

Sygn. akt: KIO 937/12

**WYROK**  
z dnia 21 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:   Andrzej Niwicki**

**Protokolant:       Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MOTA – ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie, 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8W (lider konsorcjum)**, **MOTA – ENGIL ENGENHARIA e CONSTRUCAO S.A. z siedzibą w Portugalii, Casa da Calcada, Largodo Pacono 6–Copelos ,4600–032 Amarante, Portugalia**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ogólnokształcącą Szkołę Muzyczną I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu, 50-220 Wrocław, ul. Łowiecka 13/17, w imieniu którego działa Inwestor Zastępczy: Wrocławskie Biuro Inwestorskie Wrocławskiego Oddziału PZITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MOTA – ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie, 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8W (lider konsorcjum)**, **MOTA – ENGIL ENGENHARIA e CONSTRUCAO S.A. z siedzibą w Portugalii, Casa da Calcada, Largodo Pacono 6–Copelos, 4600–032 Amarante, Portugalia** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MOTA – ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie, 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8W (lider konsorcjum)**, **MOTA – ENGIL ENGENHARIA e CONSTRUCAO S.A. z siedzibą w Portugalii, Casa da Calcada, Largodo Pacono 6–Copelos ,4600–032 Amarante, Portugalia** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2 zasądza od **MOTA – ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie, 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8W (lider konsorcjum)**, **MOTA – ENGIL ENGENHARIA e**

**CONSTRUCAO S.A. z siedzibą w Portugalii, Casa da Calçada, Largo do Paçono 6–Copelos, 4600–032 Amarante, Portugalia na rzecz Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu kwotę 3999 zł (słownie: trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i zwrotu kosztów dojazdu na posiedzenie Izby.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

## Sygn. akt KIO 937/12

### Uzasadnienie

Wrocławskie Biuro Inwestorskie Wrocławskiego Oddziału PZITB Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, działając w imieniu Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu, zwanej dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia z parkingiem podziemnym oraz zagospodarowaniem terenu przy ul. Piłsudskiego 25 we Wrocławiu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 lipca 2011 r., nr 2011/S 141-233970.

W dniu 7 maja 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MOTA – ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie (lider konsorcjum) i MOTA – ENGIL ENGENHARIA e CONSTRUCAO S.A. z siedzibą w Portugalii, zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2012 r., polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp i bezprawnym unieważnieniu postępowania w trybie ustawy Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez ich zastosowanie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący odniósł się do podstaw odrzucenia oferty wskazanych przez zamawiającego w piśmie z 27.04.2012 r. stwierdził, że:

- 1/ płyta styropianowa Organika wskazana w ofercie w zał. Nr 1 poz. 2 ze współczynnikiem przenikania ciepła 0,04 spełnia parametr wymagany przez zamawiającego określony na poziomie nie mniejszym niż 0,032;
- 2/ oferowana siatka zbrojąca producenta Bolix o rodzaju i typie HD 335/P wg aprobaty technicznej AT-15-2693-2011, której siła zrywająca jest nie mniejsza niż 100 N/mm spełnia parametr podany przez zamawiającego w tabeli jakościowej;
- 3/ w ofercie wskazał klej producenta Bolix o rodzaju i typie „Z” wg aprobaty technicznej jw., którego przyczepność do betonu w stanie powietrzno-suchym jest nie mniejsza niż 0,3 MPa,

co oznacza że podano nazwę producenta oraz rodzaj i typ dla kleju (zaprawy klejącej) spełniając warunek zamawiającego;

4/ wymagane przez zamawiającego parametry wełny mineralnej nie są możliwe do spełnienia z powodu fizykochemicznych własności materiałów, z tego powodu przyjęto wełnę, która spełnia wymagania zamawiającego pod względem współczynnika pochłaniania dźwięku, czym spełniono wymóg stawiany przez zamawiającego;

5/ papa wskazana w ofercie w zał. 1 poz. 4 - PYE PV 200 producenta Bauder o rodzaju „bitumiczna” (w skrócie Bit) spełnia wymagania zamawiającego.

Na potwierdzenie powyższego odwołujący przedłożył karty specyfikacji w/w produktów.

Wskazując na powyższe odwołujący stwierdził, że jego oferta nie podlega odrzuceniu i w konsekwencji zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego stwierdził, że nie odpowiada ona treści siwz w poz. 2, 3 i 4 tabeli jakościowej. Wskazał, jak niżej:

#### Poz. 2 ocieplenie ścian zewnętrznych.

Dla płyty styropianowej – współczynnik przenikania ciepła nie mniejszy niż 0,032.

W ofercie podano – producent Bolix S.A., rodzaj i typ materiału Termoorganika System Bolix., systemu Termoorganika nie występuje system Bolix podany w ofercie jako wskazanie typu materiału. Termoorganika posiada kilka typów systemów, ale tylko dwa z nich – Platinum fasada i Platinum plus fasada spełniają wymagane parametry. Nie wskazanie konkretnego typu może prowadzić do zmiany typu materiału i wbudowanie materiału o niższych parametrach granicznych lub zmiany elementu cenotwórczego. Wskazał na s. 9 wyroku KIO 117/12. Dodatkowo wskazał, że płyty styropianowe standard Termoorganika – Bolix mają współczynnik przenikania ciepła 0,040. Stwierdził, że nie kwestionuje parametru przenikania ciepła w płycie styropianowej zaoferowanej przez odwołującego, jakkolwiek wymóg „nie mniejszy niż” został w siwz sformułowany omyłkowo.

Dla siatki – siła zrywająca w N/mm w kierunku osnowy nie mniejsza niż 40 i w kierunku wątku nie mniejsza niż 50.

W ofercie podano- producent Bolix S.A., rodzaj i typ materiału: siatka pancerna z włókna szklanego. Zamawiający stwierdzając, że w katalogu systemu Bolix kilka siatek spełnia wymogi, natomiast nie wskazanie konkretnego typu może prowadzić do zmiany materiału z argumentacją jw., zamawiający nie może zatem stwierdzić jaki materiał będzie użyty, jakiego rodzaju i typu.

Dla tej pozycji stwierdził także brak informacji dotyczących zaprawy tynkarskiej (producent, rodzaj typ).

Poz. 3 tabeli jakościowej – Izolacja akustyczna ścian pomiędzy salami ćwiczeń z wełny mineralnej /.../

W ofercie podano: producent Isover, rodzaj i typ materiału; wełna mineralna Polterm UNI. Zamawiający stwierdził na podstawie karty katalogowej, iż gęstość dla wskazanej wełny tj. 40 kg/m<sup>3</sup> nie spełnia warunku „nie gorszego niż 60-80 kg/m<sup>3</sup>, dopuszczalna temperatura robocza dla tej wełny tj. 250 C nie spełnia warunku „nie gorszego niż 600 C, wskaźnik pochłaniania dźwięku dla tej wełny wynosi 0,7 czyli nie spełnia warunku „nie mniejszy niż 0,90”. Oznacza to w ocenie zamawiającego, że wskazana w ofercie wełna mineralna nie spełnia niektórych parametrów granicznych.

Poz. 4 tabeli jakościowej – Izolacja przeciwwodna dachów i stropodachów /.../

W ofercie podano: Producent Bauder Polska S.A., rodzaj i typ materiału – papa Bauder Bit PYE PV 200.

Zamawiający stwierdził, że zadeklarowanej papy w zestawie wyrobów firmy Bauder nie ma natomiast istniejące Bauder Bit PYE PV 200 DD lub Bauder Bit PYE PV 200 S5 przenoszą siłę zrywającą mniejszą lub równą 800 N/5cm i nie spełniają wymagań zamawiającego.

Wnosząc o oddalenie odwołania Zamawiający podtrzymał stanowisko zawarte w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego i stwierdził, że wystąpiły zbieżne okoliczności odrzucenia oferty wskazane w wyroku KIO 117/12, które dotyczyły niniejszego postępowania.

Stwierdził, że na podstawie podanych nazw producenta, rodzaju i typu materiału-urządzenia dokonał weryfikacji tego materiału ze specyfikacją techniczną jaką jest stosowna aprobatą techniczną lub karty techniczne produktów. Stwierdził, że podane rodzaje i typy materiałów podanego producenta nie spełniają wymogów. Podane nazwy są niepełne lub błędnie podane, co uniemożliwia sprawdzenie faktycznych parametrów materiałów przewidzianych do zastosowania.

