

Sygn. akt: KIO 2039/12

**WYROK**  
**z dnia 8 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2012 r. przez wykonawcę **IMBUDIZOL Sp. z o.o.**, 01-006 Warszawa, Nowolipki 23/103 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego**, 00-529 Warszawa, ul. Wspólna 1/3

przy udziale wykonawcy **TERBUD IZOLACJE BUDOWLANE Sp. z o.o., Sp. k.**, 05-800 Pruszków, ul. B. Prusa 45 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **IMBUDIZOL Sp. z o.o.**, 01-006 Warszawa, Nowolipki 23/103 i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **IMBUDIZOL Sp. z o.o.**, 01-006 Warszawa, Nowolipki 23/103 tytułem wpisu od odwołania.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego w Warszawie na *wykonanie izolacji przeciwwilgociowej poziomej i pionowej budynku MNiSW przy ulicy Wspólnej 1/3 II etap (oznaczenie postępowania MNiSW-BDG-WZP-311-5653-8/JG/12)*, wobec czynności odrzucenia oferty wykonawcy IMBUDIZOL Sp. z o.o. z Warszawy, wykonawca ten wniósł w dniu 24 września 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2039/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 24 września 2012 r. O czynności zamawiającego odwołujący poinformowany został faksem w dniu 19 września 2012 r.

Postępowanie ogłoszone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20.07.2012r., poz. 263788 i prowadzone jest według zasad dotyczących postępowań o wartości szacunkowej zamówienia nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wykonawczych do ustawy dla robót budowlanych.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 87 ust. 1 ustawy oraz art. 82 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wystąpienia do odwołującego z żądaniem uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, w związku z wątpliwością zamawiającego co do technologii jaką stosuje odwołujący dla osuszania budynków. Zamawiający co prawda wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, jednak dotyczyło to wykazu robót budowlanych, czyli innych okoliczności i dokumentów, niż te które zdaniem zamawiającego, stały się przyczyną odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie przywrócenia oferty odwołującego do przedmiotowego postępowania, nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Terbud Izolacje Budowlane Sp. z o.o. Sp. k., nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów i żądań odwołujący odniósł się do podstawy odrzucenia jego oferty wskazanej przez zamawiającego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, mającej uzasadnić stwierdzenie wystąpienia niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uznał, iż oferowana przez odwołującego technologia pod nazwą „termoiniekcja do wykonania izolacji

przeciwwilgociowej” nie może być uznana za równoważną metodzie opisanej w specyfikacji. Odwołujący przywołał szereg postanowień specyfikacji, w których zamawiający odnosi się do przedmiotu zamówienia, jako wykonanie izolacji przeciwwilgociowej metodą termoiniekcji (rozdział III pkt. 2 opisu przedmiotu zamówienia, rozdział V pkt 2 warunków udziału w postępowaniu, pkt 4.1.1., 4.1.4, 4.2. i 5 założeń projektowych projektu budowlanego, pkt 1 i 2 kosztorysu ofertowego). Zamawiający stwierdził, że stosując metodę termoiniekcji odwołujący nie osiągnie tego samego efektu, jaki osiągnie się stosując metodę wymaganą przez zamawiającego – czyli metodę termoiniekcji, co w ocenie odwołującego pozbawione jest sensu i logiki. Zamawiający uznał, iż metoda odwołującego nie zapewni skutecznego, równomiernego osuszenia ścian w celu wykonania jednorodnej i trwałej, hydrofobowej, iniekcyjnej izolacji chemicznej – tj. efektu niezbędnego dla budynku, jak również założonego przez projektanta. W odpowiedzi na te zarzuty zamawiającego, odwołujący odwołał się do opisu metody zawartego w świadectwie nr 910/92 wydanym przez Instytut Techniki Budowlanej, załączonym na stronach 65-86 oferty, w którym potwierdza się efekt zachowania ciągłości blokady hydrofobowej (pkt. 5.3.2). Potwierdza to, iż metoda stosowana przez odwołującego zapewnia osiągnięcie efektu oczekiwanego przez zamawiającego i projektanta.

Dalsze zastrzeżenia zamawiającego wynikały z różnic technicznych pomiędzy metodami termoiniekcji stosowanej przez odwołującego, a metodą zamawiającego 389169, dotyczące rozstawu otworów do izolacji poziomej, głębokości i kąta nawiercania otworów, wykonania iniekcji.

W dniu 27.09.2012 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca Terbud Izolacje Budowlane Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Pruszkowie, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej „ustawą”.

W toku posiedzenia Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty wykonawcy Imbudizol Sp. z o.o., a także stanowisk stron i uczestnika postępowania prezentowanych w pismach i na rozprawie Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie izolacji przeciwwilgociowej metodą termoiniekcji zgodnej z patentem RP 389169 (...), polegającej między innymi na „montażu w nawierconych otworach, a następnie po osuszeniu – demontażu urządzeń termon wentylacyjnych zgodnych z opisem patentowym RP nr 184012” oraz „wykonaniu iniekcji ciśnieniowej mikroemulsją silikonową, zgodną z Rekomendacją Techniczną Instytutu Techniki Budowlanej RT ITB – 1192/2010, lub równoważną w osuszonych ścianach” (rozdział III pkt. 2 ppkt 5 i 6 siwz). Zgodnie z rozdziałem III pkt. 8 ppkt 1 siwz Zamawiający przyjął, iż „W stosunku do użytych w opisie przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów, norm czy pochodzenia należy przyjąć, że Zamawiający podał taki opis ze wskazaniem na typ i dopuszcza składanie ofert równoważnych o parametrach techniczno/eksploatacyjno/użytkowych nie gorszych niż podane w opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisanym przez Zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ”. Nazwy własne produktów i materiałów służyć miały ustaleniu pożądanego standardu wykonania i określenia właściwości i wymogów technicznych założonych w dokumentacji technicznej dla projektowania rozwiązań. Zamawiający dopuścił rozwiązania oparte o produkty (wyroby) innych producentów pod warunkiem spełniania tych samych właściwości technicznych (ppkt 2). Wykonawca składając tzw. ofertę równoważną zobowiązany był wyraźnie wskazać w ofercie zastosowane rozwiązanie równoważne przez zamieszczenie informacji w formularzu ofertowym oraz załączyć właściwe dokumenty (tj. dowody zawierające szczegółowy opis oferowanego rozwiązania, dane techniczne, atesty, dopuszczenia do stosowania) potwierdzające, że oferowane przez Wykonawcę roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ (ppkt 3 a) i b) siwz). Zastosowanie rozwiązań równoważnych nie mogło pogarszać standardu produktu, a brak informacji w zakresie

stosowanego rozwiązania, Zamawiający uznawał za zamiar wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ (ppkt 3 lit. c) i d)).

W Projekcie Budowlanym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający w uwagach końcowych (pkt 5) zastrzegł, iż w przypadku zastosowania innej metody wykonywania izolacji niż opisana w Projekcie metoda termo iniekcji – należy przedstawić ekspertyzę techniczną Instytutu Techniki Budowlanej stwierdzającą, iż zaproponowana metoda jest równoważna metodzie termoiniekcji, zaś proponowane materiały posiadają identyczne cechy fizyczne i chemiczne i skuteczność izolacyjną jak materiały przewidziane projektem budowlanym.

Zgodnie z pkt 5 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (STWiOR), środki hydrofobowe stosowane w metodzie termoiniekcji (mikroemulsja silikonowa lub krem hydrofobowy), mają zapewniać skuteczne i trwałe wykonanie, powstrzymujące podciąganie kapilarne wilgoci w murze, przepony hydrofobowej bez jakiegokolwiek blokowania porów lub zwężania ich przekroju. Preparat ten powinien posiadać aktualną Rekomendację Techniczną Instytutu Techniki Budowlanej RT ITB, oraz musi mieć właściwości hydrofobizujące bez żadnych wtórnych reakcji, a w szczególności żadnych reakcji powodujących powstawanie szkodliwych soli (str. 24).

Na pytanie jednego z wykonawców, w którym zwrócono się o uzupełnienie SIWZ poprzez podanie parametrów technicznych materiałów i technologii, będących podstawą do późniejszej weryfikacji przyjętych rozwiązań równoważnych, Zamawiający w piśmie z dnia 02.08.2012 r. postanowił utrzymać zapisy SIWZ bez zmian. Zamawiający wskazał na opis rozwiązania zawarty na stronie 23 STWiOR w pkt 5.4.1 (Izolacje poziome i pionowe), dotyczący sprawdzonej przez Zamawiającego technologii, w której wykonywane były prace w I etapie. Zamawiający uznał, iż nie ma obowiązku precyzowania parametrów dla rozwiązań równoważnych, które miały posiadać parametry techniczno/eksploatacyjno/użytkowe nie gorsze niż podane w opisie przedmiotu zamówienia oraz spełniać te same właściwości techniczne. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów, norm czy pochodzenia miał na celu osiągnięcie wykonania robót budowlanych z zastosowaniem technologii zapewniającej trwałą, skuteczną i wieloletni efekt izolacyjny.

W formularzu oferty Odwołujący, jako rozwiązania równoważne opisanemu w dokumentacji wskazał materiał firmy MAPEI o nazwie MAPESTOP zamiast SILTEN Me, dodatkowo załączając informację o zastosowaniu materiału równoważnego oraz karty katalogowe produktu oferowanego oraz zastąpionego. Odwołujący oferował rozwiązanie równoważne dla metody termoiniekcji opisanej wynalazkiem chronionym patentem o numerze RP 389169, przedkładając świadectwo Instytutu Techniki Budowlanej nr 910/92

ważne do 15 listopada 1997 r. wystawione dla Instytutu Konstrukcji Budowlanych Wydziału Inżynierii Lądowej Politechniki Warszawskiej, a także pismo z Politechniki Warszawskiej, w którym stwierdza się wygaśnięcie z dniem 17 listopada 1997 r. patentu 139 041 na wynalazek „Sposób suszenia i zabezpieczania murów przed ponownym ich zawilgoceniem”. Jednocześnie wskazano w nim, iż każdy podmiot gospodarczy może stosować w/w rozwiązanie bez licencji.

Zamawiający pismem z dnia 17 sierpnia 2012 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień jak oferowana metoda równoważna będzie funkcjonowała w stosunku do wymagań Zamawiającego w zakresie patentu 184012 odnośnie równoważności.

W wyjaśnieniach z dnia 22 sierpnia 2012 r. Odwołujący wskazał, iż nie oferuje innej metody równoważnej i do wykonania prac izolacyjno osuszających zastosuje wymaganą przez zamawiającego metodę termoiniekcji, chronioną do 17 listopada 1997 r. patentem PRL nr 139041. Odwołujący wskazywał, iż obie metody termoiniekcji są niemal identyczne, a patent 184012 dotyczy tylko ochrony na zastosowanie opisanego w zgłoszeniu zestawu do osuszania murów, który może zastosowany w każdej metodzie gdzie producent materiałów izolacyjnych zakłada wstępne osuszenie murów przed ich aplikacją – a więc w metodzie termo iniekcji, termicznej, termo falowej, krystalicznej proxan hydroli, remmers i wielu innych. Wykonawca zamierza stosować oryginalną metodę, z użyciem zestawów do osuszania murów zgodnych z wytycznymi metody termo iniekcji ITB 910/92 zgodnie z pkt 2 „zestaw termo wentylacyjny”, wraz z późniejszymi modyfikacjami usprawniającymi równomierny przepływ strumienia ciepłego powietrza do środka osuszanego muru, prezentując schemat działania.

W informacji o wyniku postępowania Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego wskazał na różnice w metodach, które uniemożliwiały uznanie metody proponowanej przez Odwołującego za równoważną, gdyż nie będzie można osiągnąć tego samego efektu, jaki osiągnie się stosując metodę wymaganą przez Zamawiającego. Oferowana metoda nie zapewni skutecznego, równomiernego osuszenia ścian w celu wykonania jednorodnej i trwałej, hydrofobowej, iniekcyjnej izolacji chemicznej – tj. efektu niezbędnego dla budynku, jak również założonego przez projektanta. Różnice wymienione przez Zamawiającego dotyczyły samej techniki wykonania osuszenia (rozstawów otworów do izolacji poziomej, głębokości i kąta nawiercania otworów, wykonania iniekcji), jak również różnic w sprzęcie (grzałki, wentylatorów, środka iniekcyjnego).

W oparciu o poczynione na podstawie dokumentacji postępowania ustalenia, Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu, chociaż w części podstawy odrzucenia oferty Odwołującego okazały się niezasadne.

Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił, aby oferowany przez niego przedmiot zamówienia w części użytego do wykonania iniekcji ciśnieniowej produktu, był równoważny opisanemu przez Zamawiającego w siwz. Zamawiający w zakresie wymagań co do środka hydrofobowego w pkt 5 – str. 24 STWiOR wskazał na konieczność posiadania aktualnej Rekomendacji Technicznej Instytutu Techniki Budowlanej (RT ITB). Odwołujący zamierzał wykonać prace z użyciem mikroemulsji silikonowej MAPESTOP firmy Mapei, której kartę katalogową załączył do oferty (str. 27-29). W ocenie Izby, brak udowodnienia, iż produkt posiada aktualną rekomendację RT ITB, stanowił przeszkodę w uznaniu rozwiązania za równoważne opisanemu w siwz. Zamawiający wskazał nie tylko efekt jaki należy uzyskać stosując środek hydrofobowy, ale również jego właściwości, których potwierdzenie zawiera się w RT ITB. Izba uznała, iż obowiązkiem Odwołującego mieszczącym się w obowiązku przedłożenia właściwych dokumentów dla rozwiązań równoważnych, było udowodnienie, iż proponowany produkt posiada aktualną RT ITB (na podstawie rozdziału V pkt 8 ppkt 3 lit. b siwz). Ponieważ Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, iż zaproponowany środek iniekcyjny nie legitymuje się żądaną rekomendacją, Odwołujący powinien wykazać najpóźniej przed Izbą, dowód przeciwny temu stwierdzeniu Zamawiającego. Brak aktywności Odwołującego w wykazaniu spełnienia wymagania Zamawiającego doprowadził do stwierdzenia przyznania okoliczności podniesionej przez Zamawiającego. Ponieważ obowiązkiem wykonawcy było udowodnienie, iż oferowany produkt równoważny spełnia wymagania zamawiającego, nie było wystarczającym przedłożeniem samej karty technicznej produktu, ale również konieczne było wykazanie, iż produkt ten posiada aktualną rekomendację techniczną ITB. W ocenie Izby w okolicznościach ustalonych w sprawie nie zachodziła podstawa do wezwania wykonawcy o uzupełnienie dokumentu, który nie był dokumentem żądanym od wykonawców w celu wykazania, iż oferowane roboty budowlane spełniają oczekiwania zamawiającego, tym bardziej, iż Odwołujący w swoim stanowisku prezentowanym ustnie na rozprawie przyznał, nie zaprzeczył prawdziwości twierdzenia o braku stosownej rekomendacji.

W zakresie oferowanej metody termoiniekcji opisanej w świadectwie ITB nr 910/92, Izba w szczególności uznała, iż Zamawiający nie określił pomimo zapytań kierowanych w tym zakresie przez wykonawców, sposobu w jaki zamierza oceniać rozwiązania równoważne, w szczególności przez wskazanie parametrów technicznych. Zamawiający oczekiwał osiągnięcia efektu końcowego, tymczasem w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując na różnice w technologii wykonania termoiniekcji, czy też urządzeniach, jakie miałyby zostać wykorzystane, nie odnosił się do celu, jakim miało być



zapewnienie skutecznego, równomiernego osuszenia ścian. Ponadto przywołane przez odwołującego zapisy z dokumentu przedłożonego w ofercie – świadectwa ITB nr 910/92, pozwalały w części na ustalenie, iż metoda pozwala na wykonanie prac w sposób taki jak oczekiwał Zamawiający. Ponieważ założony efekt został opisany w sposób ogólny, bez odniesienia się do poszczególnych parametrów, nie było możliwe skuteczne podważenie metody Odwołującego, opisanej w wytycznych do świadectwa 910/92. Różnice w sposobie opisu metody wykonania blokady hydrofobowej nie stanowiły dostatecznej podstawy do stwierdzenia, iż nie zostanie osiągnięty efekt niezbędny dla budynku. Ponieważ Zamawiający wymagał przedłożenia dokumentu wystawionego przez podmiot trzeci oczekiwanie, iż będzie on zawierał postanowienia odpowiadające treści specyfikacji było nadmierne. Wątpliwości Zamawiającego powinny być przede wszystkim wyjaśnione z samym zainteresowanym, który sporządził ofertę. Tymczasem Zamawiający samodzielnie nadał zapisom wytycznych znaczenie przesadzające o sposobie wykonania prac, pomimo możliwej do wprowadzenia przez Odwołującego modyfikacji w wykonaniu poszczególnych etapów, mieszczącej się w zapisach wytycznych dla metody opisanej świadectwem ITB 910/92, czy to w zakresie wykonania otworów, samej iniekcji, czy też sprzętu. Brak wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie metody i sprzętu uniemożliwiało Odwołującemu poznanie przyczyn, które stały się podstawą odrzucenia oferty.

Pomimo stwierdzenia, iż w części okoliczności wskazane przez Zamawiającego nie mogły prowadzić do odrzucenia oferty Odwołującego, Izba oddaliła odwołanie, z uwagi na brak udowodnienia przez Odwołującego posiadania przez oferowany środek hydrofobowy – mikroemulsja silikonowa MAPESTOP aktualnej rekomendacji technicznej ITB, co pozwalałoby na jej uznanie za produkt równoważny silikonowej mikroemulsji hydrofobizującej Silten Me.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez Odwołującego (10.000,00 zł) i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....