

**WYROK**

**z dnia 17 maja 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **11 maja 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **29 marca 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zasilanie Portu Lotniczego Katowice w Pyrzowicach przy ul. Wolności w trybie zaprojektuj i wybuduj* (nr postępowania 2020/TD-OBD/TD-OBD/01675/L)

prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

**A. ELEKTROPAKS sp. z o.o. z siedzibą w Łuszczowie Kolonii**

**B. Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD WARSZAWA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

– po stronie Odwołującego

**C. TRACK TEC CONSTRUCTION sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

– po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – odrzucenie ofert złożonych przez TRACK TEC CONSTRUCTION sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie i SPIE ELBUD Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku jako niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez sprecyzowanie w „Zestawieniu parametrów

podstawowych materiałów zgłoszonych do oferty przetargowej” parametrów jako wprost niezgodnych z parametrami wymaganymi lub przez zaniechanie ich sprecyzowania w zakresie parametrów objętych zarzutami odwołania.

**2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

## Uzasadnienie

TAURON Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi przez swój oddział w Będzinie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. `Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na roboty budowlane pn. *Zasilanie Portu Lotniczego Katowice w Pyrzowicach przy - ul. Wolności” w trybie zaprojektuj i wybuduj* (nr postępowania 2020/TD-OBDD/TD-OBDD/01675/L).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 października 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S\_198 pod poz. 480967.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

18 marca 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców uczestniczących w powyższym postępowaniu o jego rozstrzygnięciu – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez TRACK TEC CONSTRUCTION sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu {dalej: „TTC”, „Przystępujący TTC” lub „Przystępujący”}, a także klasyfikacji pozostałych ofert wg przyjętych kryteriów oceny ofert, w tym, że odpowiednio na 2. i 3. miejscu zostały sklasyfikowane oferty złożone przez odpowiednio przez MOTĘ-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej: „Mota-Engil”} oraz SPIE ELBUD Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku {dalej: „Spie Elbud”}.

29 marca 2021 r. Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach {dalej: „Odwołujący” lub „Elbud”} wniosło w postaci elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia ofert powyżej wskazanych wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez TTC, Mota-Engil oraz Spie Elbud, które nie spełniają podstawowych parametrów techniczno-użytkowych opisu przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”} specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”}, czym wypaczono ustalony w procedurze odwróconej ranking.
2. Art. 87 ust. 1, art. 26 ust. 4, art. 82 ust. 1, art., 84 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty TTC, która podlega odrzuceniu,

jako że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, po uprzednim przeprowadzeniu z tymże Wykonawcą niedopuszczalnych negocjacji, w wyniku których doszło do zmiany pierwotnej treści oferty, a także skonkretyzowania oferowanego przedmiotu świadczenia, co nastąpiło po upływie terminu składania ofert.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert, a następnie odrzucenia ofert TTC, Moty-Engil i Spie Elbudu jako niezgodnych z treścią SIWZ.
3. Powtórnego zbadania, czy kolejny w rankingu ofert wykonawca, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.
4. Powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponieważ Izba stwierdziła, że okoliczności faktyczne i prawne przedstawione w odwołaniu odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy i stanowi prawnemu, zostały one przedstawione dalej jako ustalenia własne Izby i inkorporowane do rozważań prawnych Izby.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 10 maja 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania, co poparł Przystępujący po jego stronie.

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

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, które zostało poparte przez Przystępujących po jego stronie.

Natomiast Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła**

**i zważyła, co następuje:**

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia ofert, które zostały sklasyfikowane wyżej niż jego oferta uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia zwanym w SIWZ:

*2.1. Opis Przedmiotu Zamówienia*

*2.1.1 Przedmiotem zamówienia jest zasilanie Portu Lotniczego Katowice w Pyrzowicach przy ul. Wolności w zakresie:*

- a) ETAP I: Budowa przyłącza kablowego SN 20kV relacji GPZ Pyrzowice Lotnisko - GPZ Pomłynie wraz z wymianą TR WN/SN w GPZ Pomłynie,*
- b) ETAP II: Budowa stacji GPZ 110/20kV Pyrzowice Lotnisko wraz z przebudową stacji PZO Mierzęcice,*
- c) ETAP III: Budowa odcinka sieci kablowej 110 kV GPZ Miasteczko - GPZ Pyrzowice Lotnisko,*
- d) ETAP IV: Budowa sieci kablowej 110 kV GPZ Pyrzowice Lotnisko - GPZ Siewierz i przebudowa sieci kablowej 15 kV PZO Mierzęcice - GPZ Siewierz.*

Przy czym szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia stanowi:

- Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB) – Załącznik nr 9 do SIWZ

- Wzór Umowy - Załącznik nr 10 do SIWZ

Załącznikiem nr 13 do SIWZ [nr 2 do STWIORB] jest „Zestawienie parametrów podstawowych materiałów zgłoszonych do oferty przetargowej” [zwane dalej: „Zestawieniem parametrów podstawowych”], które zgodnie z wymogami Zamawiającego w pkt 3.7 oraz 4.2. SIWZ, każdy Wykonawca ubiegający się o niniejsze zamówienie zobowiązany był:

- wypełnić, poprzez podanie podstawowych parametrów zaoferowanego świadczenia, mając na uwadze, że parametry te zostały wyznaczone przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia [tj. w tymże „Zestawieniu”] jako granicznie wymagane, a następnie
- podpisać i złożyć przy ofercie;

Wykonawcy zainteresowani ubieganiem się o niniejsze zamówienie, nie kwestionowali przed upływem terminu składania ofert zasadności czy celowości parametrów podstawowych wyznaczonych przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia jako granicznie wymagane.

Zgodnie z treścią SIWZ:

*3.7. Wymagania dla robót budowlanych i dostaw oraz dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełnienia tych wymagań*

*3.7.1 Wymaga się, aby roboty budowlane, dostawy i usługi stanowiące przedmiot zamówienia spełniały wymagane przez Zamawiającego parametry techniczno-użytkowe określone w Załączniku nr 9 do SIWZ*

*Na potwierdzenie spełniania powyższego wymagania Wykonawca przekaże Zamawiającemu:*

*3.7.1.1. Wypełnione i podpisane zestawienie parametrów podstawowych materiałów wg załącznika nr 13 do SIWZ (nr 2 do STWIORB) wraz z:*

- *opisem technicznym sposobu ułożenia linii kablowej 110 kV wraz ze stosownymi rysunkami wyjaśniającymi rozwiązanie techniczne linii kablowej oraz oświadczeniem Wykonawcy o spełnianiu przez system kablowy wymagań specyfikacji.*
- *opisem technicznym sposobu ułożenia linii kablowej 20 kV wraz ze stosownymi rysunkami wyjaśniającymi rozwiązanie techniczne linii kablowej oraz oświadczeniem Wykonawcy o spełnianiu przez system kablowy wymagań specyfikacji.*

Ponadto w treści Załącznika nr 13 do SIWZ Zamawiający uszczegółowił wymogi zawarte w pkt 3.7.1.1. SIWZ, wskazując, co następuje.

Pod tabelami „parametry kabla/ linii kablowej 110 kV”; „parametry głowicy kablowej 110 kV”; „parametry mufy kablowej 110 kV”:

*Parametry techniczne systemu kablowego nie wymienione w powyższych zestawieniach powinny być zgodne z wymaganiami normy – PN-HD 632 S3: 2017-03. Kable energetyczne*

*o izolacji wytłaczanej i ich osprzęt na napięcie znamionowe powyżej 36 kV ( $U_m = 42$  kV) do 150 kV ( $U_m = 170$  kV).*

*Ze względu na bliskość Innych sąsiadujących sieci preferowany układ ułożenia kabli - trójkątny.*

*Do powyższej tabeli należy załączyć opis techniczny sposobu ułożenia linii kablowej wraz ze stosownymi rysunkami wyjaśniającymi rozwiązanie techniczne linii kablowej oraz oświadczenia Wykonawcy:*

- o spełnieniu przez oferowany system kablowy wymagań zawartych w powyższej specyfikacji oraz wymagań zawartych w normie PN-HD 632 S3: 2017-03.*
- o posiadaniu dla oferowanego system kablowego Certyfikatu zgodności z normą PN-HD 632 S3: 2017-03 lub IEC 60840 ed. 4.0 (2011) w zakresie badań typu systemu kablowego. Certyfikat ten powinien być wydany przez Jednostkę oceniającą zgodność (Certyfikacja Wyrobów - symbol AC), która posiada odpowiedni zakres akredytacji wydany przez krajową Jednostkę akredytującą, np.: Polskie Centrum Akredytacji.*

*Pod tabelą: „parametry kabla/linii kablowej 15 kV i 20 kV”:*

*Parametry techniczne kabla i jego osprzętu tj.: muf i głowic kablowych nie wymienione w powyższych zestawieniach powinny być zgodne z wymaganiami norm: dla kabla - PN-HD 620 S2:2010. Kable elektroenergetyczne o izolacji wytłaczanej na napięcia znamionowe od 3,6/6 (7,2) kV do 20,8/36 (42) kV włącznie, a dla osprzętu - PN-HD 629.1 S2:2006/A1:2008 Badania osprzętu przeznaczonego do kabli na napięcie znamionowe od 3,6/6 (7,2) kV do 20,8/36 (42) kV - Część 1: Kable o izolacji wytłaczanej.*

*Do powyższej tabeli należy załączyć opis techniczny sposobu ułożenia Unii kablowej wraz ze stosownymi rysunkami wyjaśniającymi rozwiązanie techniczne Unii kablowej oraz oświadczenia Wykonawcy:*

- o spełnieniu przez oferowany kabel wymagań powyższej specyfikacji oraz normy PN-HD 620 S2:2010 oraz spełnieniu przez osprzęt kablowy SN wymagań normy PN-HD 629.1 S2:2006/A1:2008 Badania osprzętu przeznaczonego do kabli na napięcie znamionowe od 3,6/6 (7,2) kV do 20,8/36 (42) kV - Część 1: Kable o izolacji wytłaczanej.*
- o posiadaniu Certyfikatów zgodności z normą PN-HD 620 S2:2010 dla oferowanych kabli SN, a dla oferowanego osprzętu do kabli SN z normą PN-HD 629.1 S2:2006/A1:2008 w zakresie badań typu. Ww. certyfikaty powinny być wydane przez Jednostkę oceniającą zgodność (Certyfikacji Wyrobów - symbol AC), która posiada odpowiedni zakres akredytacji wydany przez krajową Jednostkę akredytującą, np. Polskie Centrum Akredytacji.*

*Zestawienie parametrów podstawowych – wypełnione przez Wykonawców zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 13 do SIWZ, a następnie złożone w ofercie – nie ma*

charakteru oświadczenia lub dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Obowiązkiem Wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie było bowiem, nie tyle potwierdzenie zgodności parametrów techniczno-użytkowych, wyznaczonych przez Zamawiającego jako granicznie wymagane, na zasadzie: „spełnia - nie spełnia”, co samodzielne sformułowanie konkretnych wielkości lub oferowanych rozwiązań w zakresie tychże parametrów podstawowych, dotyczących: kabla/linii kablowej 110kV, głowicy kablowej 110kV, mufy kablowej 110kV, kabla/linii kablowej 15 kV i 20kV.

Dopiero tak zadeklarowane przez Wykonawców parametry podstawowe oferowanego przedmiotu świadczenia – które musiały się wpisywać w parametry techniczno-użytkowe, wyznaczone przez Zamawiającego jako granicznie wymagane – mogłyby dodatkowo znaleźć potwierdzenie w oświadczeniach lub dokumentach potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, o ile oczywiście Zamawiający żądałby tego rodzaju oświadczeń lub dokumentów w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przy czym wskazać należy że oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp pochodzą co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego [co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2-5 rozporządzenia], względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

Podkreślić także należy, że ewentualnie żądane przez Zamawiającego oświadczenia lub dokumenty potwierdzające, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp musiałyby dotyczyć tych samych rzeczy, które uprzednio zostałyby sprecyzowane przez Wykonawcę w ofercie. Tryb składania dokumentów potwierdzających, o którym mowa w art. 26 ust. 1 i 2 pzp nie może bowiem służyć obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż oświadczenia lub dokumenty potwierdzające, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp mają na celu jedynie potwierdzenie treści oferty, nie zaś jej rekonstruowanie na ich podstawie.

Tym samym zakres potwierdzenia zażądanego oświadczenia lub dokumentu potwierdzającego na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp nie może być szerszy niż zakres uprzednio złożonej treści oferty, gdyż w przeciwnym razie dochodziłoby do niedozwolonego sprecyzowania treści oferty po upływie terminu składania ofert.



Natomiast w przedmiotowym „Zestawieniu parametrów podstawowych” Wykonawcy zostali zobowiązani do podania przy ofercie konkretnych informacji w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, czyli wskazanie jednoznacznych parametrów oferowanego przedmiotu świadczenia, mając na uwadze parametry podstawowe, wyznaczone przez Zamawiającego jako granicznie wymagane [tj. min. lub max.]. Nie ulega zatem wątpliwości, że „Zestawienie parametrów podstawowych” składa się na treść oferty, gdyż konkretyzuje oferowany przedmiot świadczenia, który zostanie spełniony w razie wyboru konkretnej oferty. Celem żądanego przez Zamawiającego „Zestawienia parametrów podstawowych” było bowiem określenie zobowiązania Wykonawcy co do tego, jakie parametry techniczno-użytkowe będzie miał oferowany przez niego przedmiot świadczenia, nie zaś złożenie li tylko oświadczenia w ofercie, że oferowany przedmiot zamówienia będzie zgodny z SIWZ.

Wskazać należy, że na treść oferty [oświadczenie woli wykonawcy], stanowiącą zobowiązanie do wykonania określonego przedmiotu zamówienia, składają się obok formularza ofertowego [jako jednostronnego zobowiązania wykonawcy do wykonania konkretnego świadczenia] wszelkie załączone do niego informacje, materiały określające i doprecyzowujące zakres i sposób wykonania świadczenia wynikający z oferty [wszelkie rysunki, plany, wykresy, kosztorysy, zestawienia parametrów techniczno- użytkowych, harmonogram rzeczowo-finansowy etc.]

Kolejnym argumentem przemawiającym za tym, że „Zestawienie parametrów podstawowych” w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi treść oferty jest to, że Zamawiający w ogłoszeniu o niniejszym zamówieniu nie sprecyzował żądania jakichkolwiek dokumentów przedmiotowych, które miałyby potwierdzać, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie zawarł chociażby odesłania do treści SIWZ w tym zakresie [pkt 3.7] a także nie wskazał nawet odpowiedniej podstawy prawnej, z której można byłoby wyczytać katalog tychże dokumentów [tj. § 13 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126)].

Powyższe wyraźnie wskazuje na intencję Zamawiającego, a mianowicie uczynienia rzeczzonego: „Zestawienie parametrów podstawowych materiałów zgłoszonych do oferty przetargowej” treścią oferty.

Ponadto gdyby Zamawiający rzeczywiście chciał uczynić z przedmiotowego „Zestawienia parametrów podstawowych” oświadczenie lub dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, to żądałby złożenia tego „Zestawienia” na podstawie art. 26 ust. 1

„poprzedniej ustawy Pzp”, czyli wyłącznie od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona – nie zaś od wszystkich Wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie już w ofercie.

Wynika to w sposób jednoznaczny z u art. 26 ust. 1 i 2 pzp, który umożliwia żądanie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp [czyli także oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego] z inicjatywy samego Zamawiającego, na jego wezwanie, oraz wyłącznie od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

Ponadto oświadczenia lub dokumenty potwierdzające, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, w myśl art. 26 ust. 1 pzp mają być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty.

Jeżeli zatem Zamawiający żądał „Zestawienia parametrów podstawowych” od wszystkich Wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie w ofercie to należy uznać, że intencją Zamawiającego było uczynienie z tego „Zestawienia” treści oferty sensu stricto, czyli oświadczenia woli Wykonawcy.

Celem żądania wypełnienia przez Oferentów przedmiotowego „Zestawienia parametrów podstawowych”, o którym mowa w Załączniku nr 13 do SIWZ było bowiem dookreślenie zobowiązania Wykonawcy, co do tego, jakie konkretnie parametry techniczno-użytkowe będzie miało zaoferowane przez niego świadczenie, nie zaś złożenie li tylko oświadczenia w ofercie, że oferowany przedmiot zamówienia będzie zgodny z SIWZ. Chodziło zatem o skonkretyzowanie w tymże „Zestawieniu parametrów podstawowych” zaoferowanego świadczenia – pod względem najbardziej istotnych z punktu widzenia Zamawiającego - parametrów podstawowych techniczno- użytkowych.

Natomiast celem złożenia przez Oferentów przedmiotowych oświadczeń o spełnieniu przez: oferowany system kablowy linii 110 kV oraz oferowany kabel linii kablowej 15 kV i 20 kV wymagań Zamawiającego – które to oświadczenia były wymagane w Załączniku nr 13 do SIWZ, a które zostały złożone przez tegoż Wykonawcę w Załączniku nr 13a do oferty – było potwierdzenie zgodności z konkretnymi normami - wyłącznie tych parametrów, które nie zostały wymienione w „Zestawieniu parametrów podstawowych”, stanowiącym Załącznik nr 13 do SIWZ [nr 2 do STWIORB] i których Wykonawcy nie musieli podawać w treści oferty.

Tymczasem Wykonawcy, których oferty zostały sklasyfikowane w rankingu ofert w procedurze odwróconej na pozycjach 1; 2 i 3, tj. odpowiednio TTC, Mota-Engil i Spie Elbud w „Zestawieniu parametrów podstawowych” stanowiącym Załącznik nr 13 do SIWZ [nr 2 do

STWiORB] zaoferowali przedmiot świadczenia o innych parametrach techniczno-użytkowych, niż oczekiwał Zamawiający.

Sprzeczności wszystkich ww. ofert z treścią SIWZ, polegają więc na zaoferowaniu przedmiotu świadczenia, który nie spełnia podstawowych parametrów techniczno-użytkowych wyznaczonych przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia [tj. STWiORB] jako granicznie wymagane.

Przy czym niezgodność w treści oferty TTC z treścią SIWZ zauważył sam Zamawiający w następującym zakresie wzywając tego Wykonawcę do wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust 4 pzp.

1. *Parametry kabla/linii kablowej 110kV:*

a) *Poz. 4.1. d) – podano minimalną średnicę zewnętrzną kabla jako „min. 34,7”. W tabeli w kolumnie „Oferowane” Zamawiający wymagał jednoznacznego określenia tego parametru. Zwracamy uwagę, że przy zastosowaniu podanej przez Państwa minimalnej średnicy, parametr ten nie spełniałby wymagań Zamawiającego, co pozostawałoby w sprzeczności ze złożonym oświadczeniem (załącznik nr 13a). Prosimy o wyjaśnienie.*

b) *Poz. 4.2. b) – podano minimalną grubość znamionowa izolacji jako „min. 14”. W tabeli w kolumnie „Oferowane” Zamawiający wymagał jednoznacznego określenia tego parametru. Prosimy o wyjaśnienie.*

c) *Poz. 4.2. c) – podano minimalną grubość punktowa izolacji jako „min. 14”. W tabeli w kolumnie „Oferowane” Zamawiający wymagał jednoznacznego określenia tego parametru. Prosimy o wyjaśnienie.*

d) *Poz. 4.3. b) – podano minimalny przekrój znamionowy jako „min. 120”. W tabeli w kolumnie „Oferowane” Zamawiający wymagał jednoznacznego określenia tego parametru. Prosimy o wyjaśnienie.*

3. *Parametry kabla FO/linii światłowodowej:*

a) *Poz. 3,4 - wpisano „(...)W tabeli w wierszu „Oferowane” Zamawiający wymagał podania w/w parametru dla rdzenia liczbowo. Prosimy o wyjaśnienie.*

b) *Poz. 3.6 c) - w tabeli w kolumnie „Oferowane” nie wpisano żadnego parametru. Prosimy o wyjaśnienie.*

c) *Poz. 3.9 d) — w tabeli w kolumnie „Oferowane” nie wpisano żadnego parametru. Prosimy o wyjaśnienie.*

d) *Poz. 3.10 a) — w tabeli w kolumnie „Oferowane” nie wpisano żadnego parametru. Prosimy o wyjaśnienie.*

e) *Poz. 3.10 b) — w tabeli w kolumnie „Oferowane” nie wpisano żadnego parametru.*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie TTC wyjaśnił, co następuje:

*Na wstępie podkreślamy, że oferta złożona przez Wykonawcę spełnia wszystkie wymagania*

określone przez Zamawiającego (co znajduje potwierdzenie w treści załącznika nr 13a).  
Odnosząc się do szczegółowych wątpliwości Zamawiającego:

*Parametry kabla/ linii kablowej 110kV:*

*Ad. 1a (dot. POZ. 4.1d załącznika 13)*

*Wykonawca podkreśla, że w wskazana w kolumnie Oferowane załącznika nr 13 wartość średnicy zewnętrznej kabla („min 34,7 mm”) nie oznacza, że właśnie taka wartość (34,7 mm) znajdzie zastosowanie do kabli, które użyte zostaną na etapie realizacji przedmiotowej inwestycji. Wykonawca zamierzał i niezmiennie zamierza sprostać wymaganiom Zamawiającego w zakresie tego parametru, co oznacza, że wykorzystany zostanie kabel o średnicy zewnętrznej wynoszącej 35,8 mm.*

*Do niniejszych wyjaśnień załączamy szczegółową informację producenta, z którego usług planujemy skorzystać w zakresie kabli. Otóż z informacji tych jednoznacznie wynika, że posłużenie się w poz. 4.1 d załącznika 13 sformułowaniem „min. 34,7 mm” oznacza jedynie to, że już przy takiej średnicy kabla możliwe jest osiągnięcie wszelkich oczekiwanych przez Zamawiającego parametrów elektrycznych kabla (przy jednoczesnym zachowaniu obowiązujących norm i standardów). W taki właśnie sposób odczytywać należy sformułowanie „min 34,7 mm”. Nie zmienia to jednak faktu, że w toku realizacji przedmiotowej inwestycji zostanie użyty kabel spełniający wymagania Zamawiającego również w zakresie średnicy zewnętrznej wynoszącej 35,8 mm (co potwierdza producent w złożonym oświadczeniu).*

*Ad. 1b (dot. poz. 4.2b załącznika 13)*

*Wykonawca oświadcza, że oferta uwzględnia grubość znamionową izolacji na poziomie 14 mm (co potwierdza producent w załączonym oświadczeniu).*

*Ad. 1c (dot. poz.. 4.2c załącznika 13)*

*Wykonawca oświadcza, że oferta uwzględnia grubość punktową izolacji na poziomie 14 mm (co potwierdza producent w załączonym oświadczeniu).*

*Ad. 1d (dot. poz. 4.3b załącznika 13)*

*Wykonawca oświadcza, że oferta uwzględnia przekrój znamionowy na poziomie 120 mm (co potwierdza producent w załączonym oświadczeniu).*

*Parametry kabla/ linii kablowej 15 kV i 20 kV:*

*Ad. 2 (dot. poz. 4.2a załącznika 13)*

*Wykonawca oświadcza, że oferta uwzględnia materiał izolacji XLPE (co potwierdza producent w załączonym oświadczeniu).*

*Parametry kabla FO / linii światłowodowej*

*Ad. 3a (dot. poz. 3.4 załącznika 13)*

*Wykonawca oświadcza, że oferta uwzględnia niekołowość rdzenia na poziomie 1%*

*(co potwierdza producent w załączonym oświadczeniu).*

*Ad. 3b (dot. poz. 3.6c załącznika 13)*

*Wykonawca oświadcza, że oferta uwzględnia poziom 0,05 dB (co potwierdza producent w załączonym oświadczeniu).*

*Ad. 3c (dot. poz. 3.9d załącznika 13)*

*Wykonawca oświadcza, że oferta uwzględnia poziom 0,4 dB/km (co potwierdza producent w załączonym oświadczeniu).*

*Ad. 3d (dot. poz. 3.1a załącznika 13)*

*Wykonawca oświadcza, że oferta uwzględnia 20 sekcji (co potwierdza producent w załączonym oświadczeniu).*

*Ad. 3e (dot. poz. 3.10b załącznika 13)*

*Wykonawca oświadcza, że oferta uwzględnia poziom 0,01% (co potwierdza producent w załączonym oświadczeniu).*

Odnosząc się do cytowanych powyżej wyjaśnień Wykonawcy: TRACK TEC

Po pierwsze, twierdzenie przez ww. Wykonawcę, jakoby jego oferta miała spełniać wymagania określone przez Zamawiającego, gdyż „znajduje to potwierdzenie w treści Załącznika nr 13a załączonego do oferty” jest całkowicie nieuprawnione oraz oderwane od wymagań Zamawiającego w treści SIWZ. Zamawiający nie opracował bowiem żadnego wzoru „Załącznik nr 13a” do SIWZ. Dokumenty niniejszego zamówienia w żadnym miejscu nie zawierają wymogu sporządzenia przez Wykonawców Załącznika nr 13a i załączenia go przy ofercie.

Po drugie, oświadczenia o ogólnym charakterze, złożone przez TTC w Załączniku nr 13a do oferty, tj. o spełnieniu przez oferowany system kablowy linii 110 kV oraz oferowany kabel linii kablowej 15 kV i 20 kV wraz z osprzętem wymagań Zamawiającego, w żadnej mierze nie mogą zastępować czy też modyfikować jednoznacznie określonych parametrów podstawowych, zaoferowanych przez tego Wykonawcę w „Zestawieniu parametrów podstawowych”, stanowiącym Załącznik nr 13 do SIWZ. Oświadczenia te nie odnoszą się bowiem do parametrów podstawowych, które Wykonawca powinien był konkretnie sprecyzować w treści oferty.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, że te oświadczenia, które zostały złożone przez TTC Załączniku nr 13a do oferty, faktycznie były objęte treścią Załącznika nr 13 do SIWZ i dotyczyły spełnienia przez oferowany system kablowy linii 110 kV oraz oferowany kabel linii kablowej 15 kV i 20 kV wraz z osprzętem wymagań Zamawiającego, ale wyłącznie w zakresie parametrów technicznych, które nie zostały wymienione w „Zestawieniu parametrów podstawowych” [tj. w Załączniku nr 13 do SIWZ].

Natomiast w pozostałych dwóch ofertach zakwestionowanych przez Odwołującego Zamawiający, pomimo formalnego dokonania badania i oceny ofert w procedurze odwróconej, nie dostrzegł jakichkolwiek niezgodności z treścią SIWZ.

Tymczasem w obydwóch tych ofertach niezgodności z treścią SIWZ dotyczą tego samego parametru podstawowego, spośród: „parametrów kabla/linii kablowej 110 kV”, określonego w poz. 4.1.d): „średnica zewnętrzna”, który to parametr został wyznaczony przez Zamawiającego w Opisie Przedmiotu Zamówienia [tj. „Zestawieniu parametrów podstawowych”], jako granicznie wymagany: „min. 35,8 mm”. W ofercie Moty-Engil podano „średnicę zewnętrzną” jedynie 34,7 mm, a w ofercie Spie Elbud parametr ten został zaoferowany jako 33,8 mm.

Niezgodność z treścią SIWZ, dotycząca parametru podstawowego, spośród „parametrów kabla/linii kablowej 110 kV”, określonego w poz. 4.1.d): „średnica zewnętrzna”, który to parametr został wyznaczony przez Zamawiającego, jako granicznie wymagany: „min. 35,8 mm”, natomiast Wykonawca zaoferował „34,7 mm” nie jest przypadkowa, gdyż wynika wyłącznie z przeświadczenia Wykonawcy oraz Producenta kabli energetycznych, z którym Wykonawca współpracuje, jakoby zaoferowana średnica kabla, tj. „min. 34,7 mm” miała być wystarczająca dla osiągnięcia wszelkich oczekiwanych przez Zamawiającego parametrów elektrycznych kabli. Dla potwierdzenia takiej nieuprawnionej tezy Wykonawca posłużył się bowiem wyjaśnieniami tego producenta, tj. TELE-FONIKI Kable S.A., który utrzymuje m.in., że: (...) zastosowanie kabla żyłą roboczą Cu 800 mm<sup>2</sup> o średnicy wynoszącej min. 34,7 mm spełni oczekiwania Zamawiającego w %okresie parametrów elektrycznych”.

Tym samym zarówno z wyjaśnień Wykonawcy, jak i wyjaśnień samego producenta: wynika, że do realizacji niniejszego zadania zamierzali użyć kabla o mniejszej średnicy, niż wymagał tego Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Dopiero w wyniku procedury wyjaśniającej, zarówno Wykonawca, jak i producent kabli energetycznych zaczęli zapewniać Zamawiającego, że: w toku realizacji przedmiotowej inwestycji zostanie użyty kabel spełniający wymagania Zamawiającego o średnicy zewnętrznej żyły roboczej min. 33,8 mm.

Doszło zatem do zmiany przez Wykonawcę treści oferty, co nastąpiło po upływie terminu składania ofert, gdyż pierwotnie podana w ofercie średnica kabla: „min. 34,7” – jako że nie odpowiadała uzasadnionym potrzebom Zamawiającego – w wyniku instytucji wyjaśnień, o której mowa w art. 26 ust. 4 pzp – została dostosowana do parametru granicznie wymaganego przez Zamawiającego, tj.: „min. 35,8 mm”.

Natomiast w pozostałym zakresie niezgodności z treścią SIWZ, które tenże

Wykonawca wyjaśniał, doszło do skonkretyzowania zaoferowanego świadczenia, co miało miejsce po upływie terminu składania ofert. W wyniku przytoczonych powyżej wyjaśnień, Wykonawca do określił bowiem parametry podstawowe, których zabrakło w „Zestawieniu parametrów podstawowych” złożonym w ofercie.

Dotyczy to następujących pozycji „Zestawienia parametrów podstawowych”:

- w zakresie parametrów kabla/ linii kablowej 110 kV: poz. 4.2b; poz. 4.2c; poz. 4.3b;
- w zakresie parametrów kabla/ linii kablowej 15 kV i 20 kV: poz. 4.2a;
- w zakresie parametrów kabla FO/ linii światłowodowej: poz. 3.4; poz. 3.6c; poz. 3.9d; poz. 3.10a; poz. 3.10 b;

W tak ustalonych okolicznościach za oczywiste niewiarygodne należy uznać twierdzenia TTC i producenta oferowanych przez niego kabli, że pomimo sprecyzowania w ofercie, że będą one miały węższą średnicę niż wymagana przez Zamawiającego, należało to odczytać jako zaoferowanie na potrzeby tego zamówienia właściwej kabli o średnicy co najmniej odpowiadającej temu minimum, gdyż jest to interpretacja zupełnie oderwana od jednoznacznej treści oświadczenia woli zawartego w ofercie.

W tych okolicznościach zarzuty odwołania są w istotnym zakresie zasadne.

Izba rozważyła zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliuguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia,

istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty (np. przez wymaganie podania producenta, modelu, typu itd. oferowanego urządzenia, jak w tym postępowaniu).

Podkreślić tutaj należy, że Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie był uprawniony do zrezygnowania ze swych oczekiwań w zakresie sprecyzowania podstawowych parametrów techniczno-użytkowych, których w dacie upływu terminu składania ofert bezwzględnie wymagał od Wykonawców ubiegających się o to zamówienia. Natomiast postępowanie Zamawiającego stanowi również naruszenie podstawowych zasad w systemie prawa zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nade wszystko zasady przejrzystości postępowania. Zgodnie z tą zasadą, Zamawiający prowadzi postępowanie w sposób jawny, a jednoznaczne i jasne zasady ubiegania się o zamówienie, które są znane Wykonawcom od momentu wszczęcia postępowania, nie mogą zostać przez niego zmienione w toku badania i oceny ofert.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie tej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelną zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie



wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się de facto do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Mając na uwadze poczynione ustalenia „Zestawienie parametrów podstawowych” jako treść oferty nie mógł podlegać uzupełnieniu ani wyjaśnianiu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp. Natomiast Zamawiający – wykorzystując instytucję wyjaśnień odnoszącą się do oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, o której mowa w art. 26 ust 4 pzp – przeprowadził niedopuszczalne negocjacje z TTC, które doprowadziły do zmiany oraz skonkretyzowania pierwotnie zaoferowanego i wycenionego świadczenia w ofercie. Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień zaakceptował bowiem ich treść, naruszając tym samym zasadę niezmienności ofert, wynikającą z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 1 oraz art. 84 ust. 1 pzp.

Ponieważ we wszystkich ww. ofertach sklasyfikowanych w rankingu ofert na pozycjach odpowiednio 1, 2 i 3 zaoferowany przedmiot świadczenia nie spełnia parametrów podstawowych, wyznaczonych przez Zamawiającego jako granicznie wymagane, obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie wszystkich tych ofert. Cechy techniczne, którymi obligatoryjnie powinien charakteryzować się przedmiot zaoferowanego świadczenia, stanowią bowiem istotny element oferty, co w konsekwencji przesądza o niezgodności ich treści z treścią SIWZ.

Niedopuszczalne byłoby tutaj również zastosowanie procedury przewidzianej w przepisie art. 87 ust. 1 pzp, gdyż tego rodzaju procedura wyjaśnień nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej ograniczać lub rozszerzać.

Nie jest również możliwe poprawienie oferty w tym zakresie, tj. parametrów podstawowych wyznaczonych przez Zamawiającego jako granicznie wymagane, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż prowadziłoby to do znaczącej ingerencji w treść złożonej oferty. Tym bardziej, że nie da się jednoznacznie stwierdzić, jakie parametry powinni wpisać Wykonawcy, skoro zaoferowane przez Wykonawców parametry podstawowe mogły być dowolnie ukształtowane, byleby tylko mieściły się w granicach minimum lub maksimum, wyznaczonych przez Zamawiającego.

Stwierdzić również należy, że w przetargu nieograniczonym prowadzonym w procedurze odwróconej – jak ma to miejsce w tym postępowaniu – ustalenie przez Zamawiającego przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty powinno nastąpić już w toku badania ofert, a przed ich oceną w oparciu o przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert. Oferty podlegające odrzuceniu nie mogą bowiem być poddawane ocenie, wobec czego nie mogą zostać uwzględnione w rankingu ofert. Dlatego też uzdrowienie tej sytuacji przez Zamawiającego musi wiązać się z koniecznością unieważnienia wcześniejszego wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż oferty objęte zarzutami odwołania zostały w sposób nieuprawniony sklasyfikowane i uznane przez Zamawiającego za ważne i były punktowane.

Rozstrzygnięcie podjęte przez Izbę w tej sprawie jest zbieżne z rozstrzygnięciami w sprawach, które dotyczyły zbliżonych stanów faktycznych. W szczególności w wyroku Izby 23 grudnia 2013 r. sygn. akt: KIO 2715/13, KIO 2718/13, KIO 2726/13, podstawą uwzględnienia odwołania w pierwszej z tych spraw, było stwierdzenie przez Izbę, znalazł potwierdzenie zarzut, że wybrany wykonawca, wbrew jednoznacznie wyrażonemu w s.i.w.z. oczekiwaniu zamawiającego, nie sprecyzował prawidłowo oferty w zakresie urządzeń zasilania awaryjnego UPS w sposób umożliwiający weryfikację zgodności ich parametrów z opisem przedmiotu zamówienia, gdyż typ „UPS2000G” wskazany dla dwóch urządzeń UPS odnosi się do grupy urządzeń, wśród których występują modele o mocy od 1 do 20 kVA. Następnie Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 14 maja 2014 r. sygn. akt V Ca 408/14 oddalił skargę zamawiającego na takie rozstrzygnięcie.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 pkt 1 zd. 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b nowej ustawy pzp orzeczono, jak w pkt 1. sentencji,

Ponieważ Zamawiający w całości przegrał sprawę, stosownie do takiego wyniku powinien w całości ponieść koszty, na które złożył się uiszczony przez niego wpis, stąd na podstawie art. 575 npzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady

## **Sygn. akt KIO 974/21**

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. poz. 2437) orzeczono, jak w pkt 2. sentencji.