Sygn. akt: KIO 3304/24

WYROK

Warszawa, dnia 18 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2024 r. przez wykonawcę REMA TIP TOP SERVICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy D. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. REMKOR D. W.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1, 2, 3 oraz 5 odwołania i nakazuje Zamawiającemu – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności oceny i badania ofert, w tym odrzucenie, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferty wykonawcy D. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. REMKOR D. W. oraz wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie grubości powłok.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w 1/5 oraz Zamawiającego – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie w 4/5 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

4. Zasądza od Zamawiającego – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka

Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie na rzecz Odwołującego kwotę 14 160,00 zł (słownie: czternaście tysięcy sto sześćdziesiąt złotych zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……..

Sygn. akt KIO 3304/24

Uzasadnienie

Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie, dalej: „Zamawiający” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Zabezpieczenie chemoodporne wewnętrznej powierzchni przewodów kominowych nr 10, 11, 12, rekonstrukcja wylotów przewodów kominowych nr 11 i nr 12 od poziomu +300 m oraz naprawa konstrukcji kanałów spalin nr 10 i 12 dla PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów”, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 czerwca 2024 r. pod numerem 358504-2024.

W dniu 9 września 2024 r. wykonawca REMA TIP TOP SERVICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej: „Odwołujący” wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

(1) nieuzasadnionego odrzucenia oferty wykonawcy REMA jako niezgodnej z warunkami zamówienia;

(2) zaniechania odrzucenia oferty P.P.H.U. REMKOR D. W. z siedziba w Rogowcu („REMKOR”), pomimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na okoliczności w szczegółach opisane w treści odwołania, a ponadto REMKOR nie wykazał jej zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w OPZ (brak przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych);

(3) nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez REMKOR;

(4) nieprawidłowej ocenie czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień treści oferty złożonych w dniu 2 sierpnia 2024 r.(„Wyjaśnienia Oferty") przez Odwołującego i w konsekwencji uznanie, że wyjaśnienia te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, co zostało jednak wykazane przez wykonawcę REMA.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

(1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty wykonawcy REMA z uwagi na rzekome zaoferowanie przez Odwołującego produktu niespełniającego wymagań określonych przez Zamawiającego w OPZ (sprzeczność z warunkami zamówienia), w sytuacji w której oferowany przez Odwołującego materiał/produkt i sposób realizacji zamówienia jest w pełni zgodny z dokumentacją Postępowania (warunkami zamówienia), a zatem odrzucenie oferty REMA jest niezasadne;

(2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty REMKOR, pomimo że treść

oferty tego wykonawcy nie spełnia merytorycznych wymagań określonych dokumentacją postępowania i jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na okoliczności opisane w szczegółach w uzasadnieniu odwołania, w tym przede wszystkim ze względu na fakt, iż wykonawca ten nie wykazał w złożonej ofercie, że zaoferowany produkt charakteryzuje odporność chemiczna na kwas siarkowy o wartości min. 65% dla temperatury 90°C (brak przedłożenia przedmiotowych środkach dowodowych);

(3) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 107 ust. 2, 3 i 4 Pzp poprzez wezwanie REMKOR do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, co faktycznie doprowadziło do uzupełnienia przez REMKOR przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji, w której wykonawca ten pierwotnie nie wykazał, że zaoferował produkt jest zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi OPZ, a obecnie dochodzi do zmiany treści oferty, co jest niezgodne ze wskazanymi powyżej przepisami prawa;

(4) art. 18 ust. 3 w zw. z ar. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk") poprzez uznanie, że wykonawca REMA nie wykazał, że informacje ujęte w Wyjaśnieniach Oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego Wykonawcy, podczas gdy Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykazał spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, a w szczególności że:

- zastrzeżone dokumenty mają wartość gospodarczą;

- Wykonawca REMA dokonał prawidłowego zastrzeżenia, obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa jedynie dopuszczalny zakres informacji (wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa);

- informacje te są poufne i strzeżone w odpowiedni sposób, co doprowadziło do przekazania Odwołującemu informacji o odtajnieniu Wyjaśnień Oferty REMA, co w konsekwencji może doprowadzić do ujawnienia (upublicznienia) informacji wrażliwych (tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego) w konsekwencji powyższego;

(5) art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) Pzp Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

(2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert wraz z ofertą wykonawcy Rema;

(3) odrzucenie oferty REMKOR;

(4) uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w Postępowaniu;

(5) uznania, że wyjaśnienia treści oferty REMA z dnia 2 sierpnia 2024 r. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy i nie podlegają odtajnieniu.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 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. 573 Pzp Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przywołał następujące okoliczności:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zabezpieczenie chemoodporne wewnętrznej powierzchni przewodów kominowych nr 10, 11 i 12, rekonstrukcja wylotów przewodów

kominowych nr 11 i nr 12 oraz naprawa konstrukcji kanałów spalin nr 10 i 12 dla PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Bełchatów.

Zgodnie z treścią pkt 3.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ"): Szczegółowy Opis przedmiotu Zamówienia stanowi Załącznik Nr 1 do SWZ/ wzoru Umowy („OPZ").

Ponadto, jak wskazano w pkt 10.1 SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- pkt 10.1.1.1. - nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 Ustawy PZP. Wykluczenie Wykonawcy następuje w przypadku wskazanym w art. 111 Ustawy PZP;

- pkt 10.1.2. - spełniają warunki udziału w Postępowaniu określone w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 Ustawy PZP, dotyczące: (…)

10.1.2.2. zdolności technicznej lub zawodowej,

10.1.2.2.1. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonali należycie co najmniej jedno zadanie w zakresie zabezpieczenia chemoodpornego wewnętrznej powierzchni stalowych przewodów kominowych o wysokości minimum 200m, pracujących w układzie Instalacji Odsiarczania Spalin o łącznej powierzchni napraw min. 2 500 m2 przypadającej na jeden przewód.

Zamawiający oczekiwał, iż każdy z wykonawców wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał należycie co najmniej jedno zadanie w zakresie zabezpieczenia chemoodpornego wewnętrznej powierzchni stalowych przewodów kominowych, co zasadniczo jest zgodne z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z pkt 16.7.1 SWZ Zamawiający oczekiwał, że wraz z ofertą każdy wykonawca przedłoży wskazane przedmiotowe środki dowodowe w postaci:

1) aktualnych kart produktu,

2) kart charakterystyki,

3) deklaracji zgodności materiału do aplikacji oraz

4) dokumentów pochodzących od niezależnych jednostek badawczych (np. opinie,

ekspertyzy), które potwierdzą określone przez Zamawiającego w OPZ właściwości materiału: 16.7. Do oferty należy dołączyć:

16.7.1. Aktualne karty techniczne produktu, karty charakterystyki oraz deklaracje zgodności materiału do aplikacji oraz dokumenty (np. ekspertyzy, opinie) pochodzące od niezależnych jednostek badawczych potwierdzające właściwości materiału deklarowanego przez producenta zgodnie z zapisami OPZ, tj. II Zabezpieczenie chemoodporne przewodów kominowych nr 10, 11, 12, ROBOTY ANTYKOROZYJNE pkt. 9 (str. 10-11).

W treści przywołanego punktu 9. OPZ wskazano:

Technologia wykonania powłoki musi być oparta na materiale o właściwościach wskazanych poniżej, zapewniających skuteczne zabezpieczenie chemoodporne powierzchni wewnętrznej komina pracującego w układzie Instalacji Odsiarczania Spalin w elektrowniach opalanych węglem. Na potwierdzenie powyższego warunku wymagane są aktualne karty techniczne produktu, karty charakterystyki oraz deklaracje zgodności materiału do aplikacji oraz dokumenty (np. ekspertyzy, opinie) pochodzące od niezależnych jednostek badawczych potwierdzające właściwości materiału deklarowane przez producenta. Powyższe dokumenty winny być złożone wraz z ofertą. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za zgodność wyrobu z deklarowanymi właściwościami oraz wykonanie powłoki chemoodpornej o parametrach nie gorszych niż wskazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia, gwarantując jej trwałość w istniejących warunkach eksploatacyjnych układu technologicznego.

Przedstawiona technologia wymaga akceptacji Zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający wskazał na: Wymagane parametry docelowe powłoki i przygotowania powierzchni:

• Odporność na temperaturę:

- w warunkach przepływu spalin oczyszczonych min. 80°C,

- w warunkach przepływu spalin nieoczyszczonych do 170°C,

• Odporność chemiczna na kwas siarkowy min. 65% dla 90°C,

• Twardość wg Barcol - min. 30,

• Przyczepność do podłoża - min. 7 Mpa.

Zamawiający określił w SWZ w sposób wyraźny – po pierwsze - swoje oczekiwania względem oferowanego przez

wykonawców produktu (jakie powinien mieć on właściwości), a ponadto – po drugie - „co” (konkretne „właściwości materiału”) i „jakie” informacje (opis tych właściwości - pkt 9 OPZ) miały potwierdzać żądane przez Zamawiającego i złożone wraz z ofertą dokumenty (przedmiotowe środki dowodowe).

Oferty w Postępowaniu złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący oraz P.P.H.U. REMKOR D. W. z siedziba w Rogowcu.

Odwołujący złożył wraz z ofertą wszystkie wymagane w SWZ dokumenty, co nie było zasadniczo kwestionowane przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Karta techniczna (charakterystyka) potwierdzała wszystkie

właściwości materiału, które wskazał i których oczekiwał Zamawiający.

Na marginesie Odwołujący zauważył, iż w dokumencie tym stwierdza się również, system Wikaflake DD został zaprojektowany do zastosowania w instalacjach oczyszczania spalin w elektrowniach i spalarniach śmieci oraz że znajduje zastosowanie w kominach stalowych. Na końcu dokumentu wskazano: „Powyższe dane wynikają z aktualnego stanu naszej wiedzy. Nie stanowią one gwarancji właściwości produktu i nie są wiążące prawnie. Zastrzegamy sobie prawo do zmian uwarunkowanych technicznie.”

W Raporcie z badań z dnia 26 sierpnia 2019 roku, wykonanym przez Instytut Technologii Chemicznej potwierdzono wszystkie właściwości materiału deklarowanego przez producenta oraz wskazano, że Wikaflake DD nadaje się do stosowania w mokrym systemie odsiarczania spalin w absorberach, kominach, kanałach.

W karcie charakterystyki zawarto następujące uwagi:

„Wikaflake DD Komponente A

16.7 Dodatkowe wskazówki

Dane w niniejszej karcie charakterystyki opierają się na aktualnym stanem naszej wiedzy oraz na doświadczeniu. Nie stanowią one gwarancji właściwości opisanego produktu ani nie są stosunkiem prawnym. Dane nie są gwarancją właściwości i jakości, nie zastępują informacji o produkcje.

Na użytkowniku spoczywa odpowiedzialność podjęcia wszelkich niezbędnych kroków, tak aby zagwarantować zgodność z obowiązującymi ustawami i rozporządzeniami. Zadaniem użytkownika jest upewnić się przed użyciem produktu, czy niniejsza karta charakterystyki jest aktualna.”

Wykonawca REMKOR wraz z ofertą w zakresie przedmiotowych środków dowodowych przedłożył:

1) kartę charakterystyki oraz

2) ekspertyzę z dnia 22 września 2017 r. autorstwa dr inż. J. B. pn. „Badania właściwości ochronnych materiału steulerflake pod kątem przydatności do stosowania w kanałach oraz przewodach stalowych w instalacjach odsiarczania spalin”, w ramach których zawarto:

3) Deklarację zgodności oraz

4) Informację techniczną.

Zgodnie z przedłożonymi dokumentami materiał zaproponowany przez REMKOR posiada następujące parametry:

1) Informacja techniczna:

„Stosowanie

Powlekanie kanałów, zbiorników i kominów instalacji odsiarczania spalin oraz innych elementów instalacji technologicznych w różnych gałęziach przemysłu.

Cechy i korzyści

- wysoka odporność chemiczna
- bardzo dobry opór dyfuzji
- odporność termiczna do 200°C (naprężenie suche) do 80°C (naprężenie mokre) do 100°C (rozpryskiwanie cieczy)
- Standardowa grubość warstwy ok. 1,5 mm

przy czym jednocześnie zastrzeżono w dokumencie:

Informacje zawarte w niniejszej Informacji Technicznej opierają się na naszej aktualnej wiedzy technicznej i doświadczeniu. Przedstawiają tylko ogólne wytyczne oraz wartości średnie. Nie można z tego wnioskować prawnie wiążącego zapewnienia odnośnie określonych właściwości lub przydatności do określonego celu.

Informacje zawarte w niniejszej Informacji Technicznej są naszą własnością intelektualną. Informacje techniczne nie mogą być powielane, wykorzystywane bez naszej zgody, rozpowszechnianie w celach komercyjnych lub innym w inny sposób udostępniane osobom trzecim.

Wraz z ukazaniem się tego wydania wszelkie wcześniejsze tracą swoją ważność."

W dokumencie brak potwierdzenia, iż zaoferowany przez REMKOR materiał spełnia oczekiwania Zamawiającego co do:

1) odporności chemicznej na kwas siarkowy min 65% dla 90°C,

2) twardości wg Barcol – min. 30 oraz

3) przyczepności do podłoża – min. 7 Mpa.

2) Karta charakterystyki

dokument ten również nie potwierdza spełnienia przez produkt powyższych wymogów Zamawiającego. Jednocześnie poczyniono w nim tożsame zastrzeżenie co do „najlepszej wiedzy" producenta:

„Informacja uzupełniająca

Informacje podane w tej karcie charakterystyki odpowiadają naszej najlepszej wiedzy w momencie oddawania do druku. Informacje powinny dawać punkty odniesienia do bezpiecznego obchodzenia się zawartego w tym arkuszu o zachowaniu środków ostrożności produktu w przypadku jego magazynowania, obrabiania, transportu, usunięcia. Danych nie należy przenosić na inne produkty. Jeżeli produkt zostanie zmieszany lub przetworzony z innymi materiałami, dane tego arkusza o zachowaniu ostrożności nie są przenośne nie bez pozwolenia na ten na w ten sposób sporządzony nowy materiał. Dane oparte na aktualnym stanie naszej wiedzy, nie stanowią jednak zapewnienia właściwości i nie uzasadniają stosunku prawnego. Przepisy i ustawy powinny być przestrzegane przez odbiorców naszych produktów ich własnym interesie."

Mimo oczekiwań Zamawiającego zadeklarowania przez producenta właściwości materiałów, brak jest jakiekolwiek dokumentu od tego podmiotu w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego, także w samach badaniach, które miały zasadniczo potwierdzać parametry zadeklarowane przez producenta, próżno szukać potwierdzenia m.in. odporności chemicznej na kwas siarkowy min. 65% dla temperatury 90°C.

Tym samym REMKOR nie potwierdził właściwości zaoferowanego materiału (że spełnia on wymagania Zamawiającego).

Zamawiający był w pełni świadom powyższego. W dniu 30 lipca 2024 r. skierował bowiem zarówno do REMKOR wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie:

„a. dokumentu „Technologia materiałowa", gdzie zostało wskazane, że materiał Steulerflake jest odporny na kwas siarkowy o stężeniu 75%, niemniej dotyczy to temperatury 80°C, przy wymaganej przez Zamawiającego temperaturze 90°C. Z kolei opinia RWE wskazuje, że wykonano badania odpornościowe na kwas siarkowy w stężeniu 10%, 40% i 70%, nie poddając jednak temperatury.

Zamawiający w OPZ wymagał Odporność chemiczna na kwas siarkowy min. 65% dla 90°C, co zostało wskazane w pkt. II. Zabezpieczenie chemoodporne przewodów kominowych nr 10, 11, 12, Wymagane parametry docelowe powłoki i przygotowania powierzchni, tiret 2, str. 11 OPZ.

W związku z powyższym, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej oferty poprzez poinformowanie Zamawiającego, czy zaproponowana technologia w całości spełnia wymagania określone w OPZ, w tym: odporności na kwas siarkowy min. 65% przy 90°C oraz przedstawienie dokumentu potwierdzającego spełnienie tego warunku."

Treść tego wezwania wskazuje, iż Zamawiający nie zna pełnej treści oferty REMKOR (skoro wzywa do wyjaśnień w tym zakresie), w tym „poinformowanie Zamawiającego, czy zaproponowana technologia w całości spełnia wymagania określone w OPZ, w tym: odporności na kwas siarkowy min. 65% przy 90°C". Zamawiający ponadto wezwał do „przedstawienie dokumentu potwierdzającego spełnienie tego warunku".

