

WYROK
z dnia 16 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **28 grudnia 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **Getin Noble Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 39, 02-672 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2) dokonania powtórnej oceny ofert z zastosowaniem kryteriów wskazanych w specyfikacji.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę

Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Województwo Śląskie, ul. Ligonía 46, 40-037 Katowice** na rzecz wykonawcy **Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa** 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 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769) 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 **Województwo Śląskie, ul. Stanisława Ligonia 46, 40-037 Katowice** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Obsługa bankowa budżetu Województwa Śląskiego«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **03.11.2012 r.** pod nrem **2012/S 212-350883.**

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **21.12.2012 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Getin Noble Bank S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy **Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 53/57, 00- 950 Warszawa**, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca **Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 53/57, 00- 950 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **28 grudnia 2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) ocenę ofert;
- 3) wybór oferty **Getin Noble Bank S.A. z siedzibą w Warszawie.**

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że oferta ta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej specyfikacją bez bliższego określenia;

- 2) art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty, która w świetle kryteriów oceny ofert nie jest ofertą najkorzystniejszą;
- 3) art. 14 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc przez taką ich wykładnię, która ogranicza prawo do zawarcia umowy innej niż umowy nazwane;
- 4) inne przepisy wskazanych w uzasadnieniu odwołania, a w trakcie rozprawy odwołujący wskazał na art. 69 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1376), zwaną dalej w skrócie „Pb”.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2) dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego z zastosowaniem kryteriów wskazanych w specyfikacji.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W uzasadnieniu przyczyn odrzucenia wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia w specyfikacji podał *między innymi kod CPV 66.11.30.00.5 – usługi udzielenia kredytu*, a także wskazał, że *oprocentowanie kredytu w rachunku bieżącym winno być liczone jako procent stopy WIBOR 1M z 5 notowań poprzedzających okres obrachunkowy*, zaś odwołujący w ofercie *procent stopy WIBOR 1M określił 0,00% co oznacza, że kredyt w rachunku bieżącym pozostałby nieoprocentowany*.

Odwołujący wskazuje, że przywołane przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego postanowienia SPECYFIKACJI nie mogą być traktowane jako