

Sygn. akt: KIO 173/16

WYROK

z dnia 18 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego br. przez wykonawcę ZREW Transformatory spółka akcyjna w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez PGE Dystrybucja spółka akcyjna w Lublinie w imieniu i na rzecz której działa PGE Dystrybucja spółka akcyjna Oddział Białystok w Białymstoku

przy udziale wykonawcy POWER ENGINEERING spółka akcyjna z siedzibą w Czerwonaku, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ZREW Transformatory spółka akcyjna w Łodzi i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ZREW Transformatory spółka akcyjna w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy ZREW Transformatory spółka akcyjna w Łodzi na rzecz PGE Dystrybucja spółka akcyjna w Lublinie w imieniu i na rzecz której działa PGE Dystrybucja spółka akcyjna Oddział Białystok w Białymstoku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. PGE Dystrybucja spółka akcyjna w Lublinie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawy transformatorów WN/SN na potrzeby Oddziałów PGE Dystrybucja S.A. w latach 2016 i 2017 – Zadanie nr 2 i Zadanie nr 3”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 26 września 2015 r., 2015/S 187-340022. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 9 lutego. 2016 r. ZREW Transformatory spółka akcyjna w Łodzi (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu:

1. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych, poprzez bezzasadne i bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej w ramach Postępowania przez POWER ENGINEERING, która to oferta podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych, w ramach zadania nr 2 i 3, ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ i nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) Prawa zamówień publicznych;
2. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z naruszeniem art. 91a Prawa zamówień publicznych, poprzez bezzasadne i bezprawne wyznaczenie aukcji elektronicznej dla zadania nr 2 i 3;
3. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych, poprzez bezzasadne i bezprawne zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez ZREW w ramach zadania nr 2 i 3.

Z ostrożności procesowej, w razie, gdyby Zamawiający nie odwołał lub nie przełożył terminu

aukcji elektronicznej do dnia rozpatrzenia odwołania i/lub dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, innej niż oferta ZREW, Odwołujący zarzucał także:

1. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z naruszeniem art. 91a Prawa zamówień publicznych, poprzez bezzasadne i bezprawne przeprowadzenie aukcji elektronicznej dla zadania nr 2 i 3 ;
2. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych, poprzez bezzasadne i bezprawne zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez ZREW w ramach zadania nr 2 i 3.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez POWER ENGINEERING w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych, w ramach zadania nr 2 i 3, ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ i nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) Prawa zamówień publicznych;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej w ramach Postępowania przez ZREW w ramach zadania nr 2 i 3, zgodnie z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;
4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyznaczeniu aukcji elektronicznej dla zadania nr 2 i 3 objętego Postępowaniem;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz ZREW kosztów postępowania, według norm przepisanych, w tym także kosztów zastępstwa procesowego przez profesjonalnego pełnomocnika.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W ocenie Odwołującego, oferta złożona przez POWER ENGINEERING zawiera błędy lub braki, skutkujące jej odrzuceniem w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych, jako niezgodnej z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opublikowanej przez Zamawiającego (dalej „SIWZ”) lub w odpowiedziach Zamawiającego.

Oferta POWER ENGINEERING zawiera błędy, które stanowią o jej niezgodności z SIWZ. Nie są to omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, a więc

inne omyłki, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Omyłki zawarte w tej ofercie mają charakter nieusuwalny i Zamawiający nie może ich poprawić w ramach art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, gdyż powodowałyby to istotne zmiany w treści tej oferty, a Zamawiający, na podstawie innych danych w niej zawartych, nie jest w stanie samodzielnie ich uzupełnić.

Błędy i braki w ofercie POWER ENGINEERING polegają - zdaniem Odwołującego – w szczególności na tym, że:

1. POWER ENGINEERING nie podał dokładnego i pełnego typu podobciążeniowych przełączników zaczeów, które wskazywałyby, na jaki prąd znamionowy, na jaki zakres regulacji oraz na jaki poziom izolacji zostały one dobrane. Na podstawie treści oferty POWER ENGINEERING nie można jednoznacznie stwierdzić, jakie typy przełączników zostały zaoferowane. Nie precyzuje tego ani karta katalogowa podobciążeniowego przełącznika, ani formularz ofertowy, ani karta katalogowa transformatora. Wymóg taki wynika natomiast z pkt IX ppkt 2) SIWZ. Co za tym idzie, nie można ocenić i zweryfikować oferty POWER ENGINEERING pod względem technicznym. Podobciążeniowe przełączniki zaczeów mają znaczny wpływ na ocenę oferty, dlatego parametr ten ma charakter cenotwórczy i nie podlega wyjaśnieniu, a tym bardziej uzupełnieniu.

W związku z powyższym, według Odwołującego, uznać należy, że oferta POWER ENGINEERING jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu.

2. Oferta POWER ENGINEERING nie zawiera pełnych informacji o konkretnych typach osprzętu zastosowanego do zaoferowanych transformatorów. Ani w kartach katalogowych transformatorów, ani w formularzach ofertowych nie ma tych informacji, a załączone karty katalogowe osprzętu są bardzo ogólne i nie wynika z nich konkretnie, jaki typ osprzętu jest wyspecyfikowany i zaoferowany przez PQWER ENGINEERING. Chodzi w szczególności o zaoferowane typy magnetycznych wskaźników poziomu oleju, przekaźniki gazowo - przepływowe, odwilżacze, zawór ciśnieniowy, termometr magnetyczny oraz cyfrowy wskaźnik do pomiaru temperatury. Załączone do oferty POWER ENGINEERING karty katalogowe osprzętu są wielowariantowe i nie wynika z nich konkretnie, jaki typ osprzętu jest wyspecyfikowany i zaoferowany przez POWER ENGINEERING. Wymóg podania konkretnych i szczegółowych informacji o typach zaoferowanego osprzętu wynika z pkt IX ppkt 2 SIWZ. Jedyne konkret w tym zakresie dotyczy podania typów izolatorów przepustowych oraz termometru kontaktowego i czujnika temperaturowego.

W związku z tym uznać należy, zdaniem Odwołującego, że oferta POWER ENGINEERING jest niezgodna z SIWZ i powinna zostać odrzucona.

3. Oferta POWER ENGINEERING nie zawiera podstawowych danych na rysunkach gabarytowych, takich jak masa transformatora, masa oleju i części wymowlanej. Wymóg podania takich informacji wynika z pkt IX ppkt 2 SIWZ. Niespełnienie tego wymogu skutkuje koniecznością odrzucenia oferty POWER ENGINEERING jako niezgodnej z SIWZ.
4. POWER ENGINEERING zaoferował przełączniki zaczepów na 800 000 łączy trwałości mechanicznej i elektrycznej. Zwracamy jednak uwagę na to, że przełączniki takie nie są dostępne na rynku w ofercie producentów i że oferenci, którzy zaoferowali taki parametr, będą musieli ten wymóg spełnić i w ramach realizacji zamówienia dostarczyć przełączniki zaczepów posiadające 800 000 łączy trwałości mechanicznej i elektrycznej.
5. POWER ENGINEERING, przedstawił oświadczenie producenta, potwierdzające, że oferowany przełącznik zaczepów będzie spełniał wymóg 800 000 łączy trwałości mechanicznej i elektrycznej. Zwracamy uwagę, że jest to niepoparta dowodami deklaracja producenta. Z ostrożności, w przypadku gdyby Zamawiający wezwał POWER ENGINEERING do uzupełnienia braków oferty POWER ENGINEERING (np. poprzez uzupełnienie pisma producenta przełącznika zaczepów), w piśmie tym wskazany zostać powinien przede wszystkim numer Postępowania, a także, aby producent ten wskazał, jakie cechy konstrukcyjne przełącznika zostaną zmienione w celu zwiększenia jego trwałości (aby zostało to przez tego producenta szczegółowo określone i pokazane na rysunkach konstrukcyjnych).

W przedmiotowej sprawie, Zamawiający nie może zdaniem Odwołującego samodzielnie poprawić omyłek zawartych w ofercie POWER ENGINEERING. W przypadku POWER ENGINEERING. nie ma on bowiem wiedzy dotyczącej tego, jaki dokładnie osprzęt w ramach poszczególnych zadań chciał zaoferować POWER ENGINEERING. Zamawiający nie ma i mieć takich informacji nie może, a poprawienie przez niego błędów lub braków w ofercie POWER ENGINEERING stanowiłoby materialnoprawną zmianę treści tej oferty.

Dodatkowo, wskazujemy, że zgodnie z pkt XVIII ppkt 3 SIWZ Zamawiający wymaga, aby „Cena powinna być skalkulowana i wskazana w formularzu ofertowym w sposób jednoznaczny, uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Zamawiający z tytułu należytej oraz zgodnej z szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia i obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę”. Niepodanie przez POWER ENGINEERING w ofercie konkretnych typów podobciążeniowych przełączników zaczepów i osprzętu, powoduje, że Zamawiający nie ma pewności, po pierwsze, jaki transformator zamawia (jak wyposażony), po drugie, czy

transformator w tym zakresie odpowiada jego potrzebom i czy spełni on cel udzielonego zamówienia, a po trzecie, czy, ze względu na to, że konkretne typy przełączników zacze­pów, czy też osprzętu, różnią się m.in. w zakresie ich ceny, czy nie powstanie po stronie Zamawiającego ryzyko, że zamówienie tych przełączników czy osprzętu i ich dostarczenie przez POWER ENGINEERING nie spowoduje de facto konieczności poniesienia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów, związanych z zamówieniem odpowiedniego wyposażenia transformatorów, niewykluczone, że droższego niż wyposażenie zakupione od POWER ENGINEERING. Ponadto, najważniejszym argumentem wynikającym z zacytowanego zapisu SIWZ, jest to, że brak sprecyzowania przez POWER ENGINEERING konkretnych typów przełączników i osprzętu powoduje, że oferty tej nie można, także pod względem cenowym, porównać z ofertami innych oferentów. Tym bardziej, że głównym kryterium oceny ofert, zgodnie z pkt XIX ppkt 1 SIWZ jest cena (100% oceny oferty - zgodnie z modyfikacją SIWZ dokonaną przez Zamawiającego pismem z dnia 30.10.2015r.).

Dodatkowo Odwołujący wskazywał, że zgodnie z pkt XVIII ppkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby „Cena powinna być skalkulowana i wskazana w formularzu ofertowym w sposób jednoznaczny, uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Zamawiający z tytułu należytej oraz zgodnej z szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia i obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę.”. Niepodanie przez POWER ENGINEERING w ofercie konkretnych typów podobciążeniowych przełączników zacze­pów i osprzętu, powoduje, że Zamawiający nie ma pewności, po pierwsze, jaki transformator zamawia (jak wyposażony), po drugie, czy transformator w tym zakresie odpowiada jego potrzebom i czy spełni on cel udzielonego zamówienia, a po trzecie, czy, ze względu na to, że konkretne typy przełączników zacze­pów, czy też osprzętu, różnią się m.in. w zakresie ich ceny, czy nie powstanie po stronie Zamawiającego ryzyko, że zamówienie tych przełączników czy osprzętu i ich dostarczenie przez POWER ENGINEERING nie spowoduje de facto konieczności poniesienia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów, związanych z zamówieniem odpowiedniego wyposażenia transformatorów, niewykluczone, że droższego niż wyposażenie zakupione od POWER ENGINEERING. Ponadto, najważniejszym argumentem wynikającym z zacytowanego zapisu SIWZ, jest to, że brak sprecyzowania przez POWER ENGINEERING konkretnych typów przełączników i osprzętu powoduje, że oferty tej nie można, także pod względem cenowym, porównać z ofertami innych oferentów. Tym bardziej, że głównym kryterium oceny ofert, zgodnie z pkt XIX ppkt 1 SIWZ jest cena (100% oceny oferty - zgodnie z modyfikacją SIWZ dokonaną przez Zamawiającego pismem z dnia 30.10.2015r.).

Ponadto Odwołujący podnosił zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z naruszeniem art. 91a Prawa zamówień publicznych, poprzez wyznaczenie aukcji elektronicznej dla zadania nr 2 i 3 objętego Postępowaniem i ewentualny zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 Prawa zamówień publicznych zw. z naruszeniem art. 91a Prawa zamówień publicznych, poprzez bezzasadne i bezprawne przeprowadzenie aukcji elektronicznej dla zadania nr 2 i 3.

Odwołujący podnosił, że w pkt XXV ppkt 2 SIWZ, Zamawiający przewidywał, że wybór najkorzystniejszej oferty nastąpi po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, jeżeli złożone zostaną przynajmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Taki sam warunek do przeprowadzenia aukcji elektronicznej przewiduje art. 91 a Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający, pismem z dnia 3 lutego 2016r., doręczonym ZREW w dniu 5 lutego 2016r., poinformował ZREW o wyznaczeniu aukcji elektronicznej w ramach zadania nr 2 i 3, a także, że oferta ZREW w ramach tych dwóch zadań sklasyfikowana została na 1 pozycji. Zamawiający nie poinformował przy tym ZREW o tym, czy oferty pozostałych oferentów zostały odrzucone (poza informacją o odrzuceniu oferty ETRA Kolektor), a także, na jakich pozycjach zostały sklasyfikowane. W ramach Postępowania i zadania nr 2 i 3 złożone zostały tylko cztery oferty, z czego oferta ETRA Kolektor została odrzucona przez Zamawiającego, o czym ZREW poinformowany został pismem z dnia 8.02.2016r., natomiast oferta POWER ENGINEERING powinna zostać odrzucona. W związku z tym, w Postępowaniu pozostałaby tylko oferta złożona przez ZREW i oferta Fabryki Transformatorów w Żychlinie Sp. z o.o. (dalej „FTZ”). Gdyby Zamawiający odrzucił ofertę POWER ENGINEERING, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych, czego zaniechał, naruszając jednocześnie przepisy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozostałyby tylko dwie oferty, a co za tym idzie, Zamawiający nie mógłby przeprowadzić aukcji elektronicznej i powinien wybrać ofertę najkorzystniejszą na podstawie złożonych dotychczas ofert. W związku z powyższym, czynność wyznaczenia aukcji elektronicznej powinna zostać unieważniona a Zamawiający powinien dokonać oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej bez przeprowadzania aukcji elektronicznej, po otwarciu ofert, odrzuceniu oferty POWER ENGINEERING.

Odnosnie zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej w ramach Postępowania przez ZREW w ramach zadania nr 2 i 3 i ewentualnego zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w zw. z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 21 Prawa

zamówień publicznych i art. 91a Prawa zamówień publicznych, poprzez bezzasadne i bezprawne zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej w ramach Postępowania przez ZREW w ramach zadania nr 2 i 3, po przeprowadzeniu przez Zamawiającego aukcji elektronicznej niezgodnie z art. 91a Prawa zamówień publicznych, Odwołujący podnosił następującą argumentację:

W świetle zarzutów i naruszeń procedury udzielania zamówień publicznych przez Zamawiającego, wskazanych powyżej, a także ze względu na to, że po odrzuceniu oferty POWER ENGINEERING, oferta złożona w ramach Postępowania na zadania nr 2 i 3 przez ZREW, po otwarciu ofert okazała się być najkorzystniejszą. Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty ZREW jako najkorzystniejszej. Natomiast z uwagi na to, że w ramach zadania nr 2 i 3 złożone zostały tylko dwie oferty niepodlegające odrzuceniu (tj. oferta ZREW i oferta FTZ, sklasyfikowana na dalszej pozycji), Zamawiający nie ma możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej, a co za tym idzie, powinien on odrzucić ofertę złożoną przez POWER ENGINEERING i dokonać wyboru oferty ZREW jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca POWER ENGINEERING spółka akcyjna z siedzibą w Czerwonaku, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w toku dalszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w SIWZ zawarł postanowienie, iż do oferty należy dołączyć „Karty katalogowe oferowanych transformatorów oraz zastosowanego osprzętu, w języku polskim, zawierające

wymagane w niniejszym dokumencie parametry techniczne wraz z rysunkami” (pkt IX ppkt 2 SIWZ).

Zamawiający w żaden sposób nie określił oczekiwanego stopnia szczegółowości w podaniu w ofertach przez wykonawców typów oferowanego sprzętu.

Wobec takich postanowień SIWZ, odnosząc się do argumentacji Odwołującego, nie można dopatrzeć się w ofercie Przystępującego podstaw faktycznych uzasadniających odrzucenie tejże oferty jako niezgodnej z SIWZ. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych może nastąpić tylko wówczas, gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Oferta w takim przypadku musi być niezgodna z jasnymi, jednoznacznymi postanowieniami SIWZ, przy czym w orzecznictwie zauważa się, że niezgodność jedynie formalna nie może mieć wpływu na ewentualną decyzję o odrzuceniu. Jeżeli zatem w SIWZ nie było sprecyzowanych wymogów w odniesieniu do podania stopnia szczegółowości typów urządzeń, to brak podstawy do odrzucenia oferty. Podstawa do odrzucenia oferty musi tkwić w jej treści, i wynikać z porównania z treścią SIWZ, a nie z treścią innych ofert. Dlatego argument, że w innych ofertach podano typy urządzeń w sposób oczekiwany przez Odwołującego jest nietrafny.

Odwołujący na stronie 4 odwołania, w pkt 1 (a w dalszych punktach – analogicznie) podnosi, że Przystępujący „nie podał dokładnego i pełnego typu podobciążeniowych przełączników zaczepów, które wskazywałyby, na jaki prąd znamionowy, na jaki zakres regulacji oraz na jaki poziom izolacji zostały one dobrane. Na podstawie treści oferty POWER ENGINEERING nie można jednoznacznie stwierdzić, jakie typy przełączników zostały zaoferowane. Nie precyzuje tego ani karta katalogowa podobciążeniowego przełącznika, ani formularz ofertowy, ani karta katalogowa transformatora. Wymóg taki wynika natomiast z pkt IX ppkt 2) SIWZ. Co za tym idzie, nie można ocenić i zweryfikować oferty POWER ENGINEERING pod względem technicznym. Podobciążeniowe przełączniki zaczepów mają znaczny wpływ na ocenę oferty, dlatego parametr ten ma charakter cenotwórczy i nie podlega wyjaśnieniu, a tym bardziej uzupełnieniu.”

W związku z przytoczonym wcześniej, a przywoływanym również przez Odwołującego postanowieniem pkt IX ppkt 2) SIWZ, aby Izba mogła uznać argumentację odwołania za zasadną, Odwołujący musiałby wykazać, że oferta Przystępującego jest niezgodna z parametrami wymaganymi w SIWZ, z wskazaniem, z jakim parametrem technicznym określonym w SIWZ oferta Przystępującego jest niezgodna. Tymczasem Odwołujący nie przywołuje parametrów określonych w SIWZ (wskazuje jedynie na „parametr ten”, bez żadnego jego skonkretyzowania), z którymi oferta Przystępującego miałaby być niezgodna.

W konsekwencji Izba nie mogła uwzględnić zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2

Prawa zamówień publicznych w związku z niewystarczającym, zdaniem Odwołującego, określeniem przedmiotu świadczenia w ofercie Przystępującego.

Izba nie dopatrzyła się również podstaw odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ w zaoferowaniu przełączników zaczepek na 800 000 łączy trwałości mechanicznej i elektrycznej. Według Odwołującego „przełączniki takie nie są dostępne na rynku w ofercie producentów”, a umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przedłożył wydruk korespondencji mailowej z 2014 r., z której wynika, że producent nie produkuje urządzeń o takiej trwałości.

Izba stwierdziła, że po pierwsze, Odwołujący nie udowodnił, że obecny stan wiedzy technicznej w sposób obiektywny uniemożliwia wyprodukowanie takich przełączników. Sama okoliczność, że dane urządzenie nie jest obecnie oferowane, nie przesądza, że może być wyprodukowane. Po drugie, z innych dowodów przedkładanych przez Odwołującego wynikało, że oferowane przez Przystępującego przełączniki mają trwałość 600 000 łączy - Zamawiający wymagał min. trwałości 500 000 łączy, zatem nie było podstaw do uznania, że oferta Przystępującego również w tym zakresie nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący podnosił na wstępie odwołania, że oferta Przystępującego „zawiera błędy, które stanowią o jej niezgodności z SIWZ. Nie są to omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, a więc inne omyłki, polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Omyłki zawarte w tej ofercie mają charakter nieusuwalny i Zamawiający nie może ich poprawić w ramach art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, gdyż powodowałyby to istotne zmiany w treści tej oferty, a Zamawiający, na podstawie innych danych w niej zawartych, nie jest w stanie samodzielnie ich uzupełnić.”. W ocenie składu orzekającego argumentacja odwołującego nie prowadzi jednak do ustalenia, że w ofercie Przystępującego są jakiegokolwiek błędy czy omyłki.

Należy zauważyć, że Zamawiający zwrócił się do trzech wykonawców, którzy złożyli oferty, w dniu 25 stycznia 2016 r., z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Wezwanie jest sformułowane w sposób analogiczny w stosunku do wszystkich wykonawców, w tym do Odwołującego. W takich okolicznościach zarzut nierównego traktowania wykonawców, prowadzącego do naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych, jest niezasadny.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....