Pismem z dnia 2 sierpnia 2024 roku REMKOR odpowiedział na powyższe wezwanie, przedkładając jednocześnie pisemne wyjaśnienia dostawcy, w którym zapewniono o spełnieniu przez produkt parametrów odporności. Przedłożono również sporządzoną także przez producenta tabelę, z której ma wynikać odporności chemiczna na kwas siarkowy min. 65% przy 90°C. Niezależnie od uzupełnienia w tym zakresie treści oferty - co jest niedopuszczalne - Odwołujący podkreślił, że REMKOR nie przedstawił dokumentu niezależnej jednostki, który potwierdza właściwości materiału w tym zakresie zgodnie z deklaracjami producenta.

W tym samym dniu Zamawiający wystosował także wezwanie do Odwołującego, w którym wnosił m.in. o wyjaśnienie 1) kwestii rozbieżności między dokumentami (Karty technicznej i Raportu z badań) co do składnika materiału;

2) zastrzeżeń w dokumentach producenta co do „aktualnego stanu wiedzy" i braku „gwarancji właściwości produktu" etc.

Pismem z dnia 2 sierpnia 2024 roku Odwołujący wskazał, iż:

1) „została zaoferowana oczywiście powłoka zgodna z przedmiotem zamówienia.

W tym zakresie – określenia parametrów oferowanego produktu – wiążąca jest karta techniczna producenta. Jednocześnie przedłożono pismo jednostki badawczej i oświadczenie, że „Celem Instytutu było badanie właściwości materiału WIKAFLAKE DD, natomiast bez

chemicznej analizy składu materiału", a zatem „wskazane stwierdzenie nie ma charakteru wiążącego";

2) „adnotacja zawarta na stronie 3 dokumentu „Karta techniczna WIKAFLAKE DD" jest standardową adnotacją o charakterze ogólnym, mającą na celu zabezpieczenie interesów producenta i stanowi jego oświadczenie. Potwierdza to sam producent w swoim oświadczeniu (Załącznik nr 1), m.in.: Zapis „Powyższe dane produktu wynikają z aktualnego stanu naszej wiedzy. Nie stanowią one gwarancji właściwości produktu i nie są wiążące prawnie. Zastrzegamy sobie prawo do zmian uwarunkowanych technicznie" na karcie jest powszechnie używany, w tym również podobnie brzmiący w kartach innych producentów (np. karcie katalogowej Firmy Steuler). Zapis ten Dotyczy zabezpieczenia producenta w przypadku wprowadzenia wymuszonych zmian w recepturze lub zmiany lokalnych warunków np. unijna regulacja dotycząca chemikaliów REACH. Treść dokumentu nie zaprzecza właściwościom produktu, które zostały w nim opisane. Samo zastrzeżenie wskazuje jedynie na potencjalną możliwość zmiany, która może wynikać choćby z powodów niezależnych od producenta (np. zmiana prawa). Ponadto podkreślono, że analogiczne adnotacje poczyniono w dokumentach drugiego z oferentów.

Odwołujący zaznaczył, że pomimo iż obaj oferenci w wielu aspektach znajdowali się w analogicznej sytuacji (np. poczynione przez producentów zastrzeżenia), wezwanie skierowane (w znacznie szerszym zakresie) zostało wyłącznie do Odwołującego.

W dniu 29 sierpnia 2024 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, którą okazała się być oferta złożona przez REMKOR.

W treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający zawarł informację o odrzuceniu oferty REMA. Z treści uzasadnienia wynika jakoby oferta REMA zasługiwała na odrzucenie jako sprzeczna z warunkami zamówienia, gdyż:

1) zaoferowana technologia wykonania powłoki z uwagi na jedną z wcześniejszych prac realizowanych przez Odwołującego jest rzekomo nieskuteczna dla elektrowni opalanej węglem, a Zamawiający zastrzegł sobie prawo „akceptacji" zaoferowanej technologii;

2) Zamawiający nie jest w stanie stwierdzić, co stanowi przedmiotem oferty wykonawcy REMA z uwagi na rzekomą rozbieżność pomiędzy treścią oferty a wyjaśnieniami z dnia 2 sierpnia 2024 r.;

3) W ocenie Zamawiającego badanie odporności materiału na temperaturę pod wpływem oczyszczonych gazów spalinowych w stałej temperaturze +85°C, bezpośrednio wewnątrz kanału kominowego i w kanałach wlotowych i wylotowych systemu FGD uwzględnione w Raporcie z nadań z dnia 26 sierpnia 2019 r. jest niewiarygodne i uznaje otrzymane wyniki za nieprawidłowe;

4) Niejasności wynikające z Raportu z badań dotyczą również grubości powłok;

5) Wykonawca zastrzegł niewiążący charakter swojej oferty w zakresie właściwości produktu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający podjął w toku Postępowania szereg czynności z naruszeniem przepisów prawa (Pzp). Nie tylko nieprawidłowo ocenił oferty złożone w Postępowaniu, w tym sposób całkowicie dowolny, abstrahując od treści SWZ, bez powołania się na konkretne postanowienia Specyfikacji (OPZ), odrzucił ofertę Odwołującego, czym dopuścił się faktycznej zmiany treści SWZ po złożeniu ofert (ustanawiając nowe wymogi). Przede wszystkim jednak, co wynika pośrednio już z powyższego opisu, w sposób skrajnie nierówny traktuje wykonawców biorących udział w Postępowaniu, co przejawia się m.in. odrzuceniem wyłącznie jednej oferty (Odwołującego) w sytuacji, w której analogiczna (rzekoma) podstawa zachodzi także wobec drugiego oferenta (np. w zakresie zastrzeżeń, które producenci poczynili w swoich dokumentach). Zarówno w tym zakresie, jak i wzywania do wyjaśnień oferty wyłącznie Odwołującego, mimo iż tożsame okoliczności występują względem REMKOR, trudno tak naprawdę zrozumieć zachowanie Zamawiającego. Oferty w kilku elementach, są bowiem identyczne - a mimo tego – Zamawiający traktuje je (wykonawców) odmiennie uwzględniając właśnie te okoliczności (jednego odrzuca/wzywa, drugiemu udziela zamówienia).

W uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty REMA (a zatem zastosowaniu najcięższej z możliwych sankcji) nie można dostrzec, aby miała miejsce jakakolwiek analiza okoliczności, które opisuje Zamawiający, przez pryzmat treści art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W ocenie Odwołującego, o ile Zamawiający uwzględnił, co musi się stać, aby wystąpiła niezgodność oferty z warunkami zamówienia, doszedłby do zgoła odmiennych wniosków, tj. iż oferta Odwołującego jest zgodna z SWZ.

Odwołujący przypomniał, iż Zamawiający w OPZ (pkt 9 str. 11) w sposób wyraźny określił swoje oczekiwania względem materiału, który powinni zaoferować mu na potrzeby realizacji prac wszyscy wykonawcy. Odnosząc się do technologii wykonania powłoki wskazał, iż musi być ona oparta na materiale o właściwościach wskazanych poniżej, zapewniających skuteczne zabezpieczenie chemoodporne powierzchni wewnętrznej komina pracującego w układzie Instalacji Odsiarczania Spalin w elektrowniach opalanych węglem (…). Następnie, zgodnie z powyższą treścią, Zamawiający wskazał stosowne, mierzalne i obiektywne parametry powłoki (materiału), które powinny zostać osiągnięte (spełnione)

przez każdego wykonawcę. Odwołujący podkreślił, że nie budzi wątpliwości, iż materiał zaoferowany przez Odwołującego spełnia wszystkie oczekiwania Zamawiającego. Przyznał to sam Zamawiający w treści informacji o odrzuceniu oferty. Na stronie piątej uzasadnienia odrzucenia oferty wskazał: Przedstawione przez Wykonawcę parametry zaoferowanego produktu, co do zasady są zgodne z wymaganymi przez Zamawiającego w OPZ (…). Jednocześnie jednak Zamawiający decyduje się na odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu swoje decyzji Zamawiający wskazał, iż z przedłożonych dokumentów „nie wynika, że deklarowane parametry produktu zapewniają skuteczne zastosowanie

w elektrowniach opalanych węglem".

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający, mimo poczynienia takiej uwagi, jednocześnie nie wskazał na treść OPZ, z której wynikać miałoby, iż raport, czy też inne dokumenty wykonawcy, mają zawierać potwierdzenie, że deklarowane parametry produktu zapewniają skuteczne zastosowanie w elektrowniach opalanych węglem. Jak już wskazano, Zamawiający w sposób jasny określił w OPZ potwierdzenia jakich parametrów oferowanego produktu oczekuje od wykonawców, co też ma miejsce w przypadku Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający po terminie składania ofert formułował wymagania, których pierwotnie nie zawarł w OPZ. W jego ocenie, nieuwzględnienie w przedmiotowych środkach dowodowych klauzuli literalnie potwierdzającej, że zaoferowany materiał nadaje się do montażu w kominie będącym częścią elektrowni opalanej węglem (co nie do końca jest prawdą), stanowić ma o rzekomym zaoferowaniu produktu niezgodnego z OPZ. W sposób oczywisty jest to zachowanie nieprawidłowe.

Odwołujący podkreślił, że sam Zamawiający w OPZ przesądził, iż opisane i oczekiwane przez niego parametry materiału „zapewniają" skuteczne zabezpieczenie chemoodporne powierzchni wewnętrznej komina pracującego w układzie Instalacji Odsiarczania Spalin w elektrowniach opalanych węglem. W OPZ czytamy bowiem:

„Technologia wykonania powłoki musi być oparta na materiale o właściwościach wskazanych poniżej, zapewniających skuteczne zabezpieczenie chemoodporne powierzchni wewnętrznej komina pracującego w układzie Instalacji Odsiarczania Spalin w elektrowni opalanej węglem."

Odwołujący podkreślił, że powyższy fragment nie pozostawia wątpliwości, iż Zamawiający sam uznał, że dochowanie opisanych parametrów użytego materiału będzie niosło ze sobą ten skutek, że zagwarantowane („zapewniających") zostanie właściwe zabezpieczenie komina pracującego w elektrowni opalanej węglem. Na obecnym etapie natomiast jednocześnie Zamawiający stwierdził, że „parametry zaoferowanego produktu co do zasady są zgodne z OPZ" i – faktycznie, wbrew powyższej treści – że parametry te rzekomo nie zapewniają jednak skutecznego zabezpieczenia komina, co jest oczywistą nieprawdą.

Zgodnie z powyższym, wykonawcy składający ofertę w Postępowaniu, byli zobowiązani do zaoferowania produktu o powyższych parametrach, co ipso facto potwierdza – zdaniem Zamawiającego - że materiał może zostać użyty skutecznie wewnątrz komina elektrowni opalanej węglem.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie może wymagać na obecnym etapie od wykonawców jakichkolwiek innych parametrów zaoferowanego produktu (materiału), a zobowiązany jest trzymać się literalnie ustalonych przez siebie wymagań, wyrażonych OPZ, co potwierdzać mają przedłożone przez wykonawców przedmiotowe środki dowodowe. Co więcej – w sposób oczywisty Zamawiający nie może na obecnym etapie, w oderwaniu od przygotowanego przez siebie OPZ, arbitralnie akceptować/odrzucać zaoferowane przez wykonawców produkty.

Możliwość użycia oferowanego przez Odwołującego materiału w kominach wynika także z przedłożonych dokumentów (choć nie było takiego wymogu) - Karty technicznej.

Na wezwanie REMA – wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego – przedłożyła również oświadczenie producenta, który wprost potwierdza taką możliwość (o czym Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty REMA nie wspomina).

W dalszej kolejności, przechodząc do porządku dziennego nad postawionymi przez siebie wymaganiami wyrażonymi w SWZ/OPZ, Zamawiający istotę odrzucenia oferty REMA opiera o własne badania, przeprowadzone na zaoferowanym materiale – WIKAFLAKE - DD przewodach kominowych nr 3 i 4 w Elektrowni Bełchatów, z których rzekomo ma wynikać m.in., że wykładzina chemoodporna nie zapewnia wystarczającej ochrony materiału podłoża o czym świadczą pęknięcia występujące na powierzchni powłoki oraz liczne ogniska korozji podpowłokowej etc. Zamawiający uznał, że materiał - WIKAFLE DD nie nadaje się do wykonania zamówienia, gdyż w wyniku wykonania poprzednich prac ujawniły się wady wykonanych prac. Dlatego też ofertę należy odrzucić.

Odwołujący zauważył, że – po pierwsze - Zamawiający podstawy odrzucenia oferty (jej niezgodności z warunkami zamówienia) nie upatruje w różnic pomiędzy OPZ a kartą katalogową/opinia/ekspertyzą, tj. przedmiotowym środkiem dowodowym (co potencjalnie może zmaterializować prawo do odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp), a także parametrami produktu, ale faktycznie powołuje się na – w jego ocenie – brak należytego wykonania poprzedniego zamówienia, co nie świadczy o sprzeczności oferty z warunkami zamówienia. Okoliczności te mogą ewentualnie przemawiać za brakiem zdolności Odwołującego do należytego wykonania zamówienia (brakiem spełnienia warunków udziału), co nie jest jednak przedmiotem niniejszej sprawy.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie miał prawa do arbitralnego uznania (bez wskazania, który dokładnie element

zaoferowanego produktu jest niezgodny z OPZ) do odrzucenia oferty wykonawcy. Sankcja odrzucenia oferty wykonawcy, jako najdalej idąca w postępowaniach prowadzonych w reżimie Pzp, winna być stosowana niezwykle wstrzemięźliwie, nie dokonując przy jej zastosowaniu wykładni rozszerzającej art. 226 Pzp. Odwołujący podkreślił, że odrzucenie oferty jako sprzecznej z warunkami zamówienia nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości i winno znaleźć wprost uzasadnienie w dokumentacji postępowania. Ponad wszelaką wątpliwość z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszym Postępowaniu. Zamawiający nie wskazał, jaki parametr przemawia rzekomo za tym, że materiał WIKAFLAKE DD nie może zostać skutecznie zamontowany w przewodach kominowych w elektrowniach opalanych węglem. Jest bowiem całkowicie odmiennie – ze specyfikacji technicznej, jak i oświadczenia producenta wynika wprost, że produkt WIKAFLAKE DD z powodzeniem mogą być stosowne w elektrowniach opalanych węglem.

Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego zaoferowano produkt w pełni zgodny z OPZ/SWZ, a

Zamawiający nie wykazał, jakoby treść oferty uchybiła dokumentacji Postępowania. Oferowany produkt przez REMA - technologia materiałowa WIKAFLAKE DD – była stosowana z powodzeniem wielokrotnie w kominach w elektrowniach Zamawiającego od około 1997 roku. Konkluzje wyrażone w przywołanych badaniach dotyczą jednostkowego przypadku. Z pewnością nie mogą być one decydująca dla wykazania wad w oferowanym przez REMA produkcie. Tym bardziej, że wcale nie jest przesądzone, iż wady, które się rzekomo pojawiły, są konsekwencją zastosowanego materiału. Równie dobrze przyczyną uszkodzeń powierzchni mogło być przykładowo:

- nieprawidłowe przygotowanie podłoża, czyli chropowatość oraz przygotowanie spoin;

- nieprawidłowa aplikacja materiału oraz nieprawidłowe przygotowanie mieszaniny do aplikacji; - nieodpowiednie warunki eksploatacji (np. za wysoka temperatura spalin w kominie).

Niezależnie od powyższego Zamawiający jako powodów odrzucenia oferty podał, iż: [n]ie może zatem zgodnie z pkt. II. 9 OPZ być spełniony warunek: „Przedstawiona technologia wymaga akceptacji Zamawiającego".

Odnosząc się do tego stwierdzenia Odwołujący wskazał, iż Zamawiający z tego postanowienia OPZ zdaje się wywodzić, iż ma – zasadniczo – niczym nieograniczoną możliwość oceny i odrzucania oferty, także w sytuacji, w której – jak sam przyznaje – spełnia ona wymogi postawione w OPZ. Jest to stanowisko całkowicie nieuprawnione. O ile przyjąć je za właściwiej, czyniłoby to całkowicie bezużytecznym pozostałe postanowienia dokumentacji postępowania, a Zamawiający – nawet na zasadzie „lubię/nie lubię" – uprawniony byłby do całkowicie dowolnego i swobodnego odrzucania ofert. Czyniłoby to z kolei iluzorycznym jakiekolwiek postępowania o udzielenie zamówienia – oferty wybierane i odrzucane byłby bowiem przez zamawiających arbitralnie, z pominięciem uczciwej konkurencji, równego traktowania czy też zasady przejrzystości. Przyjęcie takiej wykładni powyższego sformułowania, a nie wskazania na akceptację technologii na etapie realizacji prac, jest zatem wprost sprzeczne z przepisami prawa. Jakakolwiek wykładnia contra legem jest natomiast niedopuszczalna.

Odwołujący wskazał, że przyjmując retorykę Zamawiającego, nawet wykonawcy w pełni spełniający warunki udziału w postępowaniu, niepodlegający wykluczeniu, oferujący produkt wpisujący się w oczekiwania narzucone OPZ (tak jak wykonawca REMA), nie mogą mieć pewności, że ich status w postępowaniu jako wykonawcy zostanie utrzymany. Aprobata takiego stanowiska prowadzi w istocie do wypaczenia zasady konkurencyjności oraz de facto wszystkich procedur konkurencyjnych uwzględnionych w Pzp. W takiej sytuacji, walka konkurencyjna praktycznie nie istnieje, a to Zamawiający całkowicie dowolnie wybiera, w oderwaniu od OPZ, która technologia jest zgodna z własnymi oczekiwanymi, odrzucając oferty pozostałych wykonawców (oferujących produkt zgodny z SWZ, ale odmienny niż konkurent, którego oferta została wybrana).

Odwołującego podkreślił, że jego celem nie jest odmówienie Zamawiającemu prawa do zaakceptowania danej technologii – aczkolwiek – Odwołujący pragnie, aby odbyło się to w zgodzie z naczelnymi zasadami Pzp, tj. na etapie wykonawstwa, a nie na etapie oceny ofert. Powyższa konstatacja nie może zatem nieść ze sobą tak daleko idącego skutku, który sprowadza się do arbitralnego uznania przez Zamawiającego oferty za zgodną/sprzeczną z warunkami zamówienia w oderwaniu od OPZ.

- Brak merytorycznej rozbieżności w dokumentacji opisującej oferowany produkt

Zamawiający na str. 10 OPZ – pkt 5 wskazał, że chemoodporna powłoka ochronna winna zostać nałożona w systemie winyloestrowym – według wymogów normy PN-EN ISO 14 8791 lub równoważnej, co oznaczało, że Zamawiający wymagał, aby zaoferowany materiał był zrobiony właśnie na bazie żywicy winyloestrowej.

Takie właściwości oferowanego przez Odwołującego potwierdzają dokumenty jego producenta. Choćby w „Karcie technicznej WIKAFLAKE DD" (karta charakterystyki) wskazano na odporność na dyfuzję pary wodnej 2-składnikowej powłoki wykonanej z materiału Wikaflake DD z żywicą reaktywną na bazie żywicy winyloestrowej i z płatkami mineralnymi. Jednocześnie jednak w dokumencie „Raport badań z dnia 26.08.2019 r." posłużono się nazwą żywicy epoksydowej wypełnionej płatkami szklanymi i utwardzonej adduktem aminowym.

W ocenie Zamawiającego, z uwagi na ww. rozbieżności w nazewnictwie, istnieją wątpliwości co do faktycznie zaoferowanego produktu ma on wątpliwości, co realnie stanowi przedmiot oferty REMA, wobec czego należało tę ofertę odrzucić.

Odwołujący podkreślił, że podtrzymuje swoje stanowisko, które wyrażone zostało w treści złożonych w toku Postępowania wyjaśnień. Materiał, który został zaoferowany Zamawiającemu, jest zgodny z OPZ.

Zamawiający całkowicie pominął treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, w tym przedłożone wraz z nimi dowody. Zgodnie ze stanowiskiem Instytutu Technologii Chemicznej, zgodnie z którym: Celem Instytutu było badanie właściwości materiału WIKAFLAKE DD, natomiast bez chemicznej analizy składu materiału". Dlatego też, co podkreślili przedstawiciele Instytutu: wskazane stwierdzenie nie ma charakteru wiążącego. Już tylko powyższe wyjaśnienia stosownej instytucji powinny skutkować przyjęciem przez Zamawiającego, iż brak jest jakiejkolwiek rozbieżności między dokumentami, a oferta jest zgodna z OPZ.

Odwołujący wskazał na stanowisko Producenta przedłożone Zamawiającemu wraz z Wyjaśnieniami Oferty, który potwierdził skład produktu zgodnie z kartą techniczną, a dodatkowo wskazał zgodnie z poniższym:

„potwierdzamy, iż wskazany w dokumencie Karta techniczna Wikaflake DD zapis: „Odporna na dyfuzję pary wodnej 2-składnikowa powłoka z żywicą reaktywną na bazie żywicy winyloestrowej z płatkami mineralnymi" jest prawidłowy i odnosi się on do składu oferowanego produktu. Pojawiające się różnice w nazewnictwie (opisie) mogą wynikać z ewentualnych różnych wewnętrznych kategoryzacji

poszczególnych materiałów, które są zgodne z powyższym opisem. Załączamy dodatkowo pismo od niezależnej jednostki badawczej. Skład materiału pozostaje niezmienny od momentu przeprowadzenia badania."

Brak podstaw do odrzucenia oferty i jej zgodność z OPZ potwierdza także zachowanie Zamawiającego względem drugiego z oferentów - REMKOR.

Wykonawca ten, podobnie jak sam Odwołujący, złożył dokumenty, w których operuje się zasadniczo naprzemiennie pojęciami: żywicą winyloestrowej z płatkami mineralnymi a żywicą epoksydową, czyli tą, którą kwestionuje Zamawiający. Odmiennie niż ma to jednak miejsce w przypadku Odwołującego, spotkało się to z aprobatą ze strony Zamawiającego (uznaniem, że REMKOR złożył ofertę zgodną z warunkami zamówienia). Przykładowo: w deklaracji zgodności wg. ISO/IEC 17050-1 sam producent wskazał, że materiał powstał na bazie żywicy epoksydowej.

Odmiennie z kolei wskazano w tabeli porównawczej przygotowanej przez producenta, gdzie wskazano na kluczowe parametry żywicy winyloestrowej z płatkami mineralnymi.

Z kolei w przedłożonej ekspertyzie, wskazano na powłokę epoksydowo-Nowalakowo-winylowo-estrową materiału Steulerflake SPM.

Także w dokumentach wykonawcy REMKOR, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamiennie stosuje się powyższe nazwy (występuje różna terminologia). Mimo tego, REMKOR nie spotkała sankcja w postaci odrzucenia oferty, co trudno w jakikolwiek sposób wytłumaczyć. Odwołujący wskazał, że o ile zatem Krajowa Izba Odwoławcza dojdzie do przekonania, że Zamawiający w tym zakresie nie dopuścił się naruszenia stosownych przepisów prawa, powinno się to również wiązać z nakazaniem odrzucenia oferty REMKOR (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Nie istnieje jeden uniwersalny i prawidłowy zapis pożądanego przez Zamawiającego produktu, a różnicami w nazewnictwie, posługuje się nawet sam wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odmienne traktowanie w Postępowaniu dwóch podmiotów, których sytuacja jest do siebie zbliżona (zarówno w dokumentach REMKOR, jak i REMY stosowane są różne nazwy żywicy) jest nie do pogodzenia z zasadą uczciwej konkurencji. Jak stwierdziła Izba w jednym z wyroków: Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, wyrok KIO z 12.05.2022 r., KIO 1084/22.

Wzywanie do złożenia wyjaśnień Odwołującego, a następnie – odrzucenie oferty REMA w oparciu o występujące rozbieżności w nazewnictwie, które występują w ofercie wykonawcy REMKOR (którego oferta została uznana za najkorzystniejszą) przeczy fundamentalnym

zasadom Pzp i stanowi niezbity dowód na faworyzację jednego z wykonawców w Postępowaniu (REMKOR) kosztem drugiego (REMA).

Odwołujący wskazał, że znamienne pozostaje przy tym stanowisko Zamawiającego, który odrzucając ofertę REMA, stwierdza, że [z] rozbieżności powyższych stanowisk wynika przeświadczenie Zamawiającego co do niemożności ostatecznego stwierdzenia, jaki produkt oferuje Wykonawca, co zdaje się sugerować, że Zamawiający nie może kategorycznie stwierdzić, że czy faktycznie doszło do wystąpienia sprzeczności na linii oferta REMA – OPZ. Powyższa konstatacja stanowi kolejny argument przemawiający ze niedopuszczalnością odrzucenia oferty REMA (Zamawiający nie wie, czy na pewno dochodzi do sprzeczności z SWZ i w konsekwencji, nie jest w stanie tego faktu „uchwycić").

Odwołujący wskazał, że w przypadku braku uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą przedmiotowego zarzutu, niezgodna z warunkami zamówienia jest również oferta REMKOR, dlatego winna ona zostać odrzucona w Postępowaniu (zarzut niezgodność sformułowany w petitium).

- Badanie odporności materiału na temperaturę oraz grubości powłoki

Odwołujący zasygnalizował, że o ile w zakresie pozostałych okoliczności był wzywany do złożenia wyjaśnień (co poskutkowało złożeniem Wyjaśnień Oferty), o tyle Zamawiający nie sygnalizował Odwołującemu swoich wątpliwości związanych z rzekomą rozbieżnością z wynikającą z „Raportu badań z dnia 26.08.2019 r." i „Karty technicznej

WIKAFLAKE DD” (karta charakterystyki) dotyczącą grubości powłok.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby przepis art. 223 ust. 1 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert wówczas, gdy zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czyli wówczas, gdy jej treść jest w ocenie Zamawiającego niezgodna z warunkami zamówienia. Nie może budzić przy tym wątpliwości, że treść wezwania winna swoim zakres obejmować okoliczności, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego i na które Zamawiający (w sytuacji złożenia niedostatecznych wyjaśnień przez wykonawcę) może się powołać, odrzucając ofertę wykonawcy.

Powyższe przesądza, że odrzucenie oferty z powołaniem się na rzekome rozbieżności i niejasności wynikające z „Raportu badań z dnia 26.08.2019 r.” i „Karty technicznej WIKAFLAKE DD” (karta charakterystyki) w zakresie grubości powłok należy uznać za co najmniej przedwczesne.

Odwołujący odnosząc się do pkt 3 Uzasadnienia odrzucenia jego oferty wskazał, że w przedłożonym Zamawiającemu Raporcie z badań z dnia 26 sierpnia 2019 r. stanowiącym jeden z przedmiotowych środków dowodowych, Odwołujący zawarł tabelę.

Zamawiający wskazał, że nie daje wiary przedstawionym powyżej badaniom i dlatego też odrzuca ofertę REMA. W ocenie Zamawiającego - po pierwsze - nie jest możliwe utrzymanie

temperatury na jednym poziomie w trakcie 6 miesięcznej pracy elektrowni. Również informacja o braku utraty masy nie ma oparcia w opisanych wyżej warunkach prowadzenia obserwacji. Po drugie, Zamawiający podniósł, że – [w]yniki przedstawione w pkt 3 tabeli „Raportu badań z dnia 26.08.2019 r.” wskazują na osiągniętą grubość powłoki 400 mikronów na warstwę. Dalej w pkt 8 tabeli mowa jest już o badaniu nieciągłości przy niskim napięciu do 2,5 kV przy grubości 500 mikronów DFT. Badaniom należało poddać powłokę o grubości zgodnej z przywołaną w Karcie technicznej (Karcie charakterystyki) tj. „standardową grubość powłoki (ok. 1,2 do 1,5mm)”, czyli 1200- 1500 mikronów. Kluczowe parametry techniczne dla standardowej powłoki (1200- 1500 mikronów) w warunkach podwyższonej temperatury są zdecydowanie inne niż dla powłoki o mniejszej grubości”.

Powyższe cytaty, podsumowane stwierdzeniem, iż: „Zamawiający na podstawie posiadanej wiedzy, dotyczącej osiąganych wyników i sposobu wykonywania badań na obiekcie, nie przyjmuje wskazanych w Raporcie wyników jako prawidłowych”, stanowią zasadniczo kolejną podstawę, która ma zaważyć na odrzuceniu oferty REMA jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że wnioski wyprowadzone w powyższy sposób są nieprawdziwe i stanowią tylko i wyłącznie nadinterpretację własną Zamawiającego, prowadząc jednocześnie do rażącego uproszczenia wyników przeprowadzonych badań i w efekcie ich wypaczenia. Co przy tym znamienne, Zamawiający nie tylko podważył wyniki badań instytutu, w skład którego wchodzą wybitni specjaliści, posiadający kompleksową wiedzą na temat polimerów, ale i nie wskazuje przy tym z którego elementu oferty REMA, wynikać ma rzekoma niezgodność z OPZ. Odwołujący podkreślił, że w dokumentacji postępowania, co oczywiste, próżno szukać jakiejkolwiek treści, która gwarantowałby Zamawiającemu prawo do odrzucenia oferty w sytuacji, w której nie zgadza się ze sposobem przeprowadzenia badań czy też wynikami. Trudno w ogóle zrozumieć zachowanie Zamawiającego w tym zakresie. Z uzasadnienia odrzucenia oferty REMA płynie wniosek, jakoby Zamawiający przewidział w treści dokumentacji Postępowania wymagania związane ze sposobem/metodą przeprowadzonych badań, które potwierdzać miały posiadane parametry przez oferowany materiał. Próżno szukać jednak na ten temat jakiejkolwiek wzmianki w treści dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego.

Odnosząc się do wywodów Zamawiającego związanych z badaniem odporności materiału na temperaturę powyżej 85°C, Odwołujący wskazał, że produkt był poddawany działaniu oczyszczonych gazów spalinowych w stałej temperaturze 85°C, co należy rozumieć jako osiągnięcie takiej temperatury (całościowo) wewnątrz kanału kominowego, a także w kanałach wlotowych i wylotowych. Nie oznaczało to jednak, że temperatura nieustannie, przez 6 miesięcy utrzymywała się na równym poziomie wynoszącym 85°C. Oczywistym zjawiskiem było wystąpienie wahań temperatur w zależności od miejsca w kanale kominowym/kanale

wlotowym/ wylotowym. To „średnia” (docelowa) temperatur wewnątrz komina wlotowego wynosiła około 85°C przez okres badanych 6 miesięcy, co jest zjawiskiem naturalnym i oczywistym dla specjalistów branżowych.

Sam Zamawiający zauważył, że utrzymanie nieprzerwanie jednej temperatury na całej długości i szerokości komina nie dopuszczając do jakiegokolwiek jej wahania, byłoby zjawiskiem niemożliwym – wręcz absurdalnym (z czym REMA zasadniczo się zgadza). Pod takimi wnioskami płynącymi z badań nie podpisałby żaden przedstawiciel Instytutu Techniki Chemicznej (w przeciwieństwie do badań przedłożonych przez Odwołującego, z których płyną prawidłowe, zgodne z zasadami wiedzy technicznej wnioski).

Odwołujący podkreślił, że uwzględniając całokształt przedmiotowej sprawy, w tym, jak nierówno Zamawiający traktuje wykonawców w tym Postępowaniu, interpretacja Zamawiającego jest – można rzecz – ukierunkowana na zdyskredytowanie (wypaczenie) przedłożonych badań.

Odnosząc się do grubości powłok zawartych w „Raporcie z badań z dnia 26.08.2019 r.”, Zamawiający wskazał, że [b]adaniom należało poddać powłokę o grubości zgodnej z przywołaną w Karcie technicznej (Karcie charakterystyki) tj. „standardową grubość powłoki (ok. 1,2 do 1,5mm)” czyli 1200- 1500 mikronów. Odwołujący podkreślił, że w rzeczywistości przeprowadził właśnie takie badania. W pkt 3 Tabeli (fragment zaprezentowano wyżej), Instytut wskazuje na osiągniętą grubość powłoki 400 mikronów na warstwę a nie, jak zdaje się utrzymywać Zamawiający, po prostu 400

mikronów. Z perspektywy technicznej (o czym z całą pewnością Zamawiający wie) grubość powłoki tworzy zazwyczaj kilka warstw (np. 3 – 4). Zgodnie z produktem zaoferowanym przez REMA, mnożąc trzykrotnie lub czterokrotnie liczbę mikronów na warstwę wynoszącą 400, otrzymamy właśnie powłokę o grubości ok 1.2 mm do 1.5mm, czyli 1200 - 1500 mikronów.

Wnioski wyprowadzone przez Zamawiającego są zbyt daleko idące i stanowią rażące przekłamanie wyników badań otrzymanych i przeprowadzonych przez Instytut.

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę powyższe, brak jest oczywiście podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, na marginesie zauważył, iż Zamawiający tak skrupulatnie nie weryfikował raportu z badań przedstawionego przez wykonawcę REMKOR, zostały one przeprowadzone w oparciu o nieaktualne normy.

- Karta techniczna WIKAFLAKE DD – wcześniejsze realizacja oraz klauzula dostawcy Odwołujący wskazał, że na uwzględnienie argumentacja podniesiona przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia ofert, iż postanowienia dot. gwarancji właściwości produktu są sprzeczne z SWZ/OPZ. Wykonawca w złożonej ofercie nigdy nie zaprzeczył, jakoby wbrew pkt 9 (str. 11 OPZ) nie ponosił pełnej odpowiedzialności za zgodność wyrobu z deklarowanym właściwościami oraz wykonanie powłoki chemoodpornej o parametrach nie gorszych niż wskazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia, gwarantując jej trwałość w istniejących

warunkach eksploatacyjnych układu technologicznego. Wręcz przeciwnie - składając ofertę Wykonawca zobowiązał się do realizacji zamówienia zgodnie z postanowienia dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia o parametrach wynikających ze specyfikacji i przyjął na siebie odpowiedzialność prawidłowej realizacji umowy, również zgodnie z brzmieniem wskazanym w treści przywołanego powyżej postanowienia OPZ II Zabezpieczenie chemoodporne przewodów kominowych nr 10, 11 i 12, ROBOTY ANTYKOROZYJNE pkt 9 (str. 11). Świadczy o tym m.in. oświadczenie, które wykonawca REMA złożył w ofercie.

Klauzula, do której zreferował Zamawiający, brzmiąca: „Powyższe dane produktu wynikają z aktualnego stanu naszej wiedzy. Nie stanowią one gwarancji właściwości produktu i nie są wiążące prawnie. Zastrzegamy sobie prawo do zmian uwarunkowanych technicznie" stanowi powszechnie stosowane ograniczenie o charakterze ogólnym. Znajduje się ona na dokumencie pochodzącym i wystawionym przez GBT-BÜCOLIT GmbH, a Odwołujący nie miał wpływu na treść uzyskanego dokumentu. Ogólne charakter powyższej klauzuli potwierdza sam producent w swoim oświadczeniu przedłożonym Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami oferty: Zapis „Powyższe dane produktu wynikają z aktualnego stanu naszej wiedzy. Nie stanowią one gwarancji właściwości produktu i nie są wiążące prawnie. Zastrzegamy sobie prawo do zmian uwarunkowanych technicznie" na karcie jest powszechnie używany, w tym również podobnie brzmiący w kartach innych producentów (np. karcie katalogowej Firmy Steuler). Zapis ten Dotyczy zabezpieczenia producenta w przypadku wprowadzenia wymuszonych zmian w recepturze lub zmiany lokalnych warunków np. unijna regulacja dotycząca chemikaliów REACH. Treść dokumentu nie zaprzecza właściwościom produktu, które zostały w nim opisane. Samo zastrzeżenie wskazuje jedynie na potencjalną możliwość zmiany, która może wynikać choćby z powodów niezależnych od producenta (np. zmiana prawa).

Odwołujący podkreślił, także w dokumentach złożonych przez REMKOR znajdują się analogiczne postanowienia. Można wręcz stwierdzić, iż treść tej klauzuli, która w przypadku Odwołującego stanowiła podstawę do odrzucenia oferty, jest przedmiotowo identyczna jak klauzula zawarta w dokumentacji REMKOR.

Skoro zamieszczenie ww. ograniczenia w karcie charakterystyki dostawcy wykonawcy REMA prowadzi do wezwania do złożenia wyjaśnień – a następnie - odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, to Zamawiający powinien identycznie zachować się względem oferty złożonej przez REMKOR, czego jednak nie uczynił. Jest to jednak kolejny przykład skrajnie nierównego traktowania oferentów i preferencji wykonawcy REMKOR. Zamawiający tym zachowaniem niewątpliwie naruszył w Postępowaniu zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Faworyzuje REMKOR w sposób nieuzasadniony pogarszając sytuację REMA. W ugruntowanym i jednolitym orzecznictwie KIO nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, że Zamawiający winien podjąć tożsame działania

względem wykonawców, którzy pozostają w tej samej/zbliżonej sytuacji w postępowaniu. Z orzeczeń Izby wynika, że: Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji (…). Powyższym zasadom rażąco uchybił Zamawiający. W pierwszej kolejności bowiem – zwrócił się do Odwołującego celem wyjaśnienia zawarcia w karcie charakterystyki ww. klauzuli (czego nie zrobił względem REMKOR), a następnie – odrzucił z tego powodu ofertę REMA (czego zaniechał względem oferty REMKOR).

Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty REMKOR, o ile zarzuty braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego nie zostaną uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą. W tożsamej sytuacji wykonawcy powinni być bowiem traktowani w ten sam sposób. Dokumenty złożone przez REMKOR zawierają klauzule o analogicznej treści.

- Oferta REMKOR jest niezgodna z warunkami zamówienia

Niezależnie od podniesionych już powyższych kwestii, które są wspólne dla obu oferentów, a które powinny prowadzić także do odrzucenia oferty REMKOR, Odwołujący wskazał na okoliczności, które są właściwe wyłącznie wybranemu wykonawcy.

REMKOR zaoferował produkt niezgodny z warunkami zamówienia – odporność chemiczna na kwas siarkowy powierzchni. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w tej sprawie można stwierdzić poprzez proste

porównanie wymagań Zamawiającego i zaprezentowanych przez wykonawcę REMKOR założeń. Porównanie to prowadzi do wniosków, iż oferta REMKOR jest niezgodna z treścią warunków zamówienia (obejmuje inny przedmiotu zamówienia niż wskazany w OPZ).

Odwołujący stwierdził, że nie budzi bowiem wątpliwości, że zgodnie z OPZ II Zabezpieczenie chemoodporne przewodów kominowych nr 10, 11 i 12, ROBOTY ANTYKOROZYJNE pkt 9 (str. 11), wymagane parametry docelowe powłoki i przygotowania powierzchni prezentują się następująco:

• Odporność na temperaturę:

- w warunkach przepływu spalin oczyszczonych min. 80°C,
- w warunkach przepływu spalin nieoczyszczonych do 170°C,

• Odporność chemiczna na kwas siarkowy min. 65% dla 90°C

• Twardość wg. Barcol - min. 30

• Przyczepność do podłoża - min. 7 Mpa.

Powyższe cechy winien posiadać materiał, na bazie którego ma zostać zrealizowana powłoka komina w toku wykonywania zamówienia będącego przedmiotem Postępowania. Okoliczność wydaje się bezsporna i wynika wprost z przygotowanego przez Zamawiającego OPZ.

Na potwierdzenie posiadania ww. cech przez produkt wykonawcy zostali zobowiązani do

przedłożenia dokumentów, które miały potwierdzać spełnienie powyższych oczekiwań Zamawiającego, w tym np. (1) karty techniczne produktu oraz (2) dokumenty (np. ekspertyzy, opinie) pochodzące od niezależnych jednostek badawczych potwierdzające właściwości materiału deklarowanego przez producenta. Tym samym, w pierwszej kolejności z dokumentów pochodzących od producenta powinno wynikać, a następnie opinie i ekspertyzy niezależnych jednostek badawczych powinny potwierdzić odpowiednie dane dotyczące m.in. odporności na temperaturę materiału czy odporności chemicznej na kwas siarkowy.

W przedłożonych przez REMKOR kartach materiałowych nie wskazano na parametry zaoferowanego produktu dot. twardości, przyczepności i odporności na kwas siarkowy, a zatem dokumenty te nie spełniają oczekiwań Zamawiającego. Nie sposób w konsekwencji przyjąć, że REMKOR zaoferował produkt zgodny z OPZ, skoro nie zawarł w przedmiotowych środkach dowodowych jego cech technicznych wyszczególnionych przez Zamawiającego.

Z raportu z badań przeprowadzonych przez Vorweg Gehen przedłożonych przez REMKOR wynika przy tym, że przeprowadzono analizy odpornościowe na kwas siarkowy o stężeniu 10%, 40% i 70%, nie podając jednak temperatury (czy i jak ten produkt zachowuje się, gdy jest ona odpowiednio wysoka). Dane te również w żadnym stopniu nie potwierdzają zgodność zaoferowanego produktu z oczekiwaniami Zamawiającego.

Ponadto – jak wynika z fragmentu zawierającego porównanie materiałowe – „Important VE flake line parameters" (trudno o klasyfikację tego dokumentu, w szczególności, iż nie pochodzi on od producenta), nie wskazano, jakoby materiał zaoferowany przez REMKOR charakteryzował się jakąkolwiek odpornością chemiczną dla temperatury 90°C, tj. zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamiast tego, wyeksponowano odporność chemiczną na kwas siarkowy, ale dla temperatury 80°C. Tak złożonej oferty nie sposób postrzegać jako zgodnej z warunkami zamówienia. W tym przypadku nie wiadomo bowiem, co tak naprawdę zaoferował REMKOR.

Karta techniczna produktu (oraz szczególnie deklaracja zgodności) wprost wskazuje, że zaoferowana produkt jest inny (o innych parametrach) niż uwzględniony w OPZ. Oczywistym jest bowiem, że skoro producent w istotnych parametrach produktu wskazuje tylko i wyłącznie na odporność chemiczną (75%) przy temperaturze 80°C, to produkt ten charakteryzuje wymagana odporność temperaturowa tylko w ww. stężeniu.

Domniemanie, że produkt może działać skutecznie w wyższym przedziale temperatury i proporcjonalnie zmniejsza się wartość procentowa wytrzymałości stanowiłoby rażące nadużycie i wyprowadzenie z przedmiotowych środków dowodowych REMKOR wniosków, które nie mają jakiegokolwiek uzasadnienia.

W konsekwencji należy stwierdzić, że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu, ponieważ nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego opisanym w treści dokumentacji Postępowania.

Odwołujący podkreślił, że wymagania Zamawiającego były jednoznaczne, a więc równie

jednoznacznie powinien być sankcjonowany brak zastosowania się do nich przez wykonawcę. Już sama ta okoliczność powinna determinować konieczność odrzucenia oferty REMA jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

- Niedopuszczalne uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych

Odwołujący wskazał, że przy ocenie, czy REMKOR zaoferował produkt zgodny z warunkami zamówienia, nie należy brać pod uwagę dokumentacji przedłożonej przez tego wykonawcę wraz z pismem z dnia 2 sierpnia 2024 r., w szczególności tabeli zawierającej kluczowe parametry żywicy winyloestrylowej z płatkami mineralnymi

STEUFLERFLAKE SPM.

Odwołujący zwrócił uwagę na niekonsekwencję Zamawiającego, który z jednej strony wezwał REMKOR do złożenia wyjaśnień treści oferty w oparciu o art. 223 ust. 1 Pzp pismem z dnia 30 lipca 2024 r., żeby dalszej treści wezwania, zażądać uzupełnienie przedmiotowego środka Dowodowego.

Jak wynika z powyższego, pismem z dnia 2 sierpnia 2024 r. w oparciu o art. 223 ust. 1 Pzp, Zamawiający w rzeczywistości wezwał REMKOR do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w oparciu o podstawę prawną dotyczącą wezwania do złożenia stricte wyjaśnień przez wykonawcę. Już to, w ocenie Odwołującego świadczy o tym, że Zamawiający miał świadomość, że uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego w oparciu o art. 107 ust. 2 Pzp jest niedopuszczalne. W ten sposób próbował „ominąć" przepis, który przyznaje takie uprawnienie instytucjom zamawiającym w określonych sytuacjach (i zawiera również stosowne ograniczenia).

Art. 223 ust. 1 Pzp - W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Taka czynność Zamawiającego nie ma nic wspólnego z zasadą prowadzenia Postępowania zgodnie z zasadami narzuconymi Pzp. Wręcz przeciwnie – prowadzi do niezgodnego z ratio legis ww. przepisów zrównania ze sobą dwóch całkowicie odrębnych i niezależnych ze sobą instytucji, którymi może posługiwać się zamawiający. Różnice pomiędzy treścią art. 223 ust. 1 Pzp, a wezwaniem do uzupełnienia dokumentów wielokrotnie była już podkreślana przez Izbę, która odmawiała możliwości uzupełnienia dokumentów w odpowiedzi na wezwanie, którego podstawa stanowi art. 223 ust. 1 Pzp - Jeżeli chodzi o wezwanie do złożenia wyjaśnień, podkreślić należy, że dodanie treści/złożenie nowego dokumentu jest czynnością zupełnie odmienną od złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienie (tłumaczenie) jest jedną z odmian rozumowania, jest zadaniem myślowym, które polega na wskazaniu uzasadnienia dla danej treści, czyni coś zrozumiałym. Wyjaśnienia, w przeciwieństwie do uzupełnienia czy też poprawienia, mają na celu ustalenie rzeczywistej treści dokumentu czy też oświadczenia. Wyjaśnianie treści oferty polega na udzieleniu

odpowiedzi na pytanie "dlaczego tak jest jak wykonawca postanowił w treści", a nie na przedłożeniu nowych dokumentów o nowej treści - tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu - tak jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący podkreślił, że w postępowaniach prowadzonych w oparciu o Pzp, zamawiający nie posiadają nieograniczonego prawa do wzywania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających cechy oferowanego produktu (przedmiotowych środków dowodowych). W komentarzu do Pzp wydanym pod egidą Urzędu Zamówień Publicznych, trafnie podsumowano owe ograniczenie: Art. 107 ust. 2 Pzp przewiduje, że uzupełnieniu mogą podlegać wyłącznie niezłożone lub złożone, ale niekompletne przedmiotowe środki dowodowe. Zamawiający, który przewidział możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych, będzie zobowiązany w przedmiocie tego uzupełnienia wyłącznie do zażądania od wykonawcy:

1) złożenia przedmiotowego środka dowodowego, który nie został złożony,

2) uzupełnienia części złożonego dokumentu o brakującą (niezłożoną) część.

Art. 107 Pzp nie upoważnia natomiast zamawiającego do wezwania o poprawienie złożonego dokumentu, jeśli budzi on jego wątpliwości lub nie potwierdza, że dostawy, usługi lub roboty budowlane oferowane przez wykonawcę spełniają wymogi zamawiającego".

REMKOR nie uwzględnił w złożonych przedmiotowych środkach dowodach informacji dot. odporności chemicznej na kwas siarkowy min. 65% dla temperatury 90°C.

W ocenie Odwołującego wezwanie z dnia 2 sierpnia 2024 r., które do REMKOR skierował Zamawiający, jedynie pozornie zmierzało do wyjaśnienia treści oferty, a jego rzeczywistym celem było skorygowanie oferty Wykonawcy w drodze niedopuszczalnego uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego.

Zamawiający wprost bowiem pod wezwaniem do złożenia wyjaśnień, faktycznie oczekiwał od REMKOR uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego (wynika to z treści pisma skierowanego do REMKOR). Doszło przy tym do niedozwolonego wezwania do uzupełnienia dokumentu, który mógłby potwierdzić, że zaoferowano produkt jest zgodny z OPZ (z treści pierwotnie złożonej oferty w żadnym wypadku nie wynika, jakoby zaoferowany materiał – STEULERFLAKE SPM - charakteryzowała się odpornością chemiczną na kwas siarkowy min. 65% dla temperatury 90°C).

W kontekście zgodności oferty z warunkami zamówienia, a także – nawet gdyby przyjąć taką możliwość – prawidłowości uzupełnienia dokumentu, podkreślenia wymaga, iż – po pierwsze – uzupełniony przez REMKOR dokument nie pochodzi od producenta, a – zgodnie z SWZ i OPZ – powinien – po drugie – jest on wewnętrznie sprzeczny, gdyż z jednej strony wskazuje, iż oferowany produkt dostoswany jest do temperatury 90°C (odporność na kwas siarkowy w temperaturze 90°C), z drugiej natomiast wskazuje na odporność na mokro (a zatem dla

cieczy, którą również jest kwas siarkowy) maksymalnie dla temperatury 80°C (zob. zdjęcie poniżej) – po trzecie w końcu – w dokumentach przedłożonych przez REMKOR brak jest ekspertyzy/opinii niezależnej jednostki, która potwierdzałaby powyższy parametr (odporność w określonej temperaturze), oferowanego produktu. Zgodnie natomiast z OPZ, Zamawiający nałożył taki obowiązek na wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że z uwagi na jednokrotne wezwanie do uzupełnienia dokumentów, które miało już miejsce, niedopuszczalne jest ponowne zwrócenie się do wykonawcy w tej sprawie.

Jednocześnie Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, iż w pierwszej kolejności prawidłowe jest założenie, że art. 107 ust. 2 Pzp w ogóle w sytuacji REMKOR nie może znaleźć zastosowania.

- Tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący wskazał, że poza przeprowadzeniem w Postępowaniu m.in. błędnej czynności oceny i badania ofert, Zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony zdecydował się odtajnić Wyjaśnienia Oferty złożone przez wykonawcę REMA.

W zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, wadliwość działania Zamawiającego polegała nie tyko na skierowaniu do REMA informacji o odtajnieniu dokumentów (uznając, że nie doszło rzekomo do wykazania spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa). Zamawiający naruszając interesy REMA, dopuścił się dalej idącego naruszenia prawa, wymieniając w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, co dokładnie znajduje się w niejawnej części dokumentacji przedłożonej Zamawiającemu. Przykładowo – Zamawiający zdradził, w jaki sposób wykonawca REMA odniósł się do rozbieżności w złożonych wraz z ofertą dokumentach czy też w jaki sposób pierwotnie wyjaśnił otrzymane wyniki badań.

Podjęte czynności przez Zamawiającego w powyższy sposób nie tylko urągają jakimkolwiek dobrym obyczajom czy zasadom współżycia społecznego, ale wiąże się to z normą wyrażoną art. 23 Uznk, która zawiera w sobie dotkliwą sankcję za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa - Kto, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi w stosunku do przedsiębiorcy, ujawnia innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Odwołujący nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, jest nieprawidłowe. Wykazane bowiem zostały wszystkie przesłanki, o których mowa w tym przepisie.

Odwołujący podkreślił, że miał oraz ma (obecnie) świadomość znaczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący zaakceptował również to, że dopuszczalność utajniania informacji/dokumentów, którymi wykonawca posługuje się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi być traktowana jako wyjątek od

ogólnej zasady jawności.

Niemniej jednak, co zdaje się pomijać Zamawiający, zastrzeżenie, którego dokonał Odwołujący nie miało charakteru generalnego i bezrefleksyjnego. Jest dokładnie odwrotnie. Otóż mając świadomość, że procedura przetargowa musi być prowadzona w sposób jawny i przejrzysty, Odwołujący zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa jedynie część dokumentów, a spośród nich te zawierające nieujawnione do wiadomości publicznych informacje Odwołującego, które są ściśle związane z działalnością prowadzoną przez wykonawcę REMA.

Bezsporne pozostawało zatem, że celem Odwołującego nie było utrudnienie innym wykonawcom zbadania czynności podejmowanych przez Zamawiającego, lecz jedynie ochrona własnych (uzasadnionych i podlegających ochronie prawnej) interesów. Tymczasem treść pisma o odtajnieniu sprawiała wrażenie jakby Zamawiający całkowicie ignorował okoliczność, że przedstawione przez Odwołującego informacje mają dla Odwołującego szczególną wartość, bowiem przedstawiają informacje odnoszące się rozwiązań przyjętych w ofercie, a przy tym sposobu uzyskania jak najlepsze efektu z danych nakładów, a przy tym know-how Rema przy analizie i interpretacji dokumentacji przetargowej, co zasadniczo jest stale używane w toku prowadzonej działalności gospodarczej. Okoliczność tę Zamawiający całkowicie pominął, mimo że wskazywał na nią w treści Wyjaśnień Oferty Odwołujący. Zamawiający zastrzeżone informacje zrównał z ogólnodostępnymi danymi, które z łatwością może uzyskać każdy podmiot. Takie stanowisko jest jednak nieuzasadnione i dla Odwołującego krzywdzące.

Odwołujący nie tylko wykazał spełnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk, ale i zastrzegł jedynie te informacje i dokumenty, które rzeczywiście zawierają dane o charakterze podlegającym ochronie. Wskazać należy, że wykonawca REMA zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wyjaśnienia Oferty wraz z jednym załącznikiem, tj. oświadczeniem producenta. Cała reszta załączników – oświadczenia Instytutu czy oświadczenie wykonawcy dot. równoważności, pozostały całkowicie jawne. Świadczy to o tym, że Odwołujący nie traktuje prawa do zastrzegania tajemnicy poszczególnych dokumentów jako formy ograniczenia konkurencyjnym wykonawcom dostępu do dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz jako wyraz przysługującego mu prawa do ochrony dokumentów wyrażających określoną wartość gospodarczą. Tym samym działanie Odwołującego stanowi zachowanie proporcjonalne i uzasadnione.

Odwołujący podkreślił, że dokonał zastrzeżenia kilkudziesięciu dokumentów zawierających informacje dla niego wrażliwe w kategorii tajemnicy przedsiębiorstwa, czyniąc jednocześnie część przedłożonej dokumentacji jawną. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje zostały przez niego starannie wyselekcjonowane po poddaniu ich uprzednio stosownej analizie w kontekście spełnienia przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 Uznk. Działanie

Odwołującego, który nie zdecydował się objąć tajemnicą przedsiębiorstwa części z przedłożonych Zamawiającemu informacji wprost dowodzi, że czynność przygotowania uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dobór w tym zakresie dokumentacji było działaniem całkowicie przemyślanym oraz przeprowadzonym z dochowaniem należytej staranności. Działaniem bez cienia wątpliwości najprostszym z perspektywy Odwołującego, byłoby machinalne

zastrzeżenie wszystkich przedłożonych dokumentów, czego Odwołujący jednak nie zrobił. Wszelkie działania podjęte przez Odwołującego mają na celu tylko i wyłącznie ochronę jego uzasadnionych interesów, w przeciwieństwie do twierdzeń Zamawiającego – jakoby zastrzeżenie informacji prowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że działania podjęte przez Odwołującego uznać należy za w pełni oddające kompromis pomiędzy dwoma dobrami, z jakimi mamy tutaj do czynienia, tj. jawnością postępowania, a z drugiej strony prawem do ochrony informacji mającej dla wykonawcy wartość gospodarczą. Uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi się bowiem wiązać z przyzwoleniem na ujawnienie wszelkich szczegółów swojej działalności. Reguła ta ukształtowana została przez orzecznictwo TSUE i winna znaleźć pełne zastosowanie w analizowanej sprawie. Tytułem przykładu wskazać należy chociażby na wyrok Trybunału z dnia 14 lutego 2008 r., którym Trybunał, sygn. C-450/06 stwierdza: „W istocie w ramach odwołania od decyzji instytucji zamawiającej wydanej w ramach postępowania przetargowego zasada kontradyktoryjności nie wymaga tego, by strony miały nieograniczone i absolutne prawo dostępu do całości informacji dotyczących danego postępowania przetargowego, przedłożonych organowi powołanemu do rozpoznania tego odwołania. Wręcz przeciwnie, to prawo wglądu należy wyważyć względem prawa innych podmiotów gospodarczych do ochrony ich poufnych informacji i tajemnic handlowych".

Zatem zasada jawności, która bez wątpienia jest jedną z kluczowych zasad związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, nie ma charakteru bezwzględnego i nie oznacza przyzwolenia na ograniczenie prawa do ochrony dokumentów posiadających dla wykonawcy wartość gospodarczą.

- Spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk

Zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 2 Uznk, aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa spełnione muszą zostać łącznie następujące przesłanki:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest to inna informacja posiadająca wartość gospodarczą;

2) informacja jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób;

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Kluczowe zatem, zarówno w kontekście obowiązków obciążających wykonawcę jak i zasadności niniejszego odwołania, jest ustalenie, jakim obowiązkom sprostać musi wykonawca, aby chroniona przez niego informacja nie została ujawniona. W tym kontekście analizie poddać należy zarówno obowiązki o charakterze formalnym (tj. sposób, w jaki muszą być podejmowane czynności wykonawcy), jak i aspekt materialny (tj. sama zawartość informacji).

W treści pisma o odtajnieniu Wyjaśnień Oferty, Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie przedstawił wartości gospodarczej informacji oraz czyni zarzut, którego adresatem jest REMA, iż wykonawca ten nie przedłożył żadnych dokumentów (dowodów), co mogłoby potwierdzić zasadność objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Poza przytoczeniem orzecznictwa KIO/zacytowaniem fragmentów zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa/odwołaniem się do norm ogólnych, Zamawiający w stwierdził zasadniczo jedynie, że: „Odnosząc się do wyjaśnień Wykonawcy, wskazać należy, że Wykonawca powołując się na wartość gospodarczą wskazanych informacji oraz zagrożenie poziomu konkurencyjności Wykonawcy, nie wyjaśnił, w jaki sposób jego konkurenci, po ujawnieniu tych informacji, mogą powziąć wiedzę na temat nie ujawnionego wcześniej sposobu budowania oferty, co miałoby wpłynąć na ich przewagę konkurencyjną nad Wykonawcą. (…). W niniejszym przypadku ograniczyliście się Państwo do ogólnikowej argumentacji. Zamawiającemu nie przedstawiono argumentów i dokumentów, które chociażby uprawdopodabniałyby poszczególne tezy Wykonawcy".

Odwołujący nie zgodził się z powyższym stanowiskiem. Wykonawca REMA w stosunku do zastrzeżonych informacji wykazał, że dane te wypełniają znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa, a w szczególności wykazał, z jakich konkretnie powodów informacje te odznaczają się wartością gospodarczą dla Odwołującego. Odwołujący nie zaakceptował stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym wykonawca zastrzegający tajemnicę w odniesieniu do poszczególnych dokumentów, powinien każdorazowo odnosić się do każdego z nich i przedstawiać indywidualne uzasadnienie dla wszystkich dokumentów. Motywacje dla zachowania w tajemnicy poszczególnych dokumentów mogą być przecież wspólne dla kilku z nich, w takim przypadku za czynność zupełnie zbędną należałoby uznać powtarzanie tej samej argumentacji w opisie każdego zastrzeganego dokumentu.

Uzasadniając zastrzeżenie informacji przedstawionych w Wyjaśnieniach Oferty, Odwołujący wskazał, że informacje w nich zawarte stanowią informacje, które ściśle stanowią know-how wykonawcy w tym stanowią swojego rodzaju „instrukcję", którą kieruje się REMA przy analizie dokumentacji przetargowej, oceniając m.in. przygotowaną specyfikację techniczną przez Zamawiającego.

Sposób działania Wykonawcy REMA (know-how) osiągnięte i opracowane na przestrzeni lat prowadzonej działalności zasługuje na stosowną ochronę (ograniczenie jawności). Upublicznienie przedmiotowych informacji może niezasadnie polepszyć sytuację innych podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia kosztem wykonawcy REMA, który to poniósł szereg nakładów, angażując niejednokrotnie specjalistów zewnętrznych, byleby tylko opracować właściwy model analiz dokumentacji przetargowej (ze szczególnym uwzględnieniem przedmiotowych środków dowodowych).

Odwołujący podkreślił, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący odniósł się do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Niekiedy (tak jak ma i to miejsce również w niniejszej sprawie – co zdaje się uciekać Zamawiającemu) nie jest jednak możliwe jednoznaczne skwantyfikowanie wartości gospodarczej danej informacji.

Potwierdza to w swoim orzecznictwie Izba: „Żaden przepis nie wymaga od wykonawcy przedstawienia konkretnej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przepis art. 18 ust. 3 p.z.p. wymaga jedynie "wykazania" przez wykonawcę, a zatem wyjaśnienia i przekonania zamawiającego, a nie nakłada na wykonawcę bezwzględnego obowiązku przedłożenia dowodów" Oraz: „Wartość gospodarcza nie musi być przedstawiana przez wskazanie konkretnej czy tez przybliżonej kwoty wyrażonej za pomocą ogólnie przyjętego miernika wartości, co oznacza, że nie zawsze da się wyrazić w pieniądzu, gdyż dotyczy okoliczności, których nie można na takowy przeliczyć. W związku z tym może ona odnosić się do szczególnych okoliczności, informacji, wiedzy (know-how), które mają dla wykonawcy szczególne znaczenie".

Odwołujący stwierdził, że wykazał wartość gospodarczą zastrzeżonych Wyjaśnień Oferty. Nie może ulegać wątpliwościom, że informacje wynikające z Wyjaśnień mają dla Odwołującego wartość gospodarczą. Przedstawione w Wyjaśnieniach informacje wprost uzewnętrzniają procedury – sposób działania spółki Odwołującego. W szczególności informacje te wręcz stanowią gotowy materiał umożliwiający konkurencyjnym wykonawcom przyjęcie optymalniejszego modelu analizy dokumentacji przetargowych.

Odwołujący podkreślił, iż informacje wynikające z Wyjaśnień Oferty znane są tylko ograniczonemu kręgowi osób – pracownikom spółki, którzy odpowiedzialni są za przygotowanie kompleksowej oferty. Odwołujący wskazał przy tym, że dostęp do tych informacji posiada tylko wąska grupa pracowników Odwołującego (w tym zarząd spółki), co z kolei przekłada się na jednoznaczny wniosek, że informacje te nie są upublicznione. Nieuprawnione i całkowicie niezrozumiałe w konsekwencji są twierdzenia Zamawiającego, iż: „Zatem nie jest wystarczające wykazywanie, że informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Konieczne jest wykazanie, że informacje te nie są powszechnie znane

osobom zwykle zajmującym się tego rodzaju informacjami albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Zatem nawet jeżeli informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej nie oznacza to, że nie jest to informacja znana osobom zwykle zajmującymi się tego rodzaju informacjami albo, że nie jest dla tych osób informacją, która może być w łatwy sposób pozyskana.".

W tym kontekście, Odwołujący wykazał, że w stosunku do zastrzeganych informacji spełniła się druga z przesłanek definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa – zastrzegane informacje nie są powszechnie znane zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji.

Odwołujący podkreślił, że przedstawił działania jakie podjął w celu utrzymania informacji w poufności. Wykazano, że Odwołujący stosuje rygorystyczne reguły wewnętrzne związane z dostępem do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz z obrotem tymi informacjami. W tym zakresie wykazano, że spełniła się ostatnia przesłanka definiująca tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec powyższego, Odwołujący wskazał, że wykazał wszystkie obiektywne przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając zatem na uwadze całokształt przedstawionych wyżej okoliczności, nie ulega wątpliwościom, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał odtajnienia Wyjaśnień Oferty Odwołującego. Informację zastrzeżone przez Odwołującego obiektywnie wypełniają wszystkie znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa, wobec czego zasługują na ochronę.

W odpowiedzi na odwołanie – piśmie z 20 września 2024 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz dopuszczenie dowodu z dokumentów:

- raportu z kontroli powierzchni – przegląd gwarancyjny z dnia 21.09.2021r.

- technicznej oceny dr inż. J. B. z dnia 27.10.2021r.

- raportu z badań Nr ZU/1/2021/000654 celem wykazania, że materiał zaoferowany przez Odwołującego się w warunkach panujących u Zamawiającego nie spełnia stawianych wymagań.

W piśmie Zamawiający wskazał, co następuje:

Zachowana została zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada poszanowania konkurencji (art. 16 pzp). Niezrozumiałe dla Zamawiającego są zarzuty Odwołującego się, jakoby przejawem nierównego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu miało być odrzucenie oferty jednego z wykonawców i przyjęcie oferty drugiego (str. 12 odwołania), czy też jakoby Zamawiający miał dokonywać oceny i wyboru oferty w sposób dowolny, wedle własnego upodobania, w oderwaniu od treści przygotowanego przez siebie SWZ (str. 20 odwołania). Zarzuty te w ocenie Zamawiającego są zbyt daleko idące, bezpodstawne i mogą wynikać jedynie z subiektywnego niezadowolenia Odwołującego się z czynności dokonanych przez Zamawiającego.

Przygotowując i prowadząc przedmiotowe postępowanie Zamawiający miał na uwadze wcześniejsze negatywne doświadczenia z produktem oferowanym przez Odwołującego się,

jednakże żadna z jego decyzji nie była podjęta tylko na tej podstawie, a przyczyny konkretnych działań Zamawiającego upatrywać należy w dokumentach przedmiotowego postępowania. Innymi słowy, produkt oferowany przez Odwołującego się został przez Zamawiającego oceniony na takich samych warunkach, jak produkt zaproponowany przez Przystępującego.

- Odrzucenie oferty Odwołującego

Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia.

Odwołujący nie wykazał w wiarygodny sposób, iż zaoferowany przez niego produkt spełnia określone wymagania w układach Instalacji Odsiarczania Spalin w elektrowniach opalanych węglem. Interpretacja treści SWZ w tym zakresie dokonana przez Odwołującego nie może zostać zaaprobowana, jako wybiórcza i dopasowana wyłącznie do własnej sytuacji (podobnie jak wątpliwe próby wykazania, iż Zamawiający w treści informacji o odrzuceniu oferty jednocześnie potwierdził, iż produkt zaoferowany przez Odwołującego spełnia wymagania SWZ – vide 16 str. odwołania). Z treści SWZ jasno wynika, iż technologia wykonania powłoki musi być oparta na materiale o wymaganych właściwościach zapewniających skuteczne zabezpieczenie chemoodporne powierzchni wewnętrznej komina pracującego w układzie Instalacji Odsiarczania Spalin w elektrowniach opalanych węglem, na potwierdzenie czego Zamawiający wymagał aktualnych kart technicznych produktu, kart charakterystyki oraz deklaracji zgodności materiału do aplikacji wraz z dokumentami pochodzącymi z niezależnych źródeł eksperckich potwierdzającymi właściwości materiału deklarowane przez producenta. Nie jest uzasadnione pomijanie, tak jak czyni to Odwołujący, zapewnienie skutecznego zabezpieczenia powierzchni w określonych przez Zamawiającego, panujących u niego, warunków. Uzasadnioną potrzebą Zamawiającego jest bowiem zastosowanie produktu, który w warunkach u niego panujących (a nie w każdych), będzie spełniał określone parametry. Z karty technicznej przedłożonej przez Odwołującego nie wynika natomiast w sposób jednoznaczny, iż oferowany produkt jest zgodny z SWZ (stwierdzenia typu „…w elektrowniach i spalarniach śmieci…", „…kominy stalowe…").

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, iż jest to próba formułowania nowych wymagań po terminie składania ofert. Od samego początku wymagania Zamawiającego były w tym zakresie jasne i niezmienne, co nie powinno budzić jakichkolwiek wątpliwości. W żadnej mierze swoimi działaniami w toku prowadzonego postępowania Zamawiający nie dokonał zmiany treści SWZ, ustanawiając domniemanych nowych wymogów już na etapie po składaniu ofert. Najprawdopodobniej takie stanowisko Odwołującego się wynika z błędnej interpretacji dokumentów postępowania oraz wymogów stawianych od początku przez Zamawiającego. Jednakże niezrozumienia Odwołującego nie należy interpretować na niekorzyść Zamawiającego. Odwołujący z jednej strony przeczy możliwości literalnej interpretacji dokumentów przygotowanych przez Zamawiającego (teza 47. na str. 17 odwołania), zaś

chwilę później prezentuje odmienne stanowisko, twierdząc iż Zamawiający „zobowiązany jest trzymać się literalnie ustalonych przez siebie wymagań, wyrażonych w OPZ…" (teza. 51. na str. 17 odwołania).

Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący pozyskał oświadczenie producenta potwierdzające stawiane wymagania, niemniej jednak Zamawiający dokonując oceny wszystkich dokumentów złożonych przez Odwołującego, wobec wcześniejszych wątpliwości, nie przyjął tego oświadczenia za w pełni wiarygodnego i uznał za niewystarczające. Wymogiem stawianym przez Zamawiającego było potwierdzenie parametrów produktu z użyciem odpowiednich dokumentów (aktualnych kart technicznych produktu, kart charakterystyki oraz deklaracji zgodności). Na wezwanie Zamawiającego takie dokumenty nie zostały przedstawione, lecz Zamawiający otrzymał tylko oświadczenie producenta. Jak uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7 września 2021 r. (KIO 1973/21) oświadczenia składane przez producentów nie są równoważne certyfikatom.

Po drugie, nie ma racji Odwołujący, iż „Zamawiający istotę odrzucenia oferty REMA opiera o własne badania, przeprowadzone na zaoferowanym materiale – WIKAFLAKE-DD (…)." To już zostało podkreślone na początku niniejszego pisma, ale z uwagi na interpretację Odwołującego się i treść jego odwołania, wymaga powtórzenia – podstawą odrzucenia oferty Odwołującego nie były wcześniejsze złe doświadczenia z produktem, który w tym postępowaniu został przez niego zaoferowany. Podstawą odrzucenia oferty była jej niezgodność z wymaganiami Zamawiającego. Oferta Odwołującego wraz ze złożonymi przez niego wyjaśnieniami (wszystkie dokumenty złożone przez Odwołującego się) została oceniona przez Zamawiającego w taki, a nie inny sposób. Wiarygodność twierdzeń składanych przez Odwołującego się i wiarygodność treści dokumentów zostały ocenione również (ale nie tylko) na bazie wiedzy posiadanej przez Zamawiającego (a nabytej również na bazie historycznych doświadczeń). Retoryka Odwołującego jest błędna i nakierowana na wytworzenie mylnego wrażenia, iż Zamawiający wyłącznie z uwagi na „brak należytego wykonania poprzedniego zamówienia" bezpodstawnie dokonał odrzucenia jego oferty. Nie sposób się z taką narracją zgodzić.

O ile, jak już zostało to nadmienione, podstawy odrzucenia oferty były inne, konkretne i obiektywne, to z opinii posiadanych przez Zamawiającego faktycznie wynika bezsprzecznie, iż produkt oferowany przez Odwołującego się, w warunkach instalacji Zamawiającego nie spełnia deklarowanych parametrów. Przy czym nie ma to związku ani z przygotowaniem podłoża, ani z aplikacją samego materiału, ani z warunkami eksploatacyjnymi, jak sugeruje to Odwołujący się. Z opinii trzech niezależnych ekspertów pozyskanych przez Zamawiającego wynika, iż sam produkt tego producenta nie spełnia oczekiwanych parametrów.

Zamawiający prezentował wyciąg z przedkładanych dokumentów: Raportu z kontroli powierzchni ZUT A. T., Raport z badań nr ZU/1/2021/000654, Agencja Antricorr, TECHNICZNA

OCENA, CES Dr inż. J. B., do pisma załączył ich treść w całości.

Na marginesie Zamawiający zaznaczył, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, historycznie od 1997 r. w instalacjach Zamawiającego nie stosowano „z powodzeniem wielokrotnie" produktu oferowanego przez niego, lecz był to produkt inny, choć również o nazwie Wikaflake DD pochodzący od innego producenta (spółka K&W), nie zaś produkcji spółki GBT. Z

powłoką Wikaflake DD produkcji GBT Zamawiający zetknął się historycznie w przypadku, do którego odwołują się powyższej cytowane opinie. O ile wydaje się, iż jest to wątek zupełnie poboczny i nie mający istotnego znaczenia w przedmiotowym postępowaniu, to wpisuje się w retorykę przyjętą w odwołaniu przez Odwołującego.

Po trzecie, daleko idącą nadinterpretacją Odwołującego jest sugerowanie, iż zapis zawarty w OPZ „Przedstawiona technologia wymaga akceptacji Zamawiającego" miał być swego rodzaju wytrychem do nieograniczonej, swobodnej możliwości oceny ofert i odrzucania ich w sposób arbitralny. Gdyby Zamawiający chciał użyć takiego argumentu w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogłoby to zostać potraktowane jako prowadzenie niedozwolonych negocjacji w stosunku do treści składanych ofert. Z tego też względu podkreślenia wymaga ponownie, jak poprzednio – nie było to podstawą odrzucenia oferty Odwołującego i tak jak on sam przyznaje, jest to zapis do stosowania na etapie wykonawstwa, a nie oceny ofert.

Po czwarte, Odwołujący nie spełnił wymogu stawianego przez Zamawiającego sprowadzającego się do wymogu zastosowania żywicy winyloestrowej jako materiału przeznaczonego do stosowania. Z porównania treści dokumentów „Raport badań z dnia 26.08.2019 r." i dokumentu opisanego jako „Karta techniczna WIKAFLAKE DD" (który de facto nazwano kartą charakterystyki) wynika rozbieżność co do zaoferowanego produktu. W „Raporcie" jest mowa o wykonaniu badania powłoki epoksydowej wypełnionej płatkami szklanymi i utwardzonej adduktem aminowym, podczas gdy „Karta techniczna WIKAFLAKE DD" (karta charakterystyki) dotyczy powłoki winyloestrowej wypełnionej płatkami mineralnymi. Odwołujący bagatelizując ten problem sprowadza go w istocie rzeczy do rozbieżności w nazewnictwie i kategoryzacji poszczególnych materiałów lub wynikający z przekonania, że „określenie „żywica epoksydowa" zostało użyte przez Instytut przy zasadniczym założeniu, iż jest to pojęcie szersze w stosunku do pojęcia żywicy winyloestrowej. Odwołujący podnosi również, że „celem Instytutu było badanie właściwości materiału WIKAFLAKE DD, natomiast bez chemicznej analizy składu materiału." Zamawiający na podstawie posiadanej wiedzy technicznej ocenił to twierdzenie jako błędne (nieprawdziwe), gdyż żywica winyloestrowa mieści się w grupie żywic poliestrowych, które charakteryzują się grupami estrowymi, mają inny rodzaj sieciowania oraz inne utwardzacze (utwardzacze nadtlenkowe) w przeciwieństwie do żywic epoksydowych, charakteryzujących się grupami epoksydowymi i są utwardzane aminami. Z rozbieżności powyższych stanowisk wynika przeświadczenie Zamawiającego co

do niemożności ostatecznego stwierdzenia, jaki produkt oferuje Odwołujący. Zapis zawarty w Raporcie badań z dnia 26.08.2019 r. „żywicy epoksydowej wypełnionej płatkami szklanymi i utwardzonej adduktem aminowym" potwierdza zastosowanie utwardzacza w postaci adduktu aminowego i świadczy o proponowaniu typowej wykładziny epoksydowej, a nie winyloestrowej, co nie spełnia wymagań stawianych przez Zamawiającego. Z załączonego przez Odwołującego certyfikatu wynika jednoznacznie, że w Instytucie Technologii Chemicznej przeprowadzono chemiczną analizę składu dostarczonego do badań materiału.

Wskazują na to zapisy w certyfikacie. Ewidentnie do badań dostarczono epoksyd, co potwierdza zapis w certyfikacie.

Poz. 20.: wynik 195 (równoważnik epoksydowy) świadczy o tym, że badano epoksyd, a nie winyloester oraz że przeprowadzona była analiza chemiczna.

W tym kontekście złożone przez producenta wykładziny oświadczenie potwierdzające spełnienie warunków OPZ wydaje się być co najmniej wątpliwe. W indyjskim raporcie z badań wyraźnie wskazano, że badano żywicę epoksydową z wypełnieniem, które stanowią płatki szklane, a nie żywice winyloestrową z płatkami mineralnymi, jak wskazano w Karcie Technicznej. Dołączenie do Karty Technicznej WIKAFLAKE DD sporządzonej dla żywicy winyloestrowej z płatkami mineralnymi, certyfikatu z badań zupełnie innego materiału jest tego jednoznacznym potwierdzeniem.

Nie opierają się na prawdzie twierdzenia Odwołującego, iż w przypadku oferty złożonej przez Przystępującego mamy do czynienia z analogiczną sytuacją, gdzie w złożonej dokumentacji „zamiennie" operuje się pojęciami: żywica winyloestrowej z płatkami mineralnymi a żywica epoksydową. Wszystkie twierdzenia Odwołującego w zakresie technologii zaproponowanej przez Przystępującego wydają się być bardzo pobieżne (powierzchowne) i mające na celu najprawdopodobniej zdyskredytowanie materiału (powłoki) Steulerflake SPM.

Zamawiający dokonał szczegółowej analizy w tym zakresie i doszedł do odmiennego od Odwołującego wniosku. Materiał Steulerflake SPM powstaje na bazie żywicy epoksydowej w wyniku „obróbki chemicznej" zwanej procesem estryfikacji poprzez poddanie wyjściowej żywicy działaniu kwasu akrylowego lub metakrylowego oraz późniejszemu rozcieńczeniu styrenem w celu obniżenia lepkości i umożliwienia aplikacji. Tak przetworzony wyjściowy produkt epoksydowy uzyskuje nowe parametry i dodatkową nazwę winyloester (pochodzący od procesu estryfikacji oraz tworzenia grup winylowych podczas utwardzania). Jednym z typów tak powstałej żywicy winyloestrowej jest novolac. Powstały produkt ma podwyższoną odporność na kwas siarkowy w tym na jego fazę gazową (szczególnie w wyższych temperaturach). Ten uszlachetniony rodzaj żywicy należy do grupy epoksydów, jednakże o tym, z którym konkretnie materiałem mamy do czynienia decyduje to, jaki rodzaj utwardzacza zastosowano w procesie utwardzania żywicy. I tak nieuszlachetnione żywice epoksydowe utwardza się aminą, zaś uszlachetnione żywice winyloestrowe utwardza się nadtlenkami

organicznymi z przyspieszaczem na bazie kobaltu. Z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego (Raport badań z dnia 26.08.2019r.) wynika, iż badaniu przez indyjski instytut poddany został produkt o nazwie Wikaflake DD i opisany jako epoksyd utwardzany aminą, co świadczy o tym, że nie mamy do czynienia z winyloestrową jego odmianą, a co z kolei jest w sprzeczności z kartą katalogową tego produktu w której użyto nazwy: żywica winyloestrowa. Zamawiający wskazał tu zatem na oczywistą rozbieżność i kwestionuje materiał Wikaflake DD jako niezgodny z wymaganiem. Epoksyd utwardzany aminą nie jest winyloestrem i różnica nie wynika jak sugeruje Odwołujący się z różnorodnego nazewnictwa.

Rozpatrując zagadnienie (parametr) odporności chemicznej poszczególnych powłok (tj. Wikaflake DD i Steulerflake

SPM) zgodnie z wiedzą i doświadczeniem Zamawiającego należy mieć na uwadze, że aplikacja typowych systemów epoksydowych utwardzanych aminą, czyli takich jak badany w Indiach materiał Wikaflake DD nie jest zalecana do aplikacji w instalacjach IOS z uwagi na szereg niekorzystnych własności w porównaniu do przetworzonych żywic epoksydowych novolakowych winyloestrowych jaką jest Steulerflake SPM. Typowe żywice epoksydowe w porównaniu do odmiany winyloestrowej mają znacznie mniejszą odporność na kwas siarkowy (szczególnie w wyższych temperaturach). Jest to głównie wynikiem niższej odporności temperaturowej kiedy następuje tzw. zeszklenie materiału pod wpływem temperatury środowiska. Dla żywic utwardzanych aminą jest to w granicach 60-100ºC, podczas gdy dla żywic novolakowych zjawisko to pojawia się dopiero w temp. powyżej 120 ºC. Proces zeszklenia prowadzi do zmiękczenia żywicy i spadku odporności na dyfuzję.

Dlatego też z uwagi na zdecydowanie wyższą odporność zarówno na opary jak i kondensat kwasu siarkowego, co jest tak bardzo istotne dla skutecznego zabezpieczenia chemoodpornego Instalacji Odsiarczania Spalin (IOS) Zamawiający wymaga tego rodzaju materiału tzn. żywicy winyloestrowej, dostosowanej zarówno chemicznie jak i wytrzymałościowo do warunków eksploatacyjnych Elektrowni Bełchatów.

W powyższym kontekście bezcelowe jest podnoszenie przez Odwołującego pozornej rozbieżności parametru temperaturowego, jako że odporność chemiczna (zarówno na mokro jak i na kwas siarkowy) materiału Steulerflake SPM jest zachowana również w temperaturze 90ºC.

Po piąte, Odwołujący nie spełnił wymogu stawianego przez Zamawiającego w zakresie odporności materiału na temperaturę oraz grubości powłoki. Wyjaśnienia w tym zakresie pozostają w oderwaniu od przedłożonych dokumentów. Z ich treści nie wynika bowiem, jak próbuje nadinterpretować Odwołujący, iż w trakcie prowadzonych badań „produkt był poddawany działaniu oczyszczonych gazów spalinowych w stałej temperaturze 85°C, co należy rozumieć jako osiągnięcie takiej temperatury (całościowo) wewnątrz kanału kominowego, a także w kanałach wlotowych i wylotowych. Nie oznacza to jednak, że temperatura nieustannie, przez 6 miesięcy utrzymywała się na równym poziomie wynoszącym

85°C. Oczywistym zjawiskiem było wystąpienie wahań temperatur w zależności od miejsca w kanale kominowym/kanale wlotowym/wylotowym. To „średnia" (docelowa) temperatur wewnątrz komina wlotowego wynosiła około 85°C przez okres badanych 6 miesięcy, co jest zjawiskiem naturalnym i oczywistym dla specjalistów branżowych." Raport nie pozostawia wątpliwości, a mowa w nim o stałej temperaturze.

To, czy taki parametr jest możliwy do osiągnięcia podlega już ocenie w zakresie wiarygodności i jakości przeprowadzonych badań. Tutaj po raz kolejny Odwołujący się zmienia swoje stanowisko, czy dokumentację postępowania należy interpretować literalnie, czy w sposób odmienny.

