

Sygn. akt: KIO 2856/15

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 14 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

Wobec cofnięcia przed otwarciem posiedzenia w Warszawie w dniu 13 stycznia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2015r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Mega Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 42 i KenBit Koenig i wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, ul. Żytnia 15/22** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – 17 Terenowy Oddział Lotniskowy z siedzibą w Gdańsku, ul. Konopnickiej 13**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87 i AJM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul Astronomów 9** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 2856/15 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajączka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2856/15 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Mega Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 42 i KenBit Koenig i wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, ul. Żytnia 15/22** kwoty 18 000zł. 00

gr. (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację infrastruktury dla potrzeb programu operacyjnego „Śmigłowce wsparcia bojowego, zabezpieczenia i VIP” na lotnisku w Darłowie zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lipca 2015r. za numerem 2015/S 139-255756.

W dniu 22 grudnia 2015r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm IDS-BUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 87 i AJM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Astronomów 9 (dalej konsorcjum IDS-BUD), na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Mega Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Hutnicza 42 i KenBit Koenig i wspólnicy Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, ul. Żytnia 15/22 (dalej konsorcjum Mega), natomiast oferta wykonawcy Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajęczka 9 (dalej odwołujący Skanska) została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605 – dalej ustawy). Zamawiający wskazał, że w dziale 6. siwz „Opis sposobu przedstawiania ofert wariantowych oraz minimalne warunki, jakim powinny odpowiadać oferty wariantowe” zawarty jest zapis: „Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych w niniejszym postępowaniu”. Jednocześnie, zgodnie z treścią UWAGI II na stronie 15 siwz :

„Zamawiający dopuszcza złożenie oferty równoważnej. Wykonawca w składanej ofercie podpisuje oświadczenie o złożeniu albo oferty równoważnej, albo oferty na warunkach określonych przez Zamawiającego. Zamawiający żąda, żeby Wykonawca udokumentował w ofercie, że zastosowane rozwiązania równoważne nie spowodują zasadniczych zmian jakościowych przedmiotu zamówienia. Wskazane w ofercie materiały i urządzenia powinny być o parametrach równoważnych lub lepszych w porównaniu z parametrami wynikającymi z dokumentacji projektowej Zamawiającego, co należy udokumentować w ofercie. Wszelkie koszty związane ze złożeniem oferty równoważnej ponosi w całości Wykonawca. Wykonawca obowiązany jest do podania w sposób jednoznaczny (w formie wykazu), które materiały i urządzenia stanowią element równoważny w stosunku do dokumentacji projektowej. Wykaz należy załączyć do oferty.”

Oferta firmy SKANSKA zawiera podpisane oświadczenie o złożeniu oferty równoważnej.

Oferta zawiera Tabelę równoważności, w której wykonawca wskazał urządzenia, materiały i rozwiązania równoważne:

1. przeciągarka elektryczna linowa PEL5000/7,8/100 Zakład Budowy Urządzeń Dźwigowych „ZBUD” Sp. z o.o.,
2. klatka Faradaya typu Complex Shield S-AST280360305X1 ASTAT Sp. z o.o.,
3. działko wodno-pianowe sterowane elektrycznie, typ MM/E-80 KADIMEX S.A.,
4. kolumny CMC Franki Fundamenty S.A.,
5. zamienne wykonanie konstrukcji stalowej hangarów i symulatora,
6. brama przesuwna teleskopowa wypełniona panelem Rodeca, Torsystem Butzbach Sp.z o.o..
7. centrale wentylacyjne BD-7 VBW Engineering Sp. z o.o., BS-3BIS VBW Engineering Sp. z o.o., BS-1 VBW Engineering Sp. z o.o., BS-2 VBW Engineering Sp. z o.o., SPS-MINI VBW Engineering Sp. z o.o., SPS-4 VBW Engineering Sp. z o.o.

Zamawiający pismem Nr 2167/15 z dnia 05.11.2015 r., wezwał Skanska do złożenia wyjaśnień dotyczących wskazanych w tabeli równoważności urządzeń, materiałów i rozwiązań, m.in. w zakresie konstrukcji stalowej hangarów i symulatora, pkt 8 pisma brzmiał: „Wskazane w ofercie, w tabeli równoważności, zamienne wykonanie konstrukcji stalowej hangaru i symulatora polegające na zastosowaniu schematów konstrukcyjnych projektu wykonawczego i zmianie profili nie spowodują zasadniczych zmian jakościowych przedmiotu zamówienia i spełnią wymagania stawiane przez zamawiającego. Ponadto zamawiający wzywa do szczegółowego wyjaśnienia na czym polega zamienne wykonanie konstrukcji stalowej hangaru i symulatora, na czym polega zmiana profili, czy roboty w tym zakresie wykonywane będą wg dokumentacji projektowej dostarczonej przez zamawiającego, czy zamienne wykonanie dotyczy wszystkich hangarów? ”

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, Skanska złożył wyjaśnienia (pismo Nr wch. 3328/15 z dnia 18.11.2015 r.), gdzie w odniesieniu do konstrukcji stalowej hangarów i symulatora wskazał: „wskazane w ofercie w tabeli równoważności zamienne wykonanie konstrukcji stalowej hangaru polegają na:

a. zmianie profili pasów głównych dźwigara z profili C300 na profile RK 250x8 oraz z profili C200 na profile RK 200x8 przy zachowaniu gatunku stali. Profile zamknięte lepiej przenoszą obciążenia zwłaszcza w płaszczyźnie prostopadłej do osi dźwigara. Elementy zapewniają spełnienie Stanu Granicznego Nośności i Stanu Granicznego Użytkowania, Dodatkowo poprawiają walory użytkowe ze względu na ograniczenie powierzchni gromadzenia się kurzu.

k Zmiana profili rygli dachowych i ściennych z profili RK140x140x4 na profile RP 160x100x4 oraz zmiana gatunku stali z S235 na S355. Proponowane profile prostokątne mają w

stosunku do profili kwadratowych większe wskaźniki wytrzymałościowe w płaszczyźnie zginania.

c. Zmiany słupów z 1900x300x20x12 na kratownice z rur kwadratowych, pasy RK200x6 i RK200x8.

Wszystkie powyższe rozwiązania równoważne uwzględniają zastosowane w projekcie wykonawczym schematy konstrukcyjne i obciążenia. Roboty w tym zakresie wykonywane będą wg dokumentacji projektowej warsztatowej wykonanej na koszt Wykonawcy. Zmiany dotyczą wszystkich hangarów. Powyższe rozwiązania nie spowodują zasadniczych zmian jakościowych przedmiotu zamówienia i spełnią wymagania stawiane przez Zamawiającego. W załączeniu tabela porównawcza -załącznik nr 3."

„Oferta wariantowa” ma swoją definicję w ustawie - należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. „Rozwiązanie równoważne” definicji nie posiada, ale oba te pojęcia opisują możliwość uzyskania określonego efektu za pomocą rozwiązania innego niż wskazane w SIWZ (dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia). Najważniejsza różnica pomiędzy „ofertą wariantową” a „ofertą równoważną” jest taka, że dopuszczenie rozwiązań równoważnych jest w ustawie zasadą - wynikającą z art 29 ust. 3 oraz art. 30 ust., 4, Natomiast zgodnie z art. 83 ust 1, dopuszczenie ofert wariantowych to wyjątek zależny od woli zamawiającego. A zatem oferty wariantowej nie można składać bez zgody zamawiającego, ale urzędnika, materiały i rozwiązania równoważne tym, które Zamawiający opisał stosując znaki towarowe, patenty, pochodzenie, normy, itp. można w ofercie proponować.

W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski i M. Stachowiak w swoim komentarzu wskazują, że granica leży pomiędzy innymi materiałami, niż te które proponuje zamawiający (równoważność), a innym sposobem wykonania zamówienia (oferta wariantowa),

Należy przyjąć, iż równoważność odnosi się do zakresu niewielkiego (konkretnie urządzenie, konkretny materiał, konkretna norma), a wariantowość dotyczy innego sposobu wykonania zamówienia (inna technologia),

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 395/08), ofertę przewidującą, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia i przewidującą użycie odmiennych, ale równoważnych materiałów, zastosowania innej technologii, dodatkowego wyposażenia lub robót zwiększających zakres zamówienia, należy uznać za ofertę wariantową.

Jeśli zamawiający nie spełni przesłanek koniecznych do zaistnienia oferty wariantowej, to oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 628/09). W orzeczeniu tym KIO także

podkreśliło, że możliwość składania oferty wariantowej uzależniona jest od decyzji samego zamawiającego, a nie od woli wykonawców ubiegających się o zamówienie. Ponadto złożenie oferty wariantowej polega na tym, że zamawiający wprowadza do siwz szczegółowy opis sposobu przedstawienia tej oferty, czyli przynajmniej jej minimalne warunki, związane z alternatywnym sposobem wykonania przedmiotu zamówienia,

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 7 listopada 2014 r. (sygn. akt: KIO 2184/14; KIO 2185/14): „(...) Treść udzielonych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia częściowo w sposób inny niż ustalony przez Zamawiającego, Szczegółowe odpowiedzi na pytania Zamawiającego wskazują, że wbrew ogólnemu oświadczeniu wykonawcy, iż ceny jednostkowe zostały skalkulowane zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacjach technicznych i zawierają wszystkie wymagane w nich elementy. Odwołujący wycenił przedmiot zamówienia na podstawie przyjętych przez siebie założeń, innych niż wynikające z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego. Przywołana wyżej ogólna deklaracja nie pozwala na pominięcie okoliczności ujawnionych w szczegółowej części wyjaśnień i nie stanowi o zgodności oferty z treścią SIWZ. Mimo że odwołujący nie zmienił opisu poszczególnych pozycji kosztorysowych, to udzielone wyjaśnienia ujawniły, że w rzeczywistości rozwiązania przyjęte do wyceny i objęte oświadczeniem woli wykonawcy różniły się od narzuconych przez zamawiającego.

Odwołujący przyjął, że niektóre elementy przedmiotu zamówienia wykona inaczej niż określono to w dokumentacji projektowej. Dokonanie na etapie składania oferty zmian wynikających z przeprowadzonych badań należy uznać w świetle postanowień siwz za niedopuszczalne. Na tym etapie wykonawca nie był uprawniony do wprowadzania zmian do dokumentacji projektowej, a wycenienie innych rozwiązań niż przewidziane w projekcie stanowi ofertę wariantową, podczas gdy zgodnie z punktem 7.3 tomu I SIWZ „Instrukcja dla wykonawców” (str. 7) Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych. Stanowi to niezgodność oferty odwołującego z postanowieniami SIWZ i prowadzi do jej nieporównywalności z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu, które zostały skalkulowane w oparciu o projekt przekazany przez Zamawiającego”

W świetle powyższych faktów zamawiający uznał, iż Skanska wskazując w ofercie, w tabeli równoważności:

- a. kolumny CMC Franki Fundamenty S.A. zamiast wskazanych przez zamawiającego w siwz (dokumentacji projektowej i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót) pali żelbetowych prefabrykowanych,
- b. zmianę profili pasów głównych dźwigara z wskazanych przez zamawiającego w siwz (dokumentacji projektowej i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót) profili C300 na profile RK250x8 oraz z profili C200 na profile RK 200x8 przy zachowaniu gatunku stali,

c. zmianę profili rygli dachowych i ściennych z wskazanych przez zamawiającego w siwz (dokumentacji projektowej i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót) profili RK140x140x4 na profile RP 160x100x4 oraz zmiana gatunku stali z S235 na S355,

d. zmianę słupów z wskazanych przez zamawiającego w siwz (dokumentacji projektowej i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót) 1900x300x20x12 na kratownice z rur kwadratowych, pasy RK200x6 i RK200x8.

zaproponował wykonanie części przedmiotu zamówienia nie w oparciu o przekazaną przez zamawiającego dokumentację projektową i Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót, a w oparciu o własne rozwiązania projektowe (techniczne, technologiczne), co oznacza, że złożył ofertę wariantową. Do zastosowania własnych rozwiązań wykonawca nie był uprawniony, ponieważ zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych w przedmiotowym postępowaniu.

Pozostałe, wskazane w tabeli równoważności, materiały, urządzenia i rozwiązania równoważne:

1. przeciągarka elektryczna linowa PEL5000/758/100 Zakład Budowy Urządzeń Dźwigowych „ZBUD” Sp. z o.o.
2. klatka Faradaya typu Complex Shield S -AST28O3603O5X! ASTAT Sp. y n o
3. działko wodno-pianowe sterowane elektrycznie, typ MM/K-80 KAD1MHX S.A..
4. brama przesuwna teleskopowa wypełniona panelem Rodeca, Torsystem Butzbach Sp. z o.o.,
5. centrale wentylacyjne BD~7 VBW Engineering Sp. z o.o., BS-3BIS VBW Engineering Sp. z o.o., BS-1 VBW Engineering Sp. z o.o., BS-2 VBW Engineering Sp, z o.o., SPS-MINI VBW Engineering Sp. z o.o., SPS-4 VBW Engineering Sp. z o.o.

zamawiający zaakceptował jako równoważne wymaganiom stawianym przez zamawiającego, przy czym zaznaczono, iż rozwiązania równoważne mogą być przyjmowane w ofercie wtedy, gdy przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższe nie miało miejsca w odniesieniu do kabiny ekranującej (klatka Faradaya), central wentylacyjnych i bram hangarowych.

W dniu 31 grudnia 2015r. odwołanie wniosło konsorcjum Mega. Odwołanie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta firmy Mega SA działającego w imieniu własnym oraz jako pełnomocnik konsorcjum na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 września 2015r. udzielonego przez obu członków konsorcjum i podpisanego, zgodnie z regułami reprezentacji każdego z członków ujawnionymi w odpisach z KRS załączonych do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 30 grudnia 2015r.

Konsorcjum Mega zaskarżyło

- 1) wybór, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum IDS-BUD
  - 2) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum IDS- BUD
  - 3) nieuwzględnienie w podstawie faktycznej odrzucenia Skanska niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w związku z niewykazaniem parametrów równoważności zaoferowanych przez tego wykonawcę materiałów i urządzeń;
  - 4) odmowę udostępnienia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum IDS-BUD dotyczących zaoferowanej ceny, przez niesłuszne przyjęcie, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa
- Konsorcjum Mega zarzuciło zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:
- 1) art. 7 ust. 1 - przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
  - 2) art. 7 ust. 3 - przez wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy;
  - 3) art. 8 ust. 2 w zw. z ust. 3 - przez nieuprawnione ograniczenie dostępu do wyjaśnień złożonych przez konsorcjum IDS-BUD, dotyczących zaoferowanej ceny;
  - 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez jego niezastosowanie w stosunku do oferty konsorcjum IDS-BUD, pomimo, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z treścią siwz; względnie art. 89 ust. 1 pkt 3 - przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum IDS-BUD mimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
  - 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez jego niepełne zastosowanie w stosunku do oferty złożonej przez wykonawcę Skanska,
- oraz innych przepisów wymienionych w treści niniejszego odwołania.

Konsorcjum Mega wskazało, że jego interes we wniesieniu odwołania polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, a w konsekwencji nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem żądań wskazanych w niniejszym odwołaniu, tj. odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum IDS-BUD S.A. oraz utrzymanie decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez Skanska S.A. jednak z rozszerzoną podstawę faktyczną, to oferta konsorcjum Mega powinna zostać uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert opisanych w siwz i w konsekwencji powinno mu zostać udzielone przedmiotowe zamówienie, bowiem na podstawie informacji zawartych w piśmie zamawiającego z dnia 22.12.2015 r. oferta odwołującego uzyskała 96,09 pkt i została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą Konsorcjum IDS-BUD (oferta Skanska nie podlegała cenie ze względu na odrzucenie).

Konsorcjum Mega wniosło o:



- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 22 grudnia 2015r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum IDS-BUD;
- 2) nakazanie zamawiającemu przeprowadzenie ponownej oceny złożonych ofert;
- 3) nakazanie rozszerzenia podstawy faktycznej odrzucenia oferty Skanska o okoliczności wskazane w treści niniejszego odwołania;
- 4) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum IDS-BUD;
- 5) nakazania zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Mega;
- 6) nakazanie zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum IDS-BUD dotyczących oferowanej przez niego ceny w zakresie oferowanych materiałów i urządzeń.

#### Zarzuty dotyczące oferty konsorcjum IDS-BUD

Zgodnie z treścią oświadczenia konsorcjum IDS-BUD złożonego na załączniku nr 6 do oferty - wykonawca złożył ofertę na warunkach określonych przez zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia i w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, STWiOR, SIWZ i złożoną ofertą. Tym samym konsorcjum IDS-BUD potwierdziło, że nie składa oferty równoważnej (tak też wynika z informacji podanej przez wykonawcę na str. 3 Formularza ofertowego).

Jednakże w poz. 138 d.13 Zestawienia wartości elementów robót (załącznik nr 29 do Formularza ofertowego) dot. obiektu: Hangary w branży budowlanej (str. 108 Formularza ofertowego), ww. Wykonawca zaoferował wykonanie dostawy i montażu bram przesuwnych H1 i H2 3892\*650 cm z napędem elektrycznym teleskopowym, za kwotę 2.962.160,05 zł.

Konsorcjum wskazało, iż w jego opinii, cena zaoferowana za wykonanie ww. elementu przedmiotu zamówienia, jeśliby przyjąć, że wykonawca zaoferował dostawę i montaż bram przesuwnych zgodnych z wymaganiami zamawiającego opisanymi w dokumentacji projektowej, STWiOR i SIWZ - jest nierealna i nierynkowa.

Zgodnie z Projektem Wykonawczym Tom I. Hangary Teczka 1. Architektura, Branża: Architektura, str. 21, pkt 5.8.2 - Bramy hangarów, ppkt 5.8.3.1

„Konstrukcja obudowy bramy wg projektu konstrukcyjnego. Obudowa konstrukcji nad bramą z płyt warstwowych. Współczynnik przenikania ciepła  $U(\max)$  [W/m<sup>2</sup>K] = 1.7 Wymiary otworu bramy w świetle 3892/650 H1 i H2 = 2 szt.

Montowane przed otworem budowlanym. Brama przesuwna z napędem elektrycznym teleskopowym z możliwością otwierania ręcznego. Brama rozsuwana na dwie strony. Każda część składa się z trzech skrzydeł poruszających się na oddzielnych torowiskach. Skrzydło składa się z ramy stalowej z wzmacniającymi belkami poziomymi. Wypełnienie elementów bramy stanowią bezbarwne płyty z włókna szklanego o szer. 1m, przepuszczalności światła

ok. 63%. Brama posiada dwa wyjścia ewakuacyjne otwierane na zewnątrz wyposażone w samozamykacz, klamki, zamek anty paniczny, elektryczne ryglowanie połączone ze sterowaniem skrzydła bramy (zatrzymuje bramę w momencie otwarcia drzwi) oraz 10 naświetli. Dostosowana jest do częściowego otwarcia (szer.8.3m) na impuls z centralki sygnalizacji pożaru. Uwaga: Brama może być otwierana przy prędkości wiatru nie większej niż 70km/godz.”

Szacunkowa wartość ww. elementu, tj. dostawa i montaż bram przesuwnych H1 i H2 2892\*650 cm z napędem teleskopowym została wyceniona przez zamawiającego w kosztorysie inwestorskim, na podstawie wyceny producenta, na kwotę 4.992.000,00 zł.

Konsorcjum Mega na etapie przygotowywania oferty przeprowadziło szczegółową analizę rynku w zakresie oferowanych cen dostawy i montażu bram przesuwnych o ww. parametrach określonych w dokumentacji projektowej. Po wynegocjowaniu maksymalnych upustów uzyskał cenę za wykonanie ww. elementu wynoszącą 3.849.412,81 zł brutto. Zatem jest to cena o prawie milion złotych wyższa od kwoty zaoferowanej przez konsorcjum IDS-BUD.

Powyższe okoliczności, a także informacje uzyskane od dystrybutora i producenta bram przesuwnych przyjętych przez zamawiającego w dokumentacji projektowej, zdaniem konsorcjum Mega wskazują, że konsorcjum IDS-BUD nie zaoferował w poz. 138 d.13 Zestawienia wartości elementów robót wykonania dostawy i montażu bram przesuwnych H1 i H2 3892\*650 cm z napędem elektrycznym teleskopowym zgodnych z wymaganiami dokumentacji projektowej.

Podobną cenę do oferty konsorcjum IDS-BUD za wykonanie ww. elementu robót, zaoferował w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Skanska , który wycenił dostawę i montaż bram przesuwnych H1 i H2 (poz. 138 d.13 Zestawienia wartości elementów robót dot. Hangarów w branży budowlanej) na kwotę 2.304.285,08 zł brutto. Jednakże konsorcjum Mega zaznaczyło, iż zgodnie z informacjami podanymi w poz. 6 Tabeli równoważności złożonej wraz z oferta, Skanska zaoferował w zakresie bram hangarowych rozwiązanie równoważne do określonego w dokumentacji projektowej. Natomiast konsorcjum IDS-BUD wraz z ofertą przedłożyło oświadczenie, iż zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, SIWZ i STWiORB, a zatem nie oferuje rozwiązań równoważnych. W związku tym odwołujący Mega uważa, że jeśli założyć, że ww. oświadczenie konsorcjum IDS-BUD jest zgodne z prawdą i oferta tego wykonawcy nie zawiera rozwiązań równoważnych, to nasuwa się wniosek, iż cena zaoferowana za dostawę i montaż bram przesuwnych w hangarach w poz. 138 d.13 jest rażąco niska, a w konsekwencji nierealna i nierynkowa.

Powyższe stwierdzenie jest szczególnie istotne ze względu na zapis w rozdziale 17 pkt 5 siwz, gdzie w Uwadze II zamawiający wskazał, że cena ofertowa nie może być niższa od

ceny wytworzenia. W związku z powyższym, w opinii odwołującego zaoferowanie dostawy i montażu bram przesuwnych przez konsorcjum IDS-BUD za cenę niemożliwą do uzyskania na rynku jest ewidentnie niezgodne z powyższymi wymogami siwz.

Ponadto zdaniem konsorcjum Mega opisane działanie konsorcjum IDS-BUD jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i w konsekwencji prowadzi do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm. - dalej U.Z.N.K.) i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 r., sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu (tak, KIO w wyroku z dnia 22.10.2014 r., sygn. akt: 2046/14).

Dodatkowo konsorcjum Mega podniosło, iż zamawiający nie udostępnił na jego wniosek treści wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny złożonych przez konsorcjum IDS-BUD, argumentując, iż zostały one skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, posiadają wartość gospodarczą oraz informacje o danych kontrahentów i warunkach ich współpracy i dlatego nie mogą zostać udostępnione. W konsekwencji konsorcjum Mega zostało pozbawione możliwości zweryfikowania czy konsorcjum IDS-BUD składało wyjaśnienia w zakresie ceny zaoferowanej za dostawę i montaż bram przesuwnych. Tym nie mniej nawet gdyby przyjąć, iż w ramach wyjaśnień ww. wykonawca starał się wykazać, że zaoferowane przez niego w poz. 138 d.13 bramy posiadają parametry równoważne do wymaganych w dokumentacji projektowej to wówczas byłoby to działanie niezgodne z wymaganiami określonymi w siwz, ponieważ w ofercie tego wykonawcy nie ma oświadczenia o złożeniu oferty równoważnej, a także brak jest w niej pozostałych wymaganych w tym zakresie dokumentów. Natomiast zgodnie z rozdziałem 3 Uwaga II siwz:

„Zamawiający dopuszcza złożenie oferty równoważnej. Wykonawca w składanej ofercie podpisuje oświadczenie o złożeniu albo oferty równoważnej, albo oferty na warunkach określonych przez Zamawiającego. Zamawiający żąda, żeby Wykonawca udokumentował w ofercie, że zastosowane rozwiązania równoważne nie spowodują zasadniczych zmian jakościowych przedmiotu zamówienia.”

Ewentualne uzupełnianie oferty w zakresie parametrów równoważnych oferowanych bram stałoby w sprzeczności z dyspozycją art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp. Potwierdza to

stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 29.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1371/15; KIO 1383/15 wskazujące na brak możliwości ustalenia treści oświadczenia wykonawcy w przypadku braku jego konkretyzacji w ofercie oraz na zakaz negocjowania treści oferty po terminie składania ofert.

Konsorcjum Mega wskazało, iż zmiana przez wykonawcę, na etapie badania ofert, parametrów oferowanych bram jest byłaby niedopuszczalna również w związku z zapisem w Rozdziale 3 Uwaga II SIWZ, zgodnie z którym:

„W sytuacji podpisania oświadczenia o złożeniu oferty na warunkach określonych przez Zamawiającego, zabrania się dokonywania zmian materiałów, urządzeń, technologii w stosunku do wynikających z dokumentacji projektowej i STWiOR, chyba że urządzenie, materiał lub technologię przestano produkować, wycofano lub nie spełnia określonych obowiązującymi przepisami, normami wymagań na dzień wbudowania.”

Jak zatem wynika z powyższego cena zaoferowana przez konsorcjum IDS-BUD w poz. 138 d.13 Zestawienia wartości elementów robót wskazuje iż wykonawca zaoferował rozwiązanie równoważne. Powyższe okoliczności świadczą o niezgodności oferty złożonej przez konsorcjum IDS-BUD z treścią SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Względnie, na podstawie zaoferowanej ceny można wnioskować, iż wykonawca zaoferował wykonanie dostawy i montażu bram przesuwnych H1 i H2 za cenę rażąco niską, a zatem niemożliwą do uzyskania w realiach rynkowych, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

2) Zamawiający w dokumentacji projektowej (projekty wykonawcze w branży elektrycznej dla poszczególnych obiektów) zawarł wymóg dotyczący zastosowania kabli do napięć specjalnych. Powyższe zostało potwierdzone przez zamawiającego w ramach odpowiedzi na pytania nr 4 i 5 z dnia 23.09.2015 r., do której zamawiający dołączył zestawienie opraw oświetleniowych oraz kabli z uwzględnieniem kabli napięć specjalnych.

Z tego konsorcjum Mega wywiodło, co następuje:

Instalacje napięć specjalnych (o częstotliwości 400Hz oraz napięcie stałe DC) zostały przewidziane w następujących obiektach, wchodzących w zakres zadania:

1. Zespół 6 hangarów
2. Budynek Obsługi Technicznej Lotniska (BOTL)
3. Budynek Zaplecza Technicznego Obsługi Lotniska (BZTOL)

Napięcia specjalne zgodnie z założeniem projektu wykonawczego zostaną wytworzone przez przetwornice 400Hz oraz przetwornice DC. Przetwornice odpowiedzialne będą za zasilanie rozdzielnic napięć specjalnych, które z kolei zostaną umieszczone w poszczególnych sekcjach i pomieszczeniach projektowanych obiektów (1-3 powyżej). Z poszczególnych rozdzielnic napięć specjalnych zasilone zostaną odpowiednie gniazda w

zestawach gniazd napięć specjalnych (ZGNS), które zostały przewidziane w wybranych sekcjach i pomieszczeniach projektowanych obiektów.

Dystrybucja napięć specjalnych od przetwornic 400Hz i DC do poszczególnych rozdzielnic napięć specjalnych, a dalej do zestawów gniazd napięć specjalnych (ZGNS) zrealizowana zostanie przy pomocy specjalistycznych przewodów 400Hz (np. 1x35+6x35+6x(3x1) z żyłami sterowniczymi o przekroju 1 mm<sup>2</sup>) prowadzonymi na wydzielonych korytach kablowych.

Istotą zastosowania rozwiązań napięć specjalnych (400Hz i DC) jest konieczność zapewnienia właściwego zasilania o ściśle ustalonych parametrach dla stacjonujących na terenie lotniska statków powietrznych (helikopterów bojowych). Przewidziane w projekcie wykonawczym napięcia specjalne są niezbędne zarówno do zachowania właściwej komunikacji pomiędzy przyrządami i kontrolerami zainstalowanymi na pokładzie helikopterów oraz urządzeniami i kontrolerami stacjonarnymi podczas ich postoju, prac serwisowych i naprawczych. Kable wykonane w standardzie częstotliwości 400Hz posiadają skomplikowaną konstrukcję, w której oprócz żył roboczych można wyselekcjonować niezbędne powłoki ekranujące i żyły sterownicze, które stanowią kanał transmisji wymiany danych pomiędzy urządzeniami stacjonarnymi, a urządzeniami zainstalowanymi na pokładzie statków powietrznych. Zastosowanie specjalistycznych kabli zapewnia właściwą ochronę dla zasilania i zapewnienia komunikacji przed zaburzeniami i zakłóceniami elektromagnetycznymi, które w środowisku elektromagnetycznym są generowane niemal przez wszystkie urządzenia zasilane elektrycznie.

Zastosowanie typowych kabli i przewodów elektroenergetycznych (np. typu YKY, YDY) w miejsce kabli specjalistycznych (400Hz) jest niemożliwe, ze względu na ich uproszczoną konstrukcję i funkcję w ogólnym zastosowaniu elektroinstalacyjnym. Mianowicie standardowe kable i przewody elektroinstalacyjne nie zostały przewidziane do pracy w środowisku częstotliwości 400Hz i dlatego mogą być źródłem zagrożeń w postaci przenoszenia zakłóceń i zaburzeń elektromagnetycznych generowanych przez inne pracujące w pobliżu urządzenia. Ponadto typowy kabel elektroinstalacyjny poza żyłami roboczymi nie zawiera w swej konstrukcji dodatkowych żył sterowniczych dla zapewnienia kanału transmisji danych pomiędzy urządzeniami stacjonarnymi, a urządzeniami zainstalowanymi na pokładzie helikopterów.

W związku z powyższym niemożliwym jest, w ocenie konsorcjum Mega przyjęcie/założenie zastosowania typowych kabli elektroinstalacyjnych w miejsce kabli specjalistycznych, których funkcję i ewidentną potrzebę przewiduje specyfika projektowanych obiektów.

Natomiast z przedłożonego przez konsorcjum IDS-BUD Zestawienia wartości elementów robót (Załącznik nr 29 do Formularza oferty) wynika, że wykonawca zaoferował:

- w poz. 30 d.3 Zestawienia dot. Hangarów w branży elektrycznej (str. 146 Formularza ofertowego) -układanie kabli o masie do 0,5 kg/m w korytach i kanałach elektroinstalacyjnych YKY 1x35;
- w poz. Poz. 30 d. 3 Zestawienia dot. budynku BZTOL w branży elektrycznej (str. 249 Formularza ofertowego) - układanie kabli o masie 0,5 kg/m w korytach i kanałach elektroinstalacyjnych YKY 1x35.

W związku z powyższym konsorcjum Mega wskazało, iż zaoferowanie przez konsorcjum IDS-BUD typowych kabli elektroinstalacyjnych zamiast kabli specjalistycznych stanowi o niezgodności oferty tego wykonawcy z wymaganiami siwz, w tym dokumentacji projektowej, co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzuty dotyczące oferty Skanska

Skanska złożył wraz z ofertą oświadczenie na załączniku nr 5 do Formularza ofertowego, z którego wynika, że złożył ofertę równoważną na realizację przedmiotu zamówienia i w przypadku wyboru jego oferty zobowiązuje się na własny koszt i własnym staraniem uzyskać niezbędne uzgodnienia, opinie, pozwolenia, decyzje administracyjne mogące mieć, wpływ na realizację zadania zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Ponadto wraz z ofertą ww. Wykonawca przedłożył Tabelę równoważności (str. 244 Formularza ofertowego), w której w poz. 5 dotyczącej konstrukcji stalowej hangaru i symulatora podał, że w ofercie uwzględniono rozwiązanie zamienne wykonania konstrukcji stalowej polegające na zastosowaniu schematów konstrukcyjnych projektu wykonawczego i zmianie profili, z których konstrukcja zostanie wykonana. Zmiana ta nie wpływa w żaden sposób na nośność i trwałość konstrukcji ani nie wymaga uzyskania dodatkowych pozwoleń. Konsorcjum Mega wskazało, iż na podstawie ww. informacji nie można stwierdzić, że wykonawca udokumentował, iż zaoferowane przez niego rozwiązanie równoważne nie spowoduje zasadniczych zmian jakościowych przedmiotu zamówienia. Tym bardziej, że z informacji podanych przez Skanska w żaden sposób nie wynika na czym polega oferowana zmiana profili.

Odwolujący stwierdził, że Skanska, pomimo zaoferowania rozwiązania równoważnego w zakresie konstrukcji stalowej hangaru i symulatora - nie przedstawił danych, które wskazywałyby na to, jakie konkretnie oferuje rozwiązania równoważne, a zatem nie jest możliwa ich identyfikacja. Powyższych ustaleń nie można dokonać w żaden inny sposób, bowiem wykonawca nie załączył do oferty wymaganych dokumentów, przez co nie udokumentował że zastosowane rozwiązania równoważne nie spowodują zasadniczych zmian jakościowych przedmiotu zamówienia,

Powyższe stoi w wyraźnej sprzeczności z wymaganiami zamawiającego określonymi w Rozdziale 3 Uwaga II siwz odnośnie oferowanych rozwiązań równoważnych, gdzie wskazano, iż:

„Zamawiający dopuszcza złożenie oferty równoważnej. Wykonawca w składanej ofercie podpisuje oświadczenie o złożeniu albo oferty równoważnej, albo oferty na warunkach określonych przez Zamawiającego. Zamawiający żąda, żeby Wykonawca udokumentował w ofercie, że zastosowane rozwiązania równoważne nie spowodują zasadniczych zmian jakościowych przedmiotu zamówienia. Wskazane w ofercie materiały i urządzenia powinny być o parametrach równoważnych lub lepszych w porównaniu z parametrami wynikającymi z dokumentacji projektowej Zamawiającego, co należy udokumentować w ofercie. Wszelkie koszty związane ze złożeniem oferty równoważnej ponosi w całości Wykonawca. Wykonawca obowiązany jest do podania w sposób jednoznaczny (w formie wykazu), które materiały i urządzenia stanowią element równoważny w stosunku do dokumentacji projektowej. Wykaz należy załączyć do oferty.”

Konsorcjum Mega wskazało na wyrok KIO z 07.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1792/13, zgodnie z którym w postępowaniu o zamówienie publiczne zasada jest że oferowany przedmiot musi być zaprezentowany zamawiającemu w sposób wymagany w postępowaniu (siwz) najpóźniej w terminie składania ofert. Ustawa wyraża bowiem zasadę stabilności oferty i jej niezmienności po terminie składania ofert. Zgodnie z treścią art. 84 ust. 1 ustawy - zmienić lub wycofać ofertę wykonawca może tylko przed upływem terminu do składania ofert. W myśl natomiast art. 87 ust. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Ustawodawca wyraża zatem zasadę określenia przez wykonawcę oferowanego przedmiotu najpóźniej w terminie składania ofert oraz wprowadza zakaz zmiany oferty po tym terminie. Oznacza to tyle, że na podstawie oferty musi być określony oferowany przedmiot, oraz, że oferta musi zawierać takie informacje, które pozwolą na identyfikację oferowanego przedmiotu. Zgodnie bowiem z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chyba że oferta podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (wyrok KIO z 07.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1792/13). Jednocześnie w wyżej wskazanym wyroku KIO zaznaczyła, iż ewentualne uzupełnienie brakujących informacji w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadziłyby do zmiany treści złożonej oferty. Z takim samym skutkiem wiązałyby się pozyskanie przez zamawiającego brakujących informacji w ramach wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem ustawa wyraża zasadę stabilności oświadczenia stanowiącego ofertę oraz jej niezmienności po upływie terminu składania ofert (Przewidziane od tej zasady odstępstwa wynikają jedynie z treści art. 87 ust. 2 ustawy). W związku z tym sprecyzowanie oferowanego przedmiotu, dokonane po terminie składania ofert, nie może być uznane za skuteczne.

Konsorcjum Mega zaznaczyło, iż obowiązek dotyczący przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań przez oferowane rozwiązania równoważne wynika, poza zapisami siwz, wprost z dyspozycji art. 30 ust. 5 ustawy, zgodnie z którym wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowany przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zatem to na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności dotyczącej równoważności oferowanego przedmiotu zamówienia i to w sposób określony przez zamawiającego [tak KIO w wyroku z dnia 21.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2380/13].

Podkreśliło, iż skoro wykonawca nie sprostął w treści oferty obowiązkowi wykazania, że oferowane przez niego urządzenia/materiały równoważne spełniają wymogi zamawiającego, to aktualnie nie ma podstaw do naprawienia tej wady oferty na drodze wyjaśnień, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Wyjaśnienia nie służą bowiem uzupełnieniu treści oferty.

Na brak możliwości uzupełnienia oferty w zakresie równoważności materiałów/ urządzeń wskazuje Izba w wyroku z dnia 12.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1205/09. Powyższe potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1371/15; KIO 1383/15.

Mając na uwadze powyższe konsorcjum Mega stwierdziło, iż oferta złożona przez Skanska jest niezgodna z treścią siwz z powodu niedopełnienia przez tego wykonawcę obowiązków związanych z oferowaniem rozwiązań równoważnych. W związku z tym podstawa faktyczna odrzucenia oferty Skanska powinna, w ocenie odwołującego Mega, wskazywać, poza argumentacją wskazaną przez zamawiającego w piśmie z dnia 22.12.2015 r., również na powyższą niezgodność.

Zarzut dotyczący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

W odpowiedzi na wnioski odwołującego z dnia 12.12.2015 r. i 22.12.2015 r. zamawiający poinformował, iż wszelka jawna korespondencja prowadzona przez niego z konsorcjum IDS-BUD, dotycząca wezwań i składanych wyjaśnień, została udostępniona. Natomiast odnośnie pozostałej części dokumentów i wyjaśnień uznał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, posiadają wartość gospodarczą oraz informacje o danych kontrahentów i warunkach ich współpracy z wykonawcą i dlatego nie zostaną udostępnione.

Konsorcjum Mega wskazało, iż na skutek ww. czynności zamawiającego zostało pozbawione możliwości uzyskania pełnego wglądu do treści oferty złożonej przez Konsorcjum IDS-BUD. W konsekwencji nie ma możliwości jednoznacznego ustalenia czy w ramach składanych wyjaśnień ww. wykonawca przedkładał dowody i dodatkowe informacje odnośnie oferowanych bram przesuwanych H1 i H2, co do których sformułowano zarzuty w treści przedmiotowego odwołania.



W ocenie konsorcjum Mega działanie zamawiającego godzi w zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym bardziej, że informacje zastrzeżone przez pozostałych wykonawców zostały przez zamawiającego odtajnione, a zatem każdy zainteresowany podmiot ma do nich dostęp.

Zastrzeżenie przez konsorcjum IDS-BUD całości szczegółowych wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny ma na celu, w opinii konsorcjum Mega, uniemożliwienie pozostałym wykonawcom zweryfikowanie przedstawionych informacji pod kątem zgodności z treścią siwz i, w konsekwencji utrudnienie wniesienia środków ochrony prawnej.

Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1438/15 - Nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu zapoznania się z treścią dokumentów.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wskazał, iż działanie zamawiającego w powyższym zakresie jest niezgodne z dyspozycją art. 8 ust. 1-3 ustawy, i wniósł o odtajnienie wyjaśnień złożonych przez konsorcjum IDS-BUD dotyczących oferowanej przez niego ceny w zakresie oferowanych materiałów i urządzeń, bez ujawniania danych i innych informacji identyfikujących kontrahentów oraz warunki współpracy.

W dniu 31 grudnia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 4 stycznia 2016r. drogą elektroniczną do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Skanska wskazując, że oddalenie odwołania konsorcjum Mega oraz uwzględnienie własnego odwołania odwołującego Skanska pozwoli mu na uzyskanie zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym złożonym przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 czerwca 2013r. udzielonego przez prezesa zarządu Skanska upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu

W dniu 4 stycznia 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło swój udział konsorcjum IDS-BUD wnosząc o oddalenie odwołania oraz wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a uwzględnienie odwołania uniemożliwi konsorcjum IDS-BUD uzyskanie zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez IDS-BUD w osobach dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z

załączonym odpisem z KRS. IDS-BUD działał w imieniu własnym oraz konsorcjum na podstawie pełnomocnictwa z dnia 1 października 2015r. udzielonego przez obu członków konsorcjum i podpisanego zgodnie z zasadami reprezentacji, każdego z członków konsorcjum ujawnionymi w załączonych odpisach z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 4 stycznia 2016r.

W dniu 12 stycznia 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania, dopuszczenie dowodów powołanych w treści odpowiedzi, zasądzenie od Konsorcjum Mega na rzecz zamawiającego kosztów poniesionych przez zamawiającego w związku z przedmiotowym postępowaniem, których spis zostanie przedstawiony na posiedzeniu.

Zamawiający potwierdził informacje zawarte w informacji o wyniku postępowania, oraz przyznał, że gdyby oferta wykonawcy Skanska nie została odrzucona byłaby ofertą najkorzystniejszą. Zamawiający zacytował treść uwagi II sekcji 3 Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz treść sekcji 6 siwz. Wskazał jakie elementy w Tabeli równoważności zawartej w ofercie Skanska firma ta uznała za równoważne i podał, które sam ocenił jako równoważne wymaganiom stawianym przez zamawiającego, gdyż ich cechy techniczne i jakościowe nie spowodują zasadniczych zmian jakościowych przedmiotu zamówienia. Zamawiający odnosząc się do zarzutów i żądań Konsorcjum Mega podtrzymał dotychczasowe stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 22 grudnia 2015r. informującym o wynikach postępowania w tym szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące odrzucenia oferty odwołującego.

#### 1. Podtrzymanie dotychczasowego stanowiska

Szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne dotyczące odrzucenia oferty Konsorcjum Mega się zamawiający przedstawił w piśmie z 22.12.2015 r. informującym o wynikach postępowania przetargowego i podtrzymuje swoje stanowisko w całej rozciągłości.

Zamawiający wskazał, że oferta wariantowa została zdefiniowana w art. 2 pkt 7 ustawy i należy przez nią rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Podniósł, że nie ma natomiast definicji legalnej „rozwiązań równoważnych”. W tej sytuacji uzasadnione jest przywołanie orzecznictwa KIO, w którym wypracowano dosyć spójną definicję tego pojęcia i tak zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 17.12.2012 r. sygn. akt: KIO 2621/12 oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w siwz, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Istotne jest, że produkt równoważny nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne zbliżone do produktu

referencyjnego cechy i parametry. Podobnie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 10.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2059/12, w wyrokach z 19.03.2010 r., sygn. akt: KIO 189/10 oraz z 5.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1458/13.

Jak wynika z powyższego, dla rozwiązania wariantowego kluczowy jest „odmienny sposób wykonania zamówienia”, natomiast dla rozwiązań równoważnych kluczowe są „odmienne, ale zbliżone do produktu/urządzenia referencyjnego cechy i parametry”. Znajduje to, według zamawiającego, oparcie art. 30 ust. 4 w związku z art. 30 ust. 1 ustawy, w którym ustawodawca wskazuje, że rozwiązania równoważne mogą dotyczyć „cech technicznych i jakościowych”, „norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia”, nie ma tutaj natomiast mowy o „sposobie wykonania”, który jest zastrzeżony dla oferty wariantowej. W zakresie zarzutów odnoszących się do oferty konsorcjum IDS-BUD, to co do zaniżenia ceny dostawy i montażu bram przesuwanych H1 i H2 3892x650 cm zamawiający przedstawił zestawienie cen, które oferenci przedstawili w Zestawieniu wartości elementów robót (załącznik 29 do Formularza ofertowego) - wartości wykonania 1 montażu bram hangarowych wskazane przez wykonawców w zestawieniu wartości elementów robót

1. Konsorcjum Mega – cena 3 849 412,81 zł (cena 6 w rankingu cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców za ten element)
2. Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Qumak S.A.- cena 2 993 224,26 zł (cena 5 w rankingu cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców za ten element)
3. Konsorcjum firm: BUDIMEXS.A. PKE Sp. z o.o. - cena 2 520 317,16 zł (cena 3 w rankingu cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców za ten element)
4. Konsorcjum IDS-BUD S.A.- cena 2 962 160,05 zł (cena 4 w rankingu cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców za ten element)
5. Warbud S.A. – cena 1 836 581,64 zł (cena 1 w rankingu cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców za ten element)
6. SKANSKA S.A. – cena 2 304 285,08 zł (cena 2 w rankingu cen zaoferowanych przez wszystkich wykonawców za ten element)

W ocenie zamawiającego z zestawienia wynika, że wskazana przez konsorcjum firm IDS - BUD kwota 2. 962 160,05 zł jest czwarta w kolejności, a następująca po niej kwota jest wyższa o zaledwie 31.064,21 zł. Natomiast kwota wskazana przez konsorcjum Mega się w sposób znaczący odbiega od poprzedzającej ją - aż o 856.188,55 zł.

Zamawiający zauważył, że średnia wartość bram przesuwanych wskazana przez oferentów wynosi 2.744.330,16 zł lub 2.523.313,64 zł gdyby do wyliczenia średniej nie przyjmować wartości podanej przez konsorcjum Mega. Kwota wskazana przez konsorcjum IDS -BUD jest wyższa od średnich kwot podanych przez oferentów, trzy kwoty są niższe, dwie kwoty są wyższe od niej, przy czym jedna zaledwie o 1,05%, a druga, przedstawiona przez

konsorcjum Mega, aż o 28,90%. W ocenie zamawiającego twierdzenie, że „konsorcjum Mega na etapie przygotowywania oferty przeprowadził szczegółową analizę rynku” i „po wynegocjowaniu maksymalnych upustów uzyskał cenę 3 849 412,81”, która jest najwyższą spośród przedstawionych przez wszystkich oferentów może raczej dowodzić tego, że pozostałe firmy mają wyższe upusty, a nie że przedstawiają ceny „nierealne i nierynkowe”.

Konsorcjum IDS -BUD istotnie przedstawiło oświadczenie, że złożyło ofertę na warunkach określonych przez zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia i w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, siwz, STWiOR i złożoną ofertą. Zamawiający przyjął to oświadczenie za wiążące, uznał, że wykonawca nie będzie stosował rozwiązań równoważnych i podczas realizacji przedmiotu zamówienia będzie wymagał od wykonawcy dostawy i montażu bram przesuwanych H1 i H2 3892x650 cm zgodnie ze złożoną ofertą.

Mając na uwadze powyższe zestawienia wykazujące, że Konsorcjum firm IDS -BUD wskazało kwotę powyżej średniej oraz okoliczność, że konsorcjum to nie będzie stosowało rozwiązań równoważnych, zarzuty dotyczące naruszenia dobrych obyczajów i stosowania nieuczciwych praktyk w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w ocenie zamawiającego, należy uznać za gołosłowne.

Zamawiający zwrócił także uwagę, jakie intencje przyświecały zamawiającemu i jakimi zastrzeżeniami obwarował możliwości wykorzystania „Zestawienia wartości elementów robót” (siwz, str. 34):

„W celu łatwiejszego wypełnienia „formularza ofertowego”, każdy z Wykonawców na podstawie przekazanych przez zamawiającego przedmiarów robót sporządzi „Zestawienie wartości elementów robót” (wzór zamieszczony w załączniku do siwz na str. 111), jako wydzielone, zamknięte grupy robót, podlegające finansowaniu po ich wykonaniu i odbiorze przez inspektora nadzoru inwestorskiego, należy przyjąć poszczególne pozycje przedmiarowe z przedmiarów robót (TOM XI). Zachować nazewnictwo i podział na obiekty, branże, działy i rozdziały zgodnie z poszczególnymi teczkami przedmiarów robót (TOM XI). Ilości robót wskazane w poszczególnych pozycjach przedmiarowych traktować pomocniczo. Należy wycenić zakres rzeczowy robót budowlanych wynikający z dokumentacji projektowej i STWiOR, oraz uwzględnić w wartości poszczególnych pozycji przedmiarowych wszelkie koszty, prace, czynności, opracowania, badania i inne, wynikające z treści siwz oraz zgodnie z wszelkimi normami prawnymi i technicznymi mającymi zastosowanie w budownictwie przy dochowaniu należytej staranności oraz wg. najlepszej profesjonalnej wiedzy. W „Zestawieniu wartości elementów robót” podać w kolumnie „wartość robót” ostateczną wartość robót z VAT dla danej pozycji przedmiarowej, „Zestawienie wartości elementów robót” stanowić będzie jedynie materiał informacyjny o sposobie obliczenia ceny oferty i nie będzie

sprawdzany oraz poprawiany, a zamawiający przyjmuje, że prawidłowo podano cenę wpisaną w formularzu ofertowym.

Zamawiający potwierdził, że nie udostępnił na wniosek konsorcjum Mega treści wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Konsorcjum IDS -BUD ceny argumentując, że zostały one skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i stanowisko to podtrzymuje jednocześnie wyjaśniając po raz wtóry, że konsorcjum IDS -BUD przedstawiło oświadczenie, że złożyło ofertę na warunkach określonych przez zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia i w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, siwz STWiOR i złożoną ofertą, co automatycznie oznacza, że nie złożyło oferty równoważnej na realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający potwierdza tę okoliczność i oświadcza, że nie prowadził negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz nie dokonywał zmiany jej treści, postępując zgodnie z dyspozycją art. 87 ustawy.

Odnosnie zarzutu dotyczącego stosowania kabli zwykłych zamiast specjalistycznych, to zamawiający nie dostrzega niezgodności oferty Konsorcjum IDS -BUD z wymogami siwz. W związku z rozbieżnościami w dokumentacji projektowej, zamawiający zamieścił właściwe zestawienie typów i ilości kabli do napięć specjalnych na stronie 17 TOL, o czym poinformował wykonawców w odpowiedzi na pytania 4, 5 w XI Turze z dnia 23.09.2015 r. zamawiający informował, iż informacje wynikające z udzielanych odpowiedzi są wiążące dla wykonawców i trzeba je uwzględniać przy sporządzaniu oferty. Zamawiający nie kwestionuje również prawdziwości specyfikacji zacytowanej przez konsorcjum Mega jako pochodzącej z „Zestawienia wartości elementów robót” przedstawionego przez Konsorcjum.

Zamawiający jednak ponownie podkreślił, iż zgodnie z siwz i intencją zamawiającego „Zestawienie wartości elementów robót” stanowić będzie jedynie materiał informacyjny o sposobie obliczenia ceny oferty i nie będzie sprawdzany oraz poprawiany. Wykonawca jest zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, siwz, STWiOR, a także odpowiedziami udzielonymi przez zamawiającego. W związku z powyższym zamawiający przyjmuje, że w cenie ryczałtowej oferty wykonawcy uwzględnili kable specjalne zgodne z zaktualizowanym zestawieniem zamieszczonym na stronie 17 TOL, a inne materiały niż podane w XI turze odpowiedzi na pytania 4 i 5 „nie będą dopuszczone do montażu, niezależnie od tego, co zostało wskazane przez oferenta w „Zestawienie wartości elementów robót”.

Co do zarzutów odnoszące się do oferty SKANSKA, to zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem konsorcjum Mega, że nie było możliwe wezwanie SKANSKA SA na podstawie art. 87 ust. 1 w związku z art. 30 ust. 5 ustawy do złożenia wyjaśnień. SKANSKA SA przedstawiła obszerną tabelę równoważności, w której zakres rozwiązań równoważnych został szczegółowo przedstawiony. Zamawiający, m.in. mając wątpliwości dotyczącego tego,

czy proponowane rozwiązania nie stanowią i odmiennego sposobu wykonania zamówienia i czy nie należy ich zakwalifikować jako oferty wariantowej (co ostatecznie okazało się być podstawą do odrzucenia oferty tego wykonawcy), wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i wykazania, że wszystkie wskazane w ofercie (tabela równoważności) urządzenia, materiały i rozwiązania równoważne spełniają wymagania stawiane przez zamawiającego w dokumentacji projektowej i STWiOR i nie spowodują zasadniczych zmian jakościowych przedmiotu zamówienia. Co jest według zamawiającego kluczowe, skutkiem uzyskania odpowiedzi nie była zmiana treści oferty ani jej uzupełnienie poprzez złożenie dokumentów wykazujących, że wykonawca zaoferował przedmiot równoważny przedmiotowi zamówienia. Za możliwością wezwania wykonawcy do wyjaśnienia złożonej oferty w tej formie przemawia m.in. wyrok KIO z 30.04.2014 r. sygn. akt 738/14.

W zakresie zarzutów związanych z zaniechaniem ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, to zamawiający potwierdził, że nie udostępnił na wniosek Konsorcjum Mega części dokumentów i wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum IDS -BUD ceny argumentując, że zostały one skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, posiadają wartość gospodarczą, zawierają informacje o danych kontrahentów, warunkach współpracy, uzyskanych upustach i stanowisko swoje nadal uważa za właściwe. Zamawiający wskazał, że w niniejszym przypadku występuje niewątpliwie konflikt pewnych zasad - jawności postępowania oraz prawem do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich jawność. Zasada ta służy realizacji innej z naczelnych dyrektyw określonych ustawą, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Art. 8 ust. 3 tej ustawy równocześnie wprowadza istotny wyjątek - nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11. ust 4. Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zamawiający wskazał, że w świetle orzecznictwa KIO (wyrok z 7 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2184/14, KIO 2185/14), istnieją podstawy do utajnienia dokumentów zawierających informacje o kontrahentach wykonawcy, oferowanych przez nich cenach, warunkach współpracy, co może być uznane za informacje mające wartość gospodarczą. Wobec powyższego zamawiający konsekwentnie stoi na stanowisku, że dane dotyczące źródeł dostaw, ofert, jakie wykonawca otrzymał od swoich kontrahentów zawierające ceny i

wysokość upustów handlowych oraz umowy z podwykonawcami określające szczegółowo warunki współpracy i wynagrodzenie stanowią informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający podkreślił, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało przeprowadzone przez zamawiającego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dlatego odwołanie wniesione przez Konsorcjum Mega należy uznać za bezzasadne, a jako takie powinno podlegać oddaleniu.

W dniu 13 stycznia 2016r. konsorcjum Mega złożyło oświadczenie o cofnięciu odwołania i wniósł o umorzenie postępowania w całości. Oświadczenie zostało podpisane przez członka zarządu i prokurenta firmy Mega SA działającego w imieniu własnym oraz jako pełnomocnik konsorcjum na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 stycznia 2016r. udzielonego przez partnera konsorcjum i podpisanego, zgodnie z regułami reprezentacji partnera konsorcjum ujawnionymi w odpisach z KRS załączonego do odwołania.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

**Przewodniczący:** .....