Zamawiający zakwestionował także interes odwołującego w zakresie możliwości uzyskania zamówienia. Wskazał, że pismem z 23.03.2012 r. postępowanie unieważnił na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, a czynność ta po uwzględnieniu zarzutów odwołania wniesionego przez odwołującego została unieważniona i zamawiający powtórzył badanie ofert. W wyniku powtórnej oceny ofert zamawiający uznał, że oferta konsorcjum Mota oraz oferta Inter System podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a pozostali wykonawcy podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. Wskazał także, że decyzji o unieważnieniu postępowania zawarł informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz o możliwości zwiększenia tej kwoty tylko do ceny oferty z najniższą ceną. Oferta odwołującego nie jest oferta z najniższą ceną, nie ma on więc interesu prawnego, by wnieść odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron oraz uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty odwołującego zawarte w dokumentacji sprawy o sygn. KIO 117/12 zważyła, co następuje.

Izba stwierdza, że Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

Ewentualne stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego naruszenia przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego także w sytuacji, gdyby cena oferty odwołującego przekraczała możliwości finansowe zamawiającego.

W rozpatrywanej sprawie zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp uznawszy, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zaoferowanych materiałów o wymaganych parametrach i z informacjami żądanymi w tabelach jakościowych przedstawionych w załączniku nr 1 do siwz – formularz oferty w części końcowej.

Skład orzekający dokonał analizy treści oferty odwołującego w kontekście powołanych wyżej postanowień siwz przedstawionych zarówno przez zamawiającego, jak i odwołującego.

Jak wynika z ustaleń dokonanych przez Izbę przedmiotem sporu jest treść oferty w zakresie materiałów przewidzianych do zastosowania przy realizacji przedmiotu zamówienia wskazanych w następujących pozycjach tabel jakościowych: 2 (siatka i zaprawa tynkarska), 3 (wełna mineralna służąca izolacji akustycznej ścian pomiędzy salami ćwiczeń) i 4 (izolacja przeciwwodna – warstwa wierzchnia).

W ofercie odwołujący wskazał siatkę pancerną z włókna szklanego i podał producenta Bolix S.A. deklarując spełnienie przez ten materiał minimalnych wymogów siły zrywającej. Jak stwierdził zamawiający w katalogu systemu Bolix kilka typów siatek spełnia wymogi, jednakże nie jest on w stanie stwierdzić, który konkretnie zaoferował wykonawca. W ocenie składu orzekającego opis typu materiału jako siatka pancerna i nie kwestionowanie przez zamawiającego możliwości spełnienia wymogu parametrów granicznych przez ten produkt nie może być uznany jako niezgodność z treścią siwz. Również w zakresie zaoferowanej papy Bauder Bit PYE PV 200 należy uznać za odpowiadające wymogom siwz. Na tę okoliczność Izba uznała za wiarygodny dowód przedstawiony przez odwołującego w postaci karty produktu o symbolu jak w ofercie z dodanym oznaczeniem DD, z którego wynika, że papa ta spełnia wymagane parametry minimalnej siły zrywającej wzdłuż i w poprzek.

Natomiast Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż odwołujący się wykonawca nie przedstawił w ofercie informacji o producencie, rodzaju i typu materiału przewidzianego jako zaprawa tynkarska, a fakt iż pozostałe materiały opisane w tej pozycji wskazują na jednego producenta tj. Bolix S.A. poprzez trzykrotne określenie go odrębnie dla kleju, płyt

styropianowych i siatki, nie pozwala do domniemywanie, iż również odnosi się to do zaprawy tynkarskiej. W tym zatem zakresie treść oferty nie odpowiada wymogom siwz.

Ponadto w ocenie Izby zaoferowana wełna mineralna nie spełnia warunku siwz w parametrze gęstości i dopuszczalnej temperatury roboczej. Przyjmując, że parametr izolacyjności akustycznej przy płycie z wełny o określonej grubości zostaje spełniony, strony zgodnie potwierdziły, że dwa parametry są niezgodne z wymogami siwz. Skład orzekający nie neguje tezy, że parametr izolacyjności akustycznej jest dla tego materiału najistotniejszy, jednakże stwierdzenie, że pozostałe „mniej istotne” nie są spełnione, stanowi podstawę faktyczną do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią siwz.

W tym stanie rzeczy, wobec stwierdzenia braku przedstawienia w ofercie wymaganych treścią siwz informacji o producencie, rodzaju i typu materiału w odniesieniu do zaprawy tynkarskiej oraz niespełnienia przez oferowaną wełnę mineralną parametrów wymaganych w tabelach jakościowych, czynność odrzucenia oferty odwołującego nie naruszyła przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 siwz, a w konsekwencji brak jest podstaw do czynienia zamawiającemu zarzutów naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W świetle powyższego oddalono odwołanie, o czym orzeczono na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. stosownie do wyniku.

**Przewodniczący:** .....