

**WYROK**

**z dnia 16 grudnia 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Danuta Dziubińska  
**Członkowie:** Emilia Garbala  
Joanna Gawdzik-Zawalska  
**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 grudnia 2022 r. przez wykonawcę „**STEULER-KCH Polska**” sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A.** z siedzibą w Bełchatowie

przy udziale wykonawców:

- A. **GBT Polska sp. z o.o.** z siedzibą w Rogowcu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. **REMA TIP TOP Service sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej z 28 listopada 2022 r. oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty **GBT Polska sp. z o.o.** z siedzibą w Rogowcu jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **GBT Polska sp. z o.o.**, który zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **GBT Polska sp. z o.o.** na rzecz „**STEULER-KCH Polska**” sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Kompleksowe odtworzenie absorberów IOS Bloku 14 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów”, numer referencyjny: POST/GEK/CSS/IZE-ELB/04202/2022. Zamówienie zostało podzielone na części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2022 roku, numer ogłoszenia: 2022/S 137-392996.

28 listopada 2022 roku Zamawiający zaprosił wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej w części I postępowania za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Wykonawca "STEULER-KCH Polska" sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie na powyższą czynność, w którym zarzucił Zamawiającemu, że dopuścił do udziału w aukcji wykonawcę GBT Polska sp. z o.o. z siedzibą w Rogowcu (dalej: GBT) oraz zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo istnienia ku temu przesłanek. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 227 ust. 1, art. 232 ust. 1 oraz 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia w ramach części I postępowania oferty wykonawcy GBT i dopuszczenie go do aukcji elektronicznej pomimo tego, że wykonawca ten przedłożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia w zakresie zaoferowania rozwiązania równoważnego wobec wskazanego w opisie przedmiotu zamówienia materiału Wikabutyl 22 bez wykazania w Formularzu ofertowym, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, a konsekwentnie podjęcie decyzji o przeprowadzeniu aukcji pomimo mniejszej niż wymagana liczby ofert niepodlegających odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej z 28 listopada 2022 roku;
- 2) ponownej czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy GBT jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia;
- 4) unieważnienia czynności aukcji elektronicznej oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, jeżeli nastąpią one po wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu, przedstawiając stan faktyczny sprawy, Odwołujący m.in. wskazał, że wymogi co do przedmiotu zamówienia zasadniczo zostały opisane w treści Załącznika nr 1a do Specyfikacji Warunków Zamówienia („dalej: „SWZ”) - „WYMAGANIA TECHNICZNE część 1 - WYKŁADZINA CHEMOODPORNĄ”, gdzie Zamawiający zamieścił fragment, który zatytułował „UWAGA do punktów 3.1 do 3.5:” o następującej treści: „Jeżeli w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia użyto nazwy producenta urządzeń lub materiałów przewidzianych do zastosowania przy realizacji Zamówienia albo powołano się na normy, wówczas Zamawiający dopuszcza zastosowania równoważnych (tzn. o parametrach nie gorszych niż zostały wskazane w dokumentach przez Zamawiającego) urządzeń innych producentów lub zastosowanie równoważnych norm umożliwiających sprawne i bezpieczne działanie modernizowanych instalacji i urządzeń oraz ich odbiór przez Urząd Dozoru Technicznego. Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne, opisane w OPZ za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne, jest obowiązany wykazać w Formularzu ofertowym, że oferowane przez niego dostawy/usługi/roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w OPZ.” W ramach wskazanego zakresu (tj. od punktów 3. 1. do 3.5 Załącznika nr 1a do SWZ), Zamawiający trzykrotnie posłużył się wskazaniem opisanego przy pomocy znaku towarowego materiału WIKABUTYL 22:

- w treści pkt. 3.1.a) załącznika nr 1a do SWZ: „wymiana wykładziny chemoodpornej powierzchni wewnętrznej absorbera (wraz z belkami) na wykładzinę gumową WIKABUTYL 22 lub równoważną (obecny system: 2 x 4 mm — guma WIKABUTYL 22)”;
- w treści pkt. 3.1.d) załącznika nr 1a do SWZ: „aplikacja twardej gumy na króćce i włazy ok. 120 m2 jednego absorbera (guma WIKABUTYL 22 lub równoważna, spełniająca parametry opisane w parametrach gwarantowanych (zgodnie z Tabelą nr 2)”;
- w treści pkt. 3.3.2.a) załącznika nr 1a do SWZ: „wymiana wykładziny chemoodpornej na wykładzinę gumową - guma BIIR lub równoważna (obecny system: 2 x 4 mm guma WIKABUTYL 22), grubość warstwy: 2 x 4 mm”

Odwołujący podał, że w toku postępowania nie wprowadzono zmian do powyższych postanowień. Zamawiający nie dokonał również jakiegokolwiek modyfikacji ich znaczenia. 19 września 2022 roku upłynął termin składania ofert, a Zamawiający dokonał ich otwarcia. W postępowaniu złożono trzy oferty, w tym oferta Odwołującego oraz oferta wykonawcy GBT. Odwołujący 3 października 2022 roku powiadomił Zamawiającego, że w związku z zakończeniem produkcji i dostępności materiału Wikabutyl 22, możliwe było złożenie jedynie oferty obejmującej rozwiązanie równoważne. Tym samym aktualizował się wobec wszystkich

wykonawców obowiązek wskazany w powyższej uwadze zawartej w treści załącznika nr 1a do SWZ, a w ofertach obu pozostałych wykonawców brak było zarówno wykazania równoważności rozwiązań oferowanych w zamian, jak i samego wskazania tych rozwiązań. Odwołujący zaznaczył jednocześnie, że w swojej ofercie (w formularzu ofertowym) wskazał rozwiązanie równoważne i dokonał wykazania równoważności zgodnie z wymogami Zamawiającego. Zamawiający po otrzymaniu tego pisma podjął działania zmierzające do wyjaśnienia okoliczności towarzyszących złożeniu ofert przez wykonawców REMA oraz GBT, kierując do nich 13 października 2022 r. wezwania do wyjaśnienia treści ofert.

Wykonawca GBT w swojej odpowiedzi z dnia 17 października 2022 r. wskazał, że oferowanym materiałem jest HAW W06, będący równoważnym dla WIKABUTYL 22. Wskazał ponadto, niezgodnie z zarysowanym powyżej stanem faktycznym, iż *„Na etapie ofertowania Wykonawca nie był zobligowany, zarówno w treści SIWZ jak i w OPZ, do wskazania w formularzu ofertowym nazwy materiału równoważnego na danym etapie postępowania.”* Nie dostrzegając w swym rozumowaniu jakiegokolwiek sprzeczności wykonawca GBT wskazał, że: *„Wykonawca informuje również Zamawiającego, iż GBT Bücolit jest właścicielem nazwy handlowej materiału referencyjnego WIKABUTYL 22, pierwotnie należącej do firmy K&W. Integralną częścią niniejszego pisma jest potwierdzenie GBT Bücolit jako producenta materiału, że HAW W06 jest nową nazwą handlową dla referencyjnego materiału WIKABUTYL 22.”* Wykonawca GBT dodał, że w przypadku pojawienia się wymogu ze strony Zamawiającego do przedłożenia karty technicznej materiału HAW W06 prosi o informację.

Wykonawca REMA w swojej odpowiedzi z 18 października 2022 r. wskazał w szczególności, że zobowiązuje się, w przypadku wyboru jego oferty, do wykonania zamówienia na warunkach w nim określonych, w tym pkt. 4.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia Odtworzenie kompleksowe absorberów IOS blok nr 14 - wykładzina chemoodporna w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów, gdzie są przytoczone parametry techniczne jakie ma spełniać zaaplikowana na powierzchni wewnętrznej absorbera wykładzina. Akceptacja tego punktu jest jednoznaczna z oświadczeniem / potwierdzeniem lub wręcz z udowodnieniem, że zastosowany przez ewentualnego wykonawcę materiał (w tym materiał równoważny) te warunki będzie spełniał. Wskazał też, że *„Specyfikacje techniczne materiałów REMA TIP TOP typu Chemoline są ogólnie dostępne na stronie internetowej producenta”*. Zdaniem Odwołującego treść i w dużej mierze ton odpowiedzi REMA musiały spowodować powzięcie decyzji o odrzuceniu jego oferty. Wobec treści zaproszenia do udziału w aukcji Odwołujący może to jedynie spekulować. Natomiast odpowiedź wykonawcy GBT usatysfakcjonowała Zamawiającego, gdyż wykonawca ten został dopuszczony do udziału w aukcji elektronicznej, czyli nie odrzucono jego oferty. Z uwagi na to, że w

postępowaniu zostały dwie oferty niepodlegające odrzuceniu Zamawiający podjął decyzję o przeprowadzenia aukcji. W ocenie Odwołującego wynika to w największej mierze stąd, że wykonawca GBT wprowadził Zamawiającego w błąd co do charakteru materiału HAW W06 oraz jego relacji do materiału Wikabutyl 22.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający oczekiwał, aby zastosowanie materiałów równoważnych wobec materiałów wskazanych w określonym zakresie w treści załącznika nr 1a do SWZ (punkty 3.1 do 3.6) wymagało wykazania w formularzu ofertowym równoważności proponowanego rozwiązania. Ze strony logicznej nie jest przy tym możliwe, aby wykazać tę równoważność bez wskazania (identyfikacji) tego materiału. Materiał Wikabutyl 22, występujący aktualnie w instalacjach objętych usługą zamawianą w ramach postępowania i użyty w opisie przedmiotu zamówienia oraz materiał HAW W06, w rzeczywistości nie są materiałami tożsamymi, a co najwyżej równoważnymi (co również wskazał wykonawca GBT w swojej odpowiedzi). Z tej przyczyny konieczne było - stosownie do treści przytoczonej uwagi w załączniku nr 1a do SWZ - wykazanie równoważności. Wykonawca GBT formułując swoje oświadczenia i wyjaśnienia wprowadza tymczasem Zamawiającego w błąd, usiłując ratować złożoną przez siebie, wadliwą ofertę.

Odwołujący stwierdził, że oba materiały zostały opracowane w dwóch różnych laboratoriach firm w różnym czasie. Podmiot prawa niemieckiego GBT- Bücolit GmbH nabył szeroko pojęte prawa do produktu Wikabutyl 22 w czasie likwidacji majątku w toku postępowania upadłościowego poprzedniego właściciela praw do znaku Wikabutyl 22. Dokument pochodzący od tego podmiotu, mający potwierdzić rzekomą tożsamość obu produktów został stworzony na potrzeby niniejszego postępowania (choć dostarczone tłumaczenie na język polski wskazuje omyłkowo na marcową datę jego utworzenia w miejsce prawidłowej 17 października 2022 roku), do tego przez podmiot powiązany (GBT- Bücolit GmbH to jedyny wspólnik wykonawcy GBT) winien wzbudzić zasadnicze wątpliwości każdego, do kogo jest kierowany.

Materiał HAW W06 był oferowany na rynku (w szczególności przez należący do grupy kapitałowej GBT HAW Linings GmbH) nie tylko na długo przed przejściem praw do produktu Wikabutyl 22 w procesie upadłości K&W, ale również przed uzyskaniem tych praw w sposób pierwotny przez ten podmiot (przez zupełnie inny podmiot niż podmioty z grupy kapitałowej GBT). Co więcej, Niemiecki Instytut Budowlany (Deutsches Institut für Bautechnik) wydał na oba materiały odrębne atesty, które nie tylko obowiązywały w tym samym czasie (co najmniej od 13 stycznia 2017 roku do 7 stycznia 2019 roku), ale również:

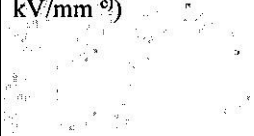
- obejmowały odmienne informacje w zakresie materiałów wymaganych do aplikacji lub naprawy (roztwory gruntujące i roztwór kleju);

- wskazują na znaczne odrębności w zakresie parametrów wulkanizacji, w szczególności zaś następujące różnice:

Parametr	Wikabutyl 22	HAW W06
Czas wulkanizacji ciepłą wodą	5 dni	czas wulkanizacji: 5 - 6 h rozgrzewanie i następnie utrzymanie przez min. 70 h
Temperatura ciepłej wody do wulkanizacji	80°C	70°C
Wulkanizacja parą wodną	Nie	Tak
Samowulkanizacja	(temperatura: 20°C; czas wulkanizacji: 2 miesiące) lub skrócenie przez doprowadzenie ciepła (temperatura: max. 60 °C, czas wulkanizacji: 7 - 8 dni, medium wulkanizacyjne: gorące powietrze lub para wodna)	Przy temperaturach roboczych < 50°C nie jest konieczne odpuszczanie; wykładzina gumowa potrzebuje czasu odpoczynku w wymiarze 5 dni przy temperaturach < 35°C. Przy temperaturach roboczych 50 °C, po czasie odpoczynku w wymiarze 3 dni, przy temperaturach < 35 °C następuje odpuszczanie (2 dni 40 °C, 2 dni 45-48 °C)
Ciśnienie wulkanizacji ciśnieniowej	3 bar	3,5 bar
Temperatura wulkanizacji ciśnieniowej	110°C	115°C
Miejsce wulkanizacji ciśnieniowej	Autoklaw	autoklaw lub w samym zbiorniku

- wskazują też na różnice w zakresie parametrów fizykochemicznych:

HAW W06		
Właściwość	Metoda badania	Wymogi / Wartości monitorowania
Właściwości ogólne <sup>a)</sup>	Oględziny wzrokowe	Brak zauważalnych wad, jak np. pęcherze, wtrącenia, pory lub zanieczyszczenia
Zachowanie podczas sieciowania (krzywe wulkametry)	DIN 53529-4 <sup>7</sup>	Krzywa złożona do ogólnego atestu budowlanego

Krzywa TG <sup>a)</sup>	DIN EN ISO 11358 <sup>8</sup>	
Krzywa IR a) b)	DIN EN 1767 <sup>9</sup>	
Grubość w stanie po wulkanizacji <sup>a)</sup>	DIN EN ISO 2178 <sup>10</sup>	4,0 do 6,0; max. - 10 % (z grubości nominalnej)
Gęstość <sup>a)</sup>	DIN EN ISO 1183-1 <sup>11</sup>	1,21 ± 0,02 mm (po wulkanizacji)
Twardość (po wulkanizacji) <sup>a) c)</sup>	DIN ISO 7619-1	65 ± 5 Shore A
Wytrzymałość na rozzerwanie <sup>8) c)</sup>	DIN 53504 <sup>13</sup> v = 200 mm/min, Próbką S2	≥4 N/mm <sup>2</sup>
Wydłużenie przy zerwaniu <sup>a) c)</sup>		≥300 %
Przyczepność do stali <sup>a)</sup>	Zgodnie z DIN ISO 813 <sup>14</sup>	Wartość początkowa ≥3 N/mm
Odporność na składowane medium <sup>a)</sup>	Plan badań dla wykładzin gumowych jako okładziny zbiorników stalowych do składowania cieczy stanowiących zagrożenie dla Wód <sup>15</sup> , ust. 7	
Szczelność wykładziny <sup>a)</sup>	Plan badań dla wykładzin gumowych jako okładziny zbiorników stalowych do składowania cieczy stanowiących zagrożenie dla wód <sup>15</sup> , ust. 4	Brak defektów (przy pierwszym badaniu z użyciem napięcia 3 kV/mm <sup>e)</sup> ) 

- a) Badania mogą być przeprowadzone na próbkach lub - o ile jest to technicznie możliwe - na wygumowanym zbiorniku stalowym.
- b) Krzywą IR bada się na próbkach gotowej mieszaniny i na ekstrakcie polimerowym. Metoda ekstrakcji jest uzgadniana między placówką badawczą i producentem oraz składana w Niemieckim Instytucie Techniki Budowlanej (DIBt).

c) Przy kolejnych badaniach napięcie kontrolne należy dostosować do zmienionych właściwości wykładziny.  
[Oдноśniki 7 - 14 - nazwy norm]

15) Plan badań dopasowany do wykładziny z gumy miękkiej "HAW-H94", dla placówki ds. nadzoru i certyfikacji do uzyskania w Niemieckim Instytucie Techniki Budowlanej (DIBt) .

Wikabutyl 22		
Właściwość	Metoda badania	Wymogi / Wartości monitorowania
Właściwości ogólne <sup>a)</sup>	Zasady udzielania atestów dla wykładzin gumowych stosowanych jako wykładzina zbiorników stalowych <sup>4</sup> Rozdział 5.2	Brak zauważalnych wad, jak np. pęcherze, wtrącenia, pory lub zanieczyszczenia
Zachowanie podczas sieciowania (krzywe wulkametry)	DIN 53529-47	Krzywa złożona do ogólnego atestu budowlanego
Krzywa TG <sup>a)</sup>	DIN EN ISO 11358 <sup>8</sup>	



Krzywa IR a) b)	DIN EN 1 767 <sup>9</sup>	
Grubość w stanie po wulkanizacji <sup>a</sup>	DIN EN ISO 2178 <sup>10</sup>	do 6,0; max. - 10 % (z grubości nominalnej)
Gęstość <sup>a)</sup>	DIN EN ISO 1183-1	1,22 ± p,02 mm (po wulkanizacji)
Twardość (po wulkanizacji) <sup>a) c)</sup>	DIN 53 505 <sup>12</sup>	60 ± 5 Shore A
Wytrzymałość na zerwanie <sup>a) c)</sup>	DIN 53504 <sup>13</sup> v =200 mm/min, Próbka S2	≥4 N/mm <sup>2</sup>
Wydłużenie przy zerwaniu <sup>a) c)</sup>		≥300 %
Przyczepność do stali <sup>a)</sup>	Zgodnie z DIN ISO 813 <sup>14</sup>	Wartość początkowa ≥4 N/mm
Odporność na składowane medium <sup>a)</sup>	Zasady udzielania atestów dla wykładzin gumowych Stosowanych jako wykładzina zbiorników stalowych <sup>4</sup> , Rozdział 5.10	
Szczelność wykładziny <sup>a)</sup>	Zasady udzielania atestów dla wykładzin gumowych stosowanych jako wykładzina zbiorników stalowych <sup>4</sup> Rozdział 5.7	Brak defektów (przy pierwszym badaniu z użyciem napięcia 12 kV/mm <sup>c)</sup> )
<p>a) Badania mogą być przeprowadzone na próbkach lub - o ile jest to technicznie możliwe - na wygumowanym zbiorniku stalowym.</p> <p>b) Krzywą IR bada się na próbkach gotowej mieszaniny i na ekstrakcie polimerowym. Metoda ekstrakcji jest uzgadniana między placówką badawczą i producentem oraz składana w Niemieckim Instytucie Techniki Budowlanej (DIBt) .</p> <p>c) Przy kolejnych badaniach napięcie kontrolne należy dostosować do zmienionych właściwości wykładziny.</p>		
[Oдноśniki 7 - 14 - nazwały norm]		

Dowód: atesty DIBT dla obu materiałów. Linki do oryginałów:

[https://www.dibt.de/pdf\\_storage/2014/z-59.22-335%281.59.22-86%2113%29.pdf](https://www.dibt.de/pdf_storage/2014/z-59.22-335%281.59.22-86%2113%29.pdf)

[https://www.dibt.de/pdf\\_storage/2017/z-59.22-356%281.59.22-45%2116%29.pdf](https://www.dibt.de/pdf_storage/2017/z-59.22-356%281.59.22-45%2116%29.pdf)

Zdaniem Odwołującego nie jest możliwym, aby materiał HAW-W06 był identyczny z materiałem Wikabutyl 22. Jest to materiał o podobnych cechach i właściwościach, prawdopodobnie równoważny z opisanym w treści opisu przedmiotu zamówienia materiałem, ale nie są to te same materiały. Nieprawdą jest też wskazanie, że HAW W06 miałby stanowić nową nazwę handlową dla drugiego z materiałów. Nazwa ta istnieje bowiem i funkcjonuje na rynku od wielu lat, w tym bardzo długo równoległe z określeniem Wikabutyl 22. Niezależnie od tego nie polega na prawdzie stwierdzenie wykonawcy GBT z 17 października 2022 roku, w myśl którego: „GBT Bücolit jest właścicielem nazwy handlowej materiału referencyjnego WIKABUTYL 22, pierwotnie należącej do firmy K&W”. Rejestracja wygasła bowiem odpowiednio: 30 listopada 2020 roku na rynku niemieckim i 28 stycznia 2021 roku na rynku

EU. Jako dowód Odwołujący złożył wyniki wyszukiwania ze strony: <https://www.tmdn.org/tmview/welcome#/tmview/results?page=1&pageSize=30&criteria=C&basicSearch=wikabuty1>

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że obrona przez wykonawcę GBT taktyka na etapie po otwarciu ofert jest efektem powzięcia przezeń wiedzy o popełnieniu opisanego powyżej błędu, polegającego zapewne na przeoczeniu wymogu ujętego w treści Załącznika nr 1a do SWZ w odniesieniu do równoważności. Działania polegające na próbie utożsamienia obu materiałów - wobec ustaleń Odwołującego i wobec części stwierdzeń samego wykonawcy GBT (pismo z dnia 17 października 2022 roku) - należy uznać jedynie za próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd. W sytuacji powyższych uchybień jedynym możliwym rozwiązaniem, a zarazem obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty wykonawcy GBT i niedopuszczenie do aukcji elektronicznej. To z kolei winno skutkować zaniechaniem przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy GBT Polska sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący GBT”) oraz REMA TIP TOP Service sp. z o.o (dalej: „Przystępujący REMA”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego, odpowiednio po stronie zamawiającego i odwołującego, stając się uczestnikami postępowania.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uwzględnił zarzuty w nim zawarte.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający stwierdził m.in., że dokonał porównania posiadanych w swoich zasobach kart charakterystyk materiałów Wikabuty1 22 i HAW W06, uwzględniając również dowody załączone do Odwołania i uznał, że ich weryfikacja dowodzi, że ww. materiały są co najwyżej materiałami równoważnymi, co oznacza, że materiał będący przedmiotem oferty wykonawcy GBT Polska sp. z o.o., tj. HAW W06 nie jest materiałem referencyjnym, jak wskazał wykonawca w swoich wystąpieniach.

Zamawiający dodał, że zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu dokona unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej z 28 listopada 2022 r. wykonawcy GBT, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz oświadczył, że aukcja elektroniczna nie została przeprowadzona, jak też nie dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przystępujący GBT zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

W piśmie procesowym z 13 grudnia 2022 r. Przystępujący GBT wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie po upływie terminu określonego w ustawie, a z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że odwołanie zostało jednak wniesione w terminie - o oddalenie odwołania w całości, a także o odmowę przeprowadzenia dowodów z dokumentów przedłożonych wraz z odwołaniem z uwagi na brak przedstawienia przez Odwołującego ich tłumaczenia na język polski, oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów (wraz z tłumaczeniem):

- Deklaracji producenta GBT-BÜCOLIT GmbH z 17 października 2022 r.,
- Karty danych technicznych HAW-W06,
- Ogólnej aprobaty nadzoru budowlanego wydanego przez Niemiecki Instytut Techniki Budowlanej dla HAW-W06,
- Ogólnej aprobaty nadzoru budowlanego wydanego przez Niemiecki Instytut Techniki Budowlanej dla WIKABUTYL 22,

na fakt przejęcia praw do materiału WIKABUTYL 22 przez GBT-BÜCOLIT GmbH; właściwości materiałów HAW-06 i WIKABUTYL 22 oraz ich referencyjności.

Przystępujący GBT wniósł także o „dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu materiałoznawstwa, na fakt właściwości materiałów HAW-06 i WIKABUTYL 22 oraz ich referencyjności, przy czym rolą biegłego powinno być sporządzenie opinii przede wszystkim w oparciu o dokumenty techniczne załączone do niniejszego pisma,” oraz o „dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania Stron z ograniczeniem do Przystępującego i przesłuchanie w imieniu Przystępującego M. S. (Prezesa Zarządu Przystępującego oraz Członka Zarządu GBT-BÜCOLIT GmbH), na fakt przejęcia praw do materiału WIKABUTYL 22 przez GBT-BÜCOLIT GmbH; właściwości materiałów HAW-06 i WIKABUTYL 22 oraz ich referencyjności”, wskazując przy tym, iż wnosi o „przybranie do przesłuchania tłumacza języka niemieckiego”.

W uzasadnieniu wniosku o odrzucenie odwołania Przystępujący GBT wskazał m.in., że odwołanie dotyczy zaniechania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. odrzucenia oferty Przystępującego. Pismo Przystępującego zawierające wyjaśnienia co do referencyjności materiału HAW-W06 zostało złożone już 17 października 2022 r. Zamawiający 15 listopada 2022 r. zażądał od Przystępującego kolejnych wyjaśnień. Pismo z dalszymi wyjaśnieniami Przystępującego zostało złożone 17 listopada 2022 r., przy czym składało się ono z dwóch akapitów i stanowiło tylko potwierdzenie wcześniejszych wyjaśnień. W konsekwencji Zamawiający posiadał całokształt informacji o oferowanym przez Przystępującego materiale co najmniej od 17 listopada 2022 r., a właściwie już od 17 października 2022 r., gdyż pismo datowane na ten dzień zawierało zdecydowany rdzeń

wyjaśnień. Zamawiający już wtedy mógł więc podjąć decyzję o odrzuceniu oferty Przystępującego z uwagi na rzekomy brak referencyjności oferowanego rozwiązania. Odwołujący w złożonym odwołaniu także powołuje się na ww. pisma Przystępującego GBT, co oznacza, że miał pełną świadomość okoliczności mających przemawiać za odrzuceniem oferty Przystępującego GBT znacznie wcześniej, tj. przed 28 listopada 2022 r. Przyjmując punkt widzenia Odwołującego, przyjąć zatem można, że Zamawiający nie miał podstaw do żądania kolejnych wyjaśnień od Przystępującego 15 listopada 2022 r., ale już wówczas (a nawet wcześniej) powinien był odrzucić ofertę Przystępującego, uznając wyjaśnienia Przystępującego 17 października 2022 r. za potwierdzenie braku referencyjności. Tym samym, w ocenie Przystępującego GBT, wniesione odwołanie winno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W uzasadnieniu wniosku o odmowę przeprowadzenia dowodów z dokumentów przedłożonych wraz z odwołaniem, Przystępujący GBT wskazał, że dokumenty w języku niemieckim przedłożone wraz z odwołaniem zostały przedstawione bez jakiegokolwiek tłumaczenia – a przynajmniej tłumaczenia takiego nie zawierała kopia odwołania przekazana Przystępującemu przez Zamawiającego w dniu 1 grudnia 2022 r.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Przystępujący GBT wskazał, że zaoferowany przez niego materiał HAW-W06 jest materiałem referencyjnym dla materiału WIKABUTYL 22. Tym samym na Przystępującym nie ciążył obowiązek wykazania w treści złożonej oferty równoważności zaproponowanego rozwiązania. Wątpliwości Odwołującego wynikają prawdopodobnie z omyłki językowej zawartej w piśmie Przystępującego z 17 października 2022 r., złożonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, gdzie w jednym z akapitów stwierdzono, że „oferowanym materiałem jest HAW W06, będący równoważnym dla WIKABUTYL 22”. O tym, że użycie słowa „równoważny” jest omyłką (użycie słowa w potocznym jego rozumieniu) świadczy jednak treść i ogólny wydźwięk pisma, w którym kilkakrotnie pojawiają się sformułowania świadczące o referencyjności oferowanego materiału HAW-W06. Istotny jest przy tym fakt, że kwestia ta została następnie jednoznacznie doprecyzowana przez Przystępującego w piśmie z 17 listopada 2022 r., które Odwołujący pomija w swoim odwołaniu. Ponadto z deklaracji producenta, wystawionej przez GBT-BÜCOLIT GmbH, tj. producenta HAW-W06 i jedyne go wspólnika Przystępującego GBT wyraźnie wynika, że produkt WIKABUTYL 22 został przejęty przez GBT-BÜCOLIT GmbH ze wszystkimi markami i patentami. Jednocześnie deklaracja potwierdza, że produkt pod nazwą HAW-W06 jest tym samym produktem, co dawny WIKABUTYL 22. O ile prawdą jest, że materiał HAW-W06 był oferowany na rynku przez GBT-BÜCOLIT GmbH już przed

przejęciem praw do produktu WIKABUTYL 22, o tyle jednak obecny skład i właściwości HAW-W06 nie odbiegają od składu i właściwości WIKABUTYL 22. Oba materiały nie były i nie są znormalizowane (możliwe są odchylenia w ramach różnych partii produktów). W praktyce sytuacja taka jest bardzo często spotykana w realiach gospodarczych. Zdaniem Przystępującego GBT argumentacja Odwołującego jest w tym zakresie chybiona i dla sprawy nieistotna, gdyż sam Odwołujący referuje do stanu historycznego, który nie jest już aktualny. Nie można wyciągać prawnie istotnych wniosków z danych technicznych przedkładanych bez szerszego komentarza przez Odwołującego. Specyfiką materiałów takich jak HAW W06 (WIKABUTYL 22) jest ich oparcie na naturalnych surowcach (np. sadza czy kauczuk). Pomimo standaryzacji nie sposób uniknąć sytuacji, w której poszczególne próbki tego samego materiału (niezależnie od nazwy) z różnych okresów będą się zachowywały w testach nieco odmiennie. Wpływ na to może mieć choćby sam przeorganizowany łańcuch dostaw (przykładowo: zaprzestanie przez producenta pozyskiwania sadzy z Rosji na skutek jej agresji na Ukrainę). Równie wybiórczo, jak to czyni Odwołujący, można byłoby komentować wskazywane w tabelach poziomy twardości materiału. Stara norma (DIN 53 505) została użyta do określenia twardości materiału WIKABUTYL 22, podczas gdy nowa norma (DIN ISO 7619-1) została użyta do określenia twardości HAW W06. Już z tego powodu możliwe są różne twardości przy zastosowaniu tego samego (referencyjnego) materiału gumowego.

Na marginesie Przystępujący GBT wskazał, że wykonywał już wcześniej modernizacje wykładziny chemoodpornej w obiektach grupy PGE przy zastosowaniu materiału HAW-W06, który spełniał wszystkie wymagania Zamawiającego na etapie ofertowania, jak również eksploatacji instalacji, np. na rzecz: PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów (wymiana wykładziny gumowej absorberów IOS nr 3 i 4 w 2018 roku, wymiana wykładziny gumowej absorbera IOS nr 7 w 2019 roku); PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Opole (wymiana wykładziny gumowej absorberów IOS nr 2,3,4 w latach 2019-2021).

Do pisma zostały załączone wraz z tłumaczeniem: deklaracja producenta GBT-BÜCOLIT GmbH z dnia 17 października 2022 r., Karta danych technicznych HAW-W06, Ogólna aprobatą nadzoru budowlanego wydana przez Niemiecki Instytut Techniki Budowlanej dla HAW-W06, Ogólna aprobatą nadzoru budowlanego wydana przez Niemiecki Instytut Techniki Budowlanej dla WIKABUTYL 22.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do ww. pisma Przystępującego GBT, a także dowody złożone na posiedzeniu przez: Odwołującego - w postaci tłumaczenia na język polski atestów złożonych wraz z odwołaniem (2 szt.), korespondencji mailowej z 2010 r. (3

maile) z ówczesnym dystrybutorem wyrobów HAW-W06 wraz z załącznikami w postaci specyfikacji technicznej i listy odporności datowanej na grudzień 2008 wraz z tłumaczeniem na język polski oraz Przystępującego REMA - w postaci ogólnej aprobaty technicznej dla wykładziny HAW-W06 wraz z tłumaczeniem na język polski.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego GBT o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie materiałoznawstwa na wskazaną w piśmie procesowym okoliczność, tj. na fakt właściwości materiałów HAW-W06 i WIKABUTYL 22 oraz ich referencyjności w oparciu przede wszystkim o dokumenty załączone do pisma.

Izba uznała, że wniosek ten został postawiony dla zwłoki. Właściwości materiałów mogą i powinny być wykazane dostępnymi dokumentami. Dokumenty na tę okoliczność zostały złożone w sprawie w tym przez Przystępującego GBT. Ich porównanie na potrzeby postępowania nie wymaga wiedzy eksperckiej z zakresu materiałoznawstwa.

Izba nie uwzględniła również wniosku Przystępującego GBT o dopuszczenie i przeprowadzenia dowodu z przesłuchania w charakterze strony członka zarządu Przystępującego GBT, będącego jednocześnie członkiem zarządu GBT-BÜCOLIT GmbH stwierdzając, iż wniosek został postawiony dla zwłoki.

W ocenie Izby nie było przeszkód, a przynajmniej nie zostały one wskazane, aby ww. osoba stawiała się na wyznaczony termin posiedzenia i rozprawy. Nie wystąpiła również inna ważna przyczyna odroczenia rozprawy.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane przez Strony i Przystępujących GBT i REMA, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego GBT o odrzucenie odwołania jako spóźnionego, uznając go za pozbawiony podstaw prawnych.

Odwołanie zostało wniesione od czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej, po otrzymaniu, którego Odwołujący mógł pozyskać wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę zaskarżenia. Wbrew temu, co wynika ze stanowiska Przystępującego GBT, okoliczność, iż zaproszenie do aukcji było poprzedzone wyjaśnieniami treści złożonej przez niego oferty, nie oznacza, że od daty złożenia wyjaśnień, a zatem przed dokonaniem ich oceny i wykonaniem czynności, wskazującej na to jaką decyzję podjął Zamawiający w wyniku oceny otrzymanych wyjaśnień, należy liczyć termin na wniesienie odwołania.

Odwołujący mógł wejść w posiadanie wiedzy o podjęciu przez Zamawiającego decyzji o przeprowadzeniu aukcji i braku odrzucenia oferty wykonawcy GBT dopiero z datą zaproszenia do aukcji, co miało miejsce 28 listopada 2022 r. Nie można zatem uznać za spóźnione odwołania, które zostało wniesione 1 grudnia 2022 r. Zgodnie bowiem z przepisem art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp *w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.*

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że złożył ofertę w ramach części I postępowania i został dopuszczony do udziału w aukcji, tym samym Zamawiający uznał, że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu. Udział w aukcji podmiotów, które nie powinny brać w niej udziału wydatnie zmniejsza szanse Odwołującego na pozyskanie zamówienia, a nawet w wypadku jego pozyskania - na uzyskanie satysfakcjonującej ceny. Wyłączenie z udziału w aukcji wykonawcy GBT spowoduje brak możliwości przeprowadzenia aukcji i stworzy możliwość powierzenia zamówienia Odwołującemu, jako jedynemu podmiotowi, który złożył w ramach części I postępowania ofertę niepodlegającą odrzuceniu. W wyniku zakwestionowanych w odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego, naruszających przepisy ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie zysku wynikającego z pozyskania i realizacji zamówienia. Pomiędzy działaniem i zaniechaniem Zamawiającego a potencjalną szkodą Odwołującego występuje adekwatny związek przyczynowy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę i jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mógłby liczyć na zawarcie umowy i uzyskanie korzyści z niej wynikających.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt 3 SWZ: Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na kompleksowym odtworzeniu absorberów IOS Bloku 14 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów. Zamawiający podzielił zamówienie na dwie części. Przedmiotem części I jest Wykładzina Chemoodporna, co do której szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został przedstawiony w Załączniku nr 1a do SWZ.

Zgodnie z pkt 3.1. lit. a Załącznika nr 1a do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia „Wykładzina chemoodporna” (dalej: „OPZ”), Zamawiający wymagał wymiany wykładziny

chemoodpornej powierzchni wewnętrznej absorbera (wraz z belkami) na wykładzinę gumową - WIKABUTYL 22 lub równoważną. W uwagach zamieszczonych poniżej odnośnych postanowień (str. 7 OPZ) Zamawiający wskazał:

*„Jeżeli w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia użyto nazwy producenta urządzeń lub materiałów przewidzianych do zastosowania przy realizacji Zamówienia albo powołano się na normy, wówczas Zamawiający dopuszcza zastosowania równoważnych (tzn. o parametrach nie gorszych niż zostały wskazane w dokumentach przez Zamawiającego) urządzeń innych producentów lub zastosowanie równoważnych norm umożliwiających sprawne i bezpieczne działanie modernizowanych instalacji i urządzeń oraz ich odbiór przez Urząd Dozoru Technicznego.*

*Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne, opisane w OPZ za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne, jest obowiązany wykazać w Formularzu ofertowym, że oferowane przez niego dostawy/usługi/roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w OPZ”.*

Przystępujący GBT w swojej ofercie nie podał nazwy oferowanego materiału, co w świetle postanowień SWZ było rozumiane jako zaoferowanie wykładziny Wikabutyl 22, która jak wynika z pisma Odwołującego, wystosowanego do Zamawiającego 3 października 2022 r., nie występuje aktualnie na rynku.

Pismem z 13 października 2022 r. Zamawiający wystąpił do GBT Polska Sp. z o.o. o wyjaśnienia, wskazując: *W nawiązaniu do treści złożonej przez Państwa Oferty, Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710), dalej „Ustawa PZP”, wzywa Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie zaoferowanej wykładziny chemoodpornej powierzchni wewnętrznej absorbera.*

*Zgodnie z pkt. 3.1. lit. a Załącznika nr 1a do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia „Wykładzina chemoodporna”, Zamawiający wymaga wymiany wykładziny chemoodpornej powierzchni wewnętrznej absorbera (wraz z belkami) na wykładzinę gumową - WIKABUTYL 22 lub równoważną.*

*Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne, był obowiązany wykazać w Formularzu ofertowym, że oferowane przez niego dostawy/usługi/roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w OPZ. Wykonawca w złożonej ofercie nie*



*powołał się na rozwiązania równoważne, wobec czego Zamawiający stwierdza, że złożona oferta dotyczy produktu referencyjnego.*

*W związku z powzięciem przez Zamawiającego informacji o niedostępności na rynku wykładziny WIKABUTYL 22 oraz w celu dochowania należytej staranności, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej Oferty poprzez poinformowanie Zamawiającego, czy faktycznie oferowana przez Państwa wykładzina gumowa to produkt referencyjny, czyli wykładzina WIKABUTYL 22.*

*W odpowiedzi, w piśmie z 17 października 2022 r. wykonawca GBT podał: „(...) informuję, że oferowane przez Wykonawcę dostawy/usługi/roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w OPZ zgodnie z pkt. 3.1. lit. a Załącznika nr 1a do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia „Wykładzina chemoodporna”, gdzie Zamawiający wymaga wymiany wykładziny chemoodpornej powierzchni wewnętrznej absorbera (wraz z belkami) na wykładzinę gumową - WIKABUTYL 22 lub równoważną.*

*Na etapie ofertowania Wykonawca nie był zobligowany, zarówno w treści SIWZ jak i w OPZ, do wskazania w formularzu ofertowym nazwy materiału równoważnego na danym etapie postępowania. Wykonawca informuje Zamawiającego, że oferowanym materiałem jest HAW W06, będący równoważnym dla WIKABUTYL 22.*

*Wykonawca informuje również Zamawiającego, iż GBT Bücolit jest właścicielem nazwy handlowej materiału referencyjnego WIKABUTYL 22, pierwotnie należącej do firmy K&W. Integralną częścią niniejszego pisma jest potwierdzenie GBT Bücolit jako producenta materiału, że HAW W06 jest nową nazwą handlową dla referencyjnego materiału WIKABUTYL 22.*

*Materiał chemoodporny HAW W06 jest stosowany od wielu lat również w instalacjach całej grupy PGE, gwarantując bezawaryjną eksploatację. Poniżej Wykonawca przypomina przykładowe realizacje modernizacji wykładziny chemoodpornej, wykonane na obiektach grupy PGE przy zastosowaniu materiału HAW W06, który w pełni spełnił wszystkie wymagania Zamawiającego na etapie ofertowania, jak również eksploatacji instalacji.*

*1. PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów:*

- a. wymiana wykładziny gumowej absorbera IOS nr 9 w 2015 roku,*
- b. wymiana wykładziny gumowej absorberów IOS nr 3 i 4 w 2018 roku,*
- c. wymiana wykładziny gumowej absorbera IOS nr 7 w 2019 roku.*

*2. PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Opole:*

- a. wymiana wykładziny gumowej absorberów IOS nr 2,3,4 w latach 2019-2021.*

### 3. PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Dolna Odra:

a. wymiana wykładziny gumowej absorbera IOS nr 7,8 w roku 2017.

w przypadku pojawienia się wymogu ze strony Zamawiającego do przedłożenia karty technicznej materiału HAW W06 Wykonawca prosi o informację.”

Do pisma zostało załączone: Oświadczenie producenta materiału GBT Bücolit, Potwierdzenie GBT Bücolit o posiadaniu wszystkich dóbr niematerialnych, praw do nazwy oraz praw patentowych firmy K&W.

Następnie za pismem z 15 listopada 2022 r. Zamawiający wystąpił do wykonawcy GBT o dalsze wyjaśnienia dotyczące treści oferty wskazując na zawarcie w ww. wyjaśnieniach z 17 października 2022 r. sprzecznych informacji wskazując, że oczekuje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie czy oferowana przez tego wykonawcę wykładzina gumowa to produkt referencyjny czy produkt równoważny.

W odpowiedzi z 17 listopada 2022 r. wykonawca GBT wskazał, „że oferowana przez GBT wykładzina gumowa to produkt referencyjny pod zmienioną nazwą HAW W06. Materiał HAW W06 jest tym samym produktem co WIKABUTYL 22 o identycznym składzie i recepturze. Materiał referencyjny pod nazwą WIKABUTYL 22 jak słusznie Zamawiający podał w piśmie z dn. 13.10.2022 jest niedostępny na rynku.”

W Rozdziale 21.1 SWZ wskazano: „Zamawiający przewiduje dokonanie wyboru najkorzystniejszej Oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Zgodnie z art. 227 ust. 1 Ustawy PZP Zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, jeżeli w danej Części zamówienia złożono co najmniej dwie Oferty niepodlegające odrzuceniu.”

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega uwzględnieniu. Potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania w granicach których Izba orzeka.

Stosownie do przepisu art. 227 ust. 1 ustawy Pzp: *W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.*

Zgodnie z treścią art. 232 ust. 1 ustawy Pzp: *Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu.*

W sprawie nie jest sporne, że w części I zamówienia zostały złożone trzy oferty, tj. oferty Odwołującego oraz Przystępujących GBT i REMA. Nie jest też sporne, że zaproszenie do aukcji elektronicznej z 28 listopada 2022 r. zostało skierowane przez Zamawiającego jedynie do Odwołującego oraz Przystępującego GBT, co oznacza, że w ocenie Zamawiającego jedynie oferty tych wykonawców nie podlegały odrzuceniu.

Następnie zauważenia wymaga, że nie jest sporne, że Zamawiający w części I zamówienia wymagał zastosowania do wymiany wykładziny chemoodpornej powierzchni wewnętrznej absorbera wykładziny gumowej WIKABUTYL 22, która obecnie nie występuje na rynku. W konsekwencji, zaktualizowały się postanowienia SWZ wskazujące na możliwość zastosowania wykładziny równoważnej do wskazanej w SWZ, chyba, że wykonawca byłby w stanie wykazać, że oferuje wskazany w SWZ materiał, który obecnie występuje pod inną nazwą handlową.

Zaoferowanie materiału równoważnego wymagało wskazania w ofercie oferowanej wykładziny i wykazania jej równoważności w stosunku do wykładziny WIKABUTYL 22, czego podjął się jedynie Odwołujący. Wykonawca GBT w ww. wyjaśnieniach z 17 października 2022 r. złożonych w tym zakresie wskazał, że SWZ nie wymagała podania nazwy materiału równoważnego, oraz że zaoferował materiał HAW W06, który jest równoważny dla WIKABUTYL 22, a jednocześnie załączył potwierdzenie producenta materiału, że HAW W06 jest nową nazwą handlową dla referencyjnego materiału WIKABUTYL 22. Następnie w ww. piśmie z 17 listopada 2022 r. Wykonawca GBT wskazał, że HAW W06 jest tym samym produktem co WIKABUTYL 22 o identycznym składzie i recepturze. W piśmie procesowym z 13 grudnia 2022 r. Przystępujący GBT podkreślał natomiast, że zaoferowany przez niego materiał HAW W06 jest materiałem referencyjnym dla materiału WIKABUTYL 22.

W sytuacji, gdy Przystępujący GBT składając ofertę nie podjął działań w kierunku wykazania równoważności zaoferowanej wykładziny, a materiał WIKABUTYL 22 nie występuje aktualnie na rynku, to obciążał go obowiązek wykazania, że zaoferowany materiał HAW W06, to ten sam materiał co WIKABUTYL 22, a jedynie występuje obecnie pod inną nazwą.

W ocenie Izby Przystępujący GBT nie udźwignął ciężaru dowodu.

Przystępujący GBT w niekonsekwentny sposób przedstawia swoje twierdzenia odnośnie do zaoferowanego materiału HAW W06. Co innego oznacza bowiem stwierdzenie

zawarte w wyjaśnieniach z 17 października 2022 r., że jest on równoważny dla WIKABUTYL 22, a na co innego wskazuje informacja, że jest to ten sam produkt, który występuje jedynie po inną nazwą, a jeszcze co innego oznacza stwierdzenie zawarte w piśmie procesowym, że jest to materiał referencyjny dla materiału WIKABUTYL 22.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że wykazywanie równoważności materiałów dopiero w postępowaniu odwoławczym jest działaniem spóźnionym. W świetle postanowień SWZ wykazanie równoważności powinno bowiem nastąpić już w ofercie.

Następnie zauważenia wymaga, że Przystępujący GBT nie wyjaśnił co, rozumie pod stwierdzeniem, że HAW W06 stanowi materiał referencyjny dla materiału WIKABUTYL 22, a jedynie stwierdził, że z tego powodu nie ciążył na nim obowiązek wykazania w treści oferty równoważności zaproponowanego rozwiązania. Można zatem przyjąć, że zdaniem Przystępującego GBT, koresponduje to z jego twierdzeniem sugerującym tożsamość ww. materiałów. Trudno jednak podzielić takie stanowisko. Jak wynika bowiem ze Słownika Języka Polskiego PWN przez „referencyjny” należy rozumieć: 1. «ustalony z góry, stanowiący punkt odniesienia» 2. «wynikający z podziału na poszczególne kategorie» (...).

Przede wszystkim zaznaczenia wymaga, że Przystępujący GBT nie wykazał, że zaoferowany przez niego materiał HAW W06, to w rzeczywistości materiał WIKABUTYL 22, występujący obecnie pod zmienioną nazwą handlową.

Nie jest sporne, że materiały HAW W06 i WIKABUTYL 22 występowały na rynku równolegle. Zwraca przy tym uwagę, że Przystępujący GBT nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego zawartym w odwołaniu, że oba materiały zostały opracowane w dwóch różnych laboratoriach w różnym czasie. Nadto wynika to ze złożonych przez Odwołującego ogólnych atestów Niemieckiego Instytutu Techniki Budowlanej: nr Z-59.22-335 z okresem ważności: od 7 stycznia 2014 r. do 7 stycznia 2019 r., który dotyczy wykładziny gumowej WIKABUTYL 22 do wykładania zbiorników stalowych oraz nr Z-59.22-356 z okresem ważności od 13 stycznia 2017 r. do 7 stycznia 2022 r., który dotyczy wykładziny gumowej HAW – W06 do wykładania zbiorników stalowych, które zastąpiły odpowiednio atesty z 21 sierpnia 2008 r. i 28 czerwca 2011 r.

Nadto zwracają uwagę różnice dotyczące materiałów wynikające z tych atestów. Zauważenia np. wymaga, że w pkt 2.1 *Właściwości i skład* atestu dla WIKABUTYL 22 wskazano: (1) *Receptura pasma wykładziny gumowej „WIKABUTYL 22” oraz materiały potrzebne do aplikacji (lub naprawy) wykładziny zbiornika stanowego*

- *roztwór gruntujący „WIKABOND Primer 1”,*

- *roztwór gruntujący „WIKABOND Primer 2” i*

- roztwór kleju „WIKABOND Primer 15” (składniki A i B)

*muszą być zgodne ze zdeponowanymi w Niemieckim Instytucie Techniki Budowlanej danymi i próbkami, które były podstawą badań zgodnych z postanowieniami zasad udzielania atestów przeprowadzanych dla wykładzin gumowych stosowanych jako wykładzina zbiorników stalowych do składowania cieczy stanowiących zagrożenie dla wód (zasady udzielania atestów dla wykładzin gumowych stosowanych jako wykładzina zbiorników stalowych) w ramach postępowania dopuszczeniowego.*

Z kolei w pkt 2.1 *Właściwości i skład* atestu dla HAW – W06 wskazano: (1) *Receptura pasma wykładziny gumowej „HAW – W06” oraz materiały potrzebne do aplikacji (lub naprawy) wykładziny zbiornika stanowego*

- roztwór gruntujący „HAW-PRP1”,

- roztwór gruntujący „HAW-PRP2” i

- roztwór kleju „HAW-KLL1”

*muszą być zgodne ze zdeponowanymi w Niemieckim Instytucie Techniki Budowlanej danymi i próbkami, które były podstawą badań w ramach postępowania dopuszczeniowego.*

Z atestu dotyczącego WIKABUTYL 22 wynika, że może on być wytwarzany jedynie w zakładzie firmy „GBT- Bücolit, GmbH w 45772 Marl. Produkcja musi być prowadzona zgodnie z recepturą zdeponowaną w Niemieckim Instytucie Techniki Budowlanej. Z kolei z atestu dotyczącego HAW-W06 wynika, że może on być wytwarzany jedynie w 59394 Nordkirchen. Produkcja musi być prowadzona zgodnie z recepturą zdeponowaną w Niemieckim Instytucie Techniki Budowlanej, a zmiany receptury wymagają wcześniejszej zgody Niemieckiego Instytutu Techniki Budowlanej.

W sytuacji, gdy oba materiały występowały na rynku równolegle, były odrębnie atestowane i rejestrowane (przy czym rejestracja WIKABUTYL 22 - jak wynika z odwołania, czemu Przystępujący GBT nie zaprzeczył - wygasła odpowiednio 30 listopada 2022 r. na rynku niemieckim i 28 stycznia 2021 r. na rynku EU), to trudno uznać, że materiał HAW-W06 to ten sam materiał co WIKABUTYL 22, a jedynie występujący pod inną nazwą. Sam fakt przejęcia aktywów producenta WIKABUTYL 22 nie oznacza, że inny materiał występujący już wcześniej na rynku i nadal produkowany, tj. HAW-W06, automatycznie ma być rozumiany jako ten, pod którego nazwą występuje obecnie wcześniej produkowany równolegle inny materiał, tj. WIKABUTYL 22.

Jak wynika z danych zawartych w ww. tabelach przedstawionych w odwołaniu, których Przystępujący GBT nie zanegował, oraz złożonych przez Odwołującego atestów, a

także kart danych tych produktów, złożonych przez Przystępującego GBT, materiały WIKABUTYL 22 i HAW-W06 nie były tożsame. Inny też był sposób ich aplikacji.

Jakkolwiek niektóre ich cechy i właściwości były takie same, to jednak jest zauważalnych szereg różnic pomiędzy nimi. Różnice dotyczą np. parametrów czasu wulkanizacji ciepłą wodą, możliwości wulkanizacji parą wodną, w zakresie samowulkanizacji, czy ciśnienia, temperatury i miejsca wulkanizacji ciśnieniowej. Różnice występują także w zakresie wymogów/wartości monitorowania parametrów fizykochemicznych np. co do przyczepności do stali czy szczelności wykładziny.

Dodatkowo zauważenia wymaga, że z Ogólnej aprobaty technicznej / Ogólnego zatwierdzenia typu nr Z-59.22-356 z 10 stycznia 2022 r., dla wykładziny HAW-W06, złożonej przez Przystępującego REMA (który stwierdził również, że istnieją różnice w technologii nakładania materiału), wynikają różnice w stosunku do wymogów OPZ w zakresie minimalnych wymagań dla wykładziny dotyczących np. przyczepności do stali.

W związku z tym zgodzić się należy ze stanowiskiem Odwołującego, z którego wynika, że wykonawca GBT zaoferował wykładzinę, która ewentualnie mogłaby być oceniana jako produkt równoważny do wskazanego w SWZ. Wykonawca GBT nie wykazał jednak w ofercie, że oferuje materiał równoważny, jak też nie wykazał w ofercie tej równoważności. W związku z tym jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*

W konsekwencji za niezasadne należy uznać podjęcie 28 listopada 2022 r. przez Zamawiającego czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej. W sytuacji bowiem, gdy oferta wykonawcy GBT podlegała odrzuceniu, w postępowaniu pozostała jedynie oferta złożona przez Odwołującego, a zatem stosownie do przepisu art. 227 ust. 1 ustawy Pzp aukcja nie mogła być przeprowadzona.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenie przepisów Pzp, mające wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, oraz to, że Zamawiający, jak stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, nie przeprowadził aukcji elektronicznej i nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi wykonawca GBT, który zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b w związku z § 7 ust. 1 pkt 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....