Podobnie wątpliwe są twierdzenia Odwołującego się w zakresie grubości badanej powłoki. Nie jest tak, iż badaniu poddano powłokę wg wymagań Zamawiającego - badaniom należało poddać powłokę o grubości zgodnej z przywołaną w Karcie technicznej (Karcie charakterystyki) tj. „standardową grubość powłoki (ok. 1,2 do 1,5 mm)" czyli 1200- 1500 mikronów. Dowolną i niedopuszczalną interpretacją wyników badań są twierdzenia Odwołującego się jakoby z „perspektywy technicznej grubość powłoki tworzy zazwyczaj kilka warstw (np. 3 – 4). Zgodnie z produktem zaoferowanym przez REMA, mnożąc trzykrotnie lub czterokrotnie liczbę mikronów na warstwę wynoszącą 400, otrzymamy właśnie powłokę o grubości ok.1.2 mm do 1.5mm, czyli 1200 - 1500 mikronów." W omawianym zakresie przedłożony raport jest zupełnie niewiarygodny. Brak jest ewidentnie podstaw do przyjęcia informacji, że badaniom poddano powłokę suchą o grubości 1200 mikronów (µm)skoro:

Twardość powłoki badano na próbce o grubości 250 µm (poz. 5 w Raporcie); Badanie nieciągłości powłoki wykonano na próbce o grubości 500 µm (poz. 8 w Raporcie); Odporność na uderzenia powłoki o grubości 250 µm (poz.12 w Raporcie). W związku z powyższym zapis „Osiągnięto grubość powłoki 400 µm (poz.3 w Raporcie)" może wskazywać, że badano powłokę o grubości całkowitej tego rzędu, a nie o grubości minimum 1200 µm.

- Wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej i spełniającej wymagania stawiane przez Zamawiającego

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, dokonał on prawidłowej oceny oferty złożonej przez Przystępującego i z poszanowaniem przepisów pzp i wszystkich zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą.

W zakresie przedmiotowych środków dowodowych Przystępujący złożył nie tylko 1) kartę charakterystyki oraz 2) ekspertyzę z dnia 22 września 2017 r. autorstwa dr inż. J. B. pn. „Badania właściwości ochronnych materiału steulerflake pod kątem przydatności do stosowania w kanałach oraz przewodach stalowych w instalacjach odsiarczania spalin", w ramach których zawarto 3) Deklarację zgodności oraz 4) Informację techniczną, ale również m.in. 5) Raport z badań RWE, oraz dokument: 6) Important line parametres, 7) Tabela-

Kluczowe parametry żywicy winyloestrowej z płatkami mineralnymi.

Tak jak w przypadku oferty Odwołującego się, tak również Przystępującego, Zamawiający dokonał kompleksowej analizy wszystkich dokumentów składanych przez podmioty składające oferty.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, analiza treści dokumentów doprowadziła Zamawiającego do wniosku, iż wszystkie stawiane wymogi zostały spełnione. Co równie istotne, treść tych dokumentów oceniona została jako spójna ze sobą, jak i twierdzeniami Przystępującego, odmiennie niż w przypadku Odwołującego się.

Z karty technicznej wynika, iż oferowany produkt jest żywicą winyloestrową. W deklaracji zgodności Producent Steuler

powołując się na kartę techniczną potwierdza wszystkie parametry zawarte w karcie technicznej:

W deklaracji zgodności producenta złożonej przez Odwołującego się próżno szukać potwierdzenia wymaganych parametrów technicznych, co pojawia się dopiero w „Oświadczeniu producenta" z 01.08.2024r. złożonym na potrzeby prowadzonego postępowania na wezwanie Zamawiającego. Treść złożonego oświadczenia Zamawiający ocenił natomiast z uwzględnieniem pozostałych dokumentów złożonych przez Odwołującego się.

Wymogi stawiane przez Zamawiającego nie muszą być potwierdzone tak jak uważa Odwołujący się jedynie w treści karty charakterystyki, bowiem taki dokument z założenia nie odnosi się do wymagań technicznych, zabezpieczenia chemoodpornego stawianych materiałowi. Karta charakterystyki zawiera informacje takie jak właściwości każdej substancji lub mieszaniny chemicznej, zagrożenia fizyczne, zdrowotne i środowiskowe, środki ochronne oraz środki ostrożności przy obchodzeniu się, przechowywaniu i transporcie substancji chemicznej. Zamawiający nie czyni zarzutu, iż w treści samej karty charakterystyki zarówno w przypadku Odwołującego, jak i Przystępującego, takiego potwierdzenia wymogów technicznych nie ma.

Niezasadne są twierdzenia Odwołującego, jakoby Zamawiający był świadom tego, iż Przystępujący nie potwierdził właściwości oferowanego produktu.

Analizując ofertę Przystępującego Zamawiający powziął określone wątpliwości i wezwał go do złożenia wyjaśnień. Zauważył bowiem, iż złożony w ofercie parametr odporności na kwas siarkowy 75% dotyczy temp. 80°C. W omawianym zakresie Przystępujący złożył wyjaśnienia, które Zamawiający przyjął. Brak było podstaw do przyjęcia, iż doszło do niedopuszczalnej zmiany, czy też uzupełniania złożonej oferty. W pozostałym zakresie Przystępujący potwierdził wymagane parametry w treści dokumentów złożonych wraz z ofertą (twardość wg skali Barcol oraz przyczepność do podłoża w dokumencie technologia materiałowa).

Przystępujący na potwierdzenie spełnienia wymogów załączył m.in. także Deklarację Zgodności wg ISO/IEC 17050-1, w którym producent - firma Steuler potwierdza, że produkt

osiąga parametry podane w karcie technicznej.

Po wezwaniu Zamawiającego Przystępujący przedłożył uaktualnioną wersję Deklaracji Zgodności, gdzie także potwierdzone zostały parametry z Informacji technicznej TI227.

W wymaganej zgodnie z zapisami SWZ (pkt.16.7.1) Deklaracji zgodności (tutaj „Deklaracja producenta"), złożonej przez Odwołującego do oferty, takiego potwierdzenia Zamawiający nie odnalazł (dopiero następczo w oświadczeniu).

Materiał zaoferowany przez Przystępującego, zgodnie z wymogami, stanowi żywicę winyloestrową. Materiał ten nie jest żywicą epoksydową, a powstał na bazie żywicy epoksydowej, co jest niezmiernie istotne, a rozwinięcie tego tematu zostało już wcześniej dokonane w treści pisma.

Zamawiający stwierdził, że nietrafne są również twierdzenia Odwołującego się, jakoby Zamawiający podejmował w stosunku do Przystępującego niedopuszczalne czynności w zakresie uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, zmierzających do zmiany/uzupełniania złożonej przez niego oferty (tj. przedmiotu oferowanego świadczenia). Zgodnie z pkt 20.5 SWZ Zamawiający przewidział w toku badania i oceny ofert możliwość żądania od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, w tym wyjaśnień dot. treści przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli były wymagane. I takie też czynności podjął w stosunku do Przystępującego, zmierzające do wyjaśnienia złożonej przez niego oferty. Dotyczyło to w istocie rzeczy parametru odporności chemicznej na kwas siarkowy, gdzie na podstawie złożonych przedmiotowych środków dowodowych Zamawiający powziął określone, opisane w wezwaniu wątpliwości. A zatem dotyczyło to sytuacji, w której Przystępujący został zobowiązany do złożenia wyjaśnień sposobu rozumienia złożonej oferty w tym zakresie, w sytuacji gdy została sformułowana niejasno. Nie było to przy tym prowadzenie negocjacji z wykonawcą i dokonywanie zmiany treści oferty. W zakresie obowiązku żądania wyjaśnień treści oferty KIO wypowiedziała się w m.in. wyroku z 12 kwietnia 2022 r., (KIO 856/22), stwierdzając, że: "Uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. Zamawiający jest bowiem uprawniony do wyjaśnienia oferty w zakresie zawartych w niej treści, a zakres przedmiotowy wyjaśnień zakreśla treść oferty. Podkreślić należy, że z przywołanego przepisu nie wynika po pierwsze wyłączenie możliwości uzyskania wyjaśnień w odniesieniu do informacji dotyczących kryteriów oceny ofert. Po drugie, przepis ten statuuje zakaz negocjacji Zamawiającego z wykonawcą dotyczących treści złożonej oferty oraz ustalania w drodze wyjaśnień jej treści".

W podobny sposób Zamawiający postępował w stosunku do oferty złożonej przez Odwołującego się, zwracając się w tym samym trybie o wyjaśnienia treści oferty i zidentyfikowanych rozbieżnościach w treści złożonych dokumentów. Zamawiający winien

bowiem poprzedzić ewentualne odrzucenie oferty wezwaniem do złożenia wyjaśnień ze względu na dokonane przez zamawiającego ustalenia oraz wewnętrzną sprzeczność treści oferty odwołującego (wyrok KIO z 4 lutego 2022 r., KIO 135/22).

Zarówno w przypadku Odwołującego się, jak i Przystępującego powyższe działania Zamawiającego miały charakter żądania wyjaśniania treści oferty, wyjaśniania treści przedmiotowych środków dowodowych, nie zaś wzywania do uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 i 4 pzp.

- Nieskuteczne zastrzeżenie przez Odwołującego się tajemnicy przedsiębiorstwa

Zarzuty w zakresie domniemanych wadliwości działań podejmowanych przez Zamawiającego wydają się zbyt daleko idące, w szczególności sugerowanie nie tylko naruszeniem zasad dobrych obyczajów, czy współżycia społecznego, ale również odpowiedzialności karnej.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie prowadzonych postępowań w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego jest traktowane jako wyjątek od zasady jawności tych postępowań i z tego też względu Zamawiający dokonał skrupulatnej analizy wobec wniosku Odwołującego się.

Stosownie do treści art. 18 pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Nie ujawnia się natomiast informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. To na wykonawcy spoczywa obowiązek nie tylko zastrzeżenia, ale i wykazania odpowiednich przesłanek. W ocenie Zamawiającego Odwołujący się wymaganiom tym nie sprostał.

Uzasadnienie wniosku Odwołującego się w tym zakresie w znakomitej większości sprowadzało się bowiem do wręcz akademickiego wykładu jakie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa zostały zdefiniowane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jak te przesłanki są komentowane przez doktrynę oraz orzecznictwo. Zamawiający podkreślił, że doskonale zdawał sobie z tego sprawę, jednakże uwagi te, jakkolwiek mające doniosłe znaczenie teoretyczne w nauce i stosowaniu prawa, nie spełniają wymogu uzasadnienia, dlaczego te konkretne informacje przekazane Zamawiającemu stanowią dla Odwołującego się tajemnicę przedsiębiorstwa. Od wykonawcy jako profesjonalisty oczekuje się dołożenia należytej staranności.

Przygotowanie prawidłowego uzasadnienia zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko dobrej znajomości przepisów i aktualnego orzecznictwa z zakresu pzp.

Wykonawca wbrew obowiązkowi nie wykazał jaką wartość gospodarczą dla niego posiadają przekazane informacje. Nie wykazał również, jaką potencjalną szkodę poniesie w związku

z ujawnieniem takiej informacji i to nie abstrakcyjnie, ale w ramach konkretnego postępowania przetargowego. Wykonawca winien wykazać istnienie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Zaś możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona (wyrok KIO 20/21 z 3 lutego 2021r., wyrok KIO 1196/23 z 12 maja 2023 r.). Okoliczność, iż wykonawca uważa zastrzeżone informacje za istotne i poufne, jest niewystarczająca do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca musi wykazać obiektywną wartość zastrzeżonych informacji (wyrok KIO 190/24 z 6 lutego 2024 r.).

Odwołujący w sposób konkretny i nie budzący wątpliwości tajemnicy przedsiębiorstwa nie zastrzegł, choć miał taki obowiązek (wyrok KIO 142/24 z 5 lutego 2024r.). Same lakoniczne twierdzenia, iż dostęp do przekazywanych informacji ma ograniczona liczba osób, a w firmie wdrożone zostały odpowiednie procedury, niczego Zamawiającemu nie mówią, a z drugiej strony są też całkowicie nieweryfikowalne. Tak też przyjęła KIO w wyroku z 12 maja 2023 r. (KIO 1196/23), uznając iż „Tajemnica przedsiębiorstwa musi mieć charakter obiektywny, a brak przedstawienia przez wykonawcę w tym zakresie dowodów podważa wiarygodność samych oświadczeń wykonawcy. Samo powołanie się na politykę tajemnicy przedsiębiorstwa, czy też zarządzenie powołujące zespół przetargowy bez podania realnych i obiektywnych powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Tego rodzaju ogólniki mogą zostać wskazane przez każdego wykonawcę na potrzeby każdego postępowania. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach winien odnieść się do każdej informacji jak również do każdego z dokumentów osobno i dla każdego z nich osobno wykazać, jakie z informacji zawartych w wyjaśnieniach oraz danych dokumentach mają charakter tajemnicy i dlaczego.”

Z literalnego brzmienia art. 18 ust. 3 p.z.p. wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W efekcie, zaniedbanie przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa powoduje, że zastrzeżenie jest bezskuteczne, a informacje powinny zostać ujawnione przez zamawiającego.

Znamienne w tym aspekcie jest również to, iż sam Odwołujący się przy składaniu ofert nie wystąpił z wnioskiem o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstw i nie wskazał żadnych dokumentów handlowych, które powinny być zastrzeżone.

Dopiero wnioskiem takim objął złożone przez siebie wyjaśnienia, które powielały informacje handlowe zawarte w złożonej ofercie i nie wprowadzały żadnych nowych wiadomości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, pisemnych stanowiskach, a także wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła:

Izba stwierdziła, że nie wystąpiła żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba nie miała wątpliwości, że interes Odwołującego przejawiał się nie tylko w możliwości kwestionowania odrzucenia jego oferty, ale również wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego, w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, przystąpienie po stronie zamawiającego, zgłosił wykonawca D. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. REMKOR D. W., dalej: „Przystępujący".

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko – pismo z 27 września 2024 r. poparł stanowisko Zamawiającego.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej, dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, a także dokumenty na posiedzeniu i rozprawie w dniach 27 września oraz 14 października 2024 r.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną we wniesionych w nim pismach oraz przedstawioną w trakcie rozprawy Izba uznała, za uzasadnione zarzuty: nr 1, 2, 3 oraz 5 odwołania, oddaliła zarzut nr 4.

Izba uwzględniając odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 miała na uwadze treść przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, może mieć miejsce wówczas, gdy powyższa niezgodność ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, a zamawiający mając na uwadze treść złożonej oferty, może w sposób jednoznaczny stwierdzić, że nie jest możliwa realizacja zamierzonego w postępowaniu celu.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażonym m.in. w wyroku z 20 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3283/2023: „aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty

wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania Zamawiającego".

Izba rozpoznając zarzuty odwołania podniesione w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego, miała na uwadze przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego wskazane przez Zamawiającego w Informacji z 29 sierpnia 2024 r. (Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z 29.08.2024 r. w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia).

Pkt 1 Uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, dalej: „Uzasadnienie"-Deklarowane w Raporcie badań z 2019 r. parametry produktu nie zapewniają jego zastosowania w elektrowniach opalanych węglem.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 1 Uzasadnienia przywołał warunek opisany w pkt II.9 OPZ: „Przedstawiona technologia wymaga akceptacji zamawiającego."

Zamawiający dalej podkreślił, że dysponuje ocenami technicznymi niezależnych jednostek, zawierających opinie dotyczące zabezpieczenia materiałem WIKAFLAKE DD innych przewodów w Elektrowni Bełchatów w latach ubiegłych oraz doświadczeń z napraw gwarancyjnych tej powłoki, gdzie stwierdzono m.in. brak skutecznego zabezpieczenia przewodów kominowych materiałem Wikaflake DD i liczne wady wykonanej powłoki, „dyskredytujące tę powłokę w warunkach eksploatacji przewodów kominowych w Elektrowni Bełchatów". A zatem warunek z pkt. II nie może być spełniony.

Izba stwierdziła, że w piśmie – odpowiedzi na odwołanie z 20 września 2024 r. Zamawiający wskazał inny warunek - „technologia wykonania powłoki musi być oparta na materialne o wymaganych właściwościach zapewniających skuteczne zabezpieczenie chemoodporne powierzchni wewnętrznej komina pracującego w układzie Instalacji Odsiarczania Spalin w elektrowniach opalanych węglem", który nie został, w ocenie Zamawiającego, spełniony przez Odwołującego.

W ww. piśmie Zamawiający zaprzeczył, że odrzucił ofertę Odwołującego w oparciu o swoje poprzednie doświadczenia z materiałem oferowanym przez Odwołującego, do którego odnosiły się przytoczone przez Zamawiającego badania z 2021 r.: Anticorr Gdańsk, ZUT A. Trocki oraz CES Dr inż. J. B. . Fakt, że Zamawiający z powłoką Wikaflake DD produkcji GBT zetknął się historycznie w przypadku, do którego odwołują się cytowane przez niego opinie stanowi wątek poboczny, mającego istotnego znaczenia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający zaprzeczył również, że podstawę odrzucenia oferty Odwołującego stanowiła niezgodność jego oferty z warunkiem o brzmieniu: „przedstawiona technologia wymaga akceptacji Zamawiającego". Zamawiający w ślad za stanowiskiem Odwołującego przyjął, że jest to zapis do stosowania na etapie wykonawstwa a nie oceny ofert.

Izba mając na uwadze, że jedynym warunkiem, jaki Zamawiający wskazał w pkt 1 Uzasadnienia był warunek określony w pkt II.9 OPZ: „Przedstawiona technologia wymaga

akceptacji zamawiającego", a następnie Zamawiający zaprzeczył, aby odrzucił ofertę Odwołującego na tej podstawie (akapit 1, str. 11 odpowiedzi na odwołanie – pisma z 20 września 2024 r.), stwierdziła, że nie jest wobec powyższego

możliwe uchwycenie, na czym polegała wskazana przez Zamawiającego w pkt 1 Uzasadnienia, niezgodność treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia.

Izba ponownie wskazuje, że aby zamawiający mógł zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia.

Bez jednoznacznego stwierdzenia takiej niezgodności Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba, w związku z przytoczonymi powyższej okolicznościami, pominęła dowody z dokumentów dołączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie: raportu z kontroli powierzchni – przegląd gwarancyjny z dnia 21.09.2021 r, technicznej oceny dr inż. J. B. z dnia 27.10.2021 r., raport z badań Nr ZU/1/2021/00065 4 przedstawionych przez Zamawiającego celem wykazania, że materiał zaoferowany przez Odwołującego

w warunkach panujących u Zamawiającego nie spełnia stawianych wymagań.

W 2 Uzasadnienia Zamawiający wskazał, że ze strony 3 OPZ, tiret 9 części pn. „Podstawowe stosowane materiały budowlane" wynikało, że Zamawiający wymagał zastosowania żywicy winyloestrowej jako materiału przeznaczonego do stosowania, co potwierdzała dokumentacja projektowa na wykonanie wylotów, przywołana w ust. 2.1. umowy (Załącznik nr 2 do SWZ), a na str. 10 OPZ, pkt 5 w części „Roboty antykorozyjne" wskazano na konieczność przygotowania powierzchni dla nałożenia chemoodpornej powłoki ochronnej w systemie winyloestrowym.

Zamawiający wskazał, na rozbieżność treści dokumentów złożonych przez Odwołującego: Raportu badań z 2019 roku i dokumentu opisanego jako „Karta techniczna Wikaflake DD".

W Raporcie była mowa o wykonaniu badania powłok epoksydowej wypełnionej płatkami szklanymi i utwardzonej adduktem aminowym, podczas gdy „Karta techniczna Wikaflake DD" (karta charakterystyki) dotyczyła powłoki winyloestrowej wypełnionej płatkami mineralnymi. Odwołujący złożył wyjaśnienia oraz stanowisko producenta, który potwierdził, że skład produktu, jest taki jak wskazano w Karcie technicznej. Na powyższe wskazują również dowody przedłożone przez Odwołującego, np. cenniki materiałów producenta GBT, którym Zamawiający ostatecznie nie zaprzeczył, stwierdzając, że nie jest wykluczone, że producent oferuje taki produkt oraz nie wskazał własnych dowodów, które by powyższe okoliczności podważały.

Z dowodu - wydruku ze strony producenta GBT, przedstawionego przez Zamawiającego

wynikało, że na stronie producenta GBT nie wskazano, że oferuje on produkt Wikaflake DD. Jednak ten dokument został opatrzony datą 2015 r.

W konkluzji Zamawiający podniósł, że z rozbieżności stanowisk wynika przeświadczenie Zamawiającego, co do niemożności ostatecznego stwierdzenia, jaki produkt oferuje wykonawca.

Izba wskazuje, że podstawą odrzucenia oferty nie może być przeświadczenie co do niemożliwości ostatecznego stwierdzenia, jaki produkt oferuje wykonawca.

Podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, może być tylko stanowcze stwierdzenie, że treść oferty nie odpowiada warunkom zamówienia.

W ocenie Izby, gdyby powyższe wątpliwości doprowadziły Zamawiającego do konkluzji, iż nie istnieją żadne wątpliwości, że oferta Odwołującego jest niezgodna z przytoczonymi przez Zamawiającego postanowieniami OPZ, to dopiero wówczas oferta podlegałaby odrzuceniu. Stanowisko Zamawiającego: „Z rozbieżności stanowisk wynika przeświadczenie co do niemożności ostatecznego stwierdzenia, jaki produkt oferuje wykonawca", oznacza, iż powyższe wątpliwości nie zostały rozstrzygnięte na niekorzyść wykonawcy.

Punkt 3 Uzasadnienia - Wykonawca nie wyjaśnił w sposób skuteczny i wiarygodny wątpliwości Zamawiającego w zakresie parametrów technicznych i sposobu przeprowadzenia badań mających na celu ich potwierdzenie.

Zamawiający odniósł się do przeprowadzonego badania odporności materiału na temperaturę pod wpływem oczyszczonych gazów spalinowych w stałej temperaturze +85°C, bezpośrednio wewnątrz kanału kominowego i w kanałach wlotowych i wylotowych systemu FGD, a obserwację prowadzono po upływie 6 miesięcy ciągłej eksploatacji, o którym mowa w Raporcie z badań z 2019 r.

W konkluzji Zamawiający wskazał na niewiarygodność informacji o prowadzeniu obserwacji w stałej temperaturze oraz informacji o utracie masy oraz stwierdził, że nie przyjmuje wskazanych w Raporcie wyników jako prawdziwych.

Izba przyznała rację Odwołującemu w stwierdzenie, że Zamawiający nie wskazał, z którego elementu oferty Odwołującego wynikać ma rzekoma niezgodność z OPZ.

Ponadto Zamawiający nie wskazał, z którymi postanowieniami SWZ lub OPZ oferta Odwołującego jest niezgodna we powyższym zakresie.

W odniesieniu do kwestionowanej grubości powłoki – rozbieżności i niejasności wynikające z „Raportu badań z 2019 r." oraz „Karty technicznej Wikaflake DD", Izba uznała za zasadny zarzut Odwołującego braku wezwania do wyjaśnienia rozbieżności i niejasności wynikających z „Raportu badań z 2019 r." i „Karty technicznej Wikaflake DD" dotyczącej grubości powłok.

W Uzasadnieniu w pkt 3 Zamawiający podnosi, że w toku wyjaśnienia otrzymanych wyników badań dla wskazanych w wezwaniu pozycji, Wykonawca nie przedstawił nowych argumentów, a jedynie przywołał treść złożonego już Raportu, tym samym nie wyjaśnił podniesionej

w wezwaniu kwestii potwierdzenia osiągania wymaganych przez Zamawiającego parametrów przez oferowany produkt Wikaflake DD.

Izba stwierdziła, że z wezwania (Wezwanie z 30.07.2024 r. skierowane do Odwołującego) nie wynikało, aby Zamawiający wzywał Odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności i niejasności w „Raporcie badań z 2019 r." oraz „Karty technicznej Wikaflake DD" dotyczących grubości powłok.

Za wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności i niejasności wynikających z „Raportu badań z 2019 r." i „Karty technicznej Wikaflake DD", na które powołuje się Zamawiający, w pkt 3 Uzasadnienia, a dotyczących grubości powłok, nie można uznać ogólnego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty poprzez poinformowanie Zamawiającego, czy zaproponowana technologia w całości spełnia wymagania określone w SWZ.

Nie ulega wątpliwości, że w sytuacji, gdy zamawiający zamierza odrzucić ofertę z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia, jest uprzednio zobowiązany do żądania wyjaśnień treści oferty.

Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności i niejasności, które stwierdził w dokumentach przedstawionych przez Odwołującego, a zatem odrzucenie oferty Odwołującego we ww. zakresie było przedwczesne.

W pkt 4 Uzasadnienia - Zastrzeżenie niewiążącego charakteru swojej oferty w zakresie właściwości produktu.

Zamawiający wskazał, że ocenił wyjaśnienia Odwołującego: adnotacja w karcie technicznej Wikaflake DD standardowym oświadczeniem producenta i ma na celu zabezpieczenie jego interesów na wypadek różnych okoliczności, wykonawca nie ma wpływu na treść dokumentów wystawianych przez inne podmioty, za niezgodne z przepisami Pzp, SWZ i wymaganiami OPZ: II Zabezpieczenie chemoodporne przewodów kominowych numer 10, 11, 12, Roboty antykorozyjne pkt 9 (str. 11): „… Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za zgodność wyrobu z deklarowanymi właściwościami oraz wykonanie powłoki chemoodpornej o parametrach nie gorszych niż wskazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia, gwarantując jej trwałość w istniejących warunkach eksploatacyjnych układu technologicznego. Przedstawiona technologia wymaga akceptacji Zamawiającego".

Odwołujący podnosił, że oświadczenie producenta ma ogólny charakter i stanowi zabezpieczenie producenta w przypadku właściwości wprowadzenia wymuszonych zmian w recepturze lub zmiany lokalnych warunków np. unijna regulacja dotycząca chemikaliów REACH, a treść dokumentów nie zaprzecza właściwościom produktu.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wskazał, dlaczego uznał wyjaśnienia wykonawcy za niedostateczne. Nie odniósł się przede wszystkim do samej treści wyjaśnień, podnosząc jedynie, że z dokumentów załączonych przez Wykonawcę wynika, że producent nie

potwierdza tego, co oferuje i oświadcza Wykonawca, a także, że złożone wyjaśnienia są niezgodne z przepisami z przepisami PZP, SWZ i wymaganiami OPZ.

Izba podkreśla, że negatywna ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę rodzi dla niego negatywne konsekwencje, dlatego Zamawiający przy ocenie wyjaśnień powinien zachować szczególną staranność.

Izba uznała za zasadny zarzut nr 2 odwołania – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty REMKOR, pomimo że treść oferty tego wykonawcy nie spełnia merytorycznych wymagań określonych dokumentacją postępowania i jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie wykazał w złożonej ofercie, że zaoferowany produkt charakteryzuje odporność chemiczna na kwas siarkowy o wartości min. 65% dla temperatury 90°C (brak przedłożenia przedmiotowych środkach dowodowych) oraz zarzut 3 odwołania – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 107 ust. 2, 3 i 4 Pzp poprzez wezwanie REMKOR do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, co faktycznie doprowadziło do uzupełnienia przez REMKOR przedmiotowych środków dowodowych w sytuacji, w której wykonawca ten pierwotnie nie wykazał, że zaoferował produkt jest zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi OPZ, a obecnie dochodzi do zmiany treści oferty, co jest niezgodne ze ww. przepisami prawa. Izba ustaliła, że złożone przez Przystępującego przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzały, że oferowany przez tego wykonawcę materiał – Steulerflake SPM charakteryzuje odporność chemiczna na kwas siarkowy o wartości min. 65 % dla temperatury 90°C. W dokumentach wskazano odporność chemiczną na kwas siarkowy, ale dla temperatury 80°C. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty poprzez poinformowanie Zamawiającego, czy zaproponowana technologia w całości spełnia wymagania określone w OPZ, w tym: odporność na kwas siarkowy min. 65% przy 90 °C oraz do także przedstawienia dokumentu potwierdzającego spełnienie tego warunku (Wezwanie z 30 lipca 2024 r.).

Przystępujący w odpowiedzi – pismo z 2 sierpnia 2024 r. oświadczył, że oferowany produkt jest zgodny z warunkami zamówienia i przedłożył dokumentację, w tym tabelę z parametrami żywicy winyloestrowej z płatkami mineralnymi

Steuflerflake SPM.

W ocenie Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dokumentacją doprowadziły do uzupełnienia treści dokumentu – przedmiotowego środka dowodowego o wymagany przez Zamawiającego parametr odporności na kwas siarkowy min. 65 % przy 90 °C.

Izba przywołuje w tym miejscu ugruntowane w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, zgodnie z którym w myśl art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, uzupełnieniu podlegają wyłącznie niezłożone lub niekompletne przedmiotowe środki dowodowe. Natomiast, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy nie zawiera pewnych informacji, wymaganych przez zamawiającego, to takiej okoliczności nie należy utożsamiać z niekompletnością

przedmiotowego środka dowodowego.

Niekompletność przedmiotowego środka dowodowego oznacza niekompletność fizyczną dokumentu, np. brak wszystkich stron dokumentów lub też niektóre jego wady formalne.

Nie podlega uzupełnieniu przedmiotowy środek dowodowy, który jest kompletny, ale jego treść nie pozwala na przyjęcie, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami zamawiającego.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, w tym przypadku nie chodziło o wyjaśnienie wątpliwości, w związku z niejasnymi sformułowaniami oferty, lecz sytuację, w której przedmiotowy środek dowodowy, przedstawiony przez Przystępującego, nie zawierał wymaganych przez Zamawiającego informacji o posiadaniu przez zaoferowany przez Przystępującego materiał parametru odporności na kwas siarkowy min. 65 % przy 90°C.

Zamawiający zaakceptował wyjaśnienia oraz złożony przez Przystępującego dokument – uzupełniony na jego wezwanie, a tym samym naruszył art. 107 ust. 2 ustawy Pzp i w konsekwencji przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przedmiotowy środek dowodowy, złożony przez Przystępującego nie potwierdzał, że zaoferowany przez niego materiał charakteryzował się odpornością chemiczną na kwas siarkowy min. 65% dla 90°C, nie podlegał uzupełnieniu w powyższym zakresie, a wobec powyższego oferta Przystępującego jako niezgodna z warunkami określonymi przez Zamawiającego podlegała odrzuceniu.

A wobec powyższego, zarzut nr 3 odwołania podlegał uwzględnieniu.

Oddaleniu podlegał zarzut nr 4 odwołania.

Izba uznała, że decyzja Zamawiającego o odtajnieniu informacji przedstawionych przez Odwołującego była prawidłowa.

Ponieważ ustawodawca w przepisie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje obowiązek wykonawcy by wraz z przekazaniem informacji zastrzegł, że informacje nie mogą być udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, oświadczenie wykonawcy, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jest w ocenie Izby, niewystarczające.

Samo złożenie przez wykonawcę oświadczenia, że przekazane zamawiającemu informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, niepołączone z wykazaniem, stosowanie do przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej: „ustawa uznk", że przekazane przez wykonawcę informacje są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami, które posiadają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione publicznie oraz że wykonawca podjął wobec nich działania w celu utrzymania ich w poufności, nie rodzi obowiązku zamawiającego nieujawniania tych informacji.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy uznk.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał przede wszystkim, kiedy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa może mieć miejsce, przywołał także orzeczenia sądów. Natomiast nie wykazał, że przekazane informacje posiadały wartość gospodarczą oraz jaką szkodę może ponieść w związku z ujawnieniem informacji.

Odwołujący nie wykazał również, jakie działania podjął w celu utrzymania informacji w poufności, poza bardzo ogólnym stwierdzeniem, że takie działania są u niego podejmowane. Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła zarzut nr 4 odwołania.

Izba uwzględniła zarzut 5 odwołania, mając na uwadze fakt, że Zamawiający odmiennie ocenił oferty wykonawców, znajdujących się w podobnej sytuacji – w związku z zawartą w złożonych przez obu wykonawców dokumentach deklaracją o niepotwierdzeniu przez producenta właściwości oferowanych materiałów. Powyższa okoliczność potwierdzała naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, stosowanie do którego zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, 2) przejrzysty,

3) proporcjonalny.

Odnosząc się do dokumentów, złożonych przez Przystępującego na rozprawie w dniu 14 października 2024 r.: korespondencji mailowa z przedstawicielem instytutu indyjskiego sporządzającego Raport z 2019 r. oraz wstępnej

analizy autentyczności dokumentu Test Certificate Wikaflake DD z 11 października 2024 r., wskazanych na okoliczność braku autentyczności Raportu z badań, przedłożonego przez Odwołującego, Izba wskazuje, że ocenie Izby, która jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu, podlegały czynności Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2024 r. oraz że stwierdzenie, czy doszło do popełniania przestępstwa nie należy do Krajowej Izby Odwoławczej, lecz do właściwych organów.

Przy ponownym badaniu i ocenie ofert Zamawiający powinien wziąć pod uwagę podniesione przez Przystępującego okoliczności.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła, na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437 ze zm.), mając na uwadze wynik postępowania odwoławczego.

Izba koszty postępowania rozdzieliła mając na uwadze proporcję zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła (4 zarzut), do liczby zarzutów (1 zarzut), których Izba nie uwzględniła.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: