sygn. akt: **KIO 3685/23**

WYROK

z dnia 20 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu, ul. Straży Ludowej 35; 60-465 Poznań, HEATCO sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Gliwicka 228; 40-860 Katowice**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Wojskowy Zarząd Infrastruktury, ul. Kościuszki 92/98; 61-716 Poznań,**

przy udziale wykonawcy **STRABAG sp. z o.o., ul. Parzniewska 10; 05-800 Pruszków**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu, HEATCO sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu, HEATCO sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,** tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu, HEATCO sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa - Wojskowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Poznaniu** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie**.**

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 3685/23**

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Wojskowy Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Poznaniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Zad. 55210 „Przebudowa sieci wodno-kanalizacyjnej oraz deszczowej i centralnego ogrzewania" na terenie kompleksu wojskowego K-2783".*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. pod nr 2023/S 145-463804.

Dnia 27 listopada 2023 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 7 grudnia 2023 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: WUPRINŻ S.A. z siedzibą w Poznaniu, HEATCO sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej „*Odwołujący*") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia polegającymi na:

- zastosowaniu rury typu Calpex klasa 10 bar produkcji Brugg dla sieci C.W.U i C. O., która nie spełnia wymogów określonych przez zamawiającego w Projekcie technicznym, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (dalej jako „STWiOR") oraz z wyjaśnieniach treści SWZ, gdyż jest ona wykonana z bezfreonowej pianki PUR spienionej 100% CO2, podczas gdy zamawiający wymagał zespolonych elastycznych rur preizolowanych typu PE-Xa, które wykonane są z półelastycznej pianki PUR spienionej cyklopentanem o współczynniku przewodności cieplnej λ50≤0,022 W/m*K potwierdzonej badaniami wykonanymi w niezależnym laboratorium;
- zastosowaniu rury typu Calpex klasa 10 bar produkcji Brugg dla sieci C.W.U. i C.O., która nie spełnia wymogów określonych przez zamawiającego w Projekcie technicznym, STWiOR oraz z wyjaśnieniach treści SWZ, gdyż jej współczynnik przewodzenia ciepła wynosi ≤ 0.0234 W/mK, podczas gdy zamawiający wymagał, aby rury

posiadały współczynnik przewodności cieplnej λ50≤0,022 W/m*K;

- zastosowaniu rury typu Calpex klasa 10 bar produkcji Brugg dla sieci C.O. w zakresie średnic⌀40÷⌀140mm, która nie spełnia wymogów określonych przez zamawiającego
w Projekcie technicznym, STWiOR, gdyż ww. rury produkowane są wyłącznie
w średnicach ⌀20÷⌀63mm, co oznacza, że rury Calpex 10 barowe nie są produkowane w pełnym zakresie średnic rur giętkich wymaganym w dokumentacji technicznej;
- zastosowaniu rury typu Calpex klasa 10 bar produkcji Brugg dla sieci C.W.U.
w zakresie średnic ⌀20÷⌀75mm, która nie spełnia wymogów określonych przez zamawiającego w Projekcie technicznym, STWiOR, gdyż ww. rury produkowane są wyłącznie w średnicach ⌀20÷⌀63mm, co oznacza, że rury Calpex 10 barowe nie są produkowane w pełnym zakresie średnic rur giętkich wymaganym w dokumentacji technicznej;

ewentualnie:

2.zastosowaniu rury typu Calpex klasa 6 bar produkcji Brugg, która nie spełnia wymogów żywotności 30 lat dla ciśnień roboczych przy maksymalnej temperaturze pracy z uwagi na fakt, że zgodnie z wymogami zamawiającego rury pracować będą przy ciągłej temperaturze pracy 80 st. C przy ciśnieniu roboczym 10 bar, a w przypadku tej rury żywotność przy ww. wymaganiach zgodnie z informacjami znajdującymi się w tabeli na str. 4 katalogu projektowego, jest krótsza niż 30 lat.

3.Ponadto odwołujący, działając z najwyższej ostrożności, podniósł zarzut ewentualny
i zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu wezwania STRABAG do wyjaśnienia treści oferty, pomimo co najmniej istotnych wątpliwości co do jej zgodności z warunkami zamówienia jakie powinien powziąć zamawiający, co szczegółowo opisano w uzasadnieniu odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie odrzucenia oferty STRABAG z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia,

3)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania, a także dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia udostępnionej lzbie przez zamawiającego,

4)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie faktur i rachunków.

ewentualnie:

5)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie zamawiającemu wezwania STRABAG do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty z uwagi na występujące wątpliwości w zakresie prawidłowości zaproponowanych rozwiązań zgodnie z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp odwołujący może ponieść szkodę, poprzez nieuzyskanie zamówienia. W ten sposób odwołujący nie uzyska korzyści płynących z realizacji zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia wyraża się w tym, że dokonanie czynności związanych z usunięciem naruszeń ujawnionych w trakcie postępowania warunkują nie tylko prawidłowość w zakresie stosowania przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, ale przede wszystkim dają odwołującemu realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podniósł, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z zapisami projektu technicznego tom 6/8 „Sieci i przyłącza ciepłownicze” oraz Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Sieci i przyłącza sanitarne. S 07 - MONTAŻ SIECI I PRZYŁĄCZY CIEPLNYCH pkt. 2 Materi ppkt. 2.3 System preizolowany, stanowiącej załącznik do dokumentacji projektowej, zamawiający określił parametry i wymagania do zaprojektowanych materiałów preizolowanych. Ponadto w dniu 21.08.2023 r. zamawiający zgodnie z art. 135 ustawy Pzp., udzielił odpowiedzi na pytania, które wpłynęły od wykonawców, biorących udział w postępowaniu, które dotyczyło wymogu rur stosowanych
w trakcie realizacji zamówienia (odpowiedź na pytanie nr 24).

Z dokumentacji udostępnionej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
tj. w Projekcie technicznym – tom 6/8. Sieci i przyłącza cieplne oraz Przedmiarze dla branży: SANITARNA - SIECI PRZYŁĄCZA CIEPLNE, zamawiający przedstawił zakres średnic zaprojektowanej sieci i określił ich parametry.

Z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych 11 września 2023 r. przez STRABAG wynika, że firma Max-Rem odpowiedzialna za wykonanie robót związanych z c.o. i wykonaniem robót sieci centralnego ogrzewania i ciepłej wody zastosuje rury Calpex produkcji Brugg. Fakt ten wynika bezpośrednio z dowodu nr 11 str. 75 – oferta firmy MAX-REM,

załączonych do ww. wyjaśnień.

Odwołujący wskazał na następujące niezgodność zaproponowanego rozwiązania w oparciu o katalog projektowy dla systemu Calpex dla rur Calpex produkcji Brugg:

1.Nieprawidłowość spienienia oraz współczynnika przewodności cieplnej.

Z katalogu projektowego umieszczonego na stronie producenta, który dotyczy zaoferowanych przez STRABAG rur jasno wynika, że rura „CALPEX® klasa 10 bar: bezfreonowa pianka PUR spieniona 100 % CO2", o współczynniku przewodzenia ciepła ≤ 0,0234 W/mK (katalog str. 3, screen z katalogu poniżej), co jest niezgodne z warunkami zamówienia.

W związku z powyższym opisem zawartym w katalogu projektowym, oferowane przez STRABAG rury CALPEX do wykonania sieci nie spełnią wymagań zamawiającego, gdyż spieniane są one za pomocą CO2, a nie cyklopentanem, a ich współczynnik przewodzenia ciepła jest wyższy niż wymagany, gdyż wynosi on λ50≤0,0234 W/m*K, a powinien wynosić λ50≤0,022 W/m*K.

2.Nieprawidłowość zakresu średnic dla rur C.O.:

Z katalogu projektowego producenta Caplex rury 10 barowe produkowane są w średnicach ⌀20÷⌀63mm; (katalog str. 6). Wynika z tego, że rury Calpex 10 barowe nie są produkowane w pełnym zakresie średnic rur giętkich wymaganych w postępowaniu, a więc zaoferowane rozwiązanie nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego, gdyż nie zapewnia wszystkich rur o odpowiednich średnicach, które wymagane są dokumentacją projektową.

3.Niezgodność w zakresie żywotności.

Odwołujący zauważa, że według katalogu producenta systemu rur preizolowanych firmy Brugg, rury Calpex 10 barowe, spełniające parametr temperatury pracy 80 st. C przy ciśnieniu roboczym 10 bar i żywotności co najmniej 30 lat, ale nie są produkowane w zakresie średnic wskazanym w dokumentacji projektowej oraz nie spełniają wymogu odnośnie spieniania i współczynnika przewodności cieplnej. Natomiast w przypadku zastosowania rur Calpex 6 barowych produkcji firmy Brugg, na podstawie katalogu ze strony producenta, należy stwierdzić, że wymóg żywotności określony przez zamawiającego nie jest spełniony. Na stronie nr 4 katalogu dla systemów Calpex producent przedstawia tabelę żywotności rur PEX. Wynika z niej jednoznacznie, iż rury, które są produkowane w wymaganych w projekcie średnicach, tj. rury Calpex 6 barowe, nie spełnią wymogu utrzymania temperatury pracy 80 st. C i ciśnienia 10 bar dla wymaganej żywotności. Z tabeli katalogu Calpex można odczytać maksymalne dopuszczalne ciśnienie robocze dla poszczególnych temperatur roboczych. Rury Calpex 6 barowe dla wymaganej temperatury pracy (roboczej) 80st.C posiadają żywotność 25 lat przy ciśnieniu roboczym 7,6 bar – a więc dużo niższym niż wymagane 10 bar. Jeśli założymy, że rury Calpex 6 mają pracować przy minimalnym ciśnieniu roboczym 10 bar, to maksymalna temperatura pracy wynosi zaledwie 50 st. C.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że użycie rur Calpex 6 barowych, które produkowane w wymaganych w postępowaniu średnicach nie spełniają wymogu stawianego przez zamawiającego jakim jest temperatura pracy 80 st. C przy ciśnieniu roboczym 10 bar i wymaganej żywotności. Zastosowany 6 barowy system rurowy, o niższych parametrach, zdaniem odwołującego spowodował dodatkowo, że oferta firma Strabag jest tańsza od oferowanej przez odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższą treść odwołania zarzuty należy wobec przedstawionego stanu faktycznego i prawnego uznać za zasadne. Zastosowanie rur systemu Calpex w przypadku realizacji przedmiotowego zamówienia jest niemożliwe, gdyż nie spełniają one wymogów określonych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w

całości stanowisko zamawiającego i przystępującego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „*Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*"), wskazuje, co następuje.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia. Omawiany przepis ma charakter ściśle sankcyjny, dlatego też, aby zamawiający mógł do w pełni zastosować, konieczne jest jednoznaczne, czyli nie budzące wątpliwości stwierdzenie, w jakim zakresie i konkretnie,
w którym miejscu oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia ustalonymi przez zamawiającego w danym postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, w której zamawiający
w dokumentacji postępowania (SWZ wraz z załącznikami) nie nałożył na wykonawców obowiązku wykazania przy użyciu jakich środków i z jakich materiałów wykonawca będzie realizował zamówienie. Zamawiający, ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, żądał jedynie podania w ofercie ceny za realizację zamówienia oraz złożenia wraz z ofertą załącznika nr 1.1. pn. „TABELA WYCENY ELEMENTÓW RYCZAŁTOWYCH".

Powyższe oznacza jednoznacznie, że zamawiający polegał na oświadczeniach wykonawców dotyczących realizacji zamówienia, w zakresie parametrów technicznych inwestycji, zgodnie z założeniami i wytycznymi opisanymi w dokumentacji przetargowej. Tym samym przedmiotem badania oferty wykonawców nie była, bo być nie mogła, kwestia związana z rodzajem i typem materiałów jakie zamierza użyć do wykonania przedmiotu zamówienia wykonawca. Kwestia prawidłowości użytych materiałów miała charakter wtórny,
a ciężar prawidłowości zastosowania odpowiednich materiałów został przeniesiony na etap realizacji umowy.

Odwołujący zarzuty odwołania oparł o informację, jaką w ramach postępowania wyjaśniającego, dotyczącego rażąco niskiej ceny składał przystępujący. Przystępujący
w swoich wyjaśnieniach powołał się bowiem na ofertę otrzymaną od firmy Max-Rem, która to firma w treści swojej oferty wskazała, że określony zakres prac wykona przy użyciu rur CAPLEX producenta Brugg Systemy Rurowe.

Odwołujący powołał się na katalog CAPLEX (ze strony internetowej) wskazując,
iż niemożliwe jest spełnienie (kilku wybranych i wskazanych w odwołaniu) parametrów wymaganych przez zamawiającego przy użyciu produktów firmy Brugg.

Stanowisko odwołującego Izba uznała za całkowicie bezzasadne.

Wskazać bowiem należy, iż odwołujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu potwierdzającego okoliczności, na które się powołuje. Katalog produktów określonej firmy, udostępniany na stronach internetowych stanowi bowiem jedynie prezentację zasobów standardowych, kwalifikowanych jako reklama firmy. Każdy profesjonalny producent ma bowiem możliwości zaoferowania produktów na indywidulane zamówienie, co potwierdza dopisek na złożonym przez odwołującego dowodzie (katalogu), gdzie firma wskazuje, że „*Na zapytanie produkujemy również rury o innych średnicach oraz specjalnych wymaganiach*".

Potwierdzeniem powyższego jest również dowód złożony na rozprawie przez przystępującego (oferta firmy Brugg dotycząca przedmiotowego postępowania), w którym producent wprost wskazuje na możliwość zaoferowania odpowiednich rozwiązań pod specyfikę danego zamówienia.

Jednakże co najważniejsze, oferta przystępującego nie wskazywała na zastosowanie określonego rozwiązania technicznego danej firmy, gdyż informacje, które stanowiły podstawę wniesienia odwołania dotyczyły zupełnie innych okoliczności, a mianowicie dotyczyły realności zaoferowanej przez przystępującego ceny ofertowej. Fakt, że przystępujący do swoich wyjaśnień powołał się na ofertę podmiotu trzeciego, który korzysta z określonych rozwiązań nie przesądza o tym, że takie rozwiązanie zostanie przez wykonawcę użyte do realizacji zamówienia. Celem postępowania wyjaśniającego było bowiem wykazanie prawidłowości wyliczenia ceny ofertowej i tylko ta okoliczność mogła być przedmiotem badania.

Trudno jest zatem przyznać rację odwołującemu, który powołuje się na informacje katalogowe z 2022 roku, pochodzące ze strony internetowej, że oferta przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, tym bardziej, że z treści oferty przystępującego nie sposób wywieść, jakie rozwiązanie ostatecznie będzie wykorzystane do realizacji zamówienia, albowiem takich informacji zamawiający, na etapie składania ofert nie wymagał.

Zdaniem Izby, stanowisko odwołującego stanowi jedynie dowolne, niczym niepoparte twierdzenia, nie znajdujące oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……