) i nie wymaga wydania odrębnego postanowienia. W związku z powyższym przedstawione przez Konsorcjum zaświadczenie, z którego wynika, iż decyzja organu pierwszej instancji jest nieostateczna, w sposób jednoznaczny przesądza o tym, biorąc pod uwagę treść przepisu art. 239a Ordynacji podatkowej, jak i okoliczność, że nie nadano jej rygoru natychmiastowej wykonalności, iż przedmiotowa decyzja nie podlega wykonaniu. Tym samym kwestionowany dokument stanowi poświadczenie tego, że wykazywana zaległość nie jest wymagalna. Jednocześnie nie można pominąć faktu, iż nowelizacja ustawy Ordynacja podatkowa i dodanie z dniem 1 stycznia 2009 r. rozdziału 16a, przy jednoczesnym uchyleniu przepisów art. 224 i n. powoduje, że w obecnym stanie prawnym nie jest możliwe wydanie postanowienia o wstrzymaniu wykonania decyzji. Ustawodawca bowiem przypisał aktualnie

inny skutek czynności zaskarżenia decyzji organu pierwszej instancji, stanowiąc, że w takich okolicznościach przedmiotowa decyzja nie podlega wykonaniu, podczas gdy przed wskazaną nowelizacją zasadą było, iż wniesienie odwołania od decyzji organu podatkowego nie wstrzymuje jej wykonania, jednakże organ podatkowy wstrzymywał, z urzędu lub na wniosek strony, w drodze postanowienia, wykonanie decyzji w całości lub w części, w przypadku uzasadnionym ważnym interesem strony lub interesem publicznym. Powyższe obrazuje, iż w obecnym stanie prawnym nie jest możliwe uzyskanie wstrzymania wykonania decyzji właściwego organu, co powoduje, że wykonawca nie ma możliwości wykonania dyspozycji normy zawartej w § 2 ust. 1 pkt 3 powoływanego rozporządzenia. Stąd też, za prawidłowe należy uznać zaświadczenie, które stanowi na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów prawa podatkowego, niejako „odpowiednik” zaświadczenia, z którego wynika, że wykonawca uzyskał wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Takim odpowiednikiem zaś będzie, jak wskazano wyżej, zaświadczenie o nieostateczności decyzji, które potwierdza okoliczność wymaganą przez ustawodawcę w § 2 ust. 1 pkt 3 powoływanego rozporządzenia, tj. niewymagalność zaległości.

Z tych powodów zarzut naruszenia § 2 ust. 1 pkt 3 powoływanego rozporządzenia należy uznać za chybiony, a konsekwencji również zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zaś, zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ustawy Pzp należy uznać za bezprzedmiotowy wobec niewskazania okoliczności uzasadniających, iż Konsorcjum nie posiada wymaganej wiedzy i doświadczenia oraz że nie było podstaw do wezwania Konsorcjum do wyjaśnień. Bezpodstawność wskazanych zarzutów czyni nieuzasadnionym zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 186 ust. 6 lit. a ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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) zaliczając do kosztów postępowania wpis oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł, na podstawie przedłożonej do akt sprawy faktury VAT.

Przewodniczący:

.....

