Sygn. akt: KIO 1565/16

WYROK
z dnia 6 września 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2016 roku przez **Odwołującego** - **Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa, który działa w imieniu i na rzecz: PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie**

przy udziale:

1. wykonawcy **S. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. J. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ELEKTROPAKS z siedzibą w Łęcznej** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **(1) ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu, (2) Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych MEGA-POL S.A. z siedzibą w Bydgoszczy** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
3. wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **(1) ELEKTROMONTAŻ Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Choroszczy, (2) Pracownia Projektowa ENSPRO Sp. z o.o. z siedzibą w Choroszczy** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

---

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym poprawienie w tej ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w zakresie wskazanym w uzasadnieniu orzeczenia w odniesieniu do typu oferowanego kabla.

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa, który działa w imieniu i na rzecz: PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - **Electrum Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Zamawiającego PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa, który działa w imieniu i na rzecz: PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie** na rzecz **Odwołującego** - **Electrum Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1565/16

UZASADNIENIE

W dniu 22 sierpnia 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", odwołanie złożył wykonawca **Electrum sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku,** zwany dlaej „Odwołującym". W niniejszej sprawie stosuje się przepisy ustawy w brzmieniu sprzed wskazanej nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 roku.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn.: „Roboty budowlane w zakresie budowy dwutorowej linii kablowej 110 kV Łomianki - Czosnów, jednotorowej linii kablowej 15 kV, traktem światłowodowym w oparciu o opracowaną dokumentację z ostateczną decyzją zatwierdzająca projekt budowlany i udzielającą pozwolenia na budowę wraz z opracowaniem dokumentacji technicznej oraz wykonaniem na jej podstawie prac na terenie GPZ Łomianki i systemu liniowego pomiaru temperatur - system DTS" prowadzi Zamawiający: **PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa, który działa w imieniu i na rzecz: PGE Dystrybucja S.A. w Lublinie.**

Odwołanie wniesiono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na błędne uznanie, że treść tej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ"), o czym Wykonawca został poinformowany pismem Zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2016 r. przesłanym pocztą elektroniczną w dniu 18 sierpnia 2016 r. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie posiadało braków formalnych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na bezpodstawne uznanie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ (mimo, iż oferowany przez Wykonawcę kabel XRUHKXS-1T4FS 1x1000RMC/240 jest dokładnie takiego samego typu jak wymagany przez Zamawiającego), tj.: posiada tubę stalową z modułem optycznym z czterema włóknami światłowodowymi, co wynika wprost z typu oferowanego kabla oraz wersji angielskiej w karcie katalogowej oferowanego kabla (str. 57 oferty Odwołującego);
2. art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oferty i załączonego do niej dokumentu - Karty katalogowej oferowanego kabla XRUHKXS-1T4FS 64/110 kV 1 * 1000/240 produkcji Yuzhcable Works, PJSC, w odniesieniu do rozbieżności w zakresie ilości włókien

światłowodowych wynikającej jednoznacznie z podanego typu kabla oraz wersji angielskiej karty katalogowej (strona 57 oferty Odwołującego) a ilości określonej w treści polskiej karty katalogowej (strona 57 oferty Odwołującego), zwłaszcza, że typ oferowanego kabla jednoznacznie wskazuje, że posiada on cztery włókna światłowodowe oraz zaniechanie poprawienia omyłki pisarskiej w tłumaczeniu na język polski w/w parametru kabla, co w konsekwencji spowodowało odrzucenie oferty Wykonawcy.

Z ostrożności, w przypadku uznania przez Izbę, że omyłka w ofercie była inną omyłką niż pisarska, Odwołujący zarzuca naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy oferta Odwołującego zawiera inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty;
3. art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ocenę oferty Wykonawcy z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj.: zaniechanie podczas analizy oferty pisma Wykonawcy z dnia 18 sierpnia 2016 r. pt.: „Wyjaśnienie oczywistej omyłki pisarskiej", zaniechanie wyjaśnienia przez Zamawiającego oczywistej omyłki w treści oferty i potraktowanie jej wybiórczo bez odniesienia do treści całej oferty.

Odwołujący wnosił o:
1. uwzględnienie odwołania w całości zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji

elektronicznej, a w przypadku rozstrzygania odwołania po przeprowadzeniu aukcji i/lub wyborze najkorzystniejszej oferty nakazanie Zamawiającemu elektronicznej unieważnienie wyniku aukcji elektronicznej i/lub czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny i badania ofert, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy;
4. nakazanie Zamawiającemu uwzględnienia oferty Wykonawcy w dalszym postępowaniu przetargowym, w szczególności dopuszczenie Wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej zmierzającej do wyłonienia najkorzystniejszej oferty;

Wykonawca, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp zaznaczył, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy w związku z wyeliminowaniem jego oferty z postępowania oraz uniemożliwieniem mu uczestnictwa w aukcji elektronicznej. W ramach postępowania złożonych zostało dwanaście ofert, oferta Odwołującego znalazła się na pierwszym miejscu, stąd też udział w aukcji elektronicznej daje Wykonawcy realną możliwość wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej w ramach przetargu. Odrzucenie oferty przez Zamawiającego odbiera Odwołującemu prawo udziału w aukcji elektronicznej. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp i bezpodstawne odrzucenie oferty Wykonawcy może narazić go na szkodę, gdyż oferta Wykonawcy po przeprowadzeniu aukcji mogłaby być uznana za

najkorzystniejszą a Wykonawca mógłby realizować zamówienie i uzyskać związany z tym dochód, to zaś jako utraconą korzyść należy zakwalifikować jako szkodę w majątku Wykonawcy. Wystąpienie tej szkody, w przypadku niezakwestionowania czynności Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty, jest bardzo realne.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział w pkt XVIII SIWZ, iż w celu wyłonienia najkorzystniejszej oferty przeprowadzi w drugim etapie postępowania aukcję elektroniczną jeżeli zostaną złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. W pkt III 5 oraz 6 SIWZ Zamawiający pozwolił na stosowanie rozwiązań równoważnych spełniających opisywane przez Zamawiającego w SIWZ za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 30 ust. 1 - 3 ustawy.
W Załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, w pkt. 2.4 Załącznika podał, iż roboty budowlane mają być wykonane w oparciu m. in. o dokumentację projektową posiadaną przez Zamawiającego. Zamawiający udostępnił Wykonawcom Projekt wykonawczy, w którym w Tomie I, w pkt. 6 zawarty został opis techniczny projektowanych linii kablowych, gdzie jako producenta kabli wymieniono: Tele - Fonika Sp. z o.o. S. K. A. w Krakowie. Zaprojektowano wykonanie każdej z linii trzema kablami jednożyłowymi (o żyle roboczej i powrotnej miedzianej) typu XRUHKXS -1T4FS 1x1000/240 mm2.

W ramach postępowania złożono 12 ofert. Wykonawca przestawił ofertę z najniższą ceną. Drugą pozycję w stosunku do Wykonawcy zajęła oferta Konsorcjum: Elektromontaż Wschód sp. z o.o. oraz Pracownia Projektowa Enspro sp. z o.o.

Odwołujący przedstawił w swojej w swojej ofercie jako materiał równoważny w stosunku do kabla XRUHKXS -1T4FS 1x1000/240 mm2 produkowanego przez Tele - Fonika Sp. z o.o. S. K. A. w Krakowie - kabel XRUHKXS - 1T4FS 1x1000/240 mm2 produkcji Yuzhcable Works. Do oferty w zakresie wykazania równoważności materiałów załączone zostały szczegółowa karata katalogowa w/w kabli (str. 56 - 67 oferty), certyfikat zgodności nr 047/2016 wydany przez Instytut Energetyki Instytut Badawczy.

Wykonawca utajnił ofertę w zakresie stron - od 53 do 67 szczegółowo wykazując, dlaczego informacje znajdujące się na wymienionych stronach oferty stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, mimo to, pismem z dnia 2 sierpnia 2016 r. Zamawiający postanowił dokonać ujawnienia treści oferty Wykonawcy, nie podając żadnego uzasadnienia tego postępowania. Wcześniej Zamawiający nie pytał Wykonawcy o możliwość ujawnienia oferty. Następnie pismem z dnia 5 sierpnia 2016 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty w zakresie danych konstrukcyjnych kabla: WN 64/110 kV 1x1000/240mmz oraz dat przedsięwzięć, w które był zaangażowany Pan M. L. Wykonawca odpowiadając Zamawiającemu uzupełnił ofertę w żądanym zakresie.

Dnia 18 sierpnia 2016 r. Odwołujący przesłał faksem oraz mailem do Zamawiającego pismo pt: „Wyjaśnienie oczywistej omyłki pisarskiej”, w którym wskazał na oczywistą omyłkę pisarską w tłumaczeniu na język polski parametru technicznego oferowanego kabla XRUHKXS-1T4FS 64/110 kV 1 * 1000/240 produkcji Yuzhcable Works, PJSC w zakresie ilości włókien światłowodowych. Podał, iż powinno być, zgodnie z wersją angielską (four optical fibers):
„Tuba stalowa z modułem optycznym z czterema włóknami światłowodowymi zgodnie z ITU-T G.652.D”
zamiast:
„Tuba stalowa z modułem optycznym z dwoma włóknami światłowodowymi zgodnie z ITU-T G.652.D".

Następnie, tego samego dnia Wykonawca otrzymał mailem od Zamawiającego pismo pt: „Zaproszenie do aukcji", w którego treści znajdowała się „Informacja o ofertach odrzuconych”. Zamawiający, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując, że jest ona niezgodna z SIWZ, albowiem oferowany przez Wykonawcę kabel XRUHKXS-1T4FS 1*1000RMC/240 64/110 (123)kV posiada tubę stalową z modułem optycznym z dwoma włóknami, zaś zgodnie Zamawiający wymagał, aby kabel posiadał cztery wiązki światłowodowe.

Podniesiono, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp może nastąpić tylko w przypadku, gdy występuje zasadnicza i nieusuwalna niezgodność postanowień oferty z zapisami SIWZ. Z tak rozumianą niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ nie mamy do czynienia w postępowaniu, a więc podjęta przez Zamawiającego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego była nieprawidłowa.

Wykonawca podkreśla, że w swojej ofercie przedstawił kabel typu XRUHKXS- 1T4FS 64/110 kV 1 * 1000/240, który był tym samym typem kabla, jak ten którego wymagał Zamawiający. Zamawiający w Tomie II Projektu, na stronie 10 (powołuje się też na to w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty Wykonawcy) przedstawił instrukcję w zakresie odczytania typu kabla - 1T4FS, gdzie 1T - oznacza jedną tubę stalową-4F - cztery włókna światłowodowe (4 Fiber), zaś S -jednomodowe (single - modę).

Na stronie 56 oferty Wykonawca wskazał jako „oznaczenie kabla/type codę: YUZHCABLE XRUHKXS- 1T4FS 1x1000/240 mm2 64/110 kV 2016”. Oznaczenie to powtórzone jest w nagłówku każdej ze stron karty katalogowej (str. 56 - 60 oferty) - łącznie siedem razy.

Mając na względzie wyżej przedstawione zapisy dokumentacji projektowej w zakresie sposobu odczytania oznaczenia 1T4FS, Zamawiający zobowiązany był je zastosować również do oznaczenia typu kabla oferowanego przez Wykonawcę. Parametr ilości włókien światłowodowych wynikał wprost z użytej przez Wykonawcę oznaczenia typu oferowanego

---

kabla, tj.: „1T4FS”. a zatem Wykonawca na stronach oferty od 56 - 60 wielokrotnie i wyraźnie określił parametry oferowanego kabla poprzez określenie typu. Poza tym na stronie 1 i 2 oferty Wykonawca oświadczył, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, zaś w jego ofercie zostały uwzględnione wszystkie wymogi SIWZ. Zamawiający czytając ofertę Wykonawcy nie mógł pominąć w/w oświadczenia Wykonawcy.

Kabel XRUHKXS-1T4FS 64/110 kV 1 * 1000/240 produkcji Yuzhcable Works, PJSC w zakresie ilości włókien światłowodowych odpowiada wymogom Zamawiającego określonym w Tomie II Linia światłowodowa DTS oraz w Tomie I Projektu (str.5), albowiem posiada on na całej długości wiązki 4 włókien światłowodowych jednomodowych preinstalowanych w luźnej, stalowej tubie.

Wykonawca dodatkowo, ponad wyżej wskazaną nazwę typu, przedstawił Zamawiającemu kartę katalogową producenta przedmiotowych kabli Yuzhcable Works, PJSC sporządzoną oryginalnie w wersji angielskiej, a przedstawioną przez producenta z tłumaczeniem na język polski. Zgodnie z treścią karty katalogowej (str. 57 oferty), mając na względzie jej wersję angielską parametr dotyczący ilości włókien światłowodowych został określony następująco: „Steel optical module with four optical fibers type ITU-T G.652D”.

Zamawiający nawet w dokumentacji technicznej odnoszącej się do wymagań co do światłowodów, posługuje się nomenklaturą w języku angielskim („Fiber”, „Single mode”) co wykazuje, że jest w stanie identyfikować parametry techniczne kabla bazując na angielskim słownictwie, tym bardziej nie wymagających znajomości języka angielskiego na poziomie wyższym niż elementarny.

Opisane wyżej oznaczenie 1T4FS jest typem kabla, którego wymagał Zamawiający, określił to m. in. w Projekcie, pkt 6.1. pisząc, że „zaprojektowano wykonanie każdej z linii trzema kablami jednożyłowymi (o żyle roboczej i powrotnej miedzianej) typu XRUHKXS - 1T4FS 1x1000/240 mm2. Nie jest to zatem przypadkowe zestawienie cyfr i liter, ale konkretna informacją o parametrach kabla i nie może być inaczej traktowana

Analogicznie, oznaczenie typu kabla w ofercie Wykonawcy niesie za sobą konkretną informację, między innymi w zakresie ilości wiązek światłowodowych, cyfra „4" przy literze „F" oznacza, że kabel Yuzhcable Works PJSC prezentowany na stronach 56 - 60 oferty ma cztery włókna światłowodowe. Wbrew oczywistości omyłki, Zamawiający, oceniając ofertę Wykonawcy, odniósł się jedynie do tłumaczenia na język polski opisu parametru ilości wiązek światłowodowych, gdzie w wyniku jednego błędu podczas tłumaczenia z języka angielskiego wskazano jako liczbę tych włókien dwa, a nie jak w wersji angielskiej - cztery. Podkreślić należy, iż jest to jedyne miejsce, gdzie zaistniała pomyłka, pozostałe odniesienia do parametrów kabla są prawidłowe, w tym także w nagłówku strony 57, gdzie wskazuje się typ kabla o 4 włóknach. Zatem nie sposób jest nie zauważyć kontekstu świadczącego

o oczywistości omyłki. W karcie katalogowej załączonej do oferty łącznie aż siedem razy wymieniony jest typ kabla jasno określający, ile włókien światłowodowych ów kabel zawiera. Podkreślić należy, że analiza treści całej oferty, a w kontekście rozważanego zagadnienia wszystkich zapisów oferty odnoszących się do kabla YUZHCABLE XRUHKXS-1T4FS 1x1000/240 mm2 64/110 kV 2016, tj.: stron od 55 - 60 oferty wskazuje, że Wykonawca zaproponował materiał, który spełnia wszystkie wymagania SIWZ, zaś tylko w tłumaczeniu zapisu karty katalogowej na język polski wystąpiła oczywista omyłka pisarska, którą Zamawiający mógł i powinien był poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, zwłaszcza, że Wykonawca sam, nie czekając na wezwanie, wyjaśnił Zamawiającemu zaistniałą pomyłkę w tłumaczeniu.

Wobec powyższego, nie zaistniała przesłanka dla odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż oferta Wykonawcy jest zgodna z zapisami SIWZ. Dodatkowo Odwołujący załączył do odwołania oświadczenie producenta kabli Yuzhcable Works, PJSC potwierdzające, iż oferowane kable posiadają cztery włókna światłowodowe - zgodnie z zapisami karty katalogowej w języku angielskim.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 13 maja 2015 r. w sprawie KIO 896/15 „Odrzucenie oferty następuje w przypadkach, gdy Zamawiający ma pewność, że oferta wykonawcy jest niezgodna z SIWZ. Przesłanki dotyczące odrzucenia oferty powinny być interpretowane w sposób ścisły. Zatem, gdy ponad wszelką wątpliwość z dokumentacji postępowania wynika, że oferta wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego możliwe jest jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Takiej pewności w okolicznościach omawianej sprawy nie mógł mieć Zamawiający, jako profesjonalista z branży, posługujący się językiem angielskim (rozszyfrowując oznaczenie: 1T4FS Zamawiający posługuje się angielską nomenklaturą). Mógł ewentualnie wyjaśnić te wątpliwości przy zastosowaniu środków, jakie daje mu ustawa, poza tym treść oferty, nawet bez wyjaśnień Wykonawcy, dawała podstawę do uznania, iż tłumaczenie na język polski karty katalogowej kabli w tym jednym miejscu zawiera ewidentną pomyłkę, a oferowany produkt jest zgodny z SIWŻ.

W dalszej części uzasadnienia odwołania, Odwołujący przywołał wyrok z dnia 13 czerwca 2014 r. w sprawie KIO 1108/14, zgodnie z którym, jeżeli wykonawca w sposób niezamierzony popełnił w tłumaczeniu z języka angielskiego na język polski błąd redakcyjny zastępując wyrażenie „kwas solny" wyrażeniem „kwas siarkowy", a treść dokumentu sporządzonego w języku angielskim jednoznacznie wskazuje, że dotyczy on badań dla kwasu solnego, błąd taki należy uznać za oczywista omyłkę pisarska w rozumieniu art. 87 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp."

W omawianej sprawie, zdaniem Odwołującego, mamy do czynienia z tego rodzaju błędem redakcyjnym, albowiem słowo „four" zostało przetłumaczone jako „dwa", ponadto

oczywistość omyłki należy wywieść z innych elementów oferty, tj.: typu oferowanego kabla - 1T4FS. W ocenie Odwołującego, nie sposób z oferty wywnioskować, że intencją Wykonawcy

było złożenie oferty na kabel z dwoma włóknami światłowodowymi, takie bowiem założenie prowadziłoby do stwierdzenia, że oznaczenie oferowanego kabla jako „typu: 1T4FS" było przypadkowe i tylko ze względu na niewyjaśniony zbieg okoliczności odpowiada to typowi kabla wymaganego przez Zamawiającego. Podobnie w wersji angielskiej tylko przypadkowo opisano, że tuba stalowa z modułem optycznym ma 4 włókna światłowodowe, a Wykonawca celowo tłumacząc dokument wprowadził niezgodność i sprzeczność w informacjach przekazanych Zamawiającemu w ofercie. Takie założenia byłyby irracjonalne i nielogiczne.

Zgodnie z powszechnie przyjętym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, oczywista omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawienia bez odwoływania się do innych dokumentów. Oczywista omyłka pisarska jest wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego. Taki przypadek w ocenie Odwołującego ma miejsce w postępowaniu. Wykonawca w sposób niezamierzony popełnił w tłumaczeniu z języka angielskiego na język polski błąd redakcyjny zastępując angielski liczebnik „four" liczebnikiem „dwa" w języku polskim.

W wyroku z dnia 15 maja 2015 r. w sprawie KIO 918/15 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że *„Odrzucenie oferty nie może nastąpić bez zastosowania procedury opisanej w art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp".* Zaś w wyroku z dnia 21 kwietnia 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż *„Zamawiający natykając się na usterki oferty ma w pierwszym rzędzie wyjaśnić przyczyny powstania tych usterek i w miarę możliwości doprowadzić do tego, aby móc takie oferty poddać ocenie i wyborowi najkorzystniejszej oferty. Obowiązek, a nie tylko możliwość, takiego zachowania Zamawiającego wynika z przepisów art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Obowiązek doprowadzenia oferty do stanu umożliwiającego dokonanie wyboru (w granicach przytoczonych przepisów) jest niezależny od stwierdzeń wykonawcy, które mogą zawierać różne treści".*

Zamawiający w stosunku do oferty Odwołującego nie dopełnił obowiązków określonych wymienionymi przepisami.

W wyroku KIO 674/15 Izba podała, że *„do rangi zasady wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podnoszona jest możliwość samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłki, bez udziału wykonawcy (...). Nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Należy tu odróżnić dopuszczalne*

skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy nie należy utożsamiać z brakiem możliwości uwzględnienia informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień."

Takie wyjaśnienia w sprawie złożył sam Wykonawca w dniu 18 sierpnia 2016 r. Pomijając nawet oczywistość zaistniałej pomyłki, która w ocenie Odwołującego nie powinna budzić wątpliwości, to złożone dodatkowo przez samego Wykonawcę wyjaśnienia stanowić powinny dla Zamawiającego asumpt do podjęcia konkretnych czynności w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp. Tymczasem te wyjaśnienia pozostały bez odpowiedzi i nie wpłynęły na podjęcie przez Zamawiającego jakichkolwiek czynności wskazanych przez ustawę dających mu możliwość poprawienia w tym zakresie oferty.

Jak wskazuje orzecznictwo ze względu na swoją oczywistość - poprawa omyłki nie może być wynikiem prowadzenia wnikliwych badań, a powinna być wynikiem łatwo dostępnych informacji i niezawansowanej wiedzy. Wiedzą taką mogą być powszechne wiadomości wyniesione ze szkoły, ze studiów, z praktyki zawodowej czy z życia codziennego. Przy czym oczywistości omyłki nie można oddzielać od wiedzy zamawiającego czy posiadanych przez niego wiadomości, a wprost zagadnienie oczywistości omyłki należy ta wiedza uzasadniać (wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2015 r.). W swoim piśmie „Zaproszenie do aukcji" w części „Informacja o ofertach odrzuconych" uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy, Zamawiający pokazał, iż:

a) zna język angielski;

b) identyfikuje oznaczenie typu kabla: 1T4FS jako stwierdzenie konkretnych parametrów

technicznych kabla, w tym ilości włókien światłowodowych.

Ta wiedza zaś była wystarczająca dla stwierdzenia omyłki pisarskiej w tłumaczeniu karty katalogowej kabla na język polski, ewentualnie zauważenia sprzecznych informacji w karcie katalogowej, co powinno prowadzić do wykorzystania środków z ustawy Pzp w celu wyeliminowania oczywistych usterek oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1, ewentualnie 3 Pzp, lub do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp. Odrzucenie oferty może nastąpić jako swego rodzaju ostateczność, wtedy, kiedy zawiodą wszelkie inne możliwości wytłumaczenia się Wykonawcy, gdyż Zamawiający jako oceniający ofertę może niewłaściwie zinterpretować jej elementy i w konsekwencji skrzywdzić Wykonawcę.

W celu wyeliminowania oczywistych omyłek pisarskich, ustawodawca przewidział przepis - art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp - pozwalający na ich poprawienie przez Zamawiającego, zaś w celu rozwiania wątpliwości - art. 26 ust. 4 i art. 25 ust 1 Pzp. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający pominął zarówno wersję angielską jak i oznaczenia kabla

---

wskazujące na jego prawidłowe parametry (na dokładnie tej samej stronie 57 oferty Odwołującego); ponadto nie wezwał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a co więcej, nie zareagował także na pismo Wykonawcy - stąd też zarzut naruszenia ww. przepisów.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W ocenie Wykonawcy był on dyskryminowany z uwagi na przedstawienie materiału równoważnego w stosunku do materiału sugerowanego przez Zamawiającego. Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający wskazał, że oferowany kabel może być produkcji Tele - Fonika sp. z o.o. S. K.A., świadczy o tym użyte sformułowanie „np.". Zamawiający wymagał konkretnego typu kabla. Z przebiegu postępowania wynika, że jeżeli którykolwiek z Wykonawców nie przedstawił jakiegokolwiek opisu kabla, Zamawiający w ogóle nie dopytywał Wykonawców o parametry techniczne oferowanego kabla. Tymczasem treść SIWZ nie wskazuje na możliwość domniemania, iż każdy z Wykonawców, który nie przedstawił opisu kabla posłuży się przy realizacji zamówienia kablem produkowanym przez Tele - Fonika sp. z o.o. S.K. A.

W tym stanie rzeczy Wykonawcy, którzy przedstawili materiały (rozwiązania) równoważne byli w zdecydowanie gorszej pozycji niż inni Wykonawcy, albowiem Zamawiający, w stosunku do Odwołującego, bardzo szczegółowo badał każdy jednostkowy parametr techniczny kabla i nie zważał w tym względzie na oświadczenie Wykonawcy ze stron - 1 - 2 oferty. Pozostali Wykonawcy, którzy nie wykazywali materiałów równoważnych, w kwestii zgodności wykonania zamówienia z wymogami SIWZ składali tylko takie oświadczenie.

Ponadto Zamawiający bardzo wybiórczo analizował poszczególne parametry oferowanych przez Odwołującego kabli, zupełnie nie odniósł sie do treści całej oferty, nie podjął czynności w zakresie wyeliminowania omyłki pisarskiej tłumaczenia na język polski, mimo że jej oczywistość wynikała wprost z treści oferty.

Zamawiający zupełnie pominął wyjaśnienia treści oferty przedłożone przez Odwołującego w dniu 18 sierpnia 2016 r., co w powiązaniu z pozostałymi zarzutami wskazuje na niedokonanie przez Zamawiającego merytorycznej i kompleksowej oceny oferty Wykonawcy.

Mając na względzie powyższe, odwołanie zdaniem strony odwołującej jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, pozostałej dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania, zaprezentowane pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem

odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, która była najkorzystniejsza cenowo, jeszcze przed przeprowadzeniem przewidzianej w postępowaniu aukcji elektronicznej, gdzie potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 23 sierpnia 2016 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2016 roku, do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosił wykonawca **S. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S. J. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe ELEKTROPAKS z siedzibą w Łęcznej.** Przystąpienie miało miejsce po stronie Zamawiającego, spełniało wymogi formalne i było skuteczne.

W dniu 24 sierpnia 2016 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2016 roku, do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosili **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: (1) ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu, (2) Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych MEGA-POL S.A. z siedzibą w Bydgoszczy.** Przystąpienie miało miejsce po stronie Zamawiającego, spełniało wymogi formalne i było skuteczne.

W dniu 25 sierpnia 2016 roku odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2016 roku, do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosili **wykonawcy**

---

wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: (1) ELEKTROMONTAŻ Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Choroszczy, (2) Pracownia Projektowa ENSPRO Sp. z o.o. z siedzibą w Choroszczy. Przystąpienie miało miejsce po stronie Zamawiającego, spełniało wymogi formalne i było skuteczne.

Na stronach 56 do 60 oferty Odwołującego załączono Specyfikację techniczną oferowanego kabla elektroenergetycznego z izolacją XLPE typu XRUHKXS-1T4FS 64/110 kV 1x1000/240, z której na stronie 57 oferty podano:
Tuba stalowa z modułem optycznym z dwoma włóknami światłowodowymi zgodnie z ITU-T G.652D/ Steel optical module with four optical fibers type ITU-T G.652D.

Ustalono, że w dniu 18 sierpnia 2016 roku Odwołujący przesłał bez uprzedniego wezwania pismo „Wyjaśnienie oczywistej omyłki pisarskiej". Wyjaśnił w nim i sprostował zaistniałą na stronie 57 oferty (Dane techniczne/Technical data) oczywistą omyłkę pisarską w tłumaczeniu na język polski parametru technicznego oferowanego kabla XRUHKXS-1T4FS 64/110 kV 1 * 1000/240 produkcji Yuzhacable Works, PJSC w zakresie ilości włókien światłowodowych. Powinno być, zgodnie z wersją angielską (four optical fibers): „Tuba stalowa z modułem optycznym z czterema włóknami światłowodowymi zgodnie z ITU-T G.652.D" zamiast „Tuba stalowa z modułem optycznym z dwoma włóknami światłowodowymi zgodnie z ITU-T G.652.D". Powyższe wynika też z opisu typu oferowanego przez wykonawcę kabla, tj. 1T4FS, gdzie „4F" oznacza ilość włókiem światłowodowych, zaś 1T – jedna tuba stalowa, S – włókno jednomodowe. Wskazane oznaczenie typu z cyfrą „4" znajduje się tabeli „Wykaz materiałów równoważnych" (str. 55 oferty) oraz w nagłówku każdej strony od 56 – 60 (Dane techniczne oferowanego kabla), dodatkowo na stronie 56 jako oznaczenie kabla, co świadczyć miało o oczywistości zaistniałej omyłki. Wykonawca wnosił o uwzględnienie wyjaśnień przy ocenie oferty, poprawienie oczywistej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W dniu 18 sierpnia 2016 roku Zamawiający poinformował o wyniku oceny ofert,

ofertach odrzuconych i wskazał wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji.

W przypadku Odwołującego zaznaczył, że oferta podlega odrzuceniu. Zamawiający w SIWZ opisał przedmiot zamówienia w udostępnionej wykonawcom dokumentacji projektowej. W „Tomie II Linia światłowodowa DTS" zostało opisane wymaganie dotyczące zastosowania do budowy optotelekomunikacyjnych linii kablowych dla systemu DTS na całej długości wiązki 4 włókien światłowodowych jednomodowych preinstalowanych w luźnej, stalowej tubie, umieszczonej w powłoce kabla energetycznego typu XRUHKXS-1T4FS

1x1000RMC/240 64/110 (123)kV wykonanego w oparciu o normy ZN-TF-530 oraz IEC 60840 gdzie:

- 1T – jedna tuba stalowa
- 4F – cztery włókna światłowodowe (4 Fiber)
- S – jednomodowe (Single-mode)

Oferowany przez Wykonawcę kabel XRUHKXS-1T4FS 1x1000RMC/240 64/110 (123)kV produkcji YUZHACABLE WORKS, PJSC, zgodnie z załączoną do oferty kartą katalogową (strona 56 do 60 oferty) posiada tubę stalową z modułem optycznym z dwoma włóknami (strona 57 oferty). W związku z powyższym Zamawiający uznał ofertę jako niezgodną z zapisami SIWZ i odrzucił ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, uznano iż odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Przy ocenie adekwatności treści oferty do wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ i innych dokumentach składających się na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględnia się również zawodowy charakter działalności wykonawcy i zwiększone w związku z tym oczekiwania, co do jego profesjonalizmu, obejmującego znajomość przepisów prawa i warunków prowadzenia działalności, w tym realiów danego segmentu rynku.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, iż z tak rozumianą niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ nie mamy do czynienia, a więc podjęta przez Zamawiającego decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego była nieprawidłowa. W ocenie składu orzekającego Izby możliwe jest poprawienie treści oferty Odwołującego bez istotnej zmiany jej treści, co wypełnia dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z zapisów SIWZ wynikało, że należy uwzględnić przy wykonywaniu prac kabel typu XRUHKXS- 1T4FS 64/110 kV 1 * 1000/240, np. produkcji Tele-Fonika Sp. z o.o. S.K.A. W SIWZ w wielu miejscach określając typ materiałów Zamawiający użył sformułowania „kabel typu XRUHKXS-1T4FS (…)". Wykonawca Odwołujący przedstawił w ofercie produkt równoważny zawierający oznaczenie tożsame co do użytych w SIWZ symboli literowo-

cyfrowych z przywołanym powyżej produkcji Yuzhacable Works. W dokumencie Karta katalogowa sporządzonym w dwóch językach, w tłumaczeniu z języka angielskiego na język polski karty katalogowej stwierdzono, że w ramach zamówienia dostarczona zostanie „tuba stalowa z modułem optycznym z dwoma włóknami", natomiast z wersji angielskiej wynika, że w tubie przewidziano cztery włókna („four optical fibers"). Wykonawca próbował zaistniałą omyłkę wyjaśnić, jednak informacja ta dotarła do Zamawiającego po przekazaniu wykonawcom decyzji o zaproszeniu do udziału w aukcji i odrzuceniu oferty.

Choć niewątpliwie wyjaśnienia Wykonawcy odnośnie omyłki pisarskiej dotarły do Zamawiającego po wysłaniu do wykonawcy decyzji o odrzuceniu oferty, to Zamawiający po ich otrzymaniu mógł i powinien był przeanalizować ich treści i podjąć decyzję w zakresie ponowienia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia Wykonawcy są przekonywujące, a „błędy", które pojawiły się w złożonym tłumaczeniu Zamawiający mógł poprawić kwalifikując je jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawca w wyjaśnieniach jasno zaznaczył, że złożony dokument dotyczy określonego typu kabla z określonymi i wymaganymi w SIWZ parametrami. Na powyższe bezsprzecznie wskazuje treść dokumentu w języku angielskim. Sformułowanie „4F", które pojawia się w tłumaczeniu karty katalogowej w co najmniej kilku miejscach, w ocenie składu orzekającego Izby jest jednoznacznym określenie typu kabla odnośnie ilości wiązek. Sam Zamawiający w SIWZ takich symboli i oznaczeń co do parametrów używa. Nie sposób z oferty i innych złożonych dokumentów wywnioskować, że intencją Wykonawcy było złożenie oferty na dwa różne rodzaje kabla, jednego z parametrem dwóch włókien i drugiego z parametrem czterech włókien, ponieważ to oznaczałoby, iż w pierwszym przypadku mielibyśmy do czynienia z nieprawidłowym tłumaczeniem i przede wszystkim niespełnieniem wymagań SIWZ, a w drugim przypadku z brakiem dokumentów

w języku angielskim. Tymczasem karta katalogowa dotyczy jednego typu kabla, a w związku z dodatkowymi informacjami w niej zawartymi w zakresie oznaczeń technicznych, wynika, że wykonawca zaoferował kabel o czterech włóknach, co wyraźnie potwierdzają elementy karty sporządzone w języku angielskim. Nie jest też tak, na co wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że powtórzenie w karcie katalogowej w nazewnictwie kabla ciągu cyfr i liter, tak jak w SIWZ zaznaczono do kabli produkowanych przez Tele-Fonikę nie musi oznaczać, że zaoferowano produktu o tych samych parametrach technicznych. Zamawiający nie zarzucał wykonawcy tego rodzaju niezgodności w decyzji o odrzuceniu oferty, nie wskazywał na brak równoważności produktu. Odwoływano się jedynie do różnic między danymi technicznymi w języku angielskim a polskim tłumaczeniem. W ocenie Izby oznaczenie w karcie katalogowej typu kabla określonym symbolem wskazuje na jego rodzaj. Tezy przeciwnej Zamawiający nie wykazał. Jeżeli zaś Zamawiający uważał, że wymaga postępowania wyjaśniającego zagadnienie, czy użyte w ofercie symbole identyfikują nazwę materiału równoważnego, czy też tylko wskazują na pewne cechy produktu, stanowią tylko powtórzenie wymagań SIWZ i nie są wystarczającym potwierdzeniem spełniania określonych wymagań, to winien był przeprowadzić dodatkowe postępowanie wyjaśniające przed odrzuceniem oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powoływał się na inne niedoskonałości karty katalogowej, wskazywał, że wygląd karty dołączonej do oferty różni się od wyglądu kart katalogowych dostępnych na stronie producenta kabla, jednakże cechy te nie były powodem odrzucenia oferty Odwołującego, więc nie mogą one zadecydować o nieuwzględnieniu odwołania, zważywszy na okoliczność, że wątpliwości tych Zamawiający nie wyjaśniał z wykonawcą. Zamawiający nie argumentował w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, że powtórzenie nazwy kabla produkowanego przez Tele-Fonikę nie świadczy o spełnianiu przez określony produkt żądanych charakterystyk. W swojej decyzji Zamawiający odniósł się jedynie do nieścisłości tłumaczenia, które w ocenie Izby przy użyciu elementarnej wiedzy z języka angielskiego co do oznaczenia liczebników można było wyjaśnić, a w ofercie dokonać stosowanych poprawek. Izba nie zaprzecza, iż jedną z podstawowych zasad prowadzenia postępowania jest zasada używania języka polskiego jako języka podstawowego. Tym niemniej jak zauważono, pomyłka w ofercie ma charakter tak podstawowy co do znajomości języka obcego, że nie zaprzecza ona podstawowej

przywołanej zasadzie nadrzędności języka polskiego. Zestawienie ze sobą treści tekstu źródłowego i tłumaczenia oraz pozostałych elementów karty katalogowej, pozwala bez zbędnej szczegółowości zidentyfikować istotę błędu w ofercie Odwołującego właśnie w treści tłumaczenia na język polski. Z tych powodów właśnie uznano dokonanie przedmiotowej poprawy za dopuszczalne i konieczne.

16

Zakwalifikowanie przedmiotowego błędu jako omyłki pisarskiej byłoby zbyt dużym uproszczeniem w interpretacji oświadczenia woli znajdującego się w ofercie, omyłka ta nie nosi cech oczywistości, do jej poprawienia konieczna jest analiza całego dokumentu karty technicznej, a także innych dokumentów składających się na treść oferty, w tym choćby wykazu materiałów równoważnych.

Jednakże bez szczególnego zagłębiania się w treść oferty i złożonych dokumentów, Wykonawca w sposób niezamierzony popełnił w tłumaczeniu z języka angielskiego na język polski błąd redakcyjny zastępując wyrażenie „four fibers" wyrażeniem „(…) dwoma włóknami". Zamawiający nie przedstawił jednak wiarygodnej argumentacji, czy też namiastki dowodów, które wskazywałyby na celowe, zamierzone działanie wykonawcy, które miało lub mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd. Dodatkowo, co już podkreślono w uzasadnieniu orzeczenia, w tej sprawie wykonawca złożył stosowane wyjaśnienia, w tym także oświadczenie producenta kabla, który potwierdził, że produkt spełnia wszystkie wymagane parametry, w tym parametr 4 włókien światłowodowych. Cechę tę potwierdzają także inne elementy karty katalogowej użyte do określenia typu kabla. W działaniu Wykonawcy nie dopatrzono się cech celowości, umyślnego wprowadzania w błąd. Ustawa Pzp przewiduje możliwość poprawienia w ofercie różnego rodzaju niedoskonałości, również tych które w sposób znaczący mogą wpływać na treść całej oferty. Należy przy tym podkreślić, iż uznanie powyższej omyłki za podlegającą poprawieniu przez Zamawiającego nie prowadzi do zmiany rzeczywistej treści i sensu oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie. Na uwagę zasługuje fakt, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez Zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści SIWZ; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa. Granicą dopuszczalności zastosowania przedmiotowej regulacji prawnej jest prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą niedozwolonych negocjacji oraz możliwość samodzielnego działania Zamawiającego, który bez udziału wykonawcy zna sposób poprawienia stwierdzonej omyłki. Taka poprawa może być poprzedzona wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień, jednakże składane wyjaśnienia nie mogą zmienić istoty treści oferty. Oceniając zaś w aspekcie faktycznym i prawnym skutek dokonanej poprawki Izba nie dopatrzyła się istotności zmiany w treści oferty Odwołującego. Izba oceniła zakres zmiany w stosunku do całości oferty, całokształtu treści oświadczenia woli wykonawcy, a także jej wpływ w ujęciu finansowym na treść oferty.

17

Co do zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w związku art.25 ust. 1 ustawy Pz przez zaniechanie ich użycia, to w ocenie Izby w postępowaniu nie było konieczne ich zastosowanie. Jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający regulacje art. 26 ust. 3 i 4 służą do uzupełnienia brakujących dokumentów, w tym także dokumentów o charakterze przedmiotowym lub wyjaśnienia ich treści. W prowadzonym postępowaniu sama treść oferty jest na tyle jasna, że nie było potrzeby uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków przedmiotowych, omyłka w ofercie była na tyle łatwa do zidentyfikowania i naprawienia przez uwzględnienie poprawności tłumaczenia, że Zamawiający bez wspomnianych przepisów mógł ocenić ofertę.

Konkludując, adekwatne do zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu sytuacji było skorzystanie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie zaś z art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przy

nakazanym ponownym badaniu i oceny ofert w postępowaniu, Zamawiający winien przy tej ocenie uwzględnić ofertę Odwołującego, w tym znajdujące się w niej dokumenty i oświadczenia oraz dokumenty otrzymane w wyniku prowadzonego postępowania wyjaśniającego i poprawić wyrażenie „four fibers” na „cztery włókna” w tych dokumentach.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący udowodnił tezy zaprezentowane w odwołaniu. W postępowaniu doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W prowadzonym postępowaniu nie uczyniono zadość przestrzeganiu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej.

Przewodniczący: