

Sygn. akt: KIO/1613/10

**WYROK**  
**z dnia 16 sierpnia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 30 lipca 2010 r. przez **AKWEDUKT Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Sandomierska 105, 25-324 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Inżynierii Miejskiej Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, ul. Kolejowa 4, 43-190 Mikołów**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **AKWEDUKT Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Sandomierska 105, 25-324 Kielce** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **AKWEDUKT Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Sandomierska 105, 25-324 Kielce** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **1 417 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc czterysta siedemnaście złotych zero groszy) przez **AKWEDUKT Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Sandomierska 105, 25-324 Kielce** na rzecz **Zakładu Inżynierii Miejskiej Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, ul. Kolejowa 4, 43-190 Mikołów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b 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**

Zakład Inżynierii Miejskiej Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Na budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej w ramach przedsięwzięcia „Zapewnienie prawidłowej gospodarki wodno-ściekowej miasta Mikołów” w zakresie obejmującym budowę kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej oraz przebudowę sieci wodociągowej w zlewni sołectwa Bujaków III Paniowy II, wraz z odtworzeniem nawierzchni i uzyskaniem decyzji pozwolenia na użytkowanie dla każdej części (każdego zadania)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 maja 2010 r., nr 2010/S 87-130666.

W dniu 21 lipca 2010 r. (pismem z dnia 20 lipca 2010 r.) Zamawiający poinformował wykonawcę AKWEDUKT Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, zwanego dalej „Odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując iż Odwołujący, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, potwierdził, że przyjęte do wyceny materiały (studnie kanalizacyjne polimerobetonowe) nie odpowiadają wymogom przedstawionym w Specyfikacji technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, która wchodzi w skład SIWZ i w oparciu o którą opisano przedmiot zamówienia. Jednocześnie podkreślając, iż przykładowo oferowane studnie kanalizacyjne polimerobetonowe firmy BETONSTAL Sp. z o.o. posiadają wytrzymałość na ściskanie 80 MPa, a winno być 90 N/mm<sup>2</sup>; minimalna grubość ścianek studni Q 1000 – jest 30 mm, a winno być 40 mm, minimalna grubość studni Q 1200 – jest 40 mm, a winno być 50 mm; brak badań dotyczących wytrzymałości zmęczeniowej.

Pismem z dnia 30 lipca 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ pisma do Prezesa KIO w dniu 30 lipca 2010 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 30 lipca 2010 r.) wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

Jednocześnie wnosząc o:

1. uznanie oferty Odwołującego jako ważnej i nie podlegającej odrzuceniu,
2. dokonanie powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. anulowanie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów Odwołujący wskazał:

- odnośnie braku badań dotyczących wytrzymałości zmęczeniowej, iż badania wytrzymałości zmęczeniowej przeprowadza się dla rur kanalizacyjnych według normy PN-EN 1436-1:2009, a zatem dotyczą polimerobetonu stosowanego do produkcji rur, a nie studni;
- wytrzymałość polimerobetonu jest stale monitorowana i według badań nie osiąga wartości mniejszej niż 100 MPa,
- firma BETONSTAL posiada w swoim programie produkcji wykonanie studzienek polimerobetonowych o grubościach odpowiednio dla DN=1000 mm oraz DN=1200 mm grubości minimum 50 mm.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w „Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – Część A”, zwanej dalej „STWiORB”, pkt II.1.3.4. „Studnie kanalizacyjne z polimerobetonu” wyspecyfikował wymagania dla studni polimerobetonowych, wskazując:

1. właściwości wytrzymałościowe studni polimerobetonowych
  - dla średnicy nominalnej rury studziennej DN, mm (1000) „grubość ścianek, mm 40”,
  - dla średnicy nominalnej rury studziennej DN, mm (1200) „grubość ścianek, mm 50”,
2. parametry fizyko-mechaniczne polimerobetonu, z którego mają być wykonane studnie:
  - „c) wytrzymałość na ściskanie min. - 90 N/mm<sup>2</sup>”,
  - „e) wytrzymałość zmęczeniowa {2xq<sub>a</sub>} min. – 6 N/mm<sup>2</sup>”. (s. 36 STWiORB).

Odwołujący, pismem z dnia 12 lipca 2010 r., odpowiadając na wezwanie Zamawiającego wskazał m.in., że do wyliczenia ceny oferty przyjął „studnie kanalizacyjne polimerobetonowe firmy BETONSTAL Sp. z o.o. – Szczecin”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż na obecnym etapie postępowania kwestionowanie postanowień SIWZ oraz treści wszelkich załączników do SIWZ, w tym STWiORB jest spóźnione. Tak więc wykonawcy sporządzając swoje oferty zobowiązani byli uwzględnić wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte zarówno w SIWZ, „STWiORB część A, STWiORB część B, Dokumentacji Projektowej”, a w przypadku rozbieżności w ustaleniach poszczególnych dokumentów przyjąć ich ważność określoną przez Zamawiającego, tj. „STWiORB część A, STWiORB część B, Dokumentacja Projektowa”. Materiały, które zostaną użyte do realizacji przedmiotowego zamówienia, a które zostały uwzględnione przez wykonawców przy sporządzaniu oferty, powinny być zgodne z wymaganiami określonymi w „STWiORB”, które w odniesieniu do studni polimerobetonowych zostały szczegółowo opisane na stronach 35-36 STWiORB część A.

Odnosząc się do poszczególnych niezgodności stwierdzić należy, iż:

Zamawiający wymagał, aby grubość ścianek studni polimerobetonowych wynosiła odpowiednio dla grubości DN 1000 mm minimum 40 mm, a dla grubości DN 1200 mm minimum 50 mm. Tymczasem Odwołujący zaoferował studnie polimerobetonowe o mniejszej grubości ścianek studni, wskazując iż zaoferowane przez niego są zgodne z wymaganiami polskiej normy PN-EN 14636-2:2009. Okoliczność, iż zaoferowane studnie polimerobetonowe są zgodne z wymaganiami polskiej normy nie oznacza, iż są one zgodne z wymaganiami Zamawiającego, który – jak przyznał na rozprawie – określił wymagania odnośnie studni polimerobetonowych w sposób zgodny z polską normą, ale w stosunku do części wymagań nawet w sposób szerszy niż wynika to z polskiej normy, a czego wykonawcy, w tym także Odwołujący, na wcześniejszym etapie postępowania nie kwestionowali. Tak więc niezgodność w ofercie Odwołującego (odnośnie grubości ścianek studni polimerobetonowych) bezsprzecznie potwierdza treść aprobaty technicznej IBDiM Nr AT/2006-03-1117, dotyczącej prefabrykowanych studzienek kanalizacyjnych BETONSTAL z polimerobetonu, w tabelicy 3 której grubość ścianek „komory studzienki DN x grubość ścianki mm” określono odpowiednio na „1000x30” i „1200x40” (s. 6/18). Oznacza to, iż grubość ścianek zaoferowanych studni jest mniejsza niż wymagana w treści STWiORB część A. Potwierdził to także BETONSTAL Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie - producent zaoferowanych przez Odwołującego studzienek polimerobetonowych, który w piśmie z dnia 23 lipca 2010 r. wskazał, że dopiero „dokonuje wprowadzenia nowej formy odlewniczej do wykonania studzienek DN 1000 (...), a grubość ścianek studzienek DN 1000 wynosić będzie minimum 40 mm”. Oznacza to, iż obecnie studnie o wymaganej przez Zamawiającego grubości ścianek nie są przez niego (BETONSTAL Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie) produkowane, a tym samym Odwołujący nie tylko, że nie zaoferował, ale w oparciu o powyższe nie mógł zaoferować studni polimerobetonowych o grubości ścianek wymaganych przez Zamawiającego.

Odnośnie wymaganych parametrów fizyko-mechanicznych polimerobetonu, określonych na stronie 36 STWiORB część A stwierdzić należy, iż Zamawiający wymagał wytrzymałości na ściskanie „min.-90N/mm<sup>2</sup>”. Natomiast Odwołujący zaoferował studnie polimerobetonowe BETONSTAL, których wytrzymałość na ściskanie jest równa lub większa niż 80 (s. 9/18 aprobaty), a co niewątpliwie nie oznacza, że parametr ten wynosi „min.-90 N/mm<sup>2</sup>”. Wynosić bowiem może zarówno min. 80 N/mm<sup>2</sup>, jak i min. 81 N/mm<sup>2</sup> oraz wszystkie wielkości do 90, jak i powyżej 90 N/mm<sup>2</sup>. Parametr ten nie jest więc jednoznacznie określony w sposób, który pozwoliłby na uznanie, iż produkt zaoferowany przez Odwołującego faktycznie ów wymóg.

Zamawiający - zgodnie z postanowieniami STWiORB część A – wymagał aby wytrzymałość zmęczeniowa polimerobetonu, z którego mają być wykonane studnie wynosiła „min.- 6 N/mm<sup>2</sup>”. Z aprobaty technicznej zaoferowanego przez Odwołującego produktu (studni polimerobetonowych) nie wynika, iż takie badanie zostało przeprowadzone. Tak więc obecne kwestionowanie tego wymogu poprzez wskazanie, iż oferowany produkt spełnia wymagania polskiej normy (PN-EN 14636-2), która nie przewiduje badań dotyczących wytrzymałości zmęczeniowej jest chybione. Zaoferowany produkt miał bowiem nie tylko spełniać wymagania polskiej normy, ale i wyższe postawione przez Zamawiającego w STWiORB część A, czego Odwołujący nie kwestionował. Tak więc zobowiązany był zaoferować produkt taki wymóg spełniający. Polemika z treścią polskiej normy jest więc spóźniona.

Okoliczność, iż wynagrodzenie jest wynagrodzeniem ryczałtowym – jak słusznie podniósł Zamawiający - nie zwalania wykonawcy od wymogu zaoferowania wyrobów zgodnych z wymaganiami Zamawiającego określonymi w STWiORB, stanowiącej załącznik do SIWZ. Tym samym stwierdzić należy, iż istotnie oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumenty (wyciąg z polskiej normy PN-EN 14636-1 i europejskiej normy EN 14636-2, rysunek studzienki kontrolnej oraz aprobatę techniczną IBDiM Nr AT/2006-03-1117) przedłożone przez Odwołującego, jak i Zamawiającego, uznając je za stanowiska Stron.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 1.417,00 zł, stosownie do spisu kosztów złożonych do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....