

WYROK
z dnia 11 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **PGE Obrót S.A., 35-959 Rzeszów, ul. 8-go Marca 6** w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Śląskie S.A., 41-506 Chorzów, ul. Inwalidzka 5**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciążyć **Tramwaje Śląskie S.A., 41-506 Chorzów, ul. Inwalidzka 5**:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **PGE Obrót S.A., 35-959 Rzeszów, ul. 8-go Marca 6** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Tramwaje Śląskie S.A., 41-506 Chorzów, ul. Inwalidzka 5** na rzecz **PGE Obrót S.A., 35-959 Rzeszów, ul. 8-go Marca 6** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

1

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa energii elektrycznej do Tramwajów Śląskich S.A. w okresie od VI.2011r. do V.2012 r.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 3 marca 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2011/S 43-071140.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszej, złożonej przez ENEA S.A., zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących 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 Pzp”: art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2a, ust. 2b i ust. 3, art. 82, art. 89 ust. 1, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 oraz innych przepisów ustawy Pzp, jak również innych aktów prawnych przywołanych w odwołaniu. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez ENEA S.A. oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z postanowieniami treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), każdy wykonawca powinien potwierdzić warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej (str. 3 SIWZ). W opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku

Zamawiający stwierdził, że „zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedłoży (...) opłaconą polisę a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.”

Tymczasem, z treści przedłożonych dokumentów dotyczących sytuacji ekonomicznej ENEA S.A. wynika, iż nie ona złożyła opłaconej polisy potwierdzającej, że ENEA S.A. jest ubezpieczona od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia, ani innego dokumentu potwierdzającego, że ENEA S.A. jest ubezpieczona od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

ENEA S.A. przedłożyła tylko oświadczenie PZU S.A. oraz TU Allianz Polska S.A., z którego wynika, że ENEA S.A. objęta jest ochroną ubezpieczeniową z tytułu czynów niedozwolonych oraz z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Z

2

treści tego oświadczenia nie wynika, że ENEA S.A. jest ubezpieczona od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia. ENEA S.A. może np. być ubezpieczona z tytułu czynów niedozwolonych oraz z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w zakresie prowadzonej działalności nie związanej z przedmiotem zamówienia np. sprzedaży sprzętu informatycznego, którą to działalność może prowadzić ww. wykonawca. Taki zakres ochrony ubezpieczeniowej nie będzie jednak mógł stanowić podstawy oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej, dlatego też zachodzą w tym zakresie podstawy do żądania uzupełnienia przez ENEA S.A. opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia, a w przypadku nie wywiązania się przez wykonawcę z tego zobowiązania, do wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, iż z całokształtu przepisów Pzp, SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu wynika, że opłacona polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej ma potwierdzać ochronę wykonawcy, a pośrednio także zamawiającego, w zakresie działalności gospodarczej, związanej z przedmiotem zamówienia. Brak takiego dokumentu musi stanowić podstawę podjęcia działań wynikających z treści art. 26 ust. 2a i 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jak wynika z orzecznictwa KIO (wyrok z dnia 04.02.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1724/09; KIO/UZO 1731/09), sytuacja, w której dokument, który został złożony, a nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Natomiast, w wyroku z dnia 22.01.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1723/09) wskazano, że wymienione w przepisach rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również ich wymagana treść, stanowi katalog zamknięty. Reasumując Odwołujący stwierdza, że ENEA S.A. nie wykazała spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego sytuacji ekonomicznej, w związku z czym powinna zostać wykluczona z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, ENEA S.A. złożyła ofertę podlegającą odrzuceniu ze względu na to, że nie złożono Zamawiającemu pełnomocnictwa do podpisania oferty w formie pisemnej. Zgodnie z art. 99 § 1 k.c., jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. W myśl art. 82 ust. 2 ustawy Pzp ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego

3

kwalityfikowanego certyfikatu. Oznacza to, że wykonawca składając ofertę podpisaną przez pełnomocnika zobowiązany był załączyć do oferty pełnomocnictwo w formie pisemnej. W związku z tym, że ENEA S.A. nie złożyła pełnomocnictwa w formie pisemnej, dlatego też konieczne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 104 k.c.

Jednocześnie zachodzą podstawy do dokonania ponownego badania i oceny złożonej oferty ENEA SA, gdyż oferta ww. wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na podaniu ceny oferty brutto w wysokości 17.784.572,40 zł, podczas gdy prawidłowo obliczona cena oferty powinna wynosić 17.784.572,36 zł. Dodatkowo, w formularzu cenowym podano ceny w zaokrągleniu do jednego miejsca po przecinku, podczas gdy ceny powinny być podane z uwzględnieniem dwóch miejsc po przecinku. Stanowi to podstawę odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. ENEA S.A. błędnie obliczyła również cenę oferty netto, co znalazło odzwierciedlenie w podaniu innej ceny oferty w kwocie podanej cyfrą i innej w kwocie podanej słownie. Błąd taki, w ocenie Odwołującego, nie może zostać poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp i stanowi podstawę odrzucenia oferty.

W odniesieniu do oferty ENEA S.A. zachodzą także podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż początkowy termin realizacji zamówienia wskazano na dzień 1 czerwca 2011 r., podczas gdy procedura zmiany sprzedawcy energii elektrycznej ma zostać zainicjowana dopiero w dniu rozpoczęcia świadczenia dostawy energii elektrycznej, co stanowi naruszenie obowiązujących Zamawiającego umów oraz stanowi naruszenie przepisów i zasad obowiązujących w instrukcjach ruchu i eksploatacji sieci dystrybucyjnej obowiązujących u operatora ENION Grupa Tauron i Vattenfall Distribution.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale 7 pkt 2 lit. d SIWZ Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące wymaganej sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców wskazując, że zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedłoży:

- informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości minimum 7.000.000,00 PLN, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- opłaconą polisę a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia."

4

Wraz z ofertą ENEA S.A. przedłożyła oświadczenie PZU S.A. i Towarzystwa Ubezpieczeń Allianz Polska S.A. (str. 7), z którego wynika, że ENEA „objęta jest ochroną ubezpieczeniową w zakresie korporacyjnego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Spółek Grupy ENEA w zakresie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu czynów niedozwolonych oraz z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, z rozszerzeniem o odpowiedzialność cywilną za produkt.(...) Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. Towarzystwo Ubezpieczeń Allianz Polska S.A. udzielają ochrony ubezpieczeniowej na zasadach i w zakresie określonym w Umowie Generalnej nr ENEA/OC_KORP/2009-2011 korporacyjnego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Spółek Grupy ENEA.

Do oferty dołączono pełnomocnictwo (str. 2), upoważniające do dokonywania w imieniu i na rzecz Spółki czynności wymienionych w treści pełnomocnictwa. Przedmiotowe pełnomocnictwo przedłożono w kserokopii, potwierdzonej „za zgodność z oryginałem.” Na odwrocie spornego pełnomocnictwa znajduje się poświadczenie przedmiotowego dokumentu, potwierdzające „zgodność tego odpisu z okazanym dokumentem”, dokonane przez notariusza.

W formularzu ofertowym w pkt. 1 lit. e ENEA S.A. zaoferowała wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym SIWZ za cenę, w zakresie dostawy energii elektrycznej netto: „14.459.001,9 zł (słownie: czternaście milionów czterysta pięćdziesiąt dziewięć tysięcy jeden zł 09/100), VAT w wysokości 3.325.570,5 zł, cena brutto 17.784.572,4 zł”.

W dołączonym do oferty załączniku nr 2 (str. 3) ENEA S.A. określiła ilość energii sprzedanej w rozkładzie dobowym w szczycie przedpołudniowym na 15090, w szczycie popołudniowym na 7292 i dla reszty doby na 33118, ustalając odpowiednio cenę jednostkową netto w PLN/MWh dla poszczególnej strefy czasowej na kwotę 300,00 zł, 364,05 zł, 219,74 zł.

Zgodnie z rozdziałem 16 pkt 4 SIWZ ostateczna cena oferty winna być zaokrąglona

do dwóch miejsc po przecinku.

W myśl § 7 ust. 1 wzoru umowy, umowa zostaje zawarta na czas określony, z okresem obowiązywania od godz. 00:00:00 w dniu 01.06.2011 r. do godz. 24:00:00 w dniu 31.05.2012 r. Jednocześnie ENEA S.A. złożyła oświadczenie (według wzoru załącznika nr 7 do SIWZ), dołączając je do oferty (str. 26), iż „w przypadku konieczności dokonania zmiany dotychczasowego sprzedawcy energii elektrycznej zobowiązujemy się do załatwienia w imieniu zamawiającego wszystkich formalności, jakie nakładają na zamawiającego w tym zakresie obowiązujące przepisy. Wykonanie tego obowiązku nastąpi przed rozpoczęciem realizacji umowy, tj. w terminie do 01.06.2011 r.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

5

Zgodnie z przepisem art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań określonych przez zamawiającego przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, ma charakter zamknięty i został określony w § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Wśród dokumentów wymienionych w powołanym akcie znajduje się m.in. informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, opłaconą polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Na obowiązek dostarczenia tych właśnie dokumentu wskazał Zamawiający w niniejszym postępowaniu w rozdziale 7 pkt 2 lit. d SIWZ.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż sposób sformułowania postanowień SIWZ w rozdziale 7 pkt 2 lit. d nie daje podstaw do przyjęcia, iż brak posłużenia się przez Zamawiającego jakimkolwiek spójnikiem przy wyliczeniu dokumentów niezbędnych do potwierdzenia sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy pozwala na zajęcie stanowiska, iż wystarczające było przedłożenie jednego z wymienionych dokumentów, w celu potwierdzenia spornego warunku. Podkreślić należy bowiem, iż na gruncie wykładni prawa przyjmuje się, że znak interpunkcyjny (przecinek) jest równoznaczny z użyciem spójnika „i”, a zatem oznacza koniunkcję. Tym samym za nietrafne należy uznać twierdzenia Zamawiającego, iż dostarczenie jednego z wymienionych dokumentów zadośćuczyniło obowiązkowi nałożonemu na wykonawcę w analizowanym zakresie.

Przedłożony z ofertą przez ENEA S.A. dokument stanowi oświadczenie ubezpieczycieli o objęciu ochroną ubezpieczeniową tegoż podmiotu w ramach Spółek Grupy ENEA, w zakresie odpowiedzialności cywilnej z tytułu czynów niedozwolonych oraz z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, z rozszerzeniem o odpowiedzialność cywilną za produkt. W ocenie Izby, przedmiotowy dokument nie potwierdza, iż wykonawca ubezpieczony jest od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia, a potwierdza jedynie objęcie ochroną ubezpieczeniową z tytułu odpowiedzialności cywilnej. Okoliczność, iż głównym przedmiotem działalności gospodarczej jest przedmiot niniejszego zamówienia oraz fakt, że umowa ubezpieczenia została zawarta w ramach prowadzonej działalności

6

gospodarczej nie pozwala na wysunięcie tak daleko idących wniosków, że interesujący Zamawiającego przedmiot działalności ENEA S.A. jest objęty ochroną ubezpieczeniową, o której mowa w dokumencie przedłożonym z ofertą. Zwrócić bowiem należy uwagę na następujące aspekty, po pierwsze, z mocy art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca jest obowiązany wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż wykonawca obowiązany jest udowodnić spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co wyklucza możliwość domniemywania tych okoliczności. Po drugie, ochrony

ubezpieczeniowej tak dużego podmiotu (Spółki Grupy ENEA) mogli udzielić wymienieni w dokumencie ubezpieczyciele w zakresie całokształtu prowadzonej działalności, ale równie dobrze ochroną tą mogli objąć wskazany podmiot różni ubezpieczyciele, w różnym zakresie, tym bardziej, że przedmiot działalności ENEA S.A. nie ogranicza się jedynie do dostawy energii elektrycznej, ale obejmuje również, co wynika z lektury rejestru przedsiębiorców, m.in. usługi konserwacji oświetlenia ulicznego, usługi konserwacji sieci NN, najem, dzierżawę, usługi transportowe, sprzedaż towarów, działalność socjalną. Nadto, duże ryzyko związane z prowadzoną działalnością i wielkość ubezpieczającego są okolicznościami, które w istotny sposób mogą wpływać na zakres udzielonej ochrony. Nie sposób również pominąć, iż w treści spornego dokumentu znajduje się odwołanie do Umowy Generalnej nr ENEA/OC_KORP/2009-2011, która określa zasady i zakres udzielonej ochrony ubezpieczeniowej. Powyższe może wskazywać, iż zakres ochrony jest ograniczony, jednakże jakie są źródła tego ograniczenia nie wiadomo. Przytoczona argumentacja pokazuje, iż stanowisko Zamawiającego było nietrafne, bowiem ENEA S.A. w sposób nie budzący wątpliwości nie wykazała spełniania spornego warunku, a okoliczności na które powołał się Zamawiający, mające rzekomo świadczyć o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu, nie dawały podstaw do wyciągnięcia tak dalekich wniosków, jakie poczynił Zamawiający.

Jednocześnie Izba wyjaśnia, iż nie badała charakteru spornego dokumentu, gdyż nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, biorąc pod uwagę właściwe przepisy, dopuszczające zarówno możliwość posłużenia się dokumentem polisy, jak i innym dokumentem. Poza rozstrzygnięciem Izby pozostała również kwestia sumy gwarancyjnej i opłacenia polisy, która nie była przedmiotem zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Powyższa okoliczność, nie daje jednakże podstaw, wbrew twierdzeniom Odwołującego, do wykluczenia ENEA S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W świetle bowiem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu. Dopiero zaniechanie uzupełnienia albo przedłożenie dokumentu, z którego nie wynika, iż ENEA S.A. spełnia sporny warunek udziału w postępowaniu lub nie spełnia tego warunku na dzień składania ofert, aktualizuje po stronie

7

Zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należy uznać za chyby, zaś zarzuty naruszenia przepisów art. 26 ust. 2a i 3 ustawy Pzp, z przyczyn, o których mowa była wyżej, znalazły potwierdzenie. Za nietrafny należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż hipotezą normy prawnej zawartej we wskazanym przepisie nie są objęte okoliczności, na które wskazał Odwołujący. Mianowicie, przedmiotem zarzutów formułowanych przez Odwołującego nie są warunki, o których mowa w powołanym przepisie, ani też okoliczność wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego.

W przedmiocie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ENEA S.A., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, stwierdzić należy, iż wskazane przez Odwołującego okoliczności faktyczne nie dają podstaw do uznania, iż przedmiotowa oferta jest nieważna. Z mocy art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jednocześnie w świetle art. 99 § 1 k.c., jeżeli dla ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Powyższe pozwala na stwierdzenie, iż pełnomocnictwo, obejmujące upoważnienie do złożenia oferty powinno być udzielone w formie pisemnej. Niezachowanie wskazanej formy czyni, zarówno przedmiotowe pełnomocnictwo, jak i ofertę nieważną.

W ocenie Izby, z powyższą sytuacją w niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia. Nie ulega wątpliwości, iż oferta została złożona w formie pisemnej. Wątpliwości Odwołującego budzi jedynie forma dokumentu pełnomocnictwa. Analiza dokumentu pełnomocnictwa pozwala na stwierdzenie, iż pełnomocnictwo do złożenia spornej oferty zostało udzielone w formie pisemnej. Z faktu poświadczenia przez notariusza odpisu niniejszego pełnomocnictwa z oryginałem wynika, w sposób nie budzący wątpliwości, iż pełnomocnictwo zostało udzielone w wymaganej formie, a jedynie brak zachowania tej formy

może prowadzić do nieważności oferty. Samo posłużenie się wtórnikiem dokumentu nie jest wystarczającą podstawą do uznania oferty za nieważną, w sytuacji, w której pełnomocnictwo zostało w formie pisemnej udzielone. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż poświadczenie, jest z jedną z czynności notarialnych, poprzez którą notariusz potwierdza zgodność odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem (art. 96 pkt 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie – Dz. U. Nr 189, poz. 1158 ze zm.). Dokonanie zaś przedmiotowej czynności przeczy twierdzeniu o obiektywnym braku pełnomocnictwa w formie pisemnej.

Z tych przyczyn, bezprzedmiotowe jest powoływanie się przez Odwołującego na przepis art. 78 § 2 k.c., jak również na przepis art. 104 k.c. Nie możemy bowiem mówić o

8

rzekomym pełnomocniku, w sytuacji, w której p. Ryszard K. działa na podstawie pełnomocnictwa i w zakresie w nim określonym. W kontekście uczynionych rozważań brak również podstaw do analizy form dokumentów równoważnych z formą pisemną.

Z tych przyczyn zarzuty naruszenia przepisów art. 82 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 104 k.c. należy uznać za chybione.

Izba nie znalazła również przyczyn do odrzucenia oferty ENEA S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W ocenie Izby, z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia. Zaś, błędy, na które wskazał Odwołujący, należy zaliczyć do kategorii oczywistych omyłek rachunkowych, które Zamawiający, na mocy przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązany jest poprawić. Poprawieniu podlegają: cena brutto oferty, która obarczona jest błędem, z powodu nieprawidłowo dokonanych zaokrągleń. Dalej, cena musi być wyrażona w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku, co wynika z przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050) w zw. z art. 31 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. 2005 r., Nr 1, poz. 2 ze zm.). Postanowienia SIWZ nie mogą w tym zakresie wprowadzać odmiennej regulacji, od tej, która zawarta jest w przepisach bezwzględnie obowiązujących. Na marginesie jedynie należy wskazać, iż interpretowanie postanowień SIWZ, dotyczących przedmiotowej kwestii, w sposób zaprezentowany przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w świetle powołanych przepisów.

W ocenie Izby, cena netto wyrażona cyfrą została obliczona poprawnie, co wynika z załącznika nr 2 do oferty. Przyjmując powyższą konsekwencję, uznać należy, iż cena netto wyrażona słownie podlega poprawieniu w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Co do zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba stoi na stanowisku, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Odwołujący bowiem nie wykazał, iż jakiegokolwiek oświadczenie, składające się na treść oferty jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ. Powoływana przez Odwołującego okoliczność, iż ENEA S.A. nie ma możliwości, biorąc pod uwagę wiążące Zamawiającego procedury operatorów energii elektrycznej, rozpocząć świadczenia usługi w terminie określonym w § 7 ust. 1 projektu umowy. Jednakże ewentualne niewywiązanie się z obowiązku terminowej realizacji usługi skutkować będzie odpowiedzialnością z tytułu nienależytego wykonania umowy, nie może być natomiast kwalifikowane jako niezgodność z SIWZ. Oświadczenie wykonawcy ENEA S.A., zawarte w załączniku nr 7 do oferty, nie pozostaje w sprzeczności z postanowieniami SIWZ, bowiem Wykonawca oświadczył, iż zobowiązuje się do dokonania zmiany dotychczasowego sprzedawcy energii elektrycznej przed rozpoczęciem realizacji umowy, tj. w terminie do 1 czerwca 2011 r.

9

Izba nie dostrzega naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ.

Za nieuzasadniony należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych na jego potwierdzenie.

Podobnie należy ocenić zarzut naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy Pzp. Fakt, iż Zamawiający w sposób jawny i pisemny, jak wskazuje Odwołujący „coś zadeklarował”, świadczy o przestrzeganiu niniejszych przepisów. Zaś, niestosowanie się

przez Zamawiającego do złożonych deklaracji powinno być kwalifikowane, w świetle odpowiednich przepisów, jako zaniechanie obowiązków, tam sformułowanych.

Stwierdzone uchybienia dają podstawy do uznania trafności zarzutów naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.00,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: