

**WYROK**

**z dnia 10 marca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 marca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 lutego 2016 r.** przez wykonawcę **Shandong Power Equipment Co., Ltd., Shandong, Chińska Republika Ludowa,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A., z siedzibą w Konstancinie – Jeziorna,**

przy udziale wykonawcy **ABB sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Shandong Power Equipment Co., Ltd., Shandong, Chińska Republika Ludowa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Shandong Power Equipment Co., Ltd., Shandong, Chińska Republika Ludowa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący**

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 26 lutego 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Shandong Power Equipment Co., Ltd.No 3 Jiyi Xichang, Jinan Shandong, Chińska Republika Ludowa (dalej „**Odwołujący**”) od następujących czynności dokonanych przez zamawiającego Polskiej Sieci Elektroenergetycznej S.A., z siedzibą w Konstancinie – Jeziorna (dalej „**Zamawiający**”):

1. Wyborze oferty złożonej przez ABB Sp. z o.o. (dalej „**ABB**”) jako najkorzystniejszej w Pakiecie I, pomimo, iż to oferta złożona przez Odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą;
2. odrzuceniu oferty Odwołującego w Pakiecie I na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pomimo, że treść oferty Odwołującego w zakresie nieodpowiadającym treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**”) winna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w pozostałym zakresie odpowiada treści SIWZ;
3. zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na poprawieniu w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp tj. poprawienia rysunku zawartego na stronie 173 oferty Odwołującego (rys. 1DS711.2501) poprzez wykreślenie umiejscowienia szaf sterowniczych na krótszym boku kadzi po prawej stronie patrząc od strony izolatorów przepustowych GN i umiejscowienie szaf sterowniczych na krótszym boku kadzi, po lewej stronie patrząc od strony izolatorów GN - zgodnie z Załącznikiem nr 1 do wyjaśnień Odwołującego z dnia 27.12.2015 r.;
4. zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na poprawieniu w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp tj. wykreślenia w ofercie Odwołującego na stronie 108:
  - a) w Lp. 1 pkt. d) słów „RTXF 245-1050/1250 T KSI” i zastąpienie ich słowami „RTKF 245-1050/2000 B KSI”; oraz
  - b) w Lp. 2 pkt d) słów „RTKF 123-550/2000 KSI 7” i zastąpienie ich słowami „RTKF 145-650/3150 F KSI”

a także wyjaśnienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w tym zakresie;

5. zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na ocenie oferty Odwołującego na podstawie jej treści oraz zaniechania podania Odwołującemu pełnego i wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez jego błędne zastosowanie i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo tego, iż oferta ta winna zostać poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i wówczas nie podlegałyby odrzuceniu;
- b) art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wyjaśnienia i poprawienia oferty Odwołującego w wyżej wskazany sposób;
- c) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i w konsekwencji zaniechanie podania Odwołującemu pełnego i wyczerpującego uzasadnienia prawnego i faktycznego czynności odrzucenia jego oferty;
- d) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji udzielenie zamówienia na rzecz wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp: (i) unieważnienia czynności wyboru oferty ABB, jako najkorzystniejszej; (ii) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; (iii) wyjaśnienia i poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w wyżej wskazany sposób; (iv) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej; (v) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, w ramach którego przedmiotem

zamówienia jest Modernizacja populacji transformatorów - dostawa wraz z transportem autotransformatorów wraz z ich całym wyposażeniem dodatkowym.

W dniu 19.02.2016 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty ABB, jako najkorzystniejszej oraz ocenie wszystkich ofert i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Porównanie oferty ABB i Odwołującego prezentuje się następująco:

1. ABB - cena netto 67.200.000,00 zł, cena brutto 82.656.000,00 zł;
2. Odwołujący - cena netto 62.000.000,00 zł - oferta odrzucona.

Odwołujący wskazał, że pozostałe oferty wykonawców zostały albo odrzucone, albo Zamawiający wykluczył tych wykonawców z postępowania. Zgodnie z pkt XVII SIWZ w Pakiecie I kryterium cena ma znaczenie 85 punktów, Wartość strat 13 punktów, a Okres gwarancji i rękojmi 2 punkty. Konsekwentnie, w kryterium cena Odwołujący winien uzyskać 85 punktów, zaś ABB 63,76 punktów, czyli o 21,24 punktów mniej od Odwołującego. W takiej sytuacji, niezależnie od punktacji przyznanej Odwołującemu w pozostałych subkryteriach, oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, gdyż nie spełnia wymagań merytorycznych SIWZ, w zakresie wymagania:

- a) pkt 2.12 Specyfikacji Technicznej nr kodowy PSE-ST.ATR.KEP: szafę sterowniczą należy mocować do krótszego boku kadzi, po lewej stronie patrząc od strony izolatorów przepustowych GN. Wykonawca w ofercie (str. 173 oferty - rys. 1DS711.2501) gwarantuje umieszczenie szafy sterowniczej na krótszym boku kadzi po prawej stronie patrząc od strony izolatorów przepustowych GN;
- b) pkt 3.5.1, Tabela 6, Lp.2 Specyfikacji Technicznej nr kodowy PSE-ST.ATR.220.,275.PWT\_2015: wymagana wartość prądu znamionowego izolatorów strony GN oraz strony DN wynosi (odpowiednio): 2000A oraz 3200A. Wykonawca w ramach wyjaśnienia treści oferty dostarczył rysunki planowanych do zainstalowania izolatorów przepustowych, z których wynika jednoznacznie że maksymalny prąd znamionowy, możliwy przy zerowej długości części izolatora potrzebnej ze względu na instalację przekładników prądowych w kominkach autotransformatora, wynosi (odpowiednio): 1650A i 2250A.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał jednak poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pomimo tego, iż istnieją podstawy do poprawienia

oferty Odwołującego w tym trybie, o czym Zamawiający wiedział z pisma Odwołującego z dnia 27.12.2015 r.

