

WYROK
z dnia 7 października 2010 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie 5 października 2010 roku w Warszawie odwołania wniesionego 24 września 2010 roku przez Wykonawcę

PGE Obrót Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy 8-go Marca 6, 35-959 Rzeszów

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Gmina Miejska Brańsk z siedzibą w Brańsku przy ulicy Rynek 8, 17-120 Brańsk**

przy udziale uczestnika postępowania odwoławczego **ENERGA - OBRÓT S.A. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Reja 29, 80 – 870 Gdańsk** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. Kosztami postępowania obciąża jest **Gminę Miejską Brańsk z siedzibą w Brańsku przy ulicy Rynek 8, 17-120 Brańsk** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawcę PGE Obrót Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy 8-go Marca 6, 35-959 Rzeszów** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **9 330 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta trzydzieści złotych zero groszy) przez **Gminę Miejską Brańsk z siedzibą w Brańsku przy ulicy Rynek 8, 17-120 Brańsk** na rzecz **wykonawcy PGE Obrót Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy 8-go Marca 6, 35-959 Rzeszów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający **Gmina Miejska Brańsk z siedzibą w Brańsku przy ulicy Rynek 8, 17-120 Brańsk** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „**Dostawa energii elektrycznej do budynków i obiektów Zamawiającego**” opublikowane w Biuletynie zamówień publicznych pod numerem ogłoszenia 274306-20 z 2 września 2010 roku.

20 września 2010 roku Zamawiający przesłał faksem zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego podając uzasadnienie faktyczne i prawne swojej decyzji: *„Wykonawca w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ podał dwie ceny jednostkowe, podczas gdy Zamawiający oczekiwał podania ceny jednostkowej dla wszystkich obiektów wymienionych w załączniku nr 1 do SIWZ. Dodatkowo Wykonawca samodzielnie dokonał zmian w załączniku nr 3, zmieniając jego treść na niezgodną z wymaganiami Zamawiającego. Wykonawca złożył ofertę z ustalonymi przez siebie warunkami bez uzyskania na nie zgody Zamawiającego. Zamawiający podkreśla, iż na etapie ogłoszenia postępowania przetargowego Wykonawca miał prawo zgodnie z ustawą PZP złożyć zapytanie w przypadku, gdy zapisy SIWZ budziły jego wątpliwości, jednak tego nie uczynił.”*

24 września 2010 roku Odwołujący - **PGE Obrót Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy 8-go Marca, 35-959 Rzeszów** wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności Zamawiającego dokonane w trakcie prowadzenia postępowania z którym nie zgadza się Odwołujący a dotyczące:

- ~ uznania przez Zamawiającego, że złożona przez Odwołującego oferta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) ze względu na podanie w załączniku nr 3 do SIWZ dwóch cen jednostkowych,
- ~ odrzucenia oferty Odwołującego,
- ~ wyboru oferty Energa Obrót S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- ~ art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż odpowiada zapisom SIWZ,
- ~ art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty mniej korzystnej od oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w następujący sposób:

- ~ przyjęcie, że złożona przez Odwołującego oferta odpowiada treści SIWZ,
- ~ unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego,
- ~ nakazanie ponownego dokonania czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego

Działanie Zamawiającego narusza interes Odwołującego, bowiem odstąpienie przez Zamawiającego od wymagań określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych prowadzi do naruszenia zasad i sposobu udzielania zamówień publicznych, przez co pozbawia Odwołującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, wobec złożenia przez niego oferty najkorzystniejszej, oraz skutkuje poniesieniem szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Na wstępie Odwołujący wyjaśnił, iż w postępowaniu oferty złożyły:

- ~ PGE Obrót SA z ceną oferty netto 135987,55 zł,
- ~ Energa Obrót S.A. z ceną oferty netto 136482, 41 zł,
- ~ RWE Polska S Az ceną oferty netto 144954, 09 zł.

Zamawiający - Gmina Miejska Brańsk 20 września 201 roku poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty tj.: Energia Obrót SA oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, gdyż zgodnie z oceną Zamawiającego treść złożonej oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący podniósł, że przygotowując i składając ofertę Zamawiającemu brał pod uwagę całą treść SIWZ, w tym: załączniki do SIWZ, stanowiące jej integralną część zgodnie z Sekcją IV, rozdział 13 SIWZ.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w Sekcji II pkt 1 SIWZ oraz załącznikiem nr 3a stanowiącym kalkulację zamówienia a także wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 6 i wraz z

nim załącznikiem nr 1 do umowy Zamawiający rozdzielił przedmiot zamówienia na dwie części stanowiące całość oferty tj. oświetlenie uliczne (177.888 kWh) oraz budynki i pozostałe obiekty (341.847kWh) wyjaśnił Odwołujący.

Świadczą o tym regulacja w załączniku nr 3a, który służył do obliczenia ceny oferty. W kolumnie 2 w trzecim wierszu tego załącznika oznaczonej „Wyszczególnienie” widnieje zapis „Oświetlenie uliczne”, jako jedna pozycja i odpowiednio do niej ilość energii 177.888 kWh wraz z miejscem na podanie ceny jednostkowej w tym samym wierszu w kolumnie 4. Natomiast w wierszu czwartym widnieje zapis „Pozostałe obiekty” wraz z podaną ilością energii 341.847 kWh. Załącznik nr 1 do wzoru umowy także zawiera podział na oświetlenie uliczne w ilości 177.888 kWh oraz pozostałe obiekty w ilości (341.847 kWh). Odwołujący podniósł, że taki sam podział jest zawarty we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, gdzie z § 5 ust. 1 jednoznacznie wynika, że Zamawiający oczekiwał podania dwóch cen jednostkowych energii elektrycznej za 1 kWh w rozbiciu na oświetlenie uliczne i pozostałe obiekty, przy czym nigdzie nie zastrzegł, iż nie mogą być to ceny różne.

Z uwagi na powyższe Odwołujący przygotowując ofertę uznał, że poprzez regulacje SIWZ Zamawiający oczekiwał podania dwóch cen jednostkowych i nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, że oczekiwał podania jednej ceny jednostkowej dla wszystkich punktów poboru wymienionych w załączniku nr 1 do SIWZ.. Regulacje SIWZ były jednoznaczne i zdaniem Odwołującego umożliwiały Wykonawcom podanie cen jednostkowych innych dla oświetlenia ulicznego, a innych dla pozostałych obiektów.

Odwołujący argumentuje, iż inna wykładnia Specyfikacji nie może się ostać w świetle wskazanego wyżej rozróżnienia rodzaju oświetlenia, dla potrzeb którego dostarczana ma być energia elektryczna.

Zdaniem Odwołującego wymóg Zamawiającego, sformułowany po terminie składania ofert, zawarty w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, aby podać jedną cenę jednostkową jest niedopuszczalne. Podkreślić należy, że załącznik nr 3 do SIWZ stanowił jedynie wzór, na którym wykonawcy mieli podać ceny jednostkowe, które zostały powtórzone w załączniku nr 3a.

W tym stanie rzeczy, dowodził Odwołujący, Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego z powołaniem się na treść art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy, gdyż oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Zamawiający zarzucił bowiem Odwołującemu *de facto* naruszenie formy przygotowania oferty, co także jest kwestionowane, w świetle powyższych wywodów, nie odnosząc się w żaden sposób do jej merytorycznej treści.

Odwołujący konkludując swoją argumentację podniósł, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty

najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, przez odrzucenie oferty najkorzystniejszej i wybór oferty, która w świetle postanowień SIWZ nie może być uznana za najkorzystniejszą.

1 października 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesione przez wykonawcę **ENERGA - OBRÓT S.A. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Reja 29, 80 – 870 Gdańsk.**

Wykonawca ten wskazuje, iż posiada interes w uzyskaniu na korzyść Zamawiającego rozstrzygnięcia odwołania złożonego przez wykonawcę PGE Obrót Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, gdyż jest wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu a uwzględnienie odwołania prowadziłoby do utraty możliwości podpisania umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgłaszający przystąpienie wniósł o: oddalenie odwołania wykonawcy jako bezzasadnego w zakresie wszystkich żądań wskazanych w odwołaniu. Zgłaszający przystąpienie, uzasadniając zgłoszenie, poparł argumentację jaka stanowiła podstawę odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 24 września 2010 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu (23 września 2010 roku).

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego tj. ENERGA - OBRÓT S.A. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Reja 29, 80 – 870 Gdańsk. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo

zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 28 września 2010 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia nastąpiło 1 października 2010 roku a zgłaszający przystąpienie przekazał w tym terminie Odwołującemu i Zamawiającemu kopię odwołania.

Wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę po której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Izby w formie pisemnej, a jego kopię przekazał zgłaszający przystąpienie Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie tym samym Izba uznał, iż wykonawca ENERGA - OBRÓT S.A. z siedzibą w Gdańsku przy ulicy Reja 29, 80 – 870 Gdańsk stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba dopuściła i zaliczyła w poczet materiału dowodowego w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania załączonej do akt sprawy oraz przedłożone przez Zamawiającego w toku rozprawy do wglądu Izby w oryginale, w tym przede wszystkim z postanowień SIWZ oraz ofert złożonych w postępowaniu, protokołu postępowania, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego jak również z oświadczeń i stanowisk Stron, złożonych w toku postępowania ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ*

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „Specyfikacja” w Sekcji II- *Przedmiot zamówienia* w punkcie 1 – *Określenie przedmiotu zamówienia* podał, iż przedmiotem zamówienia jest *Dostawa energii elektrycznej do budynków i obiektów Zamawiającego w ilościach ok. 519 735 kWh* Zamawiający podał również szczegółowo, iż w tym zawarł *oświetlenie uliczne – a. strefa całodobowa 177 888 kWh i budynki i pozostałe obiekty – a. strefa całodobowa 341 847 kWh.*

W Sekcji III SIWZ – *Informacje prawne, ekonomiczne i techniczne postępowania* w punkcie 2 – *Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków w postępowaniu* Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli złożyć na podstawie punktu 2.1 *Wypełniony Formularz oferty wraz z załącznikami zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ* zaś w oparciu o punk 2.2 *Wypełniony Formularz cenowy zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 i załącznik nr 3a Kalkulacja zamówienia.*

Na podstawie regulacji zawartych w Sekcji IV – *Procedura postępowania* zgodnie z punktem 4 – *Opis sposobu przygotowania ofert* punkt 1 Wykonawca został zobowiązany do złożenia jednej oferty, w której zostanie zaoferowana tylko jedna cena. W punkcie 7 – *Opis sposobu obliczania ceny* Zamawiający określił:

w punkcie 1 – *Wykonawca określi cenę realizacji zamówienia zgodnie z Formularzem oferty, który stanowi załącznik nr 2 do SIWZ,*

w punkcie 3 – *Cenę oferty stanowi cena wyliczona w Formularzu cenowym, który stanowi załącznik nr 3 do SIWZ,*

w punkcie 4 – *Ceny jednostkowe zawarte w Formularzu cenowym o którym mowa powyżej muszą być wyrażone w złotych polskich z dokładnością do czterech miejsc po przecinku.*

Zgodnie z punktem 8 Sekcji IV – *opis kryteriów którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem ich znaczenia i sposobu oceny ofert* Zamawiający podał, iż kryterium oceny ofert jest cena (100%) a oferty będą oceniane według

następującego wzoru: $C = (C_{\min} / C_{\text{oferta}}) * 100$ pkt, gdzie C_{\min} oznacza najniższą cenę zaoferowaną w postępowaniu a C_{oferta} oznacza cenę badanej oferty.

W Formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał podania (ust. 1) ceny energii elektrycznej stanowiącej przedmiot zamówienia w tym podania wartości brutto, netto i podatku VAT. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł w punkcie 2, iż cena oferty wskazana w ust.1 Formularza oferty jest *obliczana z zastosowaniem cen jednostkowych określonych w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ oraz wartości zawartych w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.*

Załącznik nr 3 do SIWZ – Formularz cenowy, skonstruowany w postaci tabeli, poprzedzonej opisem: *Cena energii elektrycznej czynnej całodobowej (obróć) na 2011 r. dla Zamawiającego zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ* zobowiązywał wykonawców do podania: „cena ze energią elektryczną czynną – całodobową w zł /kWh”

Zaś w Załączniku nr 3a do SIWZ – Kalkulacja zamówienia na dostawę energii elektrycznej, Zamawiający w postaci tabeli określając w wierszu oznaczonym 1. przedmiot *oświetlenie uliczne – a. strefa całodobowa* oraz ilość *177 888 kWh* natomiast w wierszu oznaczonym 2. *budynki i pozostałe obiekty – a. strefa całodobowa* oraz ilość *341 847 kWh* zobowiązał wykonawców do podania w każdym ze wskazanych powyżej wierszy jednostkowych wartości netto oraz ogółem oraz podania stawki VAT i wartości VAT w złotych a także ceny brutto, w wierszu oznaczonym 3. Zamawiający wymagał podania Ogółem 1a + 1b dla wartości netto, wartości podatku VAT oraz ceny brutto. Uczynione przez Zamawiającego zastrzeżenia pod tabelą dotyczyły podania wartości netto do czterech miejsc po przecinku oraz wyliczenia wartości podatku VAT zgodnie z obowiązującymi w dniu składania oferty przepisami prawa.

W umowie sprzedaży energii elektrycznej stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ w § 5 w punkcie 1 Zamawiający zapiął:

Cena energii elektrycznej za jedną kWh energii elektrycznej w okresie od ... r. do ... r. wynosi:

- 1.1. *Obiekty typu oświetlenie uliczne: Całodobowo: Cena netto:..... Cena Brutto.....*
- 1.2. *Obiekty typu budynki administracji publicznej: Całodobowo: Cena netto:..... Cena Brutto.....*

Na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego złożył pismo „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania złożonego od rozstrzygnięcia przetargu z 20 września 2010 roku uzasadniając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wyjaśnił, iż po analizie formalnoprawnej, postanowił odrzucić ofertę Odwołującego decyzja ta była umotywowana tym, że treść złożonej przez ten podmiot oferty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia a niezgodność ta sprowadzała się do następujących okoliczności:

- ~ Odwołujący, wbrew wskazaniom SIWZ, podał dwie ceny, tj. odrębną cenę dla obiektów budowlanych oraz dla oświetlenia ulicznego,
- ~ Odwołujący samodzielnie dokonał zmian w załączniku nr 3 do SIWZ, zmieniając jego treść na niezgodną z wymaganiami Zamawiającego.

Powyższe naruszenia, w ocenie Zamawiającego, zgodnie z przepisami ustawy skutkowały odrzuceniem oferty. Podstawą odrzucenia oferty był art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy natomiast okoliczność, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 nie zachodziła, czego również nie kwestionował Odwołujący.

Zamawiający uzasadniał następująco swoje stanowisko, przedmiotem przetargu była dostawa energii elektrycznej do obiektów Zamawiającego. Kluczowym kryterium przetargu była cena, jednakże Zamawiający był zainteresowany dostawami energii elektrycznej po jednolitej stawce niezależnie od rodzaju punktu odbioru, tj. zarówno budynków, jak i oświetlenia ulicznego. To była przesłanka wyjściowa dla potencjalnych oferentów.

Zamawiający dał temu wyraz, w sposób niebudzący wątpliwości, w postanowieniach SIWZ. Punkt 4 tego dokumentu, pt. *Opis sposobu przygotowania ofert*, jasno wskazuje, iż: „*Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, w której musi być zaoferowana tylko jedna cena!*” Ta regulacja stanowi bezwzględną wytyczną dla oferentów odnośnie przygotowania oferty. Konstrukcja załączników, na co powołuje się Odwołujący, nie ma tutaj żadnego znaczenia. Przedstawienie przez Odwołującego oferty, która zawierała dwie różne ceny, w zależności od punktu odbioru, była rażąco sprzeczna ze SIWZ. W ocenie Zamawiającego, przedstawienie oferty w tak bezsporny sposób kolidujący z postanowieniami SIWZ, stanowi przejaw nierzetelnego zapoznania się z warunkami przetargu. Natomiast oferta, niezależnie od swojej merytorycznej zawartości, zasługuje na odrzucenie.

Dodatkowo, podnosił Zamawiający, Odwołujący, samoczynnie dokonał zmiany formularza stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. Wzór formularza cenowego (ww. załącznik nr 3 do SIWZ) zawierał jedną rubrykę poziomą, co korespondowało bezpośrednio z faktem, że Zamawiający oczekiwał tylko jednej ceny. Okoliczność ta była dla pozostałych oferentów czytelna. Natomiast Odwołujący wprowadził do tego formularza dwie różne ceny. Tym samym należy uznać ten formularz za wypełniony błędnie, względnie należy uznać, iż Odwołujący dokonał merytorycznej zmiany w formularzu stanowiącym element SIWZ.

W obu przypadkach jest to okoliczność – argumentował Zamawiający, którą należy uznać za sprzeczność oferty z SIWZ, aczkolwiek komentowana zmiana formularza stanowi przede wszystkim następstwo podania przez Odwołującego dwóch cen, zamiast jednej; tak istotna rozbieżność i sprzeczność oferty Odwołującego z warunkami formalnymi przetargu określonymi w SIWZ mogła jedynie skutkować odrzuceniem oferty. Sprzeczność oferty z postanowieniami SIWZ rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, nawet jeżeli w pozostałym zakresie oferta sprawia wrażenie ekonomicznie korzystnej. Każde inne rozstrzygnięcie Zamawiającego byłoby sprzeczne z ustawą, a tym samym niedopuszczalne. Zamawiający wskazał iż, Odwołujący miał możliwość we właściwym terminie złożyć do Zamawiającego zapytanie w przedmiotowej sprawie. Odwołujący nie skorzystał z tej możliwości. Zamawiający wyjaśnił również, iż wysokość obu podanych przez Odwołującego cen, z formalnego punktu widzenia nie była w ogóle badana lub porównywana z innymi ofertami. Zgodnie z pkt. 6.5. SIWZ, Zamawiający w pierwszej kolejności (I etap) ocenia wymogi formalne złożonych ofert, a dopiero potem (II etap) dokonuje ich oceny merytorycznej. W ocenie merytorycznej nie biorą już udziału oferty odrzucone w I etapie, tak jak to miało miejsce w stosunku do oferty Odwołującego.

W ocenie Izby, przy uwzględnieniu powyższego, przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy Zamawiający zobowiązał wykonawców do zaoferowania jednakowych jednostkowych wartości netto dla przedmiotu zamówienia: *oświetlenie uliczne – a. strefa całodobowa 177 888 kWh* oraz *budynki i pozostałe obiekty – a. strefa całodobowa 341 847 kWh* czy też wykonawcy uprawnieni byli do zaoferowania różnych jednostkowych wartości netto dla określonego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia a w konsekwencji podania tych cen w Załączniku nr 3 do SIWZ. Czy podanie różnych jednostkowych wartości netto dla przedmiotu zamówienia w oświadczeniu skonstruowanym na podstawie załącznika nr 3 do SIWZ stanowiło niezgodność oferty z treścią Specyfikacji poprzez nieuprawnioną modyfikację załącznika.

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo, iż odpowiada zapisom SIWZ, Izba uznała za zasadne twierdzenia Odwołującego przedstawione w odwołaniu oraz na rozprawie.

Tym samym Izba uznała, iż doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3* - poprzez odrzucenie oferty w związku z zaoferowaniem różnych cen jednostkowych dla przedmiotu zamówienia oraz oświadczeniem tego w dokumencie stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ. W ocenie Izby, wskazane okoliczności nie stanowią podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Na wstępie Izba podnosi, iż Zamawiający winien postępować zgodnie z zasadami jakie określa ustawa, między innymi zasadą równości traktowania wykonawców, zasadą konkurencyjności, zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Jednakże poza z wyartykułowanymi wprost zasadami należy zwrócić jeszcze uwagę na zasadę choć nie ujętą w ustawie jednakże wynikającą z różnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych a mianowicie zasadę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu udzielenia tegoż zamówienia. Sąd Okręgowy w Gliwicach, w wyroku z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za wskazał, iż „*Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)*”. Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Odwołujący w złożonej ofercie w oświadczeniu skonstruowanym na podstawie załącznika 3a - Kalkulacja zamówienia na dostawę energii elektrycznej zaoferował odpowiednio wartości jednostkowe netto dla przedmiotu zamówienia: oświetlenie uliczne – a. strefa całodobowa 1 kWh – 0,2529 zł oraz budynki i pozostałe obiekty – a. strefa całodobowa 341 847 kWh – 0,2662 zł. Jednocześnie stosujący się do określonych przez Zamawiającego wymagań

Odwołujący podał wartości jednostkowe netto do czwartego miejsca po przecinku oraz zastosował obowiązującą stawkę podatku VAT. Zgodnie ze Specyfikacją Sekcja IV punktem 7 pozycja 4 wykonawcy mogli zaoferować i podać w Formularzu cenowym „ceny jednostkowe”, bowiem literalne brzmienie ukształtowanego przez Zamawiającego wymagania wprost wskazuje na wielość i różnorodność cen, co nie oznacza, że wykonawcy nie posiadali uprawnienia do zaoferowania identycznych cen jednostkowych. Odwołujący, zgodnie ze Specyfikacją podał ceny jednostkowe w oświadczeniu sporządzonym w oparciu o załącznik nr 3 - Formularz cenowy. Należy zaznaczyć, iż Zamawiający w żadnym miejscu Specyfikacji nie podał, nie wymagał aby wartości jednostkowe netto dla przedmiotu zamówienia posiadały identyczne, jednakowe wartości. Odwołujący w oświadczeniu sporządzonym w oparciu o załącznik nr 3 - Formularz cenowy, uwzględnił wartości jednostkowe netto podane w oświadczeniu sporządzonym na podstawie załącznika 3a - Kalkulacja zamówienia na dostawę energii elektrycznej, tym samym wykonał polecenie Zamawiającego.

Zamawiający wymagał aby wykonawcy podali w Formularzu oferty cenę oferty - energii elektrycznej stanowiącej przedmiot zamówienia w tym podania wartości brutto, netto i podatku VAT, zastrzegając, iż cena oferty ma zostać obliczona z *zastosowaniem cen jednostkowych określonych w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ oraz wartości zawartych w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia*. Zamawiający w tym miejscu ponownie zobowiązał wykonawców do obliczenia ceny oferty na podstawie cen jednostkowych. Nadmienić należy w tym miejscu, iż cena podana w punkcie 1 Formularza oferty stanowi odzwierciedlenie ceny jaka została obliczona na podstawie oświadczenia sporządzonego na podstawie załącznika nr 3a do SIWZ – Odwołujący podał wartość 165 904,81 złotych brutto – i ta cena, zgodnie z kryteriami oceny ofert stanowiła podstawę dokonywania oceny oferty zgodnie z wzorem przyjętym przez Zamawiającego. Sposób oceny ofert został określony w SIWZ i został odzwierciedlony w drukach ZP-20 załączonych do protokołu postępowania przez Zamawiającego.

Brak określenia przez Zamawiającego zobowiązania, iż ceny jednostkowe mają być jednakowe nie może rodzić po stronie wykonawcy negatywnych konsekwencji i nie znajduje uzasadnienia w ocenie Izby argumentacja Zamawiającego podnoszona na rozprawie, iż graficzny układ załącznika 3 do SIWZ wskazywał na konieczność zaoferowania jednej wartości jednostkowej (ceny jednostkowej) dla obu kategorii obiektów.

Podana, jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie może być uznana za prawidłową. Sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy musi być zgodne z opisanym w SIWZ przedmiotem zamówienia. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu nie została dowiedziona przez Zamawiającego niezgodność oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego z oczekiwaniami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji.

W ocenie Izby to na Zamawiającym spoczywał obowiązek udowodnienia, iż wymagał aby wartości jednostkowe netto dla przedmiotu zamówienia były jednakowe, bowiem *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Zgodnie z art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*. Zgodnie z regułą zawartą w art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*; przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zamawiający nie udowodnił, że wymagał zaoferowania wartości jednostkowych netto jednakowych dla dwóch zakresów przedmiotu zamówienia odpowiednio dla oświetlenia ulicznego – a. strefa całodobowa oraz budynków i pozostałych obiektów – a. strefa całodobowa.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w SIWZ wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż nie zasługuje na uznanie działanie Zamawiającego, a odrzucenie oferty Odwołującego było nieuprawnione i naruszyło odpowiednio ustawową regulację z art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy. Tym samym w powyższym zakresie uzasadnionym jest nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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), uwzględniając koszty pełnomocnika Odwołującego zgodnie z rachunkiem złożonym do akt sprawy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....