

**Sygn. akt: KIO 1317/18**

**WYROK**  
**z dnia 20 lipca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Katarzyna Odrzywolska**

**Członkowie:** **Aneta Mlącka**

**Marzena Ordysińska**

**Protokolant:** **Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2018 r. przez wykonawcę: **S. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. J. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo- Usługowe ELEKTROPAKS 21-010 Łączna, ul. Kolonia Łuszczów 95**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Tauron Dystrybucja S.A. Oddział we Wrocławiu 53-314 Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 20** w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn.: Opracowanie projektu wykonawczego, budowa i zasilanie stacji elektroenergetycznej R-107 Kurkowa liniami kablowymi 110, 20, 10 kV wraz z infrastrukturą techniczną

przy udziale wykonawcy **ELFEKO S.A. 81-061 Gdynia, ul. Hutnicza 20A**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego – **S. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. J. Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Handlowo- Usługowe ELEKTROPAKS 21-010 Łączna, ul. Kolonia Łuszczów 95, i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. J. Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Handlowo- Usługowe ELEKTROPAKS 21-010 Łączna, ul. Kolonia Łuszczów 95** 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 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opracowanie projektu wykonawczego, budowa i zasilanie stacji elektroenergetycznej R-107 Kurkowa liniami kablowymi 110,20,10 kV wraz z infrastrukturą techniczną”, znak sprawy 2017/TD-OWR/TD-OWR/02032/L (dalej „Postępowanie” lub „Zamówienie”) zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S 108-218633 z dnia 8 czerwca 2017 r. przez **Tauron Dystrybucja S.A. Oddział we Wrocławiu 53-314 Wrocław, ul. Powstańców Śląskich 20** (zwane dalej: „zamawiającym”).

W dniu 5 lipca 2018 r. wykonawca: **S. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. J. Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Handlowo- Usługowe ELEKTROPAKS 21-010 Łęczna, ul. Kolonia Łuszczów 95** (zwany dalej „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp” czynności zamawiającego, podjętych w Postępowaniu, polegających na wyborze oferty ELFeko S.A. 81-061 Gdynia, ul. Hutnicza 20A pomimo, że oferta ta jako sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) winna zostać przez zamawiającego odrzucona.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu obrazę następujących przepisów:

- 1) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zmianę treści oferty oraz prowadzenie negocjacji z wykonawcą;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 1 i pkt 2 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty niezgodnej z ustawą i treścią SIWZ;
- 3) art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w ten sposób, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powoduje niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców;
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 6) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów mimo, że zamawiający ma taki obowiązek.

Wskazując powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

- 1) unieważnienia wyboru oferty ELFEKO S.A.;
- 2) powtórzenie czynności oceny merytorycznej dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu;
- 3) odrzucenie oferty ELFEKO S.A., która jest sprzeczna z treścią SIWZ i ustawą Pzp i powinna zostać odrzucona przez zamawiającego jako oferta nie spełniająca wymogów określonych przez zamawiającego w SIWZ i ustawie, względnie wezwanie ELFEKO S.A. do uzupełnienia dokumentów;
- 4) wybór oferty odwołującego jako spełniającej warunki SIWZ i najkorzystniejszej spośród nie odrzuconych ofert na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w SIWZ.

oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Podnosząc powyższe odwołujący wskazał, że zamawiający, pismem z dnia 25 czerwca 2018 r., poinformował odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. ELFEKO S.A. Z takim rozstrzygnięciem odwołujący nie zgadza się z poniżej opisanych powodów:

- I. W ofercie ELFEKO S.A. w wykazie podstawowych urządzeń stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ zastosowano rozwiązanie produkcji SIEMENS Sp. z o.o. Do oferty został załączony schemat gazowy rozdzielnic 110 kV, który miał wykazać, że urządzenie produkcji Siemens Sp. z o.o. spełnia wymogi SIWZ. Analiza tego urządzenia wskazuje, że nie spełnia ono wymogów postawionych w SIWZ, ponieważ w samym schemacie gazowym zaproponowano przekładniki o parametrach niezgodnych z wymaganymi przez Inwestora. Wymagania Inwestora (według Aneksu nr 1 do wytycznych) w tym zakresie były następujące:

*Pkt 4: W pkt 5.2. „Wytycznych” w zapisach o wyposażeniu rozdzielni 110 kV ppkt. a) wprowadza się zapis: „przekładniki prądowe składające się z 5 rdzeni prądowych o przekładni 500-1000/5/5/5/5 A, z których jeden rdzeń klasy 0,2S FS5 wydzielony będzie dla pomiaru energii, jeden rdzeń klasy 0,5 wydzielony będzie dla pomiarów lokalnych, pozostałe klasy 5P20 przeznaczone będą dla zabezpieczeń”.*

*Pkt 5: W pkt 5.2. „Wytycznych” w zapisach o wyposażeniu rozdzielni 110 kV ppkt. b) wprowadza się zapis: „4-rdzeniowe przekładniki prądowe 123 kV o przekładni 400/5/5/5/5 A z których jeden rdzeń klasy 0,2S FS5 wydzielony będzie dla pomiaru energii, pozostałe klasy 5P20 przeznaczone będą dla zabezpieczeń”*

Natomiast w ofercie ELFEKO S.A. są wskazane przekładniki prądowe 5 rdzeniowe, które mają dwa rdzenie 0,2S i trzy rdzenie 5P20. Ponadto przekładniki prądowe 4 rdzeniowe są o przekładni 200-400/5/5/5/5 A.

Przekładniki oferowane przez ELFEKO S.A. nie spełniają powyższych wymagań. Wskazać również należy, że przedmiotowe schematy są przygotowane i podpisane przez ELFEKO S.A., a nie przez Siemens Sp. z o.o., która według oferty jest producentem tego urządzenia. Jest to bardzo istotny błąd oferty albowiem rozdzielnice stanowią około 30% całego zamówienia.

- II. W wytycznych budowy stacji 110/20/10 kV R-107 Kurkowa, na str. 20 jest zapis, że rozdzielnica powinna posiadać przedział szyn zbiorczych, a na str. 21 jest wymóg że konstrukcja powinna być łukochronna. Zamawiający wymaga bowiem, aby dla „ochrony personelu obsługującego (przed skutkami łuku) rozdzielnia powinna mieć konstrukcję łukochronną” (pkt. 7.1.1. Rozdzielnica w izolacji SF6).

Wskazana przez ELFEKO S.A. w ofercie rozdzielnica nie spełnia warunku łukochronności ponieważ jeden z jej przedziałów (przedział szyn zbiorczych) nie ma odporności łukowej z tyłu rozdzielnicy. Przedział szyn zbiorczych załącznik *Rysunek: Rzut przyziemia*, przedstawia usytuowanie rozdzielnicy NXPLUS (rozdzielnica SN), gdzie widoczny jest korytarz od tyłu rozdzielnicy. W danych producenta (według karty katalogowej proponowanej rozdzielnicy SN NXPLUS) pojawia się parametr Klasyfikacji IAC AFL 25/1s gdzie Zamawiający zażądał AFLR. Oznacza to, że zaproponowana rozdzielnica nie spełnia wymogów SIWZ ponieważ nie ma łukochronności z tyłu urządzenia. Brak określenia odporności łukowej z tyłu rozdzielnicy stwarza niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia osób tam się znajdujących podczas zwarcia łukowego.

Ponadto w dokumencie Wytyczne budowy stacji 110/20/10 kV R-107 Wrocław Kurkowa, gdzie Zamawiający we wstępie zaznaczył, że to opracowanie określa zakres budowy stacji 110/20/10 kV R-107 Kurkowa oraz wskazał ten dokument jako podstawę do przygotowania oferty na kompleksową budowę stacji 110/20/10 kV Wrocław Kurkowa, Zamawiający wskazuje, że „dopuszcza się ustawienie rozdzielnic SN w dowolnej odległości od ściany rozdzielni z zachowaniem wymaganych wymiarów przestrzeni eksploatacyjnej oraz minimalnych szerokości przejść i wyjść awaryjnych (zgodnie z obowiązującymi przepisami i wymaganiami TAURON Dystrybucja S.A.) (...) (pkt. 7. Rozdzielnia 20 kV i 10 kV).

ELFEKO S.A. zaoferowało dwie rozdzielnice średniego napięcia, w izolacji SF6, w obudowie metalowej, produkcji SIEMENS typu NXPLUS C o kwalifikacji odporności na łuk wewnętrzny IAC A FL 25 kA/1 s. Zgodnie z aktualną normą PN-EN 60271-200:2012 Wysokonapięciowa aparatura rozdzielcza i sterownicza - Część 200: Rozdzielnice prądu przemiennego w osłonach metalowych na napięcie znamionowe powyżej 1 kV do 52 kV włącznie, oznaczenie klas IAC jest następujące:

Accessibility Type A: restricted to authorized personnel only.

Accessibility Type B: unrestricted accessibility, including that of the general public.

Accessibility Type C: restricted by installation out of reach and above a general public area.

F for front side

L for lateral side

R for rear side

co w tłumaczeniu oznacza:

Dostępność typ A: ograniczony wyłącznie do upoważnionego personelu,

Dostępność typ B: nieograniczona dostępność, w tym dla ogółu społeczeństwa,

Dostępność typ C: ograniczony dostęp przez instalację poza zasięgiem i powyżej ogólnego obszaru publicznego F dla strony przedniej L dla strony bocznej R dla strony tylnej.

Zatem ELFEKO S.A. zaoferowało rozdzielnicę o klasie AFL, czyli dostępną tylko dla upoważnionego personelu i posiadającą odporność na łuk wewnętrzny dla strony przedniej i bocznej. Rozdzielnica nie posiada odporności na łuk wewnętrzny od strony tylnej przez co, aby zapewnić bezpieczeństwo personelowi, musi być ustawiona tylną częścią rozdzielnicy bezpośrednio przy ścianie rozdzielni.

Równocześnie ELFEKO S.A. w Koncepcji budowy stacji 110/20/10 kV Kurkowa we Wrocławiu w pkt. 1.3. wskazuje, że schemat oraz rzut rozdzielnicy przedstawiony jest na załączonych rysunkach. ELFEKO S.A. wyraźnie wskazuje, że to właśnie rzut oferowanej rozdzielnicy znajduje się na rysunkach załączonych do koncepcji. Na załączonym do oferty rysunku została wskazana rozdzielnica SN jako wolnostojąca.

Zamawiający prowadził negocjacje z ELFEKO S.A. co w konsekwencji doprowadziło do zmiany treści oferty tego wykonawcy, co jest niezgodne z art. 87 ustawy Pzp. Takie działanie stanowi również naruszenie konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców. Oferowana przez ELFEKO S.A. rozdzielnica, zarówno 110 kV i SN, nie spełnia wymaganych parametrów, co powoduje konieczność odrzucenia oferty jako nie spełniającej wymogów SIWZ. Zgodnie z wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej

niezgodności w ofercie wykonawcy jednoznacznie wymagają reakcji Zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy ELFEKO S.A. i odrzuceniu jego oferty, biorąc zwłaszcza pod uwagę fakt, że zagrożone jest bezpieczeństwo życia i zdrowia.

- III. W SIWZ, w pkt 4.2.2 Szczegółowy opis sposobu przygotowania oferty w ppkt. 4.2.2.2. Zamawiający wymaga aby oferta sporządzona była w języku polskim. ELFEKO S.A. w ofercie umieściło kartę katalogową kabla typu YAKXS 1x3Q0RMC w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski, co jest sprzeczne z wymaganiami zamawiającego. Brak tłumaczenia skutkuje odrzuceniem oferty względnie powoduje konieczność wezwania do uzupełnienia dokumentu.
- IV. W SIWZ w pkt 4.2.1.7 zamawiający wymaga aby do „Wykazu podstawowych urządzeń do wyposażenia i podłączenia stacji R-107 Kurkowa” dołączyć karty katalogowe urządzeń wskazanych w ww. Wykazie, natomiast ELFEKO S A. w ofercie umieściło jako kartę katalogową zamieściło ulotkę „Rozdzielnice w izolacji gazowej do 145 kV 40 kA 3150 A seria 8DN8” zawierającą tylko charakterystykę korzyści z doświadczenia i elastyczności dzięki budowie modułowej. Nie ma w tym dokumencie: danych technicznych, wymiarów gabarytowych, zgodności z normami, opisu typowych pól, itd. Zamieszczona ulotka nie spełnia wymagań dla karty katalogowej wymaganej przez Zamawiającego znajdujących się w pkt 4.2 i 4.2.1. i 4.2.1.7 SIWZ dla etapu składania ofert ostateczny.

Biorąc pod uwagę powyższe niezgodności w ofercie ELFEKO S.A., wykonawca ten powinien zostać wykluczony, ponieważ inne działanie spowodowałoby nierówne traktowanie wykonawców, co z kolei powoduje naruszenia art. 7 ustawy Pzp. Jednocześnie zgodnie z art. 87 ust. ustawy Pzp niedopuszczalna jest zmiana treści oferty.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2018 r., zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował o wniesieniu odwołania, przekazując za pomocą poczty elektronicznej kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, oraz wezwał uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Termin na zgłoszenie przystąpienia, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, upłynął w dniu 9 lipca 2018 r. (dzień 8 lipca 2018 r. wypadał w niedzielę a zatem, zgodnie z art. 185 ust. 8 ustawy Pzp jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy).

Do postępowania odwoławczego, w dniu 9 lipca 2018 r., przystąpił wykonawca **ELFEKO S.A. 81-061 Gdynia, ul. Hutnicza 20A** (dalej „przystępujący”), zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 16 lipca 2018 r., przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 17 lipca 2018 r., złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł o jego oddalenie.

W zakresie dotyczącym niezgodności oferty złożonej przez przystępującego z treścią SIWZ wskazał, że:

1. Przystępujący zaoferował przekładniki prądowe o przekładni 500-1000/5/5/5/5 A i pięciu rdzeniach, w tym dwa o klasie 0,2S FS5 i trzy o klasie 5P20. Ponieważ przekładnik (rdzeń przekładnika) klasy 0,2S FS5 spełnia wymagania jak dla klasy 0,5. Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania przekładników prądowych o polach liniowych 110 kV o parametrach lepszych niż określone w SIWZ a zatem przystępujący oferując produkt lepszy, spełnił wymagania minimalne określone przez zamawiającego.
2. Przystępujący zaoferował w polach transformatorowych rozdzielnic GIS 110 kV przekładniki prądowe 123 kV o przekładni 20-400/5/5/5/5 i czterech rdzeniach, w tym jeden o klasie 0,2 FS5 i trzy o klasie 5P20 a zatem spełniające wymagania zamawiającego, gdyż oferowane przekładniki posiadają wymagane cztery rdzenie i posiadają uzwojenie pierwotne, które mają możliwość załączenia na wymagany prąd 400A. Zastosowanie w tym rozwiązaniu uzwojenia pierwotnego przełączalnego (o zakresie 200 – 400 A) jest dodatkową funkcją, niewymaganą przez zamawiającego, ale też nie ograniczającą podstawowego wymagania w postaci zastosowania przekładnika prądowego 110 V i prądzie pierwotnym 400A.
3. Nietrafiony jest również zarzut odwołującego, że oferowana przez przystępującego rozdzielnica nie spełnia wymogu w postaci łukoochronności rozdzielni. Jego zdaniem odwołujący błędnie sugeruje, że zamawiający żądał rozdzielnic SN z odpornością na łuk wewnętrzny wg klasyfikacji IAC: AFLR. Wymogi dotyczące łukoochronności dotyczą bowiem rozdzielni a ta jest czym innym niż rozdzielnica. Podnosił również, że wymóg łukoochronności rozdzielni można uzyskać na wiele sposobów, o czym stanowią obowiązujące Polskie Normy. Te kwestie ustalane będą pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą na etapie wykonywania poszczególnych projektów wykonawczych, których zamawiający, zgodnie z SIWZ, nie żądał na etapie składania ofert ostatecznych.



Zamawiający wzywał przystępującego, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie czy rozdzielnica SN typu NXPlusC, którą zamieścił on w swojej ofercie, spełnia wymogi łukoochronności. W odpowiedzi na pytanie zamawiającego przystępujący wyjaśnił, że zastosowana przez niego rozdzielnica spełnia wymóg odporności na łuk wewnętrzny wg klasyfikacji IAC: AFL.

W zakresie w jakim odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie negocjacji z przystępującym, w wyniku której dokonano zmiany treści jego oferty zamawiający wyjaśnił, że korespondencja prowadzona pomiędzy nim a przystępującym miała jedynie na celu wyjaśnienie treści oferty ostatecznej w zakresie parametrów technicznych rozdzielnicy SN typu NXPlusC produkcji Siemens Sp. z o.o. Z kolei załączony do oferty ostatecznej rysunek – Rzut przyziemia miał jedynie na celu pokazanie głównych zmian konstrukcyjnych budynku, które będą wymagały wykonania projektu zamiennego, nie zaś rozplanowaniu lokalizacji jakichkolwiek urządzeń w budynku, w tym rozdzielnicy SN.

Odnosząc się do zarzutu, że przystępujący nie spełnił wymagań SIWZ albowiem do oferty ostatecznej dołączył kartę katalogową kabla typu YAKXS 1x300RMC w języku angielskim zauważył, że odrzucenie oferty może nastąpić jedynie w przypadkach gdy niezgodność oferty z treścią SIWZ ma charakter istotny i nieusuwalny. Tymczasem wraz z pismem z dnia 12 lipca 2018 r. przystępujący złożył kartę katalogową kabla w języku polskim a komisja przetargowa potwierdziła jego zgodność z SIWZ. ponadto zauważył, że dla oceny czy kabel ten spełnia parametry opisane w SIWZ nie było konieczne uzyskanie karty katalogowej w języku polskim. Istotne dane techniczne opisane są parametrami i symbolami technicznymi w ogólnie obowiązującej skali miar SI i przyjętej symbolice, pozostałe opisy mają znaczenie drugorzędne albowiem nie wpływają na ocenę oferty w zakresie w jakim parametry te są istotne dla zamawiającego.

W zakresie w jakim odwołujący zarzucił, że przystępujący nie dołączył do oferty ostatecznej karty katalogowej dla rozdzielnicy w izolacji gazowej a jedynie ulotkę zauważył, że zamawiający w SIWZ nie sprecyzował co rozumie pod pojęciem karty katalogowej. Tym samym za taką należy uznać dokument w którym zostały zaprezentowane wszystkie dane urządzenia, a przede wszystkim jego rodzaj i charakter, które były niezbędne do ustalenia przez zamawiającego czy rozdzielnica spełnia wymagania określone w SIWZ.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta odwołującego, zgodnie z kryteriami oceny ofert, byłaby ofertą najkorzystniejszą w sytuacji, gdyby oferta przystępującego została odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ. W wyniku czynności zamawiającego odwołujący został zatem pozbawiony możliwości uzyskania niniejszego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty ostatecznej przystępującego złożonej w postępowaniu, treści pism kierowanych do przystępującego w postępowaniu oraz odpowiedzi na nie oraz dopuściła i przeprowadziła dowody zgłoszone przez strony i uczestnika postępowania.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy pzp poprzez nie odrzucenie oferty przystępującego, jako niezgodnej z ustawą i treścią SIWZ – Izba uznała zarzut za niezasadny

Na wstępie należy zauważyć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontrydiktoryjnym. Z jego istoty wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Ponadto, zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (dalej „KC”), jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta z kolei znajduje swoje odzwierciedlenie w przepisie regulującym zasady prowadzenia postępowania odwoławczego przez Krajową Izbą Odwoławczą tj. w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym to Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Na te zasady zwracały również uwagę w swoich wyrokach sądy powszechne tak np. Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy, w Wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08) stwierdzając, że kontrydiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na Izbę obowiązku ustalenia prawdy materialnej, podobnie Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w Wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) stwierdza, że w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Przenosząc to na realia niniejszej sprawy należy stwierdzić, że rolą odwołującego jest przedstawienie argumentów wskazujących, że oferta przystępującego winna być uznana za niezgodną z treścią SIWZ i jako taka odrzucona, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, że oferta przystępującego jest niezgodna z wymaganiami, a niezgodności tej upatrywał między innymi w tym, iż wykonawca ten w swojej ofercie zaoferował urządzenie produkcji Siemens Sp. z o.o. o parametrach innych, niż te sprecyzowane w SIWZ. Izba ustaliła, że zamawiający w załączniku nr 4 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, załącznik nr 2 – dokumentacja wymienił w pkt V. Wytyczne Budowy Stacji 110/20/10 kV R-107 Wrocław Kurkowa wraz z Aneksem nr 1 (dalej „Wytyczne budowy stacji”). Zgodnie z tym dokumentem w pkt 5 (Rozdzielnia wysokiego napięcia 110 kV) ppkt 5.2. (Obwody pierwotne 110 kV), w części opisującej wyposażenie rozdzielni znalazły się następujące zapisy: w literze a) „przekładniki prądowe składające się z 5 rdzeni

prądowych o przekładni 500-1000/5/5/5/5 A, z których jeden rdzeń klasy 0,2S FS5 wydzielony będzie dla pomiaru energii, jeden rdzeń klasy 0,5 wydzielony będzie dla pomiarów lokalnych, pozostałe klasy 5P20 przeznaczone będą dla zabezpieczeń”; litera b) zaś miała następujące brzmienie: „4-rdzeniowe przekładniki prądowe 123 kV o przekładni 400/5/5/5/5/ A z których jeden rdzeń klasy 0,2S FS5 wydzielony będzie dla pomiaru energii, pozostałe klasy 5P20 przeznaczone będą dla zabezpieczeń”. Zgodnie z SIWZ (Etap składania ofert ostatecznych) Zamawiający, w Rozdziale 4 – Postępowanie, pkt 4.2. Opis sposobu przygotowania oferty ppkt 4.2.1 zawartość oferty, zażądał aby wykonawcy składający ofertę przedłożyli prawidłowo wypełnioną i podpisaną tabelę „Wykazu podstawowych urządzeń do wyposażenia i podłączenia stacji R107 Kurkowa” (wg wzoru w załączniku nr 2 do SIWZ)” wraz z kartami katalogowymi urządzeń wskazanych w ww. Wykazie. Przystępujący, wraz z ofertą, przedłożył tabelę oraz wskazał w niej, iż zaferuje rozdzielnicę 110 kV produkcji Siemens Sp. z o.o. Z załączonego do oferty schematu gazowego rozdzielnic 110 kV wynika, że urządzenie zaferowane przez przystępującego dla przekładników prądowych składających się z 5 rdzeni prądowych o przekładni 500-1000/5/5/5/5/5 A, posiadają dwa rdzenie (zamiast jednego) klasy 0,2S FS5 pozostałe zaś klasy 5P20, natomiast dla przekładników prądowych składających się z 4 rdzeni zastosowano przekładnię 200-400/5/5/5/5/ A (zamiast przekładni 400/5/5/5/5/ A). Zamawiający i przystępujący wskazywali, że zmiana opisywanych wyżej parametrów nie jest równoznaczna z tym, iż zaferowana rozdzielnica 110 kV produkcji Siemens Sp. z o.o. nie spełnia wymagań SIWZ. Parametry oferowanego urządzenia są bowiem lepsze w tym znaczeniu, że oprócz spełniania wymogów podstawowych opisanych przez zamawiającego posiada ono funkcje dodatkowe, wprawdzie nie sprecyzowane w Wytycznych budowy stacji, ale bez wpływu na parametry podstawowe.

I tak zamiana przekładnika klasy 0,5 na przekładnik klasy 0,2S FS5 jest w istocie zmianą polegającą na zastosowaniu przekładnika o parametrach lepszych w tym znaczeniu, że obok spełniania wymagań jak dla przekładnika 0,5 przekładnik klasy 0,2S FS5 charakteryzuje się tym, że uzyskane pomiary są o większej dokładności. Z przedłożonego przez przystępującego na rozprawie dowodu – opinii wystawionej przez Instytut Energetyki - Instytut Badawczy wynika, iż zgodnie z definicją klasy dokładności przekładnik o klasie 0,2 dopuszcza mniejsze błędy pomiarowe niż przekładnik klasy 0,5. Zatem klasa dokładności 0,2 zapewnia dokładność pomiaru wyższą, niż klasa 0,5, bez wpływu na inne parametry urządzenia.

W zakresie natomiast w jakim dla przekładników prądowych składających się z 4 rdzeni zastosowano przekładnię 200-400/5/5/5/5/ A (zamiast przekładni 400/5/5/5/5/ A) zmiana

ta sprowadza się do zastosowania uzwojenia pierwotnego przełączalnego. Również to rozwiązanie przewiduje wprowadzić funkcję dodatkową, nie przewidzianą przez zamawiającego w SIWZ, nie ograniczając jednak możliwości zastosowania przekładnika prądowego 110 kV o prądzie pierwotnym 400A a zatem o takim, jaki był wymagany przez zamawiającego, pozostając bez wpływu na inne parametry urządzenia.

W ocenie Izby samo zastosowanie parametrów urządzenia innych niż wskazane przez zamawiającego w SIWZ nie dowodzi, że nie spełnia ono wymagań opisywanych w SIWZ i może być jak takie podstawą dla uznania, że oferta taka podlega odrzuceniu. Należy bowiem wskazać, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy, co znalazło szerokie omówienie w doktrynie, orzecznictwie sądów okręgowych i Izby może mieć miejsce tylko w przypadku, gdy rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Powinna ona dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ). Istotnym przy tym jest aby możliwe było nie tylko wskazanie ale też wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego. Dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie cytowanego przepisu ustawy Pzp konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z dokumentacją. Powyższe wymaga zidentyfikowania w sposób niezbity przedmiotu oferty, jako niezgodnego z treścią SIWZ.

W ocenie Izby odwołujący, w toku postępowania nie zdołał wykazać, że zaoferowane przez przystępującego urządzenie produkcji Siemens Sp. z o.o., które zaproponował w swojej ofercie nie spełniało wymagań SIWZ. Odwołujący na potwierdzenie swojej argumentacji nie przedstawił podczas rozprawy żadnych dowodów argumentując jedynie, że o niezgodności z treścią SIWZ świadczy, że parametry urządzenia były inne niż opisane przez zamawiającego. Tymczasem jak wynika ze stanowiska zamawiającego, co zostało poparte dowodem w postaci opinii przedłożonej na rozprawie przez przystępującego, sama

niezgodność co do opisanych parametrów nie świadczy w tym przypadku o braku spełniania wymagań ile o zaoferowaniu rozwiązania, które spełniając wymagania podstawowe, oferuje dodatkowe funkcjonalności (większą dokładność pomiarów czy zastosowanie uzwojenia pierwotnego przełączalnego). Odwołujący, w toku rozprawy, nie przedstawił żadnych dowodów, że taka zmiana parametrów urządzenia powoduje, że nie spełnia ono wymagań opisanych w SIWZ, nie przedstawił też żadnej argumentacji wskazującej, że twierdzenia zamawiającego są niezgodne z prawdą.

Odwołujący wskazywał również na niezgodność oferowanego urządzenia – rozdzielnicy produkcji Siemens Sp. z o.o. z treścią SIWZ z tego powodu iż, jego zdaniem, nie spełnia ona wymogu, że jej konstrukcja powinna być łukochronna. Wywodził, że rozdzielnica nie spełnia wymogu łukochronności albowiem jeden z jej przedziałów (przedział szyn zbiorczych) nie ma odporności łukowej z tyłu rozdzielnicy (zgodnie z kartą katalogową tego urządzenia rozdzielnica spełnia parametr łukochronności jedynie od strony przedniej i bocznej – AFL), tymczasem zamawiający zażądał aby wykonawca zaoferował urządzenie o klasie AFLR. Z przytaczanych przez odwołującego zapisów SIWZ – Wytyczne budowy stacji wynika, że zamawiający w pkt 7. Rozdzielnia 20 kV i 10 kV, ppkt 7.1 – Wymogi dla rozdzielni SN, ppkt 7.1.1. Rozdzielnica w izolacji SF6 zawarł następujące wymaganie: „Rozdzielnia winna być trójfazowa w obudowie metalowej. Dla ochrony personelu obsługującego (przed skutkami łuku) rozdzielnia powinna mieć konstrukcję łukochronną”. Zamawiający argumentował, że zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie choćby z tego powodu, że wymóg w zakresie łukochronności został postawiony w stosunku do rozdzielni (pomieszczenie wraz z zainstalowanymi w nim urządzeniami), nie zaś rozdzielnicy a odwołujący upatruje tej niezgodności w parametrach samej rozdzielnicy. Wprawdzie zamawiający w dokumentacji przetargowej nie wprowadził definicji tych pojęć, jednakże wiele zapisów SIWZ wyraźnie wskazywało na rozróżnienie pomiędzy rozdzielnią a rozdzielnicą (tak np. na str. 21 wytycznych budowy rozdzielni znalazł się zapis: „Dopuszcza się ustawienie rozdzielnic SN w dowolnej odległości od ściany rozdzielni z zachowaniem wymaganych wymiarów przestrzeni eksploatacyjnej oraz minimalnych szerokości przejść i wyjść awaryjnych”). W tym zakresie Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż z treści SIWZ, w szczególności z zapisów zawartych w Wytycznych budowy rozdzielni wynika, że pojęcia rozdzielni i rozdzielnicy należy rozumieć w znaczeniu jakie zostało przedstawione w piśmie procesowym zamawiającego. Nie można zatem utożsamiać wymagań stawianych rozdzielni z wymaganiami odnoszącymi się do rozdzielnicy a zamawiający w żadnym z dokumentów przekazywanych wykonawcom w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie definiował klasy odporności na łuk wewnętrzny dla rozdzielnicy SN.

Ponadto, nawet gdyby uznać, jak twierdzi odwołujący, że powyższe pojęcia te były stosowane w SIWZ wymiennie i nie było jasne dla odwołującego do czego wymaganie to odnosić, Izba zwraca uwagę, że zarzut odwołującego w zakresie niezgodności z treścią SIWZ polega na tym, że zamawiający zażądał rozdzielnic o odporności AFLR, podczas gdy przystępujący zaoferował rozdzielnicę klasy AFL. Takie stanowisko Odwołującego stanowi nadinterpretację postanowień SIWZ. Zamawiający wymagał aby rozdzielnia miała konstrukcję łukochronną, nie określał natomiast wymagań co do klasy łukochronności. Nie ulega wątpliwości (fakt niesporny), że zaoferowane urządzenie produkcji Siemens Sp. z o.o. taki wymóg spełnia albowiem posiada klasyfikację odporności na łuk wewnętrzny IAC AFL 25 kA 1s. Oznaczenie to wskazuje, że spełniony został wymóg łukochronności dla rozdzielnic od strony przedniej i bocznej, jedynie strona tylna pozbawiona jest łukochronności. Nie oznacza to jednak, że nie jest możliwe zastosowanie tego urządzenia, albowiem możliwe jest ich takie usytuowanie w rozdzielni aby zapewnić bezpieczeństwo osób zajmujących się obsługą rozdzielni. Odwołujący podczas rozprawy nie zakwestionował, że rozdzielnica którą zaproponował w swojej ofercie przystępujący nie może być ustawiona jako przyścienna czy też, że nie są możliwe inne rozwiązania takie jak np. zamontowanie ich jako odsunięte od ściany i zabudowanie przestrzeni pomiędzy rozdzielnicą a ścianą. Swoje stanowisko odnośnie niezgodności co do treści SIWZ opierał jedynie na twierdzeniu, że zaoferowane urządzenie nie charakteryzuje się klasą odporności na łuk wewnętrzny wg klasyfikacji IAC: AFL zamiast AFLR, tymczasem wymaganie takie nie znalazło się w dokumentacji przetargowej.

Kolejna kwestia podnoszona przez odwołującego, dotycząca niezgodności oferty z treścią SIWZ dotyczy braku załączenia przez przystępującego karty katalogowej dla rozdzielnic w izolacji gazowej. Zamawiający w Rozdziale 4 – Postępowanie, pkt 4.2. Opis sposobu przygotowania oferty ppkt 4.2.1 zawartość oferty, zażądał aby wykonawcy składający ofertę załączyli Wykaz podstawowych urządzeń oraz karty katalogowe tych urządzeń. W ocenie odwołującego załączony dokument dotyczący rozdzielnic w izolacji gazowej do 145 kV 40 kA 3150A seria 8DN8 produkcji Siemens Sp. z o.o. nie jest kartą katalogową a jedynie ulotką. Tym samym nie spełnia wymagań zamawiającego opisanych w SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem złożonej przez przystępującego oferty.

W tym zakresie Izba również uznała zarzut odwołującego za nieuzasadniony i nie mający oparcia w wymaganiach SIWZ. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający nie opisał w treści dokumentacji przetargowej jaką zawartość winna mieć załączona do Wykazu podstawowych urządzeń karta katalogowa. Nie istnieje również przepis prawa powszechnie obowiązującego, który wprowadzałby definicję karty katalogowej

i określał jej niezbędne, kluczowe elementy. Nie ulega wątpliwości, że celem żądania ich było potwierdzenie czy oferowane urządzenia spełniają wymagania SIWZ. Tym samym należy uznać, że każdy dokument, w tym dołączony przez przystępującego, który prezentuje samo urządzenie, wskazuje jego typ, model, producenta i opisuje dany model w sposób umożliwiający potwierdzenie, że spełnione zostały wymagania zamawiającego, będzie dokumentem, który może być uznany za kartę katalogową tego urządzenia.

Mając powyższe na uwadze Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu skierowanego wobec oferty przystępującego. W ocenie Izby odwołujący nie podołał ciążącemu na nim obowiązкови wykazania, że oferta przystępującego nie odpowiada treści SIWZ.

Nie doszło tym samym, w ocenie Izby, do naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w ten sposób, że w wyniku zaniechania zamawiającego polegającego na braku odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, nie zostały zachowane zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

#### Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy pzp poprzez zmianę treści oferty oraz prowadzenie negocjacji z przystępującym

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących ich treści. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zasada ta ma na celu realizację zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W niniejszym postępowaniu zamawiający skorzystał z przysługującego mu uprawnienia, wzywając przystępującego pismem z dnia 28 maja 2018 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie czy oferowana przez tego wykonawcę rozdzielnica SN produkcji Siemens Sp. z o.o. spełnia wymóg łukoochronności rozdzielnicy w jej ustawieniu wolnostojącym. Wskazywał przy tym, że zgodnie z załączonym do oferty ostatecznej rysunkiem „Rzut przyziemia” rozdzielnica została usytuowana jako wolnostojąca, tymczasem z karty katalogowej tego urządzenia wynika, że klasa odporności na łuk wewnętrzny oferowanej rozdzielnicy SN to AFL a zatem nie został spełniony wymóg łukoochronności z tyłu rozdzielnicy. W odpowiedzi na powyższe przystępujący wyjaśnił, odpowiadając pismem z dnia 4 czerwca 2018 r., że oferowane urządzenie spełnia wymagania łukoochronności przy jej ustawieniu wolnostojącym, na okoliczność czego załączył certyfikat zgodności wystawiony przez Instytut Energetyki z Warszawy. Wyjaśnił jednocześnie, że oferowana rozdzielnica



może zostać ustawiona jako wolnostojąca lub przyścienna. W uzupełnieniu wcześniejszego stanowiska, w piśmie kierowanym do zamawiającego w dniu 6 czerwca 2018 r. stwierdził, że oferowane urządzenie będzie w wykonaniu przyściennym. Dodatkowo nadmienił, że załączony do oferty rysunek pn. „Rzut przyziemia” nie miał na celu wskazanie usytuowania rozdzielnicy lub też prezentować rozmieszczenie jakichkolwiek urządzeń w budynku, ale miał na celu pokazanie zmian konstrukcyjnych budynku, które będą wymagały projektu zamiennego. Odwołujący podnosił, że powyższa korespondencja pomiędzy zamawiającym a przystępującym stanowiła niedozwolone przepisami ustawy Pzp negocjacje dotyczące treści złożonej przez tego wykonawcę oferty.

W ocenie Izby zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów dotyczących art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie negocjacji zamawiającego z przystępującym nie zasługiwały na uwzględnienie. Mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba uznała, że skierowane przez zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień, wynikało, jak przyznał zamawiający z informacji (pisma) odwołującego z którego wynikało, że oferowane przez przystępującego urządzenie nie spełnia wymagań łukoochronności i nie miało na celu uzupełnienie czy też zmianę treści oferty (np. w zakresie oferowanego urządzenia) a jedynie weryfikację informacji uzyskanych od odwołującego. Powyższe potwierdzały, zdaniem Izby, zarówno wyjaśnienia przystępującego udzielone w pismach z dnia 4 czerwca 2018 r. oraz 6 czerwca 2018 r., jak i sama treść wezwania zamawiającego.

Kluczowe znaczenie dla oceny czy doszło do naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie negocjacji dotyczących treści złożonej przez przystępującego oferty, ma ustalenie jaki był charakter dokumentu załączonego przez przystępującego do oferty pn. „Rzut przyziemia” i co było celem żądania go przez zamawiającego. W tym miejscu należy wskazać, że zamawiający w Rozdziale 4 – Postępowanie, pkt 4.2. Opis sposobu przygotowania oferty ppkt 4.2.1 zawartość oferty, zażądał aby wykonawcy składający ofertę załączyli do niej Koncepcję budowy stacji R-107 Kurkowa (wraz z jej powiązaniem z siecią WN i SN). Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie wskazał jaki jest cel żądania tego dokumentu ani też nie opisał elementów jakie należy w niej zawrzeć. Jednakże należy zauważyć, że zamawiający będąc w posiadaniu projektu budowlanego i ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę stacji R-107 Kurkowa, dopuścił jednocześnie możliwość zmiany projektu budowlanego już na etapie budowy stacji. Zgodnie z pkt I.1. str. 3 Wytucznych budowy stacji zamawiający dopuścił wykonanie zamiennego projektu budowlanego i uzyskanie zamiennego prawomocnego pozwolenia na budowę zaznaczając, że koszty z tym związane poniesie wykonawca. Przystępujący

w swojej ofercie ostatecznej zadeklarował wykonanie projektu budowlanego zamiennego. Jednocześnie załączył do niej koncepcję (opracowaną na podstawie projektu budowlanego będącego w dyspozycji zamawiającego) celem pokazania na rysunku tych zmian konstrukcyjnych, które przewiduje dokonać w celu dostosowania budynku do wymagań SIWZ w zakresie budowy kablowni pod pomieszczeniem rozdzielnicy 110 kV i umieszczeniem stanowisk transformatorów mocy w budynku. Zmiany te, pokazane w koncepcji, oznaczone zostały kolorem niebieskim i miały na celu jedynie (bo taka jest rola koncepcji) wskazanie jednego z możliwych rozwiązań projektowych w tym zakresie. Nie ulega wątpliwości, że uszczegółowienie wymagań nastąpi na etapie wykonania samego projektu budowlanego zamiennego, z wykonaniem którego związana jest konieczność dodatkowych uzgodnień a w rezultacie uzyskanie pozwolenia na budowę. Należy się zgodzić z zamawiającym, że nieistotne z punktu widzenia celu jakiemu służyć miała koncepcja był fakt rozmieszczenia elementów takich jak rozdzielnica 110 kV i rozdzielnica SN, albowiem to zostanie ustalone na etapie wykonania projektu budowlanego zamiennego. Tym samym nie sposób zgodzić się z odwołującym, że ewentualna zmiana w zakresie ich usytuowania prowadziła do zmiany treści złożonej przez przystępującego oferty ostatecznej.

W zakresie podnoszonych przez odwołującego zarzutów naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów mimo, że zamawiający ma taki obowiązek – Izba przedstawia wspólną argumentację

Na wstępie należy wskazać, że dokonywana kontrola poprawności działania zamawiającego, w ramach środków ochrony prawnej ma miejsce w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania i dotyczy ich zgodności z przepisami ustawy Pzp. Zakres rozstrzygnięcia - zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyznacza treść odwołania tj. kwestionowana w nim czynność a przede wszystkim podniesione przez odwołującego zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto, zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie

odwołania. Określone w tym przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzą, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych w petitum odwołania ale winna również wskazywać na okoliczności faktyczne zawarte w dalszej jego treści. Jest to o tyle istotne, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, wskazuje się na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutów, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza ich treść (tak np. w Wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt I Ca 117/12). W orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumpcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności czynności zamawiającego, które kwestionuje odwołujący. Przenosząc powyższe na realia rozpoznawanej sprawy Izba zauważa, że w części odwołania zawierającej uzasadnienie faktyczne, w którym zawarta jest argumentacja odwołującego w zakresie wskazanych w petitum powyższych zarzutów, brak jest wskazania przyczyn dla których odwołujący uznał, że zamawiający naruszył wymienione wyżej przepisy ustawy, jakich czynności z którymi się nie zgadza dokonał zamawiający czy też jakich ewentualnie czynności zamawiający zaniechał, co stanowiło podstawę nieuwzględnienia wskazanych przez odwołującego przepisów.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972),  
w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....