#### 1. Zarzut zaniechania poprawienia oferty Odwołującego

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Oznacza to zatem, że w przypadku stwierdzenia jakiejkolwiek niezgodności oferty z treścią SIWZ, Zamawiający jest zobligowany do dokonania analizy, czy zachodzi przesłanka do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w przypadku stwierdzenia takiej okoliczności, poprawienia oferty. Jeżeli stwierdzi, iż zachodzą podstawy do poprawienia oferty w tym trybie, to nie może zaniechać tej czynności. Wówczas oferta poprawiona nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na orzeczenia KIO 2976/13, KIO 1529/14, KIO 543/15, 544/15, KIO 553/15 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r. Sygn. akt XII Ga 429/09.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 2.12 Specyfikacji Technicznej nr kodowy PSE-ST.ATR.KEP (dalej „**STech**”) szafę sterowniczą należało zamocować do krótszego boku kadzi, po lewej stronie patrząc od strony izolatorów przepustowych GN. Na stronie 173 oferty Odwołującego (dalej „**Oferta**”) zamieszczono rysunek, na którym zobrazowane są izolatory przepustowe GN oraz DN. Na rysunku zobrazowano także umiejscowienie szafy sterowniczej (dalej „**Szafa Sterownicza**”), która znajduje się na krótszym boku kadzi, po prawej stronie patrząc od strony izolatorów GN, ale po lewej stronie patrząc od strony izolatorów DN. Odwołujący wskazał, że w praktyce w większości przypadków zaprojektowane transformatory mają umiejscowione Szafy Sterownicze na krótszym boku kadzi, po prawej stronie patrząc od strony izolatorów GN, co spowodowało, iż pracownik Odwołującego opracowujący rysunek „odruchowo” narysował umiejscowienie Szafy Sterowniczej omyłkowo właśnie po tej stronie. W ocenie Odwołującego nie powoduje to oczywiście jakiejkolwiek przeszkody w zaprojektowaniu Szafy Sterowniczej na krótszym boku kadzi, po lewej stronie patrząc od strony izolatorów GN.

Odwołujący wskazał, że powyższa nieistotna niezgodność treści Oferty z wymaganiami SIWZ powstała wskutek omyłki pracownika Odwołującego przygotowującego Ofertę. Należy w pierwszym rzędzie stwierdzić, iż z omyłką mamy do czynienia wówczas, gdy rezultat działań wykonawcy (treść oferty) będzie wynikać z niezamierzonego działania. Oznacza to, że wszelkie działania wykonawcy powodujące niezgodność oferty z SIWZ, które kwalifikują się, jako omyłka, to działania, które powstały w wyniku przeoczenia, niestaranności itp.

Gdyby pracownik Odwołującego przygotowujący rysunek działał z należytą starannością, już w ofercie umiejscowiłby Szafę Sterowniczą na krótszym boku kadzi, po lewej stronie patrząc od strony izolatorów GN, a nie po prawej stronie. Odwołujący wskazał, że dodatkowo mylącą okolicznością jest to, że naprzeciwko izolatorów GN znajdują się izolatory DN i patrząc od ich strony, Szafa Sterownicza jest po lewej stronie. Tym bardziej uzasadnione jest stwierdzenie, że pracownik Odwołującego popełnił omyłkę przygotowując rysunek.

W ocenie Odwołującego rzeczywista treść Oferty, a więc faktyczna i prawidłowa treść Oferty była zgoła odmienna. Faktyczna treść Oferty odpowiada wymaganiom przedmiotu zamówienia i odpowiada treści SIWZ. Dopiero niezamierzone i omyłkowe działanie pracownika Odwołującego doprowadziło do zniekształcenia oświadczenia woli Odwołującego zawartego w Ofercie. Już „na pierwszy rzut oka”, Oferta w nieistotny sposób odbiega od treści wymagania zawartego w SIWZ. W ocenie Odwołującego było to także oczywiste dla Zamawiającego, który pismem z dnia 15.12.2015 r. zwrócił się do Odwołującego z pytaniem „Nawiązując do wymagań pkt 2.12. Specyfikacji KEP (PSE-ST.ATR.KEP) prosimy o szczegółowe informacje, jakie zmiany w konstrukcji autotransformatora spowoduje zainstalowanie szafy sterowniczej na krótszym boku kadzi po lewej stronie patrząc od strony izolatorów przepustowych GN”. Z samej treści pytania Zamawiającego wynika, że zdawał on sobie sprawę z tego, że a) istnieje możliwość zainstalowania przez Odwołującego Szafy Sterowniczej zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz b) wskazanie przez Odwołującego na rysunku umiejscowienia Szafy Sterowniczej na krótszym boku kadzi, po prawej stronie patrząc od strony izolatorów GN może wynikać z omyłkowego działania Odwołującego. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 15.12.2015 r.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi pismem z dnia 27.12.2015 r. Odwołujący wyjaśnił, że „Nasza firma może umieścić szafę sterowniczą na krótszym boku kadzi, po lewej stronie patrząc od strony izolatorów przepustowych GN (rysunki w załączniku 1), nie wpłynie to w żaden sposób na transformator”. Dodatkowo, w Załączniku nr 1 Odwołujący przekazał Zamawiającemu rysunek załączony do Oferty na stronie 173 z umiejscowioną Szafą Sterowniczą na krótszym boku kadzi, po lewej stronie patrząc od strony izolatorów GN - a więc zgodnie z wymaganiami SIWZ. Dowód: pismo Odwołującego z dnia 27.12.2015 r.

W ocenie Odwołującego stwierdzenie wystąpienia powyższej omyłki zawartej w Ofercie nie wymaga jakiegokolwiek wiedzy specjalistycznej i możliwe jest do zauważenia „na pierwszy rzut oka”. Nie istnieje także jakiegokolwiek racjonalne wytłumaczenie, dlaczego Odwołujący przy kilkukrotnym zadeklarowaniu, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach zawartych w SIWZ oraz zgodnie z warunkami zawartymi we wzorze umowy (por.

oświadczenia zawarte w pkt I, II.3), III.2) i IV.3) Formularza Oferty Odwołującego), miałby zaoferować przedmiot zamówienia w sposób nieistotnie odbiegający od wymagań SIWZ.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego: a) doszło do wystąpienia niezgodności treści Oferty z SIWZ i b) niezgodność ta powstała w drodze omyłki. W sytuacji zaś, w której omyłka nie jest dla Zamawiającego oczywista, winien on zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie treści Oferty stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a jeżeli Odwołujący składa odpowiednie wyjaśnienia z własnej inicjatywy, nic nie stoi na przeszkodzie w tym, aby Zamawiający wziął te wyjaśnienia pod uwagę i na ich podstawie poprawił treść Oferty. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 23.09.2014 r. (KIO 1852/14, KIO 1853/14).

Dalej Odwołujący wskazał, iż poprawienie zawartych w Ofercie omyłek, w żaden sposób nie doprowadzi do zmiany Ceny lub innych warunków Oferty Odwołującego. Po drugie, nie dojdzie do jakiegokolwiek ilościowej, czy jakościowej zmiany w przedmiocie oferowanego przez Odwołującego świadczenia w ramach Oferty. W dalszym ciągu Odwołujący proponuje to samo świadczenie za tą samą Cenę. Nie dojdzie także do zmiany rankingu ofert w ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO 1529/14, KIO 2810/11, KIO 1978/10 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 102/09.

### 3. Zarzut rzekomej niezgodności treści Oferty z SIWZ oraz zaniechanie podania pełnego i wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że zgodnie z „pkt 3.5.1, Tabela 6, Lp.2 Specyfikacji Technicznej nr kodowy PSE- ST.ATR.220..275.PWT\_2015: wymagana wartość prądu znamionowego izolatorów strony GN oraz strony DN wynosi (odpowiednio): 2000A oraz 3200A. Wykonawca w ramach wyjaśnienia treści oferty dostarczył rysunki planowanych do zainstalowania izolatorów przepustowych, z których wynika jednoznacznie że maksymalny prąd znamionowy, możliwy przy zerowej długości części izolatora potrzebnej ze względu na instalację przekładników prądowych w kominkach autotransformatora, wynosi (odpowiednio): 1650A i 2250A".

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wskazał, która treść oferty Odwołującego (wskazanie strony Oferty oraz jej merytorycznej części) jest sprzeczna z treścią SIWZ tj. gdzie w Ofercie znajdują się wartości 1650A i 2250A. Zaniechanie to, naruszające art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie pozwala Odwołującemu de facto na pełne odniesienie się i polemizowanie z Zamawiającym. Odwołujący wskazał, że w żadnej części Oferty



Odwołującego nie wskazał on na przytoczone przez Zamawiającego wartości 1650A i 2250A. Stąd też Zamawiający nie jest w stanie wskazać lokalizacji tych wartości w treści oferty Odwołującego. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 1503/10.

Ponadto, zdaniem Odwołującego sama treść wyjaśnień nie może służyć ocenie niezgodności treści Oferty z SIWZ, w szczególności, jeżeli chodzi o niewymagane przez SIWZ informacje znajdujące się w wyjaśnieniach. Formułując zarzut niezgodności treści Oferty z SIWZ Zamawiający jest zobowiązany do wskazania konkretnego punktu Oferty i SIWZ, które są nawzajem sprzeczne. Tymczasem Zamawiający w ogóle nie odniósł się do treści Oferty Odwołującego, ale wyłącznie do treści wyjaśnień Odwołującego. Jeżeli którakolwiek treść wyjaśnień Odwołującego budziła wątpliwości Zamawiającego, mógł on w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócić się o wyjaśnienie tych wątpliwości przez Odwołującego. Tej czynności zaniechał. Nadto, Zamawiający nie wskazał na konkretny punkt SIWZ, z którym sprzeczna byłaby treść Oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, oferuje dostawę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Gdyby okazało się, że w treści Oferty Odwołującego przez omyłkę wskazano na wartości niezgodne z SIWZ - które to wartości nie byłyby wówczas prawidłowe - Odwołujący niniejszym wskazuje, że wartości te musiałyby być omyłkowo i w sposób niezamierzony wskazane i powinny odpowiadać wymaganiom SIWZ. W takiej sytuacji wartości te podlegałyby poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, że w drodze omyłki w Ofercie na stronie 108 wskazano:

- a) w Lp. 1 pkt. d) na izolator „RTXF 245-1050/1250 T KSI” zamiast „RTKF 245-1050/2000 B KSI”; oraz
- b) w Lp. 2 pkt d) na izolator „RTKF 123-550/2000 KSI V zamiast „RTKF 145-650/3150 F KSI”.

Omyłka ta wyniknęła z niezamierzonego działania pracownika Odwołującego popełnionego w toku przygotowywania Oferty. Należy wskazać, iż wartość i znaczenie doboru jednego izolatora zamiast drugiego nie ma większego znaczenia dla istoty oferowanego przez Odwołującego przedmiotu zamówienia, jako całości, tak pod względem ceny, jak i powiązanych z izolatorem innych rozwiązań technicznych. Stąd, w ocenie Odwołującego, zmiana oznaczenia izolatorów, jak powyżej, nie spowoduje w Ofercie Odwołującego jakichkolwiek istotnych zmian - jest to zabieg czysto techniczny. Zmiana ta doprowadzi jednak do odtworzenia właściwego oświadczenia woli Odwołującego i usunięcia ewentualnej sprzeczności treści Oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie wymaganych w SIWZ

parametrów technicznych izolatorów. Wskazane przez Odwołującego, jako właściwe, izolatory, posiadają parametry zgodne z wymaganiami SIWZ. Zmiana oznaczenia typu izolatorów nie wpłynie ponadto na inne elementy oferty i ich parametry techniczne. Ponieważ zmiana powyższa doprowadzi do przywrócenia rzeczywistej treści Oferty Odwołującego i w żaden sposób nie wpłynie na jej treść w istotnym aspekcie, Zamawiający winien poprawić ofertę Odwołującego w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego w celu ustalenia właściwego sposobu poprawienia oferty Odwołującego, Zamawiający winien zwrócić się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w tym zakresie.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) wezwanie Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2015 r. skierowane do Odwołującego oraz odpowiedź Odwołującego z dnia 27 grudnia 2015 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (iv) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19 lutego 2016 r. na okoliczność ustalenia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego; (v) tłumaczenie karty katalogowej izolatorów produkcji spółki ABB na okoliczność wykazania sposobu oznakowania izolatorów oraz ustalenia czy izolatory pierwotnie wskazane w treści oferty Odwołującego są produkowane przez spółkę ABB.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja populacji transformatorów - etap VI” Dostawa wraz z transportem autotransformatorów wraz z ich całym wyposażeniem dodatkowym nr postępowania: BP/56/2015/AO - Pakiet I”.

Ogłoszenie o zamówieniu nr 2015/S 121-221487 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.06.2015 r.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na cztery pakiety.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w części II, V i VI SIWZ.

W pkt XII ppkt 9 Zamawiający wskazał listę dokumentów jakie winna zawierać oferta. W lit e) części I SIWZ Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek przedstawienia wraz z ofertą rysunków, tabeli i oświadczeń wskazanych w części III SIWZ. W części III SIWZ we wzorze nr 9 zawarto wymaganie złożenia rysunku wymiarowego (zestawieniowego autotransformatora podający jego podstawowe wymiary oraz określający lokalizację i funkcję każdego z elementów – pozycja nr 1 tabela 1). Ponadto, we wzorze nr 13 części III SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców wypełnienia tabeli danych gwarantowanych, w której zamierzone były również izolatory przepustowe oraz złącza konektorowe (pkt 4.4.7). Wykonawcy byli zobowiązani podać rodzaj izolatora przepustowego, rodzaj izolacji zewnętrznej, producenta, typ oraz potwierdzić czy oferowane urządzenie jest zgodnie z wymaganiami pkt 3.5.1 specyfikacji technicznej.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 2.12 Specyfikacji technicznej nr kodowy PSE – ST.ATR.KEP, szafa sterownicza powinna być umocowana przy krótszym boku kadzi, po lewej stronie patrząc od strony izolatorów przepustowych GN.

Izba ustaliła, że Odwołujący na stronie 173 swojej oferty umieścił rysunek, na którym widać umiejscowienie szafy sterowniczej na krótszym boku kadzi, po prawej stronie patrząc od strony izolatorów GN.

W części VI SIWZ – Specyfikacja Techniczna – Podstawowe Wymagania Techniczne, tabela 6 (wymagania dotyczące izolatorów przepustowych), Pl. 2 (Prąd znamionowy) zawarta w pkt 3.5.1 części VI SIWZ (Izolatory przepustowe uzwojeń GN i DN oraz zacisku zerowego) Zamawiający wymagał, aby wartość prądu znamionowego izolatorów strony GN oraz strony DN wynosiła (odpowiednio) 2000A oraz 3200 A.

Izba ustaliła, że na stronie 108 oferty, w tabeli 19 (Izolatory przepustowe i złącza kontenerowe) Odwołujący wskazał typ izolatorów:

- a) W Lp. 1 pkt d) Tabeli dla izolatora przepustowego, liniowego GN – typ RTX 245 – 1050/1250 T KSI
- b) W Lp. 2 pkt d) Tabeli, dla izolatora przepustowego, liniowego DN – typ RTX 123 – 550/20000 KSI T.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 15 grudnia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp m.in. w zakresie: (i) podania szczegółowych informacji dotyczących zmian konstrukcyjnych autotransformatora w

przypadku zainstalowani szafy sterowniczej na krótszym boku kadzi po lewej stronie patrząc od strony izolatorów przepustowych GN; (ii) podania szczegółowych danych technicznych izolatora przepustowego, wskazanego w Tabeli Danych Gwarantowanych w pkt 2, lit. d), str. 108 oferty.

Pismem z dnia 25 grudnia 2015 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia wskazując m. in., iż: (i) może zamieścić szafę na krótszym boku kadzi, po stronie lewej patrząc od strony izolatorów przepustowych GN co nie wpłynie w żaden sposób na transformator (załączył również odpowiedni rysunek); (ii) na rysunkach stanowiących załącznik nr 2 Odwołujący podał szczegółowe dane techniczne izolatora przepustowego wskazanego w ofercie Tabela Danych Gwarantowanych w pkt 2 lit. d).

Izba ustaliła, że pismem z dnia 19 lutego 2016 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty ABB, jako najkorzystniejszej oraz ocenie wszystkich ofert i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził co następuje: Oferta Wykonawcy Shandong Power Equipment Co., Ltd., podlega odrzuceniu gdyż nie spełnia wymagań merytorycznych SIWZ, w zakresie wymagania:

- a) pkt 2.12 Specyfikacji Technicznej nr kodowy PSE-ST.ATR.KEP: szafę sterowniczą należy mocować do krótszego boku kadzi, po lewej stronie patrząc od strony izolatorów przepustowych GN. Wykonawca w ofercie (str. 173 oferty - rys. 1DS711.2501) gwarantuje umieszczenie szafy sterowniczej na krótszym boku kadzi po prawej stronie patrząc od strony izolatorów przepustowych GN;
- b) pkt 3.5.1, Tabela 6, Lp.2 Specyfikacji Technicznej nr kodowy PSE-ST.ATR.220.,275.PWT\_2015: wymagana wartość prądu znamionowego izolatorów strony GN oraz strony DN wynosi (odpowiednio): 2000A oraz 3200A. Wykonawca w ramach wyjaśnienia treści oferty dostarczył rysunki planowanych do zainstalowania izolatorów przepustowych, z których wynika jednoznacznie że maksymalny prąd znamionowy, możliwy przy zerowej długości części izolatora potrzebnej ze względu na instalację przekładników prądowych w kominkach autotransformatora, wynosi (odpowiednio): 1650A i 2250A.

Zamawiający w dniu 7 marca 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie wszystkich podniesionych zarzutów.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

***Izba zważyła co następuje:***

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w kryteriach oceny ofert, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – szafa sterownicza**

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Wskazać należy, że obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp aktualizuje się w przypadku, gdy po pierwsze - oferta nie odpowiada treści SIWZ, po drugie - niezgodność ta ma charakter omyłki, po trzecie - poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty (a contrario - możliwe jest wprowadzenie do treści oferty zmian innych niż istotne). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa, ustawodawca bowiem uzależnił możliwość poprawienia omyłki wyłącznie od stopnia istotności zmiany oferty. Poprawienia w ofercie wykonawcy innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze SIWZ nie może zatem powodować zniekształcenia oświadczenia woli wykonawcy w istotnym zakresie.

Jednym z elementem koniecznych do zastosowania regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wykazanie przez wykonawcę, że w treści jego oferty wystąpiła omyłka. Podkreślić bowiem należy, że nie każda niezgodność oferty z SIWZ ma charakter omyłki. Ustalenie czy w treści oferty wykonawcy mamy do czynienia z omyłką winno być dokonane na podstawie oceny całokształtu okoliczności związanych ze złożeniem oferty jak i zdarzeń zaistniałych w trakcie wyjaśnienia jej treści.

W potocznym rozumieniu „omyłka” to „spozreżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, niewłaściwe postępowanie, posunięcie; błąd, pomyłka”; „popelnienie błędu, błąd, pomyłka”;

„pomyłka, zwykle drobna” zob. np. M. Szymczak (red.): Słownik języka polskiego, Warszawa 1982, t. 2, s. 799; S. Dubisz (red.): Uniwersalny słownik języka polskiego, t. 3, Warszawa 2003, s. 222; E. Sobol (red.): Nowy słownik języka polskiego, Warszawa 2003, s. 599. Uznać należy, że omyłka w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp to błąd, pomyłka wykonawcy, której skutkiem jest niezgodność jego oferty z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W kategoriach omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie mieści się świadome wprowadzenie do treści oferty elementów niezgodnych z SIWZ, gdyż świadomość działania wyklucza uznanie rezultatu za omyłkę. W konsekwencji nie sposób również umożliwić wykonawcy skorzystanie z dobrodziejstwa art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dokonać poprawienia jego oferty, w sytuacji, gdy celowo i świadomie złożył on ofertę nieodpowiadającą SIWZ. Z istoty „omyłki” zakresem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą zostać objęte tylko takie nieprawidłowości z ofertach wykonawców, które nie wynikają ze świadomego i celowego działania. Oczywistym jest, że ustalenie charakteru działania wykonawcy nie jest zadaniem łatwym, jednakże niejednokrotnie analiza okoliczności faktycznych związanych ze złożeniem oferty jak i procesem wyjaśnienia ofert może stanowić wystarczającą podstawę do ustalenia czy złożenie oferty niezgodnej z SIWZ wynika nieświadomego działania wykonawcy mającego swoje źródło w braku należytej staranności, pośpiechu czy też niewłaściwego rozumienia zapisów SIWZ. Niewłaściwym, w ocenie Izby, jest przyjęcie a priori założenia, że każda niezgodność oferty z SIWZ ma charakter omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby możliwość ustalenia zaistnienia omyłki musi opierać się w oparciu o ocenę całokształtu zachowania wykonawcy w toku składania i oceny ofert. Częstokroć bowiem rzekoma omyłka wykonawcy jest wyłącznie kreowana w treści odwołania, zaś samo zachowanie wykonawcy w trakcie badania i oceny ofert nie wskazuje na działanie omyłkowe.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż niewłaściwe umiejscowienie szaf sterowniczych tj. niezgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt 2.12 Specyfikacji Technicznej miało charakter omyłki. Analiza okoliczności związanych ze złożeniem oferty jak i zachowanie wykonawcy w trakcie wyjaśnienia oferty nie daje podstaw do przyjęcia, iż mamy do czynienia z omyłką. Bezspornym pomiędzy stronami było to, iż na stronie 173 oraz 175 oferty Odwołujący przedstawił rysunki, na których szafa sterownicza została umiejscowiona na krótszym boku kadzi po prawej stronie patrząc od strony izolatorów przepustowych GN, a więc w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego. Tym samym uznać należy, że treść oferty Odwołującego była niezgodna w powyższym zakresie z SIWZ. Jednakże owa niezgodność nie może być uznana automatycznie za omyłkę wykonawcy. Analiza całokształtu okoliczności związanych ze złożeniem oferty jak i zachowanie wykonawcy w trakcie wyjaśniania treści oferty nie pozwala na przyjęcie, iż

mamy do czynienia z omyłką wykonawcy. W ocenie Izby rzekoma omyłka została wyłącznie wykreowana na potrzeby wniesienia odwołania.

Analizując charakter niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności. Po pierwsze wskazać należy, że rzekoma omyłka, błąd wykonawcy pojawił się konsekwentnie w obu rysunek złożonych wraz z ofertą, a więc trudno przypisać jej charakter przypadkowy. Przyjąć należy, że osoba przygotowująca rysunki techniczne działa w świadomości, iż szafy sterownicze winny być umiejscowione po prawej stronie, nie zaś jak wymagał tego Zamawiającego po lewej. Odwołujący argumentował, że takie działanie wynikało z faktu, iż w większości przypadków Odwołujący w praktyce projektuje transformatory, w których szafy sterownicze umiejscowione są po prawej, nie zaś po lewej stronie. Okoliczności tej jednak Odwołujący w żaden sposób nie wykazał. Nie przedstawił Izbie żadnych dokumentów czy też projektów autorstwa Odwołującego potwierdzających powyższą okoliczność. Trudno również przyjąć, że pracownik Odwołującego przygotowuje specjalistyczne rysunki techniczne kierował się „odruchami” (na co wskazał Odwołujący w treści odwołania), nie zaś treścią SIWZ. Za logiczne uznać należy, że przygotowanie dokumentacji technicznej wymagało zapoznania się z SIWZ i uwzględnienia jej w projekcie. Każdy racjonalny przedsiębiorca przygotowuje dokumentację techniczną po zapoznaniu się w wymogami technicznymi Zamawiającego. Oczywistym jest, że w trakcie przygotowywania dokumentacji technicznej mogą wystąpić omyłki, szczególnie w sytuacji mnogości dokumentów. Jednakże w omawianym stanie faktycznym mamy do czynienia z dwoma rysunkami, na których w sposób konsekwentny szafa jest umiejscowiona jest po błędnej stronie.

Dalej wskazać należy, że Odwołujący ani w treści odwołania ani podczas rozprawy nie przedstawił Izbie jakichkolwiek informacji na temat pracownika odpowiedzialnego za przygotowanie spornych rysunków. Na pytanie Izby jak nazywał się pracownika Odwołującego i czy złożył jakieś wyjaśnienia w sprawie, Odwołujący nie był w stanie udzielić Izbie informacji. Podkreślić należy, że ustalenie czy mamy do czynienia z omyłką czy nie to kwestia dowodowa, a ciężar dowodu spoczywał na Odwołujący, który żadnej inicjatywy dowodowej nie podjął. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie stanowi o poprawieniu oferty w przypadku jej niezgodności z treści SIWZ, ale o poprawieniu omyłki i to rozróżnienie, wbrew twierdzeniom Odwołującego, ma zasadnicze znaczenie. Omyłka musi być wykazana przez stronę, która się na nią powołuje, samo zaś wskazanie na niezgodność oferty z SIWZ nie stanowi wykazania omyłki.

Podkreślić dalej należy, że zachowanie Odwołującego podczas procesu wyjaśniania oferty w żaden sposób nie wskazywało, że nieprawidłowe umiejscowienie szafy sterowniczej było wynikiem omyłki wykonawcy. W udzielonej Zamawiający odpowiedzi z dnia 27 grudnia 2015 r. Odwołujący wyłącznie wskazał, że może umieścić szafę po stronie lewej, co nie wpłynęło w żaden sposób na transformator. Odwołujący nigdzie w złożonych wyjaśnieniach nie powołał się na błąd, niestaranność czy też inne okoliczności wskazane w treści odwołania. Z treści złożonych wyjaśnień można wywieść, że umiejscowienie szafy po prawej stronie było działaniem świadomym, a jednocześnie wykonawcy deklaruje, że może umieścić szafę po prawidłowej lewej stronie patrząc od strony izolatorów przepustowych GN. W ocenie Izby, gdyby wykonawca rzeczywiście działał w błędzie sporządzając pierwotną ofertę, to za logiczne uznać należy, że okoliczność tą ujawniłby w treści złożonych wyjaśnień.

W ocenie Izby z okoliczności sprawy związanych ze złożeniem oferty jak i jej wyjaśnieniem nie wynika, że niezgodność treści oferty Odwołującego była wynikiem omyłki. Żadne oświadczone złożone przez wykonawcę ani żaden dokument nie wskazuje na omyłkę. Oparcie się wyłącznie na twierdzeniu pełnomocnika Odwołującego zawartym w odwołaniu, nieopartym żadnym materiałem dowodowym jest niewystarczające do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Możliwość uzupełnienia, poprawienia oferty po jej złożeniu przez wykonawcę jest czynnością, której zastosowanie stanowi wyjątek od zasady nienaruszalności pierwotnie złożonej oferty. Czynności tej można dokonać, o ile zostaną wykazane wszystkie przesłanki konieczne do jej zastosowania. Wykazanie oznacza udowodnienie przed Izbą, a więc przedstawienie wiarygodnego materiału dowodowego potwierdzającego spełnienie przesłanek wynikających z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ramach niniejszego postępowania odwoławczego Odwołujący nie wykazał spełnienia koniecznej przesłanki do zastosowania ww. regulacji tj. nie wykazał, że w przypadku jego oferty niewłaściwe umiejscowienie szafy było wynikiem omyłki. W związku z tym brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie niewłaściwego umiejscowienia szafy sterowniczej.

### ***Zarzut dotyczący naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp***

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący argumentował, że w decyzji o odrzuceniu jego oferty Zamawiający nie przedstawił pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, w tym w szczególności gdzie w ofercie Odwołującego znajdują się wartości 1650A i 2250A. Obowiązkiem zaś Zamawiającego było wskazanie konkretnego punktu oferty oraz SIWZ, które są nawzajem sprzeczne. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym.



Art. 92 ust. 1 pkt 2 stanowi, że niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający zawiadamia jednocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o odrzuceniu poszczególnych ofert, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołana regulacja jest gwarantem zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wbrew twierdzeniom Odwołującego z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie wynika obowiązek zamawiającego wskazania konkretnego postanowienia SIWZ oraz konkretnego zapisu oferty pozostających ze sobą w sprzeczności. Ustawodawca bowiem nie sprecyzował szczegółowości uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty. Oczywistym jest, że w niektórych sytuacjach spełnienie wymagań wskazanych w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może wymagać poziomu szczegółowości wskazanego przez Odwołującego, jednakże to okoliczności faktyczne każdej sprawy, w tym treść pisma zamawiającego o odrzuceniu oferty winny być materiałem kluczowym w rozstrzygnięciu zasadności zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W omawianym stanie faktycznym Zamawiający odrzucając oferty Odwołującego wskazał m.in., iż w pkt 3.5.1, Tabela 6, Lp.2 Specyfikacji Technicznej nr kodowy PSE-ST.ATR.220.275.PWT\_2015: wymagana wartość prądu znamionowego izolatorów strony GN oraz strony DN wynosi (odpowiednio): 2000A oraz 3200A. Wykonawca w ramach wyjaśnienia treści oferty dostarczył rysunki planowanych do zainstalowania izolatorów przepustowych, z których wynika jednoznacznie, że maksymalny prąd znamionowy, możliwy przy zerowej długości części izolatora potrzebnej ze względu na instalację przekładników prądowych w kominkach autotransformatora, wynosi (odpowiednio): 1650A i 2250A.

Tym samym podkreślić należy, że Zamawiający wskazał określony punkt SIWZ oraz część oferty, które pozostają ze sobą sprzeczne. Izba nie podziela argumentu Odwołującego, iż Zamawiający nie odniósł się w decyzji o odrzuceniu oferty do treści samej oferty, lecz do treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Podkreślić bowiem należy, że niezgodność treści oferty z SIWZ Zamawiający ustalił na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego na stronie 108 oferty. Wskazane tam bowiem symbole izolatorów zawierają w sobie informację o wartości prądu znamionowego, która to wartość nie odpowiadała wymaganiom Zamawiającego wskazanym w pkt 3.5.1 Specyfikacji Technicznej. Sposób oznakowania izolatorów wyjaśnił zarówno Zamawiający przedkładając tłumaczenie karty katalogowej producenta izolatorów zaoferowanych przez Odwołującego oraz przystępujący ABB w piśmie z dnia 8 marca 2016 r. Izba dała wiarę tym wyjaśnieniom. Zaoferowane przez Odwołującego izolatory są produkowane przez spółkę z grupy kapitałowej przystępującego i brak było podstaw do odmowy uznania twierdzeń Zamawiającego oraz przystępującego ABB co do sposobu znakowania izolatorów ABB za wiarygodne i prawdziwe. Sam zaś Odwołujący treści

tych wyjaśnień nie kwestionował i nie przedstawił dowodów przeciwnych. Oznacza to, że niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ zawarta była już w pierwotnej ofercie, zaś złożone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdziły tą okoliczność. Zamawiający bowiem ustaliwszy niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ w prawidłowy sposób zwrócił się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień treści oferty. Odwołujący, niewyjaśniając w żaden sposób okoliczności związanych ze wskazaniem pierwotnych oznaczeń izolatorów w treści oferty, przedłożył rysunki z nowymi urządzeniami ograniczając się do stwierdzenia, iż załączone rysunki przedstawiają szczegółowe dane techniczne izolatora wskazanego w treści oferty. W ocenie Izby Odwołujący miał pełną wiedzę o niezgodności jego oferty z SIWZ. Niezgodność tak wynikała już z pierwotnej oferty i została potwierdzoną w treści wyjaśnień Odwołującego poprzez wskazanie nowych urządzeń. Powoływanie się więc w treści odwołania na brak możliwości pełnego odniesienia się i polemizowania ze stanowiskiem Zamawiającego jest nadużyciem art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze strony Odwołującego.

W ocenie Izby z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w sposób jasny i precyzyjny zostały określone przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołanie się Zamawiającego do treści złożonych wyjaśnień było naturalną konsekwencją ich złożenie przez Odwołującego i dokonania nieuprawnionej zmiany treści oferty w zakresie oferowanych izolatorów. W ocenie Izby Odwołujący miał pełną wiedzę o przyczynach odrzucenia jego oferty, a tym samym podjęcia z Zamawiającym pełnej polemiki w zakresie zasadności przyczyn odrzucenia oferty. Potwierdził to również w treści odwołania próbując po raz kolejny dokonać zmiany treści oferty i zaoferować w ramach odwołania kolejny już rodzaj izolatorów. Działania Odwołującego potwierdzają, iż miał on pełną wiedzę o przyczynach odrzucenia jego oferty. W konsekwencji Izba uznała zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp za niezasadny.

### ***Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – izolatory przepustowe***

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Rozważania prawne Izby odnośnie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przedstawione w stosunku do możliwości poprawienia oferty Odwołującego w zakresie szaf sterowniczych pozostają aktualne w zakresie izolatorów przepustowych.

Ponadto wskazać należy, że w zakresie braku poprawienia przez Zamawiającego oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wykonawca ten powołał się na omyłkę tj. niezamierzone działanie pracownika Odwołującego popełnione w toku przygotowania

oferty. Odwołujący jednakże nie był w stanie podać nazwiska pracownika, przedstawić okoliczności faktycznych związanych z popełnieniem omyłki. Innymi słowy nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej w zakresie wykazania czy rzeczywiście mamy do czynienia z omyłką wykonawcy. W treści złożonych Zamawiającemu wyjaśnień w zakresie parametrów technicznych zaoferowanych izolatorów (z dnia 27 grudnia 2015 r.) Odwołujący nie powołał się na wystąpienie omyłki, nie przedstawił żadnego uzasadnienia przyczyn zmiany oznaczenia pierwotnie wskazanych urządzeń. W trakcie postępowania odwoławczego Odwołujący w sposób enigmatyczny tłumaczył, że według jego wiedzy urządzenia wskazane w ofercie nie istnieją, czemu zaprzeczył przystępujący ABB uprawdopodobniając, że co najmniej jedno urządzenie wskazane w treści oferty jest oferowane przez spółkę ABB (dowód: karta katalogowa przedłożona przez Zamawiającego). Nie sposób uznać, że działanie Odwołującego było wynikiem omyłki skoro ani w treści złożonych Zamawiającemu wyjaśnień nie powołał się na taką okoliczność ani nie przedstawił w trakcie postępowania przed Izłą żadnego dowodu na wykazanie, że pierwotnie urządzenia wskazane w treści oferty nie istnieją na rynku. Dowodem takim mogłoby być chociażby oświadczenie spółki ABB. Z treści zaś złożonej oferty wynika, że Odwołujący niewłaściwie wskazał izolatory w dwóch miejscach – tj. w tabeli danych gwarantowanych, jak też na stronie 200 oferty – Lista materiałów i oprzyrządowania transformatora 275 – 220 KV. Konsekwentne wskazanie w tego samego oznaczenia produktu przeczy przypadkowości działania wykonawcy.

Wskazać dalej należy, że nawet gdyby przyjąć, iż wskazanie niewłaściwych urządzeń w treści oferty Odwołującego było wynikiem omyłki, to brak było podstaw do poprawienia oferty wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby w wyniku złożonych wyjaśnień z dnia 27 grudnia 2015 r. Odwołujący dokonał zmiany treści pierwotnie złożonej oferty. Zaoferował bowiem urządzenia odmienne od pierwotnie wskazanych w treści oferty. Zaoferowanie nowych urządzeń w ramach złożonych wyjaśnień stanowi, w ocenie Izby, istotną zmianą treści pierwotnie złożonej oferty. Argumentacja Odwołującego co do istotności zmiany treści oferty sprowadziła się do ogólnikowych stwierdzeń, iż przedmiotowe urządzenia nie mają istotnego znaczenia dla realizacji przedmiotu zamówienia. Izba nie zgadza się z tym stanowiskiem. Izba uznała za wiarygodnie twierdzenia Zamawiającego oraz przystępującego ABB. Obie strony postępowania wskazały na szereg okoliczności świadczących o istotności izolatorów, o czym świadczy chociażby ich procentowy udział w całościowych kosztach realizacji zamówienia tj. 13%. Dobór izolatorów w istotny sposób determinuje projekt konstrukcji transformatora zarówno w części elektrycznej i mechanicznej, wymaga wykazania się specjalistyczną wiedzą, która umożliwia dobór odpowiedniego urządzenia i decyduje o przewadze konkurencyjnej wykonawcy. Jak wskazał Zamawiający dobór izolatorów ma zasadnicze znaczenie dla istoty oferowanego przedmiotu zamówienia,

w tym chociażby w zakresie konieczności zmian konstrukcji wprowadzeń uzbrojenia transformatora, w celu dostosowania do sposobu wprowadzenia prądu, zastosowanego w izolatorze danego typu. Jak podkreślił Zamawiający izolatory mające wyższą moc prądu znamionowego są inaczej zbudowane niż te z niższymi wartościami ze względu na sposób wprowadzenia prądu za pomocą elastycznej linki lub sztywnego pręta. Odwołujący pozostał bierny wobec argumentacji Zamawiającego oraz przystępującego ABB, ograniczając się do nic nieznaczących twierdzeń o braku istotności zaproponowanej zmiany. Tym samym brak jest podstaw do przyjęcia twierdzeń Odwołującego za zasadne.

W ocenie Izby Zamawiający nie był uprawniony do przyjęcia zmiany treści oferty Odwołującego, której dokonał on w piśmie z dnia 27 grudnia 2015 r. Skoro izolatory stanowią istotną część oferty wykonawcy, zmiana urządzenia poprzez treść wyjaśnień była niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zasadności podniesionego zarzut jest argument, iż izolatory wskazane w treści oferty nie istnieją na rynku. Po pierwsze okoliczności tej Odwołujący nie udowodnił. Po drugie zaś, nawet jeśli przyjąć prawdziwość twierdzenia Odwołującego, to uznać należałoby, że w pierwotnej ofercie wykonawca nie sprecyzował przedmiotu swojego świadczenia i jego doprecyzowanie na etapie składania wyjaśnień byłoby tym bardziej niedopuszczalne.

W ocenie Izby izolatory pierwotnie zaproponowane przez Odwołującego o symbolach RTX 245 – 1050/1250 T KSI oraz RTXF 123 – 550/2000 KSI T nie spełniają wymagań Zamawiającego odnośnie wymaganej mocy prądu znamionowego. Okoliczność tą potwierdził sam Odwołujący w treści złożonych wyjaśnień z dnia 27 grudnia 2015 r. oferując nowe urządzenia. Tym samym oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż zmiana typu urządzenia na etapie składania wyjaśnień była w ocenie Izby niedopuszczalna. Na marginesie wskazać należy, że Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniu, że izolatory wskazane w treści wyjaśnień również nie spełniają wymagań Zamawiającego. Przyjąć można, iż okoliczność tę potwierdził podejmując kolejną próbę zmiany urządzenia poprzez wskazanie w treści odwołania nowych urządzeń. Działanie takie uznać należy za nieuprawnione. Umożliwienie wykonawcy wielokrotnie podejmowanie prób dopasowania swojej oferty do wymagań Zamawiającego stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców i jest wyrazem braku profesjonalnej wiedzy ze strony wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że brak było podstaw do uznania, iż Zamawiającemu zaniechał poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3

ustawy Pzp w zakresie izolatorów. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....