

WYROK

z dnia 4 lipca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2019 roku przez odwołującego **PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni z siedzibą w Gdyni**

przy udziale wykonawcy **Konsorcja Budowlane DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. **kosztami postępowania obciąża odwołującego i**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni z siedzibą w Gdyni** kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Wykonanie robot hydrobudowlanych, budowlanych, sanitarnych i elektrycznych polegających na przebudowie Nabrzeża Zachodniego z Pomostem A i C w Porcie Wojennym Gdynia - zadanie nr 13677” (zwane dalej „Postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 22 listopada 2018 r. pod numerem 2018/S 225-513924.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 17 czerwca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej Odwołującym) odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na:

1. odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
2. zaniechania podania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego;
3. odtajnienia (przekazania konkurencyjnym wykonawcom) dokumentów zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa;
4. zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu.

Powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 2 pkt 7 Pzp poprzez niezasadne uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i niezasadne uznanie, że Odwołujący złożył ofertę wariantową, gdy tymczasem oferta złożona przez Odwołującego, przewidując rozwiązania równoważne, pozostaje w pełni zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia; w szczególności nie wprowadza zmienionego typu nabrzeża oraz nie stanowi oferty wariantowej;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, w szczególności zaniechanie przedstawienia jakichkolwiek powodów,

które skłoniły Zamawiającego do uznania, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w zakresie rozwiązań równoważnych nie zasługują na uwzględnienie;

- 3) art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. („Uznk”) poprzez odtajnienie (w drodze przekazania innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia) załącznika do oferty Odwołującego (Tabela porównawcza rozwiązań równoważnych) oraz wyjaśnień składanych w trybie, o którym mowa w art. 87 ust. 1 Pzp;

a w konsekwencji powyższego,

- 4) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp w związku z art. 8 ust. 3 Pzp, Odwołujący wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w części dotyczącej treści dokumentu stanowiącego załącznik nr 5 ze względu na fakt, iż przy jego rozpoznaniu zostaną ujawnione informacje stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego;

Jednocześnie Odwołujący zastrzegł, iż wniosek ten przestanie być aktualny, jeśli potwierdzi się, że zamawiający udostępnił konkurencyjnym wykonawcom wyjaśnienia 1 i 2.

Na podstawie § 8 ust. 3 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Odwołujący wniósł o nieudostępnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego (wchodzących w zakres dokumentacji Postępowania oraz stanowiących część odwołania - załącznik nr 5).

Jednocześnie Odwołujący zastrzegł, że wniosek ten przestanie być aktualny, jeśli potwierdzi się, że zamawiający udostępnił konkurencyjnym wykonawcom wyjaśnienia 1 i 2.

Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp Odwołujący wniósł o:

1. rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
 - 1.2. ponowne przeprowadzenie badania ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
 - 1.3. uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w Postępowaniu;

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę Odwołującego, uznając ją za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). Przeprowadzenie Postępowania zgodnie z przepisami Pzp (w tym zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego) pozwoliłoby na dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu. Poprzez wadliwą czynność Zamawiającego Odwołujący został zatem pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przywołał następujący stan faktyczny:

Przedmiotem Postępowania jest wykonanie robót hydrobudowlanych, budowlanych, sanitarnych i elektrycznych polegających na przebudowie Nabrzeża Zachodniego z Pomostem A i C w Porcie Wojennym Gdynia. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 22 listopada 2018 r. pod numerem 2018/S 225-513924.

W treści dokumentacji Postępowania Zamawiający uwzględnił standardowe postanowienia dopuszczające zastosowanie rozwiązań równoważnych (zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp):

Rozdział IV pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”):

„Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia wskazano jakikolwiek znak towarowy, patent czy pochodzenie - należy przyjąć, że wskazane patenty, znaki towarowe, pochodzenie określają parametry techniczne, eksploatacyjne, użytkowe, co oznacza, że Zamawiający dopuszcza złożenie oferty w tej części przedmiotu zamówienia o równoważnych parametrach technicznych, eksploatacyjnych i użytkowych.”

Pkt 16 Opisu Przedmiotu Zamówienia („OPZ”):

„Jeżeli w Dokumentacji projektowej wskazano określone technologie, Wykonawca uprawniony jest do zastosowania rozwiązań równoważnych lub korzystniejszych dla Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego rozwiązania technologiczne spełniają określone wymagania, w tym parametry techniczne i standard nie gorszy, niż przyjęty w dokumentacji projektowej. Wykonawca powinien

w szczególności złożyć wykaz sporządzony w formie tabeli porównawczej rozwiązania wg projektów budowlano - wykonawczych i rozwiązań równoważnych. Ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na Wykonawcy. Jeżeli zastosowanie rozwiązań równoważnych będzie powodowało konieczność uzyskania jakichkolwiek decyzji czy dodatkowych robót i czynności, to Wykonawca uzyska te decyzje, wykona roboty i czynności własnym kosztem i staraniem”.

W toku Postępowania do Zamawiającego skierowane zostały liczne pytania wykonawców. Dla niniejszej sprawy znaczenie mają następujące odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego:

Pytanie z dnia 11 grudnia 2018 r. (nr 31):

„Czy zamawiający dopuszcza rozkucie tylnej części istniejącej płyty nabrzeża w taki sposób, aby swobodnie można było wprowadzić projektowane pale w układzie kozłowym?”

Odpowiedź z dnia 23 stycznia 2019 r.:

„Płytę można rozkuć po uprzednim wykonaniu pali stalowych i zakotwieniu do nich ściągów stalowych”

Pytanie nr 39:

„Czy zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zaprojektowanych w technologii pali wkręcanych typu TUBEX na pale wykonywane w technologii udarowej tj., pale wbijane lub pale wiercone z wydobywaniem gruntu (np. CFA)”

Odpowiedź z dnia 8 lutego 2019 r.:

„Zamawiający nie wyraża zgody na wykonywanie pali w technologii udarowej. Jako iż istnieje obawa o możliwość poprawnego wykonania pali CFA z nachyleniem 1:5, projektant nie wyraża zgody na ich zastosowanie”.

W przewidzianym przez Zamawiającego terminie złożone zostały cztery oferty. Oferta Odwołującego przewidywała najniższą cenę (69.708.900,17 zł brutto), druga w kolejności pod względem ceny była oferta Doraco sp. z o.o. (83.704.128,81 zł brutto), ponadto swoje oferty złożyły także Strabag sp. z o.o. oraz Energopol Szczecin / AJM sp. z o.o. Wszyscy wykonawcy przewidzieli skrócenie terminu zamówienia o trzy miesiące (było to drugie kryterium). Zamawiający przewidział na wykonanie zamówienia 65.446.235,26 zł brutto.

Do złożonej oferty Odwołujący załączył dokument pn. Tabela porównawcza rozwiązań równoważnych, przewidując w swojej ofercie rozwiązania równoważne dla Nabrzeża Zachodniego (w zakresie konstrukcji nośnej nabrzeża oraz nawierzchni nabrzeża) oraz Pomostów A i C (w zakresie konstrukcji nośnej pomostów).

Pismem z dnia 13 marca 2019 r. („Wezwanie 1”) Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień (w trybie art. 87 ust. 1 Pzp) odnośnie rozwiązań równoważnych uwzględniających zmianę projektowanych pali typu Tubex na pale o równoważnej charakterystyce. Zamawiający pytał o technologię w jakiej zaproponowane przez Odwołującego pale prefabrykowane będą zagłębiane w grunt, prosił także o przesłanie dokładnej charakterystyki wszystkich proponowanych rozwiązań równoważnych. Odwołujący udzielił Zamawiającemu odpowiedzi pismem z dnia 22 marca 2019 r. („Wyjaśnienia 1”, zastrzeżone w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Następnie, pismem z dnia 2 kwietnia 2019 r. („Wezwanie 2”) Zamawiający wezwał do przedłożenia wyjaśnień w formie obliczeń statycznych wszystkich proponowanych w ofercie rozwiązań równoważnych. Odwołujący udzielił odpowiedzi pismem z dnia 10 kwietnia 2019 r. („Wyjaśnienia 2”, również zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Dnia 7 czerwca 2019 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o wyniku Postępowania, uznając za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Doraco sp. z o.o. Tego samego dnia Odwołujący poinformowany został o odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający uznał, że zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie jest sprzeczne z treścią SIWZ poprzez zaoferowanie rzekomo zmienionego typu nabrzeża (z płytowego na oczepowy) i zmianę układu statycznego konstrukcji. Co więcej, Zamawiający zakwalifikował ofertę Odwołującego jako ofertę wariantową, gdy tymczasem Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych.

Konsekwencje zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy Przedsiębiorstwa - wniosek o wyłączenie jawności rozprawy w części.

Jeszcze przed omówieniem zarzutów odwołania wskazać należy na skutki, jakie wiążą się z faktem zastrzeżenia przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa kluczowych dla omawianej sprawy dokumentów. W toku Postępowania Odwołujący utajnił następujące dokumenty:

- a) Tabela porównawcza rozwiązań równoważnych (załączona do oferty);
- b) Wyjaśnienia 1;
- c) Wyjaśnienia 2.

Każdorazowo Odwołujący przedstawiał wyczerpujące informacje na temat spełnienia przesłanek uzasadniających utajnienie przekazywanych informacji, które znajdują zastosowanie także do utajnienia treści zaprezentowanych w powyższych dokumentach na etapie postępowania odwoławczego. Zamawiający odtajnił dokument w postaci Tabeli porównawczej.

Do dnia złożenia odwołania Odwołujący nie uzyskał od Zamawiającego potwierdzenia informacji w zakresie tego, czy konkurencyjnym wykonawcom przesłane zostały również Wyjaśnienia 1 i Wyjaśnienia 2. Biorąc pod uwagę odtajnienie Tabeli porównawczej oraz to, że inni wykonawcy zwracali się do Zamawiającego z wnioskami o odtajnienie Wyjaśnień 1 i 2 (Odwołujący nie zna stanowiska Zamawiającego) Odwołujący sformułował odrębny zarzut odwoławczy. Jednocześnie (uwzględniając, że do odtajnienia tych dokumentów mogło nie dojść) Odwołujący podtrzymywał będzie utajnienie Wyjaśnień 1 i 2 (a co za tym idzie załącznika nr 5 do odwołania).

Skutkiem ujęcia informacji wrażliwych w przekazywanych Zamawiającemu dokumentach i pismach jest konieczność ich ochrony, również na etapie postępowania odwoławczego (stąd wnioski o wyłączenie jawności rozprawy oraz nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa). Natomiast z punktu widzenia przebiegu postępowania odwoławczego praktycznym skutkiem jest konsekwentne utajnienie części argumentacji prezentowanej w treści odwołania (wyodrębnionej jako załącznik nr 5).

Dlatego też, niniejsze odwołanie przekazane zostanie Krajowej Izbie Odwoławczej („Izba”) oraz Zamawiającemu w pełnej, zawierającej wszelkie informacje w formie, natomiast odwołanie dla pozostałych wykonawców z pominięciem utajnionego załącznika nr 5.

Jednocześnie Odwołujący wnioskuje o wyłączenie jawności rozprawy w odniesieniu do treści ujętych w załączniku nr 5. Informacje ujęte w tym dokumencie stanowią pochodną rozwiązań ofertowych przyjętych przez Odwołującego w ofercie i opisanych szczegółowo w Wyjaśnieniach 1 i 2. Uzasadnienie dla zastrzeżenia tych informacji jest tożsame z uzasadnieniem załączonym do Wyjaśnień 1 i 2 (treść załącznika stanowi w istocie powielenie zaprezentowanej tam argumentacji w kontekście przyczyn odrzucenia oferty).

Wniosek Odwołującego znajduje oparcie w dyspozycji art. 190 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym Izba może na wniosek strony lub z urzędu wyłączyć jawność rozprawy w części lub w całości, jeżeli przy jej rozpoznawaniu ujawniona może zostać informacja chroniona na podstawie odrębnych przepisów. Wniosek o wyłączenie jawności rozprawy w odniesieniu do treści ujętych w załączniku nr 5 jest więc uzasadniony.

Omówienie zarzutów.

Zarzut dotyczący niesłusznego odrzucenia oferty odwołującego - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 2 pkt 7 Pzp.

Opis przedmiotu zamówienia a równoważność rozwiązań.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp obowiązkiem zamawiającego jest, aby przedmiot zamówienia opisany został w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jak wskazuje art. 29 ust. 3 Pzp *„przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy lub równoważny”*. Już z powyższego wynika zatem, że regułą jest opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób nieograniczający konkurencyjności. Wskazanie natomiast znaków towarowych, patentów, opisu pochodzenia, procesu, technologii etc. traktować należy jako wyjątek, z którego skorzystanie przez Zamawiającego jest możliwe jedynie w przypadku wymagającej tego specyfiki przedmiotu zamówienia (w ślad za regułą zakazującą rozszerzającego traktowania ustawowych wyjątków).

Zagadnieniem szczególnie istotnym w kontekście sporządzenia przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający konkurencyjność jest tzw. zakres (kryteria) równoważności. Pod pojęciem tym ukrywa się odpowiedź na pytanie o to, kiedy materiał, urządzenie, technologia czy rozwiązanie oferowane przez wykonawcę zostanie uznane za równoważne. Na zakres równoważności składa się zatem określenie tych parametrów/ cech, których spełnienie determinować będzie uznanie danego rozwiązania za równoważne z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w dokumentacji.

Pzp nie wskazuje na obowiązek określania zakresu równoważności, na zasadność tego elementu zwraca się natomiast uwagę w orzecznictwie. Np. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi wskazał: *„Organ zaznaczył, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie budzący wątpliwości i nie zniechęcający oferentów posiadających produkty innych marek do wzięcia udziału w postępowaniu. Zamieszczenie zakresu równoważności w SIWZ poprzez odniesienie się do konkretnych wskazań np. "nie cięższy niż ... ", "nie większy, niż ... " pozwala oferentom na ustalenie, czy produkty przez nich*

posiadane spełnią wymogi Zamawiającego, przez co nie wystąpi możliwość odrzucenia oferty z uwagi na niespełnienie wymogów co do produktów, których opis znajduje się w SIWZ. Dopuszczenie przez Zamawiającego rozwiązań równoważnych nie może być jednak pozorne lecz musi dawać wszystkim wykonawcom realną możliwość zaoferowania produktu równoważnego. Organ stwierdził, że instytucja tzw. ofert równoważnych ma charakter wyjątku i dlatego może być stosowana w wyjątkowych sytuacjach i interpretowana ściśle” (por. Wyrok z dnia 22 marca 2017 r., sygn. III SA/Łd 831/16). Bezsporne jest zatem, że Zamawiający, posługując się w OPZ określeniami, które mogą ograniczać konkurencję, powinien określić kryteria równoważności.

W orzecznictwie podnosi się, że samo zawarcie w dokumentacji sformułowania, zgodnie z którym *„w przypadku wystąpienia w specyfikacji lub innych dokumentach przetargowych nazwy własnej wyrobu lub towaru jako nazwy firmowej, to należy przez to rozumieć, że mowa jest o wyrobie lub towarze dowolnego producenta o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych niż cytowany wyrób”* stanowi naruszenie art. 29 ust. 3 Pzp, jest to bowiem sformułowanie zbyt ogólne, by mogło stanowić o wywiązaniu się z obowiązku określenia zakresu równoważności.

Analogiczne stanowisko prezentuje Izba odnosząc się w postanowieniu z dnia 12 października 2012 r. (por. KIO 2145/12) do uchybień popełnionych przez zamawiającego: *„Dodatkowo wykonawcom nie przyznaje się faktycznej możliwości wykazania, że oferowane przez nich produkty są równoważne do opisanych znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. W SIWZ i zawartym w nim OPZ brak bowiem granicznych parametrów równoważności, których spełnienie pozwalałoby podźwignąć wykonawcom ciężar udowodnienia, że oferowane przez nich roboty budowlane (a w ich ramach dostawy) spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Brak tych dodatkowych określników dających wykonawcom faktyczną możliwość zaoferowania produktów równoważnych oznacza, że opis przedmiotu zamówienia narusza zarówno art. 29 ust. 3, jak i art. 30 ust. 5 P.z.p.”*

W tym miejscu Odwołujący podkreśla (na wypadek argumentu o rzekomo spóźnionym zarzucie), że treść jego zarzutu nie sprowadza się do zakwestionowania OPZ. Kryteria równoważności są mechanizmem, który pomaga w pierwszej kolejności zamawiającemu poprzez zagwarantowanie, że rozwiązania, które zaproponują w swojej ofercie wykonawcy będą zgodne z jego oczekiwaniami. Po drugie pozwalają one zapewnić porównywalność ofert. Brak jednak opisanie tych kryteriów w dokumentacji postępowania nie powoduje, że wykonawcy nie mogą oferować rozwiązań równoważnych (co miało miejsce w badanym przypadku). Skutkuje jednak tym, że Zamawiający nie może oceniać oferowanych rozwiązań równoważnych pod kątem danych parametrów czy cech (gdyż ich nie wskazał). Oznacza

to, że Zamawiający nie jest uprawniony do formułowania żadnych dodatkowych wymagań względem wykonawców ponad to, co zostało opisane w treści dokumentacji. Tymczasem, jak zostanie wykazane poniżej, z taką sytuacją mamy do czynienia w badanym przypadku.

Równoważność rozwiązań zaoferowanych przez Odwołującego.

Odwołujący załączył do oferty Tabelę porównawczą rozwiązań równoważnych, w której przewidział następujące rozwiązania:

- a) zamiast stalowej palościanki w konstrukcji nośnej nabrzeża zaoferowano stalową ściankę szczelną GU-23N;
- b) zamiast pali kozłowych przemieszczeniowych typu Tubex w konstrukcji nośnej nabrzeża zaoferowano mikropale kotwiące T76N;
- c) zamiast nawierzchni żelbetowej o grubości 25 cm zbrojonej zbrojeniem tradycyjnym zaoferowano nawierzchnię żelbetową o grubości 25 cm zbrojoną zbrojeniem rozproszonym;
- d) zamiast pali przemieszczeniowych typu Tubex w konstrukcji nośnej pomostów zaoferowano układ pali przemieszczeniowych żelbetowych prefabrykowanych 40X40 cm.

W Wezwaniu 1 Zamawiający sformułował wątpliwość odnośnie pali prefabrykowanych betonowych 40x40 cm (a więc rozwiązanie z lit. d) powyżej) oraz wniósł o podanie dokładnej charakterystyki dla wszystkich rozwiązań równoważnych. W wezwaniu 2 wezwał o przedstawienie obliczeń statycznych dla przyjętych rozwiązań równoważnych. Natomiast jako podstawę odrzucenia Zamawiający wskazał niezgodność oferty z SIWZ, z uwagi na zmianę typu nabrzeża oraz zmianę układu statycznego konstrukcji. Jakkolwiek uzasadnienie to jest wyjątkowo lakoniczne (co zostanie omówione w kolejnym zarzucie), to bezsporne wydaje się, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego są rozwiązania z lit. a) i b) powyżej, które odnoszą się do nabrzeża (Zamawiający nie wspomina o nawierzchni nabrzeża, tj. lit. c), nie odnosi się także do konstrukcji pomostów, tj. lit d)).

Odwołujący podnosi, że stanowisko Zamawiającego jest obarczone błędem - proponowane przez Odwołującego rozwiązanie:

- a) jest konsekwencją wskazania przez Zamawiającego w OPZ produktów i rozwiązań konkretnego producenta, co stanowiło o naruszeniu konkurencyjności i dawało wykonawcom możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych;
- b) przewiduje zachowanie wszystkich funkcji i celów / przeznaczenia nabrzeża przewidzianych w założeniach projektowych;
- c) a tym samym pozostaje w pełni zgodne z SIWZ.

W załączonym dowodzie Odwołujący prezentuje krótki opis zaproponowanych w ofercie rozwiązań. Ze względu na to, że opis ten nawiązuje w zasadniczej mierze do dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, opis ten wyodrębniony został do odrębnego dokumentu.

Dowód: Opis rozwiązania oferowanego przez Odwołującego – Tajemnica Przedsiębiorstwa.

Analiza rozwiązań przyjętych przez Odwołującego w ofercie prowadzi do jednoznacznego wniosku, że zmiany, które zaoferował Odwołujący w zakresie konstrukcji nabrzeża są konsekwencją zastosowania w ofercie rozwiązań o charakterze równoważnym, co z kolei było konsekwencją opisaną przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób, który ograniczał uczciwą konkurencję (a więc poprzez użycie znaków towarowych, procesu, pochodzenia wskazujących na rozwiązania oferowane przez dany podmiot). Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego jest błędna - doszło bowiem do sytuacji, w której Zamawiający obarcza Odwołującego konsekwencją użytych przez siebie (ograniczających konkurencyjność) sformułowań zawartych w OPZ.

To właśnie sporządzony przez Zamawiającego OPZ spowodował, iż Odwołujący, oferując rozwiązanie równoważne do pali Tubex w układzie odpowiadającym za konstrukcję nośną nabrzeża, ujął w swojej ofercie rozwiązanie, które Zamawiający zakwalifikował jako „typ nabrzeża oczepowego”.

Naturalną konsekwencją zastosowania rozwiązania innego niż to, które przewidział w swojej dokumentacji Zamawiający jest zmiana układu statycznego konstrukcji. Nieuzasadnionym jest zatem oczekiwanie, że odmienne rozwiązanie konstrukcyjne przewidywać będzie układ statyczny o parametrach identycznych z tymi, które wynikają z rozwiązania ujętego w dokumentacji Postępowania. Również w tym przypadku fundamentalne znaczenie ma to, że Zamawiający nie wskazał żadnych wymaganych parametrów / cech / charakterystyk układu statycznego, które zachowane muszą zostać w przypadku zaproponowania przez wykonawcę rozwiązania równoważnego, a których nie dochował Odwołujący. Ponownie podkreślić należy, że brak kryteriów równoważności w dokumentacji nie może obciążać wykonawcę. Jednocześnie Odwołujący podkreśla, że układ statyczny przewidziany w jego ofercie gwarantuje standard nie gorszy od wymaganego w OPZ.

Odwołujący podkreśla, że przedmiot omawianego zamówienia ma skomplikowany i rozbudowany charakter. W tego typu inwestycjach wykorzystanie określonych rozwiązań czy technologii pociąga za sobą daleko idące konsekwencje na dalszych etapach procesu

budowlanego. Dotyczy to w szczególności przypadku tak newralgicznego elementu, jakim jest konstrukcja nośna nabrzeża.

Abstrahując od przywołanych okoliczności przemawiających za zgodnością rozwiązania oferowanego przez Odwołującego z SIWZ, Odwołujący podkreśla, że stanowisko Zamawiającego jest błędne, również z innego powodu. Postawą odrzucenia oferty ma być zaproponowanie odmiennego typu nabrzeża. Podział na nabrzeża m. in. płytowe i oczepowe wprowadzony został rozporządzeniem Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie („Rozporządzenie”). Zgodnie z § 168 ust. 1 pkt 3 i 4 Rozporządzenia podział ten jest konsekwencją zastosowanego rozwiązania konstrukcyjnego i materiałów użytych do budowy: „W zależności od zastosowanego rozwiązania konstrukcyjnego i materiałów użytych do budowy wyróżnia się nabrzeża: 3) płytowe, składające się ze ścianki szczelnej, płyty żelbetowej i pali, 4) oczepowe, składające się ze ścianki szczelnej, oczepu i zakotwienia”.

Abstrahując od niewynikającego z dokumentacji Postępowania znaczenia, jakie Zamawiający miałby przypisywać określonym rozwiązaniom konstrukcyjnym, stanowczego podkreślenia wymaga, że rozwiązanie oferowane przez Odwołującego nie ingeruje w płytowy charakter nabrzeża. Zakładając, w ślad za treścią Rozporządzenia, że o tym czy nabrzeże jest nabrzeżem płytowym decyduje ujęcie w jego konstrukcji płyty, rozwiązanie ujęte w ofercie Odwołującego w sposób niekwestionowany powinno skutkować uznaniem nabrzeża za płytowe.

Oczywiste jest przy tym, że skorzystanie z innej technologii w odniesieniu do pali generuje określony przebieg prac na etapie budowy. Okoliczność ta stanowi naturalną konsekwencję złożoności i poziomu skomplikowania prac składających się na przedmiot zamówienia i nie powinna rzutować na ocenę równoważności rozwiązań. Oczekiwanie Zamawiającego, iż zastosowanie rozwiązań równoważnych w zakresie konstrukcyjnym pozostanie każdorazowo bez wpływu na pozostałe techniczne aspekty zamówienia jest bezpodstawne.

Poza tym, jeśli Zamawiający chciał, aby zaoferowanie rozwiązania równoważnego nie wpływało na określone cechy / parametry ujęte w pierwotnej dokumentacji, to w tym celu powinien posłużyć się tymi cechami / parametrami, jako kryteriami równoważności, wskazując je wprost w SIWZ. Brak wskazania na takie kryteria równoważności w dokumentacji powoduje niedopuszczalność kształtowania ich na etapie oceny ofert i badanie tychże ofert przez ich pryzmat.

Stanowisko Zamawiającego jest nieuzasadnione tym bardziej, że jak wynika z dokumentacji Postępowania udostępnionej przez Zamawiającego, pozytywnie na temat proponowanych przez Odwołującego rozwiązań równoważnych wypowiedział się projektant (konsorcjum firm Elseco sp. z o.o./Compono sp. z o.o.).

Pismem z dnia 25 marca 2019 r. Zamawiający zwrócił się do projektanta z wnioskiem o zajęcie stanowiska w sprawie zaoferowanych przez Odwołującego rozwiązań równoważnych zaprezentowanych w ofercie. Do pisma załączono Tabelę rozwiązań równoważnych oraz Wyjaśnienia 1. Projektant udzielił odpowiedzi dnia 29 marca 2019 roku. W piśmie stwierdził m. in., że:

- „(...) rozwiązanie ofertowe jest równoważne z punktu widzenia celu jakiemu ma służyć”,
- „Rozwiązanie ofertowe nie powinno i nie zmienia założeń projektowych w odniesieniu do funkcji nabrzeża, oczekiwań inwestora i założeń projektowych takich jak: obciążenie użytkowe nabrzeża, umożliwienie cumowania i dobijania jednostek pływających, trwałości konstrukcji, głębokości dopuszczalnej itp.”
- „Dodatkowo przyjęte rozwiązania eliminują komiczność [pisownia oryginalna - przypis autora] stosowania ochrony katodowej co obniży koszty eksploatacji nabrzeży”.

Dowód: *Pismo Zamawiającego z dnia 25 marca 2019 r.*

Dowód: *Pismo projektanta z dnia 29 marca 2019 r.*

Dnia 3 kwietnia 2019 r. Zamawiający wystosował do projektanta kolejne pismo, w którym sformułował swoje wątpliwości, które całkowicie pokrywają się z uzewnętrznionym kilka tygodni później powodem odrzucenia oferty Odwołującego (rzekomo odmienny typ konstrukcji nabrzeża, tj. zmiana typu nabrzeża z płytowego na oczepowe). Tego samego dnia projektant udzielił odpowiedzi. W swoim piśmie stwierdza m. in.:

- „(...) ponownie potwierdzamy, iż rozwiązanie ofertowe jest równoważne z punktu widzenia celu jakiemu ma służyć
- „Odmienny typ konstrukcji jest tylko kolejnym możliwym rozwiązaniem technicznym zagadnienia jakim jest przenoszenie występujących sił i nie zmienia założonej funkcjonalności obiektów w stosunku do dokumentacji Inwestora”.

Dowód: *Pismo Zamawiającego z dnia 2 kwietnia 2019 r.*

Dowód: *Pismo projektanta z dnia 3 kwietnia 2019 r.*

Jak wynika z powyższego projektant, któremu Zamawiający zlecił opracowanie dokumentacji na cele Postępowania jednoznacznie potwierdził, iż zaoferowane przez

Odwołującego rozwiązania uznać należy za równoważne. Co więcej - jednoznacznie odniósł się również do podnoszonej przez Zamawiającego kwestii rzekomej zmiany typu nabrzeży. Pomimo tego jednak, Zamawiający zdecydował się na odrzucenie oferty Odwołującego. Znamienne jest przy tym, że podejmując decyzję wbrew stanowisku podmiotu, który opracowywał dokumentację projektową, a zatem wydającemu się być najbardziej kompetentnym do zajęcia stanowiska w przedmiotowej sprawie, Zamawiający nie zdecydował się na rzetelne uzasadnienie swojej decyzji (o czym szczegółowo w omówieniu innego zarzutu).

Nieuzasadnione uznanie oferty Odwołującego za ofertę wariantową.

Błędne jest również stanowisko Zamawiającego o rzekomej wariantowości oferty. Odwołujący podkreśla, że miał i ma świadomość, że Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych. Zamawiający niesłusznie utożsamia zaoferowanie przez Odwołującego rozwiązanie równoważne z wariantem. Gdyby przyjąć koncepcję prezentowaną przez Zamawiającego każde rozwiązanie równoważne należałoby uznać za ofertę wariantową. Za każdym razem bowiem, kiedy wykonawca oferuje rozwiązanie inne niż wskazane wprost w dokumentacji, mamy do czynienia z rozwiązaniem odmiennym, równoważnym (a w potocznym rozumieniu, wariantowym).

Tymczasem należy odróżnić ofertę wariantową, o której mowa w art. 2 pkt 7 Pzp od rozwiązań równoważnych proponowanych w oparciu o art. 29 ust. 3 Pzp. Jeśli Zamawiający ujął w treści dokumentacji postępowania takie sformułowania, które wskazują na określonych producentów, dostawców etc. to prawem wykonawcy jest przedstawić rozwiązanie równoważne. Ewentualne ograniczenia w tym zakresie mogą zostać ujęte wśród kryteriów równoważności, ale samo uprawnienie do posłużenia się przez wykonawcę innym rozwiązaniem nie powinno być w żaden sposób kwestionowane. W takim przypadku obowiązkiem Zamawiającego jest ustalenie, czy rozwiązanie to ma charakter równoważny wobec tego, które przewidziane zostało w dokumentacji. Jeśli rozwiązanie to nie ma charakteru równoważnego, obowiązkiem „gospodarza postępowania” jest wykazanie z czego wywodzi taki wniosek. W przeciwnym razie oferta powinna zostać zaakceptowana.

W analizowanym przypadku Zamawiający zdaje się zapominać, że zaoferowanie przez Odwołującego rozwiązania innego niż przewidziane w OPZ jest konsekwencją sformułowań użytych w OPZ przez Zamawiającego. Zamawiający, z niewyjaśnionych przyczyn, nie uwzględnił stanowiska projektanta, z którego wprost wynika, że rozwiązanie, które zaoferował Odwołujący ma charakter równoważny i powinno zostać zaakceptowane (jak wskazuje projektant jest to „tylko kolejne możliwe rozwiązanie techniczne zagadnienia jakim

jest przenoszenie występujących sił'). Ignorując to stanowisko Zamawiający nie przeprowadził analizy pozwalającej zakwestionować wniosek projektanta.

Odwołujący zwraca uwagę, że koncepcja Zamawiającego jest nielogiczna również z praktycznego punktu widzenia. Praktyka w zakresie składania ofert wariantowych sprowadza się bowiem w zdecydowanej większości przypadków do żądania przez zamawiającego złożenia oferty wariantowej obok oferty podstawowej (przyzwolenie w tym zakresie wynika wprost z art. 83 ust. 1 Pzp). Właśnie w takim przypadku zamawiający może w najdalej idący sposób skorzystać z wariantowości gwarantowanej przez wykonawcę. Nawet jednak, jeśli Zamawiający nie korzysta z rozwiązania opisanego w art. 83 ust. 1 Pzp (dopuszczenie dwóch ofert), to wariantowość powinna sprowadzać się do zaoferowania dwóch różnych rozwiązań w ramach jednej oferty. Podobnie stwierdza Izba w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. Sygn. KIO 524/12: *„Oferta wariantowa to oferta w której wykonawca przedstawia różne sposoby wykonania zamówienia, z których co najmniej jeden jest odmienny niż określony przez zamawiającego, np. poprzez użycie odmiennych (równoważnych) materiałów, czy zastosowania innej technologii”*. Tymczasem bezsporne jest, że Odwołujący złożył jedną, zawierającą jedno rozwiązanie, ofertę.

Odwołujący podkreśla ponownie, że złożona przez niego oferta nie jest ofertą wariantową, a odmienność zaproponowanego rozwiązania wynika jedynie z treści OPZ, jest w pełni uzasadniona oraz pozostaje zgodna z SIWZ.

Zarzut dotyczący wadliwego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego.

Kolejny zarzut sprowadza się do niewłaściwego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający zobligowany jest do podania uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty (oraz braku równoważności). Tymczasem odnosząc się do wykazywanej przez Odwołującego zarówno w ofercie, a także w Wyjaśnieniach 1 i Wyjaśnieniach 2 równoważności rozwiązań, Zamawiający ograniczył się do lakonicznego stwierdzenia, że doszło do zmiany typu projektowanego nabrzeża z płytowego na oczepowy oraz zmiany układu statycznego konstrukcji. Na uwagę zasługuje, że pomimo kierowania do Odwołującego dwukrotnych wezwań w trybie, o którym mowa w art. 87 ust. 1 Pzp Zamawiający nie wskazywał na potencjalne uznanie, że doszło do zmiany typu nabrzeża (w odróżnieniu np. od technologii wykonania pali, względem której Zamawiający podnosił wątpliwości). Tym bardziej zatem, skoro wątek ten nie był wcześniej w żaden sposób poruszany, Zamawiający powinien szczegółowo uzasadnić swoją decyzję i wykazać z czego wywodzi tak daleko idące wnioski.

Również w kontekście rzekomej wariantowości Zamawiający nie pokusił się o szczegółowe uzasadnienie swojej decyzji, poprzestając na gołosłownym twierdzeniu. W istotny sposób utrudnia to Odwołującemu odniesienie się do tez Zamawiającego.

Odwołujący podkreśla, że takie uzasadnienie pozbawia go możliwości podjęcia faktycznej (tj. odnoszącej się do konkretnych wątpliwości Zamawiającego) polemiki na etapie postępowania odwoławczego. W toku postępowania wyjaśniającego Odwołujący przedłożył dwa pisma poparte bogatym materiałem dowodowym. Obowiązkiem Zamawiającego było więc wykazać motywy i powody, dla których uznał, że wyjaśnienia te są niewystarczające. Powinien on odnieść się do konkretnych twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach i uzasadnić dlaczego nie daje im wiary.

Art. 92 ust. 1 Pzp jest wyrazem jawności, przejrzystości oraz uczciwej konkurencji, a więc fundamentalnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 7 ust 1 oraz 8 ust 1 Pzp. Okoliczność ta nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Izby. W wyroku z dnia 25 września 2017 r. sygn. KIO 1928/17 Izba stwierdza: *„Obowiązek informacyjny podania uzasadnienia faktycznego i prawnego stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust 1 p.z.p. zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust 1 p.z.p. ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę przywołane zasady za niedopuszczalne uznać należy, aby wykonawca kwestionując zasadność podjętych wobec niego czynności, samodzielnie musiał domniemywać rzeczywistych przyczyn, które legły u podjęcia zakomunikowanej mu decyzji, wykraczając poza treść otrzymanego uzasadnienia. Z normy wyrażonej w art. 93 ust 3 pkt 2 p.z.p. (analogicznie jak z przepisów art. 92 ust 1 pkt 2 i 3 p.z.p.) wynika, że zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości.”*

Odwołujący ma świadomość, że stopień szczegółowości uzasadnienia decyzji jest zagadnieniem ocennym. Nie sposób jednak zgodzić się, że instytucjom zamawiającym można przyznać w tym zakresie niczym nieograniczoną swobodę. Właśnie brak możliwości prześledzenia przez Odwołującego toku myślowego Zamawiającego stanowi o naruszeniu art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp: *„Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez*

zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie” (wyrok z dnia 18 września 2017 r., sygn. KIO 1858/17) .

Odwołujący podkreśla, że do wszystkich obowiązków związanych z ubieganiem się o udzielenie zamówienia podchodzi ze starannością przekraczającą zwyczajowo spotykane standardy, o czym świadczy chociażby poziom szczegółowości wyjaśnień składanych na każde wezwanie Zamawiającego. W opinii Odwołującego obowiązek dołożenia należytej staranności obciąża jednak nie tylko wykonawców, ale i instytucje zamawiające. Reguła ta powinna znaleźć odzwierciedlenie w szczególności na etapie podejmowania tak newralgicznych decyzji, jak te o wykluczeniu wykonawcy czy odrzuceniu oferty, które pozbawiają wykonawców możliwości ubiegania się o zamówienie.

Warto podkreślić, że właściwe uzasadnienie podejmowanych decyzji jest niezbędne nie tylko z uwagi na interes wykonawcy w kontekście skorzystania ze środka ochrony prawnej. Uzasadnienie decyzji służy również temu, aby umożliwić Izbie, a następnie sądowi wykonanie przezeń kontroli nad czynnościami zamawiającego (tak Izba orzekła w wyroku z dnia 6 marca 2017 r., sygn. KIO 351/17). Nie ulega wątpliwości, że przedstawiając lakoniczne, pozbawione argumentacji i wykazania okoliczności faktycznych uzasadnienie, Zamawiający uchybił obowiązkowi, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zarzut dotyczący odtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (przesłanki umożliwiające uznanie danej informacji za chronioną zostały wskazane w art. 11 ust. 2 Uznk). Jak wspomniano powyżej Odwołujący przedkładał Zamawiającemu w toku Postępowania dokumenty, które zawierały tajemnicę przedsiębiorstwa (Tabela porównawcza rozwiązań równoważnych - załącznik do oferty, a także Wyjaśnienia 1 i 2). Za każdym razem Odwołujący przedstawiał Zamawiającemu szczegółowe uzasadnienie zastrzeżenia tych dokumentów, wykazując tym samym ziszczenie się przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk.

Jak wynika z chociażby z pisma Zamawiającego z dnia 1 marca 2019 r. (kierowane do jednego z wykonawców) Zamawiający nie uznał skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Tabeli porównawczej. Jednocześnie dokumentacja Postępowania, do której dostęp uzyskał Odwołujący wskazuje na ryzyko odtajnienia również Wyjaśnień 1 i 2. Jak wynika z tej dokumentacji Zamawiający, odpowiadając na wniosek wykonawców o ich odtajnienie, poinformował, że jest na etapie badania zaistnienia podstaw do zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa i jeśli uzna, że nie zaistniały ku temu podstawy, dokona ich odtajnienia. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z pytaniem czy do tego doszło, do dnia złożenia odwołania nie otrzymał jednak odpowiedzi.

Odwołujący podkreśla zatem, że zarzut ten postawiony został z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby okazało się, że Zamawiający odtajnił Wyjaśnienia 1 lub 2. Jeśli jednak okoliczność ta się nie potwierdzi, Odwołujący nie będzie podtrzymywał tego zarzutu.

Nie znając stanowiska Zamawiającego odnośnie skuteczności zastrzeżenia informacji ujętych w Wyjaśnieniach 1 i 2 Odwołujący nie jest w stanie podjąć polemiki mającej na celu wykazanie prawidłowości podjętych działań.

Podkreślić należy zatem, że w odniesieniu do tych dokumentów wykazane zostało spełnienie wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk.

Z powyższych powodów odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dnia 24 czerwca 2019 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Konsorcja Budowlane DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwany dalej Przystępującym) wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący na posiedzeniu złożył pismo procesowe, w którym podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania oraz przedstawił argumentację w zakresie oddalenia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 czerwca 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 7 czerwca 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem

terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, pismo procesowe Przystępującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła co następuje:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) w Rozdziale IV - Przedmiot zamówienia Zamawiający wskazał:

pkt 3. *Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia zawarte jest w opisie przedmiotu zamówienia, który stanowi załącznik nr 10 do SIWZ oraz projektach budowlanych (załącznik nr 16 do SIWZ), projektach wykonawczych (załącznik nr 17 do SIWZ) i w specyfikacjach technicznych (załącznik nr 19 do SIWZ).*

pkt 4. *Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia wskazano jakikolwiek znak towarowy, patent czy pochodzenie – należy przyjąć, że wskazane patenty, znaki towarowe, pochodzenie określają parametry techniczne, eksploatacyjne, użytkowe, co oznacza, że Zamawiający dopuszcza złożenie oferty w tej części przedmiotu zamówienia o równoważnych parametrach technicznych, eksploatacyjnych i użytkowych.*

W Rozdziale VII. Oferty częściowe i wariantowe.

pkt 2. *Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych.*

W załączniku nr 10 do SIWZ stanowiącym opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał:

Przedmiot zamówienia należy wykonać w oparciu o niżej wymienioną dokumentację projektową opracowaną przez konsorcjum firm: Elseco Sp. z o.o.70-391 Szczecin ul. Ojca Beyzyma 9/1 i Compano Sp. z o.o. , 70- 372 Szczecin, ul. Bohaterów Warszawy 21

1. *Projekt budowlany zagospodarowania terenu. ZASTRZEŻONE*
2. *Projekt budowlany konstrukcji Nabrzeża Zachodniego oraz Pomostu A i C*
3. *Projekt budowlany instalacji wodociągowej ,kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej , sprężonego powietrza.*
4. *Projekt budowlany zasilania elektroenergetycznego i sieci teletechnicznych.*

5. *Projekt budowlany , wielobranżowy stacji transformatorowej.*
6. *Projekt wykonawczy zagospodarowania terenu – ZASTRZEŻONE*
7. *Projekt wykonawczy hydrotechniki.*
8. *Projekt wykonawczy elektryczny*
9. *Projekt wykonawczy sanitarny*
10. *Projekt wykonawczy wielobranżowy stacji transformatorowej*
11. *Projekt wykonawczy sieci teletechnicznej.*
12. *Specyfikacja wykonania i odbioru robót budowlanych i hydrotechnicznych.*
13. *Specyfikacja wykonania i odbioru robót- instalacje sanitarne.*
14. *Specyfikacja wykonania i odbioru robót – instalacje elektryczne.*
15. *Specyfikacja wykonania i odbioru robót elektrycznych- stacja TRAF0*
16. *Przedmiar robót – Architektura i konstrukcje*
17. *Przedmiar robót – Konstrukcje*
18. *Przedmiar robót – Roboty Sanitarne*
19. *Przedmiar robót – Roboty Elektryczne*

Załączone przedmiary stanowią materiał pomocniczy. Projekty budowlane i projekty wykonawcze są dokumentami nadrzędnymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Pkt 16.

Jeżeli w Dokumentacji projektowej wskazano określone technologie, Wykonawca uprawniony jest do zastosowania rozwiązań równoważnych lub korzystniejszych dla Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że oferowane przez niego rozwiązania technologiczne spełniają określone wymagania, w tym parametry techniczne i standard nie gorszy, niż przyjęty w dokumentacji projektowej. Wykonawca powinien w szczególności złożyć wykaz sporządzony w formie tabeli porównawczej rozwiązania wg projektów budowlano – wykonawczych i rozwiązań równoważnych. Ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na Wykonawcy. Jeżeli zastosowanie rozwiązań równoważnych będzie powodowało konieczność uzyskania jakichkolwiek decyzji czy dodatkowych robót i czynności, to Wykonawca uzyska te decyzje, wykona roboty i czynności własnym kosztem i staraniem.

W projekcie wykonawczym Zamawiający wskazał na zastosowanie pali typu Tubex.

Odwołujący złożył ofertę, w której zaproponował inne rozwiązanie niż wskazane w projekcie.

Zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2019 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wskazując, że w ofercie został przewidziany odmienny niż określony w dokumentacji Zamawiającego sposób wykonania zamówienia, tj. zmieniono typ projektowanego nabrzeża z typu płytowego

na nabrzeże typu oczepowego oraz zmieniono układ statyczny konstrukcji. Zamawiający wskazał, że powyższe rozwiązanie kwalifikuje ofertę jako wariantową, a Zamawiający nie dopuszczał możliwości składania ofert wariantowych.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 2 pkt 7 Pzp poprzez niezasadne uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i niezasadne uznanie, że Odwołujący złożył ofertę wariantową, gdy tymczasem oferta złożona przez Odwołującego, przewidując rozwiązania równoważne, pozostaje w pełni zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w szczególności nie wprowadza zmienionego typu nabrzeża oraz nie stanowi oferty wariantowej, w ocenie Izby zarzut nie został potwierdzony.

Należy wskazać jako istotne, iż nie ulegało wątpliwości i nie było to sporne pomiędzy stronami, że zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie wymagało sporządzenia nowego projektu, projektu zamiennego w stosunku do projektu, będącego podstawą do sporządzenia oferty. Konieczność sporządzenia nowego projektu zamiennego potwierdził również projektant dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia. W odpowiedziach (z dnia 29 marca 2019 r. i 3 kwietnia 2019 r.) na kierowane do niego zapytania Zamawiającego (z dnia 25 marca 2019 r. i 2 kwietnia 2019 r.) w zakresie oceny zaoferowanego rozwiązania projektant potwierdził, iż zaoferowany został odmienny niż wskazany w dokumentacji przetargowej typ konstrukcji, którego zastosowanie wymaga sporządzenia dokumentacji zamiennej i zupełnie innego, nowego projektu wykonawczego. Wskazał, iż *przedstawione przez wykonawcę rozwiązania dotyczące konstrukcji nabrzeża i pomostów różnią się znacząco od dokumentacji projektowej Inwestora w zupełnie inny sposób rozwiązując zagadnienia konstrukcyjne z projektu budowlanego.*

Jednocześnie projektant potwierdził, iż zastosowane rozwiązanie jest równoważne z punktu widzenia celu jakiemu ma służyć. Wskazał jednak że, w zaistniałych okolicznościach nie znając szczegółów wykonawczych pozwalających na ocenę równoważności, nie podejmuje się dokonania analizy obliczeń statycznych.

Zgodnie z treścią SIWZ oraz oświadczeniami złożonymi przez Zamawiającego na rozprawie, postępowanie prowadzone było w formule „wybuduj” a nie „zaprojektuj i wybuduj”. Zatem wykonawcy winni złożyć oferty w oparciu o zapisy SIWZ oraz w oparciu o konkretną dokumentację projektową zawartą w SIWZ, stanowiącą opis przedmiotu zamówienia.

Z okoliczności analizowanej sprawy wynika, że zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie będzie wymagało zmian w projekcie stanowiącym opis przedmiotu zamówienia. A zatem, skoro będzie wymagało zmian w dokumentacji projektowej, tj. w opisie przedmiotu zamówienia i samej specyfikacji to oznacza, że nie jest ono zgodne z dokumentacją stanowiącą element SIWZ, a jego treść nie odpowiada treści SIWZ.

Obowiązkiem Zamawiającego jest konieczność dokonania oceny ofert pod kątem wystąpienia okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty. Do takich okoliczności należy m.in. ocena czy treść złożonych ofert odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp treść oferty składanej przez wykonawcę musi odpowiadać treści SIWZ. W przeciwnym wypadku Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.). Adresatem normy prawnej wyrażonej w art. 82 ust. 3 Pzp. jest wykonawca składający ofertę. To wykonawca odpowiada za to, aby złożona przez niego oferta była pod względem treści zgodna z warunkami określonymi w SIWZ. W przeciwnym wypadku wykonawca naraża się na negatywne konsekwencje skutkujące obowiązkiem odrzucenia oferty przez Zamawiającego.

Oferta może zostać uznana za niezgodną z SIWZ przede wszystkim wtedy, gdy z jej treści wynika, że nie obejmuje swoim zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób czy termin wykonania tych prac nie odpowiada wymaganemu.

Niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Winna dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania z SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy). Aby mówić o niezgodności treści oferty z SIWZ, możliwe musi być również wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Wskazać należy, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem

art. 87 Pzp ust. 2 pkt. Zatem, oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego w zakresie stwierdzenia, że złożona oferta było ofertą równoważną w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia i jest w pełni zgodna z SIWZ. Oferta równoważna, odpowiadająca treści SIWZ, nie podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący w tym zakresie powołuje się na stanowisko projektanta, który dwukrotnie potwierdził, iż zaproponowane rozwiązanie jest równoważne z punktu widzenia celu jakiemu ma służyć. Co istotne, projektant nie sprecyzował, że równoważność rozwiązania należy rozumieć w świetle prawa zamówień publicznych, jako złożenie oferty zgodnej z SIWZ, przy zastosowaniu produktów równoważnych zgodnych z SIWZ lecz pochodzących od innych producentów, z innych źródeł, czy wytwarzanych w ramach innych procesów. Wręcz przeciwnie, wyraźnie podkreślił odmienność przyjętych rozwiązań technicznych (jako jedno z wielu możliwych do zastosowania rozwiązań technicznych, przy opracowaniu innych dokumentacji technicznych) w stosunku do wymogów zawartych w SIWZ. Podkreślił również, iż na obecnym etapie stanu dokumentacji Odwołującego, nie podejmuje się analizy obliczeń statycznych, a aby stwierdzić równoważność parametrów niezbędne są szczegóły wykonawcze, a nie założenia cenotwórcze przyjęte do oferty.

W ocenie Izby, sformułowanie użyte przez projektanta jako „rozwiązanie równoważne” należy raczej rozumieć w kontekście w jakim doprecyzował on znaczenie równoważności, tj. celu jakiemu rozwiązanie ma służyć, wskazując na wielość możliwych rozwiązań technicznych w zakresie typu konstrukcji, a nie w znaczeniu „oferty równoważnej” w rozumieniu Pzp. Ponadto, zdaniem Izby, wyjaśnienia projektanta stanowiły podstawę do uznania przez Zamawiającego, że oferta przedstawia odmienny niż określony w SIWZ sposób wykonania zamówienia, co pokrywa się z definicją oferty wariantowej, której składania Zamawiający nie dopuszczał.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentu złożonego przez Odwołującego – Opinii z dnia 26 czerwca 2019 roku dotyczącej opracowania projektowego przebudowy Nabrzeża Zachodniego wraz z pomostem A i C w Porcie Wojennym Gdynia w ofercie Porr S.A. sporządzonej przez dr hab. Inż. M. C. .

Izba stoi na stanowisku, iż przedstawiony dokument należy zakwalifikować jako dokument prywatny stanowiący dowód tego, iż osoba, która go podpisała złożyła oświadczenie w nim zawarte. Dokumenty prywatne nie korzystają z domniemania zgodności z prawdą oświadczeń w nich zawartych, a więc każda osoba mająca w tym interes prawny może stwierdzić i dowodzić, iż treść złożonych oświadczeń nie odpowiada stanowi rzeczywistości. Dokument taki ma znikomą moc dowodową, jeśli przemawia na rzecz strony, która go sporządziła.

Reasumując, Zamawiający nie mógł uznać, że treść złożonej przez Odwołującego oferty, która wymaga wykonania nowego projektu wykonawczego jest zgodna z treścią SIWZ, i zobowiązany był do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez brak podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, w szczególności zaniechanie przedstawienia jakichkolwiek powodów, które skłoniły Zamawiającego do uznania, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w zakresie rozwiązań równoważnych nie zasługują na uwzględnienie, Izba również nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

Nie można zgodzić się z zarzutem braku uzasadnienia faktycznego dla odrzucenia oferty. Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne zgodnie z wymogiem art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. W uzasadnieniu podał, iż oferta Odwołującego została odrzucona gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Analizując podaną przez Zamawiającego treść uzasadnienia można zastanawiać się nad szczegółowością uzasadnienia faktycznego, jednakże nie można zarzucić Zamawiającemu braku podania uzasadnienia faktycznego.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż wykonawca podał w ofercie odmienny niż określony przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej sposób wykonania przedmiotu zamówienia, tj. zmieniono typ projektowanego nabrzeża płytowego na nabrzeże typu oczepowego oraz zmieniono układ statyczny konstrukcji. Uzasadnienie w swej treści pokrywa się ze stanowiskiem projektanta w zakresie oceny zgodności oferty z dokumentacją projektową, stanowiącą element SIWZ.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie przedstawienia jakichkolwiek powodów, które skłoniły Zamawiającego do uznania, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w zakresie rozwiązań równoważnych nie zasługują na uwzględnienie. Nie można jednak uznać zasadności zarzutu, skoro oferta Odwołującego nie została odrzucona jako nieodpowiadająca treści SIWZ z uwagi na brak równoważności, ale z uwagi na to, że zmieniono typ projektowanego nabrzeża płytowego na nabrzeże typu oczepowego

oraz zmieniono układ statyczny konstrukcji, co stanowiło niezgodność oferty z treścią SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający nie odniósł się do braku równoważności i wyjaśnień Odwołującego złożonych w tym zakresie, a jedynie do tych elementów, które stanowią o niezgodności oferty z SIWZ w związku ze zmianą typu projektowanego nabrzeża i zmianą układu statycznego, czego nie można uznać za działanie niezgodne z ustawą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. („Uznk”) poprzez odtajnienie (w drodze przekazania innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia) załącznika do oferty Odwołującego (Tabela porównawcza rozwiązań równoważnych) oraz wyjaśnień składanych w trybie, o którym mowa w art. 87 ust. 1 Pzp, wskazać należy iż Zamawiający zanim dokonał odtajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien poinformować Odwołującego o nieuznaniu skutecznie zastrzeżonej tajemnicy podając uzasadnienie, aby umożliwić Odwołującemu skorzystanie w tym zakresie ze środków ochrony prawnej. Jednakże nie znając przesłanek jakimi kierował się Zamawiający, przy braku uzasadnienia dokonanej czynności, nie można prawidłowo dokonać jej oceny - co sam przyznał Odwołujący w treści odwołania. Ponadto, w ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym zarzut odtajnienia dokumentów pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, bowiem ocena zgodności oferty z SIWZ należy w całości do Zamawiającego, bez względu na to czy jej treść znana jest innym uczestnikom postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Wobec powyższego Izba nie stwierdziła również art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: