

WYROK
z dnia 20 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2011 r. przez Vattenfall Sales Poland Sp. z o.o. w Gliwicach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Legnica

przy udziale TAURON Sprzedaż Sp. z o.o. w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Vattenfall Sales Poland Sp. z o.o. w Gliwicach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Vattenfall Sales Poland Sp. z o.o. w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Vattenfall Sales Poland Sp. z o.o. w Gliwicach na rzecz Miasta Legnica kwotę 4288 zł 69 gr (słownie: cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt osiem złotych, sześćdziesiąt dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Legnicy.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Legnica, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup energii elektrycznej dla jednostek Gminy Legnica.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 26.10.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 206-335747.

W dniu 01.12.2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty Tauron Sprzedaż Sp. z o.o. w Krakowie (dalej „Tauron”) jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wyboru zamawiający wskazał, iż co prawda pierwotnie odrzucił ofertę Tauron, jednakże przy jej ponownej ocenie uwzględnił argumentację tego wykonawcy podniesioną w jego „odwołaniu” (w rzeczywistości zwykłym piśmie skierowanym do zamawiającego, które nigdy nie wpłynęło do Prezesa KIO) i stwierdził, że:

- 1) W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) nie wymagał i nie podał konkretnego sposobu obliczenia jednostkowej ceny brutto za 1 kWh, a więc sposób zastosowany przez Tauron doliczania podatku VAT w złotych i groszach według obowiązujących stawek do cen jednostkowych był jak najbardziej uprawniony,
- 2) Odwołujący wyliczył cenę netto zgodnie z ilościami kWh w poszczególnych taryfach z „Zestawienia wartości w podziałne na jednostki” oraz zaproponowanymi przez siebie w ofercie cenami jednostkowymi netto za 1

kWh, a cena ofertowa brutto została prawidłowo wyliczona przez dodanie do ceny netto 23% podatku VAT,

- 3) Odwołujący złożył ofertę odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia pomimo braku „Formularza cenowego” i „Zestawienia wartości w podziale na jednostki” – zał. nr 2 do siwz, ponieważ zaoferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami specyfikacji z załącznikiem nr 1, w którym wykazane są punkty odbioru i ilości kWh. Wykonawca podał w ofercie wymagane przez zamawiającego ceny jednostkowe netto i brutto.

W dniu 09.12.2011 r. Vattenfall Sales Poland sp. z o. o. w Gliwicach wniosła odwołanie od ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona.
- 2) naruszenie art. 89 Pzp poprzez uznanie, iż oferta Tauron odpowiada treści siwz, przy czym w zawiadomieniu z dnia 1 grudnia 2011 r. Zamawiający sam wskazał, iż oferta ta nie zawierała „Formularza cenowego” i wymaganego do niego „Zestawienia wartości w podziale na jednostki” - zał. 2 do swiz,
- 3) naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty, która nie spełnia kryteriów oceny ofert określonych w siwz,
- 4) naruszenie art. 96 ust. 3 poprzez czynności mające na celu utrudnienie Odwołującemu zapoznanie się z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz załącznikami do protokołu,
- 5) naruszenie art. 186 ust. 1 i 2 Pzp poprzez zawarcie w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie Tauron, gdzie Zamawiający uwzględnił zarzuty Wykonawcy dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Tauron, zatem czynność Zamawiającego jest przedwczesna
- 6) naruszenie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez nieudostępnienie niezwłocznie protokołu postępowania i oferty Tauron na złożony wniosek, a tym samym naruszenie art. 8 ustawy poprzez naruszenie zasady jawności postępowania

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty Tauron jako najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty Tauron, bowiem jej treść nie odpowiada treści siwz,
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 5) dopuszczenie dowodów powołanych w treści odwołania,
- 6) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób sprzeczny z przepisami ustawy. Wykonawca Tauron złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz. W ofercie tej brak bowiem wymaganego „Formularza cenowego” wraz z wymaganym do niego „Zestawieniem wartości w podziale na jednostki” - załącznik 2 do „Instrukcji dla wykonawców” - naruszony zatem został pkt 17 ppkt 17.3 ww. „Instrukcji dla wykonawców” - rozdział 2 SIWZ.

Ponadto w formularzu cenowym w punkcie 3 Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny wskazał, iż należy wypełnić i załączyć do oferty zestawienie wartości w podziale na jednostki. Zestawienie to niewątpliwie stanowi treść oferty. Wykonawca TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie w ofercie zdaniem Odwołującego w sposób nieprawidłowy obliczył ceny jednostkowe brutto za poszczególne taryfy. Sposób określenia ceny został przez Zamawiającego określony w SIWZ i wszyscy Wykonawcy, którzy przystąpili do niniejszego postępowania, powinni się zastosować do sposobu obliczania ceny postanowienia zgodnie z SIWZ. To znaczy w zestawieniu wartości w podziale na jednostki (swojego rodzaju kosztorys ofertowy) wskazał precyzyjnie w jaki sposób należy obliczyć cenę oferty to jest na wartość netto składa się szacowane zużycie energii w strefie C11 x cena + szacowane

zużycie energii w strefie C21 x cena, natomiast na wartość brutto składa się określenie wartości netto + podatek VAT.

Zamawiający nie może robić wyjątków w tym zakresie, ponieważ takie postępowanie narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Sposób obliczenia ceny jest podany w Formularzu cenowym, który stanowi załącznik nr 2 SIWZ, tym samym budzi wielkie zdziwienie Odwołującego stwierdzenie Zamawiającego zamieszczone w informacji o wyborze oferty Wykonawcy TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie z dnia 1 grudnia 2011 r., iż nie podał on w specyfikacji sposobu określenia ceny jednostkowej brutto. Twierdzenie takie jest nieprawdziwe, skutkuje naruszeniem wszelkich zasad prawa, w szczególności zasady równego traktowania wykonawców, a niewątpliwie faworyzuje Wykonawcę TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie, ponieważ tylko dzięki temu zabiegowi Zamawiającego oferta Wykonawcy TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie została wybrana.

Odwołujący wskazał również na naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności. Odwołujący w dniu 2 grudnia 2011 r. zwrócił się do Zamawiającego o przekazanie protokołu postępowania i oferty Wykonawcy TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie. W dniu 6 grudnia 2011 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego ponaglenie, w ślad za wnioskiem z dnia 2 grudnia 2011 r., a w dniu 7 grudnia 2011 r. kolejne ponaglenie, w związku z upływającym terminem do złożenia odwołania. Dopiero trzecie pismo (z dnia 7 grudnia 2011 r.), spowodowało reakcję Zamawiającego, wcześniej Odwołujący nie otrzymał jakichkolwiek informacji, iż przesłanie wnioskowanych dokumentów w sposób wskazany we wniosku z dnia 2 grudnia 2011 r. jest niemożliwe. Otrzymane dokumenty i tak były niekompletne. Nie doręczono załączników do protokołu, prócz skanu żądanej oferty.

Należy więc wskazać mając na uwadze fakt, iż treść oferty Wykonawcy TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie nie odpowiada treści SIWZ, brak bowiem wymaganego „Formularza cenowego” wraz z wymaganym do niego „Zestawieniem wartości w podziale na jednostki” - załącznik 2 do „Instrukcji dla wykonawców”, że Zamawiający związany jest postanowieniami SIWZ w takim samym stopniu jak Wykonawcy, co oznacza, że nie może on stosować swobody co do żądania tylko od niektórych wykonawców przedłożenia dokumentów, bądź też części oferty, wymienionych w treści SIWZ, która to specyfikacja stanowi swoistą instrukcję dla

wykonawców, w jaki sposób mają sporządzić poprawną ofertę. Jeżeli wykonawcy postąpią zgodnie z tą instrukcją, Zamawiający nie ma możliwości odrzucenia jego oferty bądź też wykluczenia wykonawcy. Wykonawca TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie miał możliwość wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących SIWZ w terminach określonych ustawą Pzp, a w przypadku uzyskania od Zamawiającego niezgodnych z prawem wyjaśnień miał możliwość złożenia odwołania od jego zdaniem sprzecznych z prawem zapisów specyfikacji. Wykonawca TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie z tego prawa jednak nie skorzystał wobec czego postanowienia SIWZ wiązały go w takim samym stopniu jak Zamawiającego i pozostałych wykonawców. Wykonawca TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie był zatem zobowiązany do złożenia „Formularza cenowego” wraz z wymaganym do niego „Zestawieniem wartości w podziale na jednostki” - załącznik 2 do „Instrukcji dla wykonawców” skoro taki obowiązek wynikał wprost z SIWZ.

Zdaniem Odwołującego w oparciu o ugruntowaną linię orzecniczą KIO oraz doktrynę nie jest możliwe sanowanie oferty Wykonawcy TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 w sytuacji gdy oferta nie zawiera istotnych elementów tj. „Formularza cenowego” wraz z wymaganym do niego „Zestawieniem wartości w podziale na jednostki” - załącznik 2 do „Instrukcji dla wykonawców”. Bez tych elementów oferty nie jest możliwe stwierdzenie, że cena oferty wykonawcy została obliczona dla całości zamówienia.

Oferta Wykonawcy TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie jest również nieporównywalna z innymi ofertami wykonawców, uczestniczących w postępowaniu, ponieważ sposób wyliczenia ceny oferty określony w specyfikacji przyjęli wszyscy wykonawcy oprócz TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie. Dopuszczenie do oceny zgodnie z kryteriami SIWZ ceny oferty TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie bez możliwości sprawdzenia sposobu wyliczenia ceny oferty narusza zasadę równego traktowania wykonawców, wobec czego oferta TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie nie powinna podlegać ocenie i powinna być odrzucona.

W tym miejscu należy wskazać, iż stwierdzenie Zamawiającego zawarte w pkt. „c” informacji Zamawiającego z dnia 1 grudnia 2011 r. o wyborze oferty Wykonawcy TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie, o zgodności zaoferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ jest gołosłowne i nie oparte na faktach, wręcz niemożliwe do weryfikacji, bez części oferty, która była wymagana w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego treść oferty Wykonawcy TAURON Sprzedaż sp. z o. o. w Krakowie nie odpowiada treści SIWZ w sposób merytoryczny. Natomiast w wyroku KIO z dnia 17 listopada 2011 r. sygn. akt 2399/11, w którym Izba uznała, iż „Postanowienia SIWZ, w razie braku ich podważenia wiążą zarówno wykonawców, jak i zamawiającego w takim znaczeniu, że zamawiający nie może odstąpić w toku badania i oceny ofert od ich stosowania. Wykonawca Turon zapoznał się z treścią SIWZ i przyjął je do stosowania. [...]. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie stanowi niezgodność, przez którą należy rozumieć w myśl orzecznictwa i doktryny uchybienia dotyczące formy oferty np. numeracji stron, sposobu złączenia dokumentów tworzących ofertę itp.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w aspekcie merytorycznym dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim opis wymagań zamawiającego, które mają być zrealizowane w wyniku udzielenia zamówienia publicznego, treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia w sposób i zakresie wymaganym przez zamawiającego.

O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza porównanie obu dokumentów z uwzględnieniem pojęcia oferty wynikającego z treści art. 66 KC w związku z art. 14 ustawy jako oświadczenia woli wykonawcy zgodnego z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu zamówienia (podobnie w wyroku Izby z dnia 23 luty 2011 r. Sygn. akt KIO 297/11).

W SIWZ w sposób wyraźny zostało sformułowane wymaganie aby wykonawcy wraz z ofertą złożyli „Formularza cenowego” wraz z wymaganym do niego „Zestawieniem wartości w podziale na jednostki” - załącznik 2 do „Instrukcji dla wykonawców”, a żaden z uczestników przedmiotowego postępowania nie kwestionował faktu, iż Zamawiający żąda aby w ofercie wykonawców znalazł się „Formularz cenowy” wraz z wymaganym do niego „Zestawieniem wartości w podziale na jednostki” - załącznik 2 do „Instrukcji dla wykonawców”.

Zgodnie z art. 82 ust 3 Pzp treści oferty musi odpowiadać treści specyfikacji SIWZ. Wykładnia celowościowa (funkcjonalna) ww. przepisu pozwala stwierdzić, iż adresatem normy prawnej wyrażonej w tym przepisie jest Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Złożenie oferty nie obarczonej błędami leży w interesie prawnym Wykonawcy. Wobec powyższego należy uznać, iż na Wykonawcy

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego ciąży obowiązek należytej staranności w tym zakresie, którego niedochowanie obarczone jest sankcją wynikającą z art. 89 ust. 1 Pzp.

Tym samym treść oferty Wykonawcy TAURON Sprzedaż Sp. z o. o. w Krakowie, w sposób oczywisty i nie budzący wątpliwości nie odpowiada treści SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W pkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zamawiający opisał przedmiot zamówienia w postaci tabelarycznej, wskazując poszczególne zasilane jednostki (miejsca poboru) oraz podając zamawiane/szacowane zużycie energii w tych miejscach w strefach C11 i C21. Natomiast dokładną lokalizację i opis punktów odbioru energii elektrycznej opisano w Załączniku nr 1 do siwz – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

W pkt 12 siwz podano wymagany sposób obliczenia ceny, wskazując między innymi, iż cena w formularzu ofertowym ma być podana w złotych z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, czyli w złotych i groszach.

Zgodnie z pkt 17.3 do oferty należało załączyć wypełniony Zał. nr 2 do siwz, tj. Formularz cenowy wraz z wypełnionym „Zestawieniem wartości w podziale na jednostki”.

Ww. Formularz cenowy miał zawierać podaną cenę (netto i brutto) jednostkową energii elektrycznej (Obrót) podane z dokładnością do 4 miejsc po przecinku dla energii elektryczną czynnej całodobowej w zł/kWh oraz dla energii elektrycznej czynnej w zł/kWh dla strefy dziennej i strefy nocnej.

Ww. Zestawienie wartości w podziale na jednostki zawierać miało obliczenie wartości cen netto i brutto za szacunkowo zamawianą energię dla poszczególnych obiektów zamawiającego podanych w załączniku nr 1 do siwz i pkt 8 siwz obliczonych z zastosowaniem cen jednostkowych oferowanych przez wykonawcę.

Zgodnie z pkt 17.7 siwz do oferty należało załączyć wypełnioną umowę stanowiącą Załącznik nr 6 do siwz.

Zgodnie z pkt 17.1 ofertę należało sporządzić i przedłożyć według Formularza ofertowego, którego wzór określał Rozdział nr 1 siwz.

Zgodnie z pkt 1 ww. Formularza ofertowego, w ofercie należało podać globalną cenę netto i brutto za cały przedmiot Zamówienia, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, obliczoną z zastosowaniem cen jednostkowych z Formularza Cenowego oraz wartości zużycia energii podanych w Załączniku nr 1 do siwz.

W pkt 2 Formularza ofertowego wymagano podania cen jednostkowych za energię elektryczną czynną: całodobową, strefa dzienna i strefa nocna w złotych za kWh brutto.

Według ww. wzoru umowy – zał nr 6 do siwz rozliczenie zamówienia (sprzedaży energii elektrycznej) miało następować zgodnie z § 6 ust. 2 umowy przez obliczenie należności w danym okresie rozliczeniowym dla punktu poboru jako iloczyn ilości sprzedanej energii ustalonej na podstawie liczników i ceny jednostkowej wskazanej w § 5 ust. 1 umowy.

Do oferty Tauron nie załączono dokumentów, o których mowa w pkt 17.4 siwz.

W pkt 1 oferty Tauron podano cenę netto: 3 228 163,02 zł i brutto 3 970 640,51 zł (w tym VAT 742 477,49), oraz w pkt 2 ceny jednostkowe za energię elektryczną czynną:

- całodobową – 0,3228 zł/kWh brutto
- strefa dzienna – 0,3359 zł/kWh brutto
- strefa nocna – 0,2828 zł/kWh brutto

W załączonej do oferty wypełnionej umowie a § 5 ust. 1 podano ceny jednostkowe za kWh:

1.1. Obiekty typu oświetlenie uliczne:

Strefa dzień: netto - 0,2759, brutto - 0,3359

Strefa noc: netto – 0,2328, brutto - 0,2828

1.2. Obiekty typu budynki administracji publicznej oraz pozostałe:

Całodobowo: netto – 0,2628, brutto - 0,3228

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W dalszej kolejności podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż według art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem ewentualnego poprawienia treści oferty wymaganej przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy zamawiający odrzuca ofertę zawierającą błędy w obliczeniu ceny. (Co prawda zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy jako stanowiącego podstawę postulowanego odrzucenia oferty Taruron w odwołaniu nie został wprost sformułowany, to jednak przyjęć można, iż w treści odwołania został podniesiony).

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może 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 również tradycyjnie pomieszczone w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz.

Następnie zaznaczyć należy, iż zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp ofertę składa się w formie pisemnej. Nie ma więc innej treści oferty niż ta wyrażona na piśmie w samej ofercie (zarówno w formularzu ofertowym, jak i dokumentach doń załączonych), określająca i opisująca kształt zobowiązania, które wykonawca chce zaciągnąć. Tak rozumiana treść oferty (zakres zobowiązania) rekonstruowana jest na podstawie całości zawartości oferty odnoszącej się i dookreślającej oferowany zakres świadczenia, sposób jego wykonania, wynagrodzenie... *etc.* – i jako taka ma być zgodna z treścią siwz.

Bezsporne pomiędzy stronami jest wymaganie zamawiającego w przedmiocie załączenia do oferty wypełnionego załącznika nr 2 do siwz. Bezsporny jest również brak przedstawienia takiego załącznika w ofercie Tauron. Jednakże po analizie danych w nim zawartych stwierdzić należało, iż załącznik ten dodatkowo nie opisuje i nie wyraża zobowiązania ofertowego w stosunku do danych zawartych w innych miejscach oferty Tauron. Oferta Tauron odbiega więc od wymagań siwz tylko sposobem prezentacji danych wymaganych przez zamawiającego i kwalifikowanych jako treść oferty, natomiast dane te w niej się znajdują.

Wszystkie ceny jednostkowe wymagane przez zamawiającego do podania w Formularzu cenowym i niezbędne do wycenienia oferty i rozliczenia przedmiotu zamówienia znajdują się w formularzu ofertowym i załączonym do oferty Tauron wzorze umowy i zostałyby tylko powielone w Formularzu Oferowym. Natomiast „Zestawieniem wartości w podziale na jednostki” nie zawiera żadnych danych określających i opisujących zobowiązanie wykonawcy. Dokument ten tak jak stwierdził zamawiający posiada jedynie znaczenie informacyjne – wyliczenia tam zawarte nie stanowią elementów obliczenia ceny ofertowej ani nie posłużą w przyszłości do rozliczenia sprzedaży w danych punktach poboru.

W formularzu ofertowym i wzorze umowy Tauron zobowiązał się do dostarczenia opisanej w załączniku nr 1 do siwz energii elektrycznej według cen jednostkowych podanych w tych dokumentach, które sumują się do globalnej ceny ofertowej przyjętej do porównania i oceny ofert. Powyższe przesądza o zgodności treści oferty Tauron z siwz w zakresie sposobu podania i wyliczenia cen jednostkowych w ofercie, a brak wypełnionych, ww. załączników należało zakwalifikować jako jedynie formalną niezgodności oferty z siwz.

Niezasadny pozostaje również zarzut błędnego obliczenia ceny. Cena ofertowa Tauron została obliczona i podana prawidłowo, zgodnie z wymaganiami pkt 12 siwz

oraz zgodnie z wymaganiami Formularza cenowego, chociaż co prawda nie na tym formularzu. Wykonawca podał ceny jednostkowe netto z dokładnością do 4 miejsc po przecinku, które to ceny sumują się do wartości globalnej i po powiększeniu o spodziewany do zapłacenia podatek VAT dają cenę brutto oferty.

W związku z powyższym zarzuty sformułowane w odwołaniu dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Tauron uznano za niezasadne.

Odnosnie zarzutu naruszenia § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez nieudostępnienie przez zamawiającego niezwłocznie protokołu postępowania i oferty Tauron na wniosek odwołującego, Izba wskazuje, iż zgodnie z oświadczeniem odwołującego złożonym na rozprawie, w dniu 7 grudnia 2011 r. otrzymał on ofertę Tauron oraz wszelkie niezbędne mu do dokumenty dotyczące przedmiotowego postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. *A contrario* Izba oddała odwołanie nawet pomimo stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, jeżeli naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania. W zaistniałej sytuacji, wyżej opisany zarzut nie miał żadnego wpływu na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 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: