

WYROK
z dnia 17 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2011 r. przez wykonawcę **PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu**,

przy udziale wykonawcy **Vattenfall Sales Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę, których przedmiotem jest „Sprzedaż energii elektrycznej w rozumieniu ustawy Prawo energetyczne (Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.) dla obiektów Centralnego Zakładu Odwadniania Kopalń: - zasilanych na średnim i wysokim napięciu zlokalizowanych w rejonach odwadniania: „Dębieńsko”, „Gliwice”, „Grodziec”, „Jan Kanty”, „Katowice”, „Kleofas”, „Paryż”, „Powstańców Śląskich- Bytom I”, „Porąbka-Klimontów”, „Pstrowski”, „Saturn”, „Siemianowice”, „Sosnowiec”, „Szombierki”, - zasilanych na niskim napięciu zlokalizowanych w rejonach odwadniania: „Saturn”, „Porąbka-Klimontów” ”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 25 czerwca 2011 r. nr 2011/S 120-198589, z dnia 2 sierpnia 2011 r. nr 2011/S 146-241333 i z dnia 12 sierpnia 2011 r. nr 2011/S 154-255022.

Odwołujący PKP Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, w jego ocenie, niezgodnej z przepisami ustawy.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 25 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp przez:

- 1) uznanie, że projekt umowy dołączany do oferty przez wykonawców biorących udział w postępowaniu w sytuacji, gdy zamawiający nie sporządził wzoru umowy, jest oświadczeniem/dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania oraz w konsekwencji - wezwanie wykonawcy do uzupełnienia tego oświadczenia/dokumentu, podczas gdy wzór umowy nie może być uznany za oświadczenie/dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania i nie podlega uzupełnieniu,
- 2) odrzucenie oferty odwołującego przy zastosowaniu przesłanki nakazującej odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, podczas gdy treść oferty odwołującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- 3) wybór, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Vattenfall Sales Poland Spółka z o.o.

Odwołujący podał, że zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu jego oferty zostało przekazane mu w dniu 27 października 2011 r., zatem odwołanie wraz z przekazaniem w tym dniu kopii zamawiającemu, zostało wniesione w ustawowym terminie.

Naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego spowodowało, w ocenie odwołującego, że interes w uzyskaniu przez niego zamówienia doznał uszczerbku, gdyż jego oferta zawiera najniższą cenę za realizację zamówienia i nie podlega odrzuceniu, a zatem winna być uznana za najkorzystniejszą, co skutkowałoby udzieleniem odwołującemu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Vattenfall Sales Poland Spółka z o.o.,
- 3) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
- 4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób sprzeczny z przepisami ustawy. Uznał, że czynność ta ma podłoże w błędnym doborze dokumentów żądanych od wykonawców. Wskazał, że wśród dokumentów, które miały zostać dołączone do oferty, zamawiający wymagał złożenia projektu umowy, opracowanego przez wykonawcę, zgodnie z wzorem obowiązującym w przedsiębiorstwie wykonawcy, z tym, że w projekcie miały zostać uwzględnione Istotne Postanowienia Umowy, określone w załączniku nr 2 do SIWZ (pkt 6 C 2).

Załączenie projektu umowy miało mieć na celu potwierdzenie, że oferowane przez wykonawców dostawy spełniają określone przez zamawiającego wymagania.

Odwołujący uznał, że wymóg ten nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawnych, jakkolwiek katalog dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego jest otwarty (§ 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane), to jednak zamawiający ma prawo do żądania wyłącznie

takich dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp).

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 26 sierpnia 2011 r. do „uzupełnienia oferty” o projekt umowy, powołując podstawę prawną wezwania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz określając rygor w razie braku uzupełnieniażądanego dokumentu w postaci odrzucenia oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący przyznał, że do pierwotnie złożonej oferty nie dołączył projektu umowy. Stwierdził, że złożenie oferty, w której odwołujący wyraził zgodę na treść SIWZ oraz Istotnych Postanowień Umowy (pkt 4 oraz 8 oferty), a także dodatkowe podpisanie Istotnych Postanowień Umowy (k. 3 - 5 oferty) było wystarczające do uznania przez zamawiającego, że dostawy oferowane przez odwołującego spełniają wymagania zamawiającego.

Podniósł, że zamawiający ma obowiązek oceniać ofertę w sposób kompleksowy, biorąc pod uwagę wszystkie jej elementy i podejmować czynności przewidziane ustawą, na podstawie całości materiału przedstawionego przez wykonawcę.

Podkreślił, że bierne zachowanie odwołującego na wezwanie zamawiającego w żaden sposób nie mogłoby być powodem odrzucenia oferty na podstawie wzmiankowanego przepisu, gdyż ewentualne uchybienie odwołującego w „pierwotnej” ofercie dotyczyłoby jedynie formy, a nie treści oferty.

Ponadto stwierdził, że każda czynność zamawiającego musi być legalna, a art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że uzupełnieniu podlegają tylko dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania (m.in. w wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 664/11).

W ocenie odwołującego, wykonawca nie ma obowiązku czynienia zadość żądaniom zamawiającego, które nie mają podstawy w przepisach.

Odwołujący wskazał, że przekazał zamawiającemu projekty umów funkcjonujących w jego przedsiębiorstwie i uznał, że odwoływanie się od czynności zamawiającego byłoby wątpliwe z punktu widzenia posiadania interesu prawnego w tym zakresie, czym naraził się na odrzucenie swojej oferty. Uznał, że okoliczność ta jest jaskrawym naruszeniem naczelnej zasady obowiązującej w systemie zamówień publicznych, tj. obowiązku prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący stwierdził, że zamawiający, odrzucając ofertę pominął jego wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Podniósł, że wśród przyczyn odrzucenia oferty zamawiający wskazał:

- 1) brak określenia punktów poboru energii elektrycznej dla poszczególnych projektów umów,
- 2) brak uwzględnienia w projektach umów zasad rozliczeń przyjętych przez zamawiającego w SIWZ,
- 3) brak uwzględnienia w projektach umów wszystkich Istotnych Postanowień Umowy przewidzianych przez zamawiającego,
- 4) brak załącznika do projektów umów przedstawionych przez odwołującego.

Odnosnie powyższego odwołujący przedstawił swoje stanowisko następująco.

Ad 1 - Odwołujący zaznaczył w wyjaśnieniach, że brak określenia punktów poboru energii elektrycznej nie może być kwalifikowany jako wada oferty skutkująca jej odrzuceniem. Uznał, że skoro złożył ofertę na całość zamówienia, co wynika z jej treści, to oczywistym jest, że w załączniku do umowy, wskazującym miejsca poboru energii elektrycznej, znajdują się wszystkie miejsca poboru energii objęte postępowaniem. Ponownie podniósł, że zamawiający ocenia ofertę na podstawie całości, a nie jedynie na podstawie pojedynczych jej elementów.

Ad 2 - Odwołujący podkreślił w wyjaśnieniach, że złożenie czterech projektów umowy miało na celu jedynie czytelniejsze przedstawienie zasad rozliczeń za sprzedaż energii elektrycznej. W żadnej mierze, jego zdaniem, nie przesądza to o woli zawarcia czterech umów zamiast jednej umowy na dostawę energii elektrycznej. Stwierdził, że jeżeli zaprezentowanie czterech projektów umów było uchybieniem, to jedynie w zakresie formy oferty, a nie jej treści. Podniósł, że składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu i nie wnosząc uwag do treści SIWZ oraz Istotnych Postanowień Umowy, dał dowód tego, że jego zamiarem jest zawarcie umowy na warunkach określonych przez zamawiającego.

Ad 3 - Odwołujący podniósł, że zaakceptował Istotne Postanowienia Umowy i to, że zaprezentowane projekty umów nie zawierały wszystkich postanowień, nie oznacza automatycznie, według odwołującego, że złożył on ofertę o treści nie odpowiadającej SIWZ. Do takiej konkluzji mogła doprowadzić jedynie kompleksowa ocena oferty.

Ad 4 - Brak załącznika do projektów umów odwołującego, jego zdaniem, nie może być traktowane jako uchybienie skutkujące odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący uznał, że załącznik ten jest irrelevantny w kontekście prowadzonego postępowania.

Stwierdził, że obowiązkiem zamawiającego jest ocena, czy złożona oferta odpowiada treści SIWZ. Brak jakiegokolwiek elementu nie wymaganego przez zamawiającego, a wymienionego w treści oferty wykonawcy, nie może przesądzać o wadliwości tej oferty skutkującej jej odrzuceniem.

Ponadto dodał, że nieporozumieniem jest stanowisko zamawiającego, iż jest on zobowiązany do zawarcia umowy o treści zaproponowanej przez wykonawcę, gdy zamawiający w SIWZ wskazał jedynie na istotne postanowienia umowy.

Uznał, że projekt umowy dołączony do oferty przez wykonawcę może mieć jedynie znaczenie pomocnicze, wskazujące na pewne rozwiązania umowne.

Podniósł, że zamawiający ma pełne prawo do skonstruowania umowy na własnych warunkach (nie wykraczając poza zakres istotnych postanowień umowy), korzystając lub nie z projektu umowy sporządzonego przez wykonawcę. Podał, w związku z tym, że zamawiający nie jest związany projektami umów wykonawców, a więc również projektami umów odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

Stwierdził, że odwołanie jest zasadne i w pełni zasługuje na uwzględnienie.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca Vattenfall Sales Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wnosząc o oddalenie odwołania jako niezasadnego, wobec jednoznacznie określonych w pkt 6 C ppkt 2 SIWZ wymagań zamawiającego. Podniósł również, że w przypadku kwestionowania stanowiska zamawiającego, odwołujący był uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w stosownym czasie. Wskazał ponadto, że na wykonawcy uczestniczącym w postępowaniu spoczywa obowiązek starannego sporządzenia oferty, skutkujący sankcją jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający zamieścił w pkt 6 C ppkt 2 SIWZ zobowiązanie wykonawców do załączenia do oferty dokumentów i oświadczeń, w tym m.in.: „2) Projekt umowy opracowany przez Wykonawcę zgodnie ze wzorem umowy obowiązującym w przedsiębiorstwie Wykonawcy. **Zamawiający wymaga**, aby projekt umowy zawierał **wszystkie zapisy Istotnych Postanowień Umowy** stanowiących **załącznik nr 2 do SIWZ**. Niniejszy projekt umowy będzie stanowił **załącznik nr 7 do druku „Oferta”**.”

Odwołujący złożył ofertę – formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ, w której w pkt 4 i 8 zamieścił oświadczenia akceptujące bez zastrzeżeń postanowienia SIWZ oraz

warunki w niej zawarte, IPU i zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach zawartych w specyfikacji. Odwołujący załączył do oferty załącznik nr 2 do SIWZ o treści identycznej, jak załącznik przekazany mu przez zamawiającego wraz ze specyfikacją. Nie załączył załącznika nr 7- projektu umowy wymaganego przez zamawiającego.

Zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia brakującego dokumentu, zastrzegając, iż nie uzupełnienie projektu umowy stanowić będzie podstawę do odrzucenia oferty na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (pismo z dnia 26.08.2011 r.).

W odpowiedzi odwołujący przesłał zamawiającemu 4 wzory umów sprzedaży energii elektrycznej, jakie stosuje w swojej firmie, w zależności od potrzeb podmiotu kupującego energię elektryczną (pismo z dnia 2 września 2011 r.).

Zamawiający dwukrotnie wzywał odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wzorów umów:

1. W piśmie z dnia 23 września 2011 r. wezwał do określenia, który z czterech projektów umów sprzedaży energii elektrycznej złożonych na wezwanie zamawiającego należy traktować jako załącznik do oferty. Dodał, że w celu jednoznacznej identyfikacji oznaczył wzory numerami od 1 do 4 oraz nadał im ciągłą numerację stron od 1 do 53, tj. projekt nr 1 (strony od 1 do 14), projekt nr 2 (strony od 15 do 27), projekt nr 3 (strony od 28 do 40), projekt nr 4 (strony od 41 do 53).

Odwołujący złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 28 września 2011 r. podając, że 4 wzory umów przewidują różne okresy rozliczeniowe, stosownie do obiektów zasilanych z odmiennych poziomów napięć: nr 1 - dekadowe rozliczenie z tytułu sprzedaży energii elektrycznej z trójstrefową ceną energii elektrycznej, nr 2 - dekadowe rozliczenie z tytułu sprzedaży energii elektrycznej z jednostrefową ceną energii elektrycznej, nr 3 – miesięczne rozliczenie z tytułu sprzedaży energii elektrycznej z jednostrefową ceną energii elektrycznej, nr 4 – miesięczne rozliczenie z tytułu sprzedaży energii elektrycznej z jednostrefową ceną energii elektrycznej. W dalszych wyjaśnieniach odwołujący podał, że jest to zgodne z pkt 15 IPU oraz, że we wzorach nr 1, 2, 3 w § 7 ust. 11 i 12 zawarto postanowienia z pkt 17 i 18 IPU. We wzorze nr 4 w § 7 ust. 11 zawarto postanowienia z pkt 17 IPU, nie zawarto natomiast postanowień pkt 18. Ponadto, odwołujący wyjaśnił, że wzory umów nie wykluczają się wzajemnie, ale również stanowią spójną całość i wzajemnie się dopełniają.

2. W piśmie z dnia 12 października 2011 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień:

wskazując, że w żadnym z 4. wzorów umów odwołujący nie określił jednoznacznie miejsc dostarczania energii elektrycznej oraz grup taryfowych opisanych szczegółowo w pkt 3.3.1 i 3.3.2 SIWZ. Nie załączył do żadnego wzoru załącznika nr 1, na który powołuje się w każdym z nich.

Odnosnie wzorów wskazał: nr 1 - konieczność wyjaśnienia rozbieżności w zakresie podatku akcyzowego; brak uwzględnienia sprzedaży energii elektrycznej z przeznaczeniem do dalszej odsprzedaży oraz do miejsc poboru energii elektrycznej zasilanych na niskim napięciu, nr 2 - niezgodność wzoru umowy z treścią SIWZ w zakresie dekadowego rozliczenia z tytułu sprzedaży energii elektrycznej z jednostrefową ceną energii elektrycznej; nie uwzględnienie sprzedaży energii elektrycznej z przeznaczeniem do miejsc poboru energii elektrycznej zasilanych na niskim napięciu, nr 3 - rozbieżności polegające na przyjęciu miesięcznego okresu rozliczeniowego z tytułu sprzedaży energii elektrycznej oraz jednostrefowej ceny energii elektrycznej do obiektów zasilanych na średnim i wysokim napięciu; fakt nie uwzględnienia sprzedaży energii elektrycznej do miejsc poboru energii elektrycznej zasilanych na niskim napięciu, nr 4 - rozbieżności polegające na przyjęciu miesięcznego okresu rozliczeniowego z tytułu sprzedaży energii elektrycznej oraz jednostrefowej ceny energii elektrycznej do zasilania obiektów na średnim i wysokim napięciu; nie uwzględnienie sprzedaży energii elektrycznej do miejsc poboru energii elektrycznej zasilanych na niskim napięciu.

Zamawiający podniósł, że odwołujący nie uwzględnił we wzorach umów postanowień pkt 2, 6, 13, 14, 15, 16, 20, 21, 23, 24 IPU. Ponadto zamawiający stwierdził rozbieżności w postanowieniach wzorów umów z treścią SIWZ oraz postanowieniami IPU w 8. segmentach.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 17 października 2011 r. podając, że istotne znaczenie ma oferta, natomiast wzory umów zostały przedstawione jedynie ze względu na konieczność spełnienia wymogu formalnego zamieszczonego w pkt 6C ppkt 2 SIWZ. Wskazał, że załącznik nr 1 do wszystkich wzorów umów nie został załączony, gdyż umowa zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania będzie dotyczyć wszystkich punktów odbioru energii podanych przez zamawiającego. Odwołujący podniósł, że poprzez fakt zaakceptowania treści SIWZ (pkt 4 formularza ofertowego) zaakceptował również katalog miejsc odbioru energii elektrycznej. Stwierdził, że każdy z załączonych wzorów umów reguluje sprzedaż energii w odrębnych warunkach rynkowych, różnych okresach rozliczeniowych, z podziałem na poziomy napięć. W dalszej części wyjaśnień odwołujący odniósł się do rozbieżności we wzorach umów z IPU pkt 2, 6, 13, 14, 15, 16, 20, 21, 23, 24 wskazując, że brak odzwierciedlenia we wzorach pkt 13, 14, 15, 16, 20, 21, 23, 24 IPU, nie może być traktowany jako brak zgody na warunki postawione przez zamawiającego, odwołując się do ogólnej akceptacji zamieszczonej w formularzu ofertowym. Podobnie

powołał się na to stanowisko w zakresie rozbieżności w postanowieniach wzorów umów z treścią SIWZ oraz postanowieniami IPU w 7. segmentach wskazanych przez zamawiającego. W przedmiocie pełnienia funkcji podmiotu odpowiedzialnego za bilansowanie handlowe wyjaśnił, że ma zawarte umowy o świadczenie usług dystrybucyjnych z OSD. W podsumowaniu swojego stanowiska odwołujący wskazał na obowiązek kompleksowej oceny oferty, podając, że przedstawione wzory nie są wiążące dla zamawiającego.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznając, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, której integralną częścią są Istotne Postanowienia Umowy, stanowiące załącznik nr 2 do SIWZ. W piśmie z dnia 27 października 2011 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty) przedstawił w chronologicznej kolejności czynności dokonane w związku z uzupełnianiem i wyjaśnianiem treści wzorów umów przesłanych przez odwołującego, zamiast załącznika nr 7 do oferty zgodnego z wymaganiami zawartym w pkt 6C ppkt 2 SIWZ. Przedstawił zakres niezgodności wzorów umów z wymaganiami specyfikacji i IPU oraz stwierdził, że nie jest w stanie zawrzeć z odwołującym umowy na podstawie 4. niekompletnych i niezgodnych z IPU (w podanym w piśmie zakresie) wzorów umów.

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Izby odwołujący przede wszystkim podważył postanowienia SIWZ w pkt 6C ppkt 2 twierdząc, że zamawiający dokonał niewłaściwego doboru dokumentów w sposób nie znajdujący uzasadnienia w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...). Stwierdził również na zasadzie a contrario, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia projektu umowy było nielegalne, zaś w przedmiocie odrzucenia oferty na podstawie 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznał, że oferta wraz ze wzorami umów i oświadczeniem akceptującym IPU, przesądza o zgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ.

Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania, posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy w zakresie dochodzonych roszczeń. Oferta odwołującego jest ofertą z najniższą ceną spośród ofert złożonych w postępowaniu, zatem w razie wykazania zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu, odwołujący miałby potencjalną możliwość uzyskania zamówienia.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

Izba stwierdziła, że zarzuty dotyczące naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez niewłaściwy dobór dokumentów żądanych od wykonawców na etapie

konstruowania SIWZ, jak również wezwanie w toku badania i oceny ofert do uzupełnienia brakującego dokumentu, co do zasady, są spóźnione.

Przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert (pkt 2).

Przy konstruowaniu postanowień SIWZ, zamawiający związany jest przepisami art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, co do minimalnego zakresu specyfikacji. Wskazana czynność zamawiającego jest istotna, gdyż specyfikacja łącznie z ogłoszeniem o zamówieniu przesądza o sposobie przygotowania ofert przez wykonawców.

Wykonawcy uprawnieni są do przedstawienia swojego stanowiska co do poszczególnych sformułowań SIWZ i ich doprecyzowania w oczekiwanym zakresie, w drodze żądania wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że wykonawcom przysługuje prawo wniesienia odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Terminy do wniesienia odwołania zostały określone w art. 182 ust. 1 - 4 ustawy Pzp, w zależności od wartości zamówienia i rodzaju czynności zamawiającego będącej przedmiotem odwołania. Z przepisów ustawy wynika wprost uprawnienie wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec postanowień SIWZ (przy wartości zamówienia przedmiotowego postępowania odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego – art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

Z orzecnictwa krajowego i unijnego wynika szerokie rozumienie interesu wykonawców (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - przesłanka materialno-prawna) wnoszących odwołania.

Zatem, w ocenie Izby, niezasadne jest stanowisko odwołującego co do braku możliwości, w kontekście art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wniesienia odwołania wobec postanowień SIWZ i wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy zobowiązuje Izbę do odrzucenia odwołania wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

Z uwagi na fakt, iż Izba nie ma możliwości prawnych wydania orzeczenia częściowo odrzucającego i częściowo oddalającego odwołanie, spóźnione zarzuty odwołania, jako

wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, nie stanowiły przedmiotu rozstrzygnięcia Izby.

W zakresie zarzutu odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji wyboru oferty uczestnika postępowania, Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności.

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. Odwołujący zapoznał się z treścią SIWZ i IPU oraz przyjął je do stosowania, jak również zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach zawartych w specyfikacji. Odwołujący przyznał w odwołaniu, że nie złożył załącznika nr 7 do oferty zgodnie z żądaniem zamawiającego. Uzupełnienie dokumentów przez złożenie 4. wzorów umów, które nie zawierały w pełni treści stosownej do opisu zamieszczonego w SIWZ (w tym IPU), co w sumie zostało przyznane w toku rozprawy oraz późniejsze dwukrotne wyjaśnianie wzorów w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (zakazującego prowadzenia negocjacji zamawiającego z wykonawcą w zakresie złożonej oferty oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 ustawy Pzp), nie doprowadziło do sformułowania załącznika nr 7 do oferty odwołującego, zatem nie mogło być podstawą uznania, że treść oferty odpowiada treści SIWZ.

O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie stanowi formalna 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 Pzp 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 art. 66 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, jako oświadczenia woli wykonawcy zgodnego z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu zamówienia (podobnie m.in. w wyroku Izby z dnia 23 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 297/11).

W rozpoznawanej sprawie zamawiający wykazał merytoryczną niezgodność uzupełniająco złożonych wzorów umów, co do szczegółowego przedstawienia zakresu zobowiązania i sposobu realizacji oferowanej sprzedaży energii elektrycznej, z postanowieniami SIWZ wraz z Istotnymi Postanowieniami Umowy.

W przedstawionych okolicznościach sprawy, w ocenie Izby, brak jest podstaw by uznać, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wraz z innymi przepisami ustawy podanymi w odwołaniu, odrzucając ofertę odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 lit. a 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: