

Sygn. akt: KIO 1610/10

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 30 lipca 2010 r. wniesionego przez **Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski Spółkę Akcyjną Regionalny Oddział Korporacyjny w Katowicach Centrum Korporacyjne w Tychach, 43-100 Tychy, ul. Dmowskiego 27** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Mikołów, 43-190 Mikołów, Rynek 1**

przy udziale wykonawcy **ING Bank Śląski Spółka Akcyjna, 40-086 Katowice, ul. Sokolska 34** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski Spółkę Akcyjną Regionalny Oddział Korporacyjny w Katowicach Centrum Korporacyjne w Tychach, 43-100 Tychy, ul. Dmowskiego 27** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski Spółkę Akcyjną Regionalny Oddział Korporacyjny w Katowicach Centrum Korporacyjne w Tychach, 43-100 Tychy, ul. Dmowskiego 27**

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Mikołów, 43-190 Mikołów, ul. Rynek 16 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na udzielenie kredytu długoterminowego w kwocie 28.000.000,00 zł na sfinansowanie deficytu budżetu Gminy Mikołów na rok 2010, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 1 sierpnia 2010 roku wykonawca Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna Regionalny Oddział Korporacyjny w Katowicach Centrum Korporacyjne w Tychach, ul. Dmowskiego 27, 43-100 Tychy wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z podjętymi przez zamawiającego czynnościami:

- a) wyboru najkorzystniejszej oferty Banku Polska Kasa Opieki SA,
- b) poprawieniu przez Zamawiającego innych omyłek nie powodujących istotnych zmian treści oferty Banku Polska Kasa Opieki S.A. oraz oferty Mikołowskiego Banku Spółdzielczego

oraz w związku z zaniechaniem czynności:

- a) odrzucenia ofert Mikołowskiego Banku Spółdzielczego w Mikołowie, ING Banku Śląskiego S.A. w Katowicach, Banku Polska Kasa Opieki S.A.

odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- a) art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- b) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia trzech ofert, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- c) art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert, które zawierają błędy w obliczeniu ceny.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący się wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. uchylenie zaskarżonych czynności zamawiającego,
3. nakazanie zamawiającemu odrzucenia ofert Mikołowskiego Banku Spółdzielczego w Mikołowie, ING Banku Śląskiego S.A. w Katowicach, Banku Polska Kasa Opieki SA,
4. nakazanie zamawiającemu ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, iż zgodnie z pkt 16 siwz cena była jedynym kryterium oceny ofert. Ponadto cena powinna zostać obliczona zgodnie z zapisami pkt. 15 siwz („Opis sposobu obliczenia ceny”). Na wniosek odwołującego się, złożony w piśmie z dnia 08 czerwca 2010 r., zamawiający doprecyzował w piśmie z dnia 15 czerwca 2010 r. sposób wyliczenia ceny. Zgodnie z zapisami SIWZ oraz powołanymi powyżej pismami, sposób obliczenia kosztu kredytu przedstawiony w ofercie wykonawcy winien być następujący:

Każdy z wykonawców do wyliczenia ceny ofert powinien przyjąć następujące założenia:

- 1) stawka WIBOR 3 M z dnia 05-05-2010 = 3,87%,
- 2) marża podana w formularzu ofertowym wykonawcy np. 0,77 (oferta Odwołującego),
- 3) prowizja za udzielenie kredytu - np. 0,31% od kwoty kredytu (oferta Odwołującego),
- 4) uruchomienie kredytu w dniu 01-07-2010r. w pełnej kwocie 28.000.000,00 zł.,
- 5) spłata kredytu w 40 równych ratach w wysokości 700.000,00zł. zgodnie z załączonym do siwz harmonogramem,
- 6) karencja w spłacie kapitału do dnia 31.12.2010 r.,
- 7) przyjęcie założenia, że każdy rok (również przestępny) liczy 365 dni, a każdy miesiąc faktyczną (zgodną z kalendarzem) liczbę dni (luty w latach przestępnych 29 dni).

Poza tym do wyliczenia należało przyjąć zatwierdzoną przez zamawiającego definicję tzw. okresów obrachunkowych, tj. pierwsze odsetki należało naliczyć za okres od dnia uruchomienia kredytu do ostatniego dnia kalendarzowego kwartału, w którym nastąpiło uruchomienie kredytu. Kolejne kwartalne okresy obrachunkowe liczone są od następnego dnia po zakończeniu poprzedniego okresu obrachunkowego. Ostatni okres obrachunkowy kończy się w dniu poprzedzającym dzień całkowitej spłaty kredytu.

W ocenie odwołującego się spośród wszystkich czterech złożonych ofert jedynie oferta odwołującego się spełnia powyższe kryteria. Pozostałe zostały wyliczone w oparciu o kryteria

niezgodne z treścią siwz. Po otwarciu ofert odwołujący się w piśmie z dnia 8 lipca 2010 r. wskazał na nieprawidłowości w zakresie obliczenia ceny oferty złożonej przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. Pismo to pozostało jednakże bez odpowiedzi ze strony zamawiającego. Ponadto zamawiający sam błędnie wyliczył ceny ofert. Pismem z dnia 13 lipca 2010 r. zamawiający wezwał odwołującego się do wyjaśnienia treści złożonej oferty- podania sposobu obliczenia ceny zawartej w ofercie. Dopiero po uwzględnieniu sposobu wyliczenia oferty przedstawionego przez odwołującego się w piśmie z dnia 14 lipca 2010 r. zamawiający przyjął kryteria oceny ofert (wyliczenia ceny), jakie sam określił w siwz i wyjaśnieniach do niej. Jednocześnie pismem z dnia 15 lipca 2010 r. Bank Polska Kasa Opieki S.A. przedstawił zamawiającemu szczegółową kalkulację ceny kredytu, która została przez zamawiającego poprawiona w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. W piśmie zamawiającego do Banku Polska Kasa Opieki S.A. z dnia 16 lipca 2010 r. zamawiający poinformował tego wykonawcę o zamiarze poprawienia innych omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty, uznając za takie zmiany:

- sposób wyliczenia oferty niespójny ze sposobem wzorcowym,
- ilość dni poszczególnych kwartałów nie pokrywająca się z faktyczną liczbą dni w przypadku 23 kwartałów,
- wyliczenie kosztu odsetek nie pokrywające się z wyliczeniem wzorcowym kwoty odsetek (zaniżenie tego kosztu o kwotę 5.258,63 zł)

Zamawiający poprawił także ofertę Mikołowskiego Banku Spółdzielczego, którego cena (po poprawkach dokonanych przez zamawiającego) przewyższała o 1.215.995,89zł. kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia (9.730.000zł.)

Jedynie w odniesieniu do ING Banku Śląskiego S.A. Zamawiający nie podjął żadnych czynności uznając, iż bank ten złożył ofertę ważną. Oferta tego Banku również zawierała błędnie określoną cenę.

Pismem z dnia 20 lipca 2010 r. zamawiający powiadomił odwołującego się o wyborze oferty Banku Polska Kasa Opieki S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Banku Polska Kasa Opieki S.A., mimo że wykonawca ten w sposób nieprawidłowy dokonał obliczenia ceny kredytu.

Odwołujący się wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp zamawiający może poprawić w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w oferty. Zdaniem odwołującego się dokonanie przez zamawiającego poprawek oferty Banku Polska Kasa Opieki S.A. oraz Mikołowskiego Banku Spółdzielczego doprowadziło do istotnej zmiany treści oferty złożonej przez te banki. Skoro bowiem zgodnie z pkt. 16 siwz cena jest jedynym kryterium oceny ofert, zmiana ceny jako następstwo

poprawienia przez zamawiającego innych omyłek, prowadzi do istotnej zmiany treści tych ofert. Zgodnie ze złożoną ofertą Banku Polska Kasa Opieki S.A. cena kredytu to 7.194.682,47zł, po poprawieniu przez Zamawiającego to 7.199.941,10 zł, czyli 5.258,63 zł różnicy. Natomiast zgodnie ze złożoną ofertą Mikołowskiego Banku Spółdzielczego cena kredytu to 10.938.205,75 zł, po poprawieniu przez zamawiającego to 10.945.995,89zł, czyli 7.790,14 zł różnicy.

Wykonawcy ci przyjęli następujące błędne kryteria wyliczenia ceny:

- sposób wyliczenia oferty niespójnie ze sposobem wzorcowym,
- ilość dni poszczególnych kwartałów nie pokrywający się z faktyczną liczbą dni,
- wyliczenie kosztu odsetek nie pokrywające się z wyliczeniem wzorcowym kwoty odsetek,
- przyjęcia błędnej definicji okresu obrachunkowego.

Zdaniem odwołującego się złożone przez tych wykonawców oferty zawierają błędy w obliczeniu ceny. Oznacza to, iż cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu oraz warunków realizacji - czyli harmonogramu spłat oraz zasad obliczania odsetek w oparciu o podane okresy obrachunkowe. Ponadto złożone przez tych wykonawców oferty nie odpowiadają treści oraz wymogom siwz. Tym samym zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz pkt. 6 oferty te powinny zostać odrzucone. Odrzucona powinna zostać również oferta ING Banku Śląskiego S.A. z uwagi na to, iż również ten bank nieprawidłowo wyliczył cenę kredytu. Zamawiający nie odrzucił jednakże oferty tego wykonawcy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Z dokumentacji postępowania wynika, iż zamawiający dokonał poprawienia ofert Banku Polska Kasa Opieki S.A. i Śląskiego Centrum Korporacyjnego w Katowicach oraz Mikołowskiego Banku Spółdzielczego w zakresie ilości dni w poszczególnych kwartałach. Konsekwencją takiej operacji była zmiana wysokości odsetek, co w efekcie spowodowało powiększenie cen ofert w ten sposób, że cena oferty złożonej przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. zwiększyła się o 5.258,63 zł, zaś cena Mikołowskiego Banku Spółdzielczego – o kwotę 7.790,14 zł.

W ocenie Izby zamawiający był uprawniony do tego, by poprawić złożone oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki (niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Analiza treści przepisu pozwala na stwierdzenie, iż – odmiennie aniżeli jest to uregulowane w pkt 1 i 2 omawianego ustępu – omyłka, o której mowa w ust. 3 niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". W ocenie Izby za takie właśnie należy uznać nieprawidłowości, jakie zaistniały w poprawionych ofertach. Wykonawcy, których oferty zostały poprawione popełnili omyłki w liczbie poszczególnych kwartałów. Omyłki te to różnice w ilości 1-2 dni na kwartał. W ocenie Izby były to omyłki i omyłki te miały charakter nieistotny.

Zamawiający poprawił oferty poprzez zmianę niewłaściwe podanej ilości dni w kwartale na ilość prawidłową. Zmiana taka spowodowała różnicę w wysokości odsetek, co wpłynęło na wysokość ceny, niemniej jednak różnice te dotyczą kilku setnych procenta zaoferowanej ceny.

Nie mniej istotny dla rozstrzygnięcia jest fakt, iż dokonane poprawki nie spowodowały żadnych zmian w rankingu złożonych ofert. Nadal najkorzystniejszą pozostała oferta Banku Polska Kasa Opieki S.A., pomimo, że jej cena wzrosła o około 5 tysięcy złotych. Pozostałe oferty również nie zmieniły swych miejsc, zatem brak jest podstaw do przyjęcia, iż dokonane zmiany miały charakter istotny.

Zarzuty dotyczące oferty ING Banku Śląskiego również nie zasługują na uwzględnienie. Poprawienie nieprawidłowości w ofercie tego banku nie spowodowało *de facto* żadnych zmian w elementach przedmiotowo istotnych oferty. Niezrozumiałe jest zatem

żądanie odwołującego się, wyrażone na rozprawie, nakazania zamawiającemu dokonania poprawek w ofercie tegoż wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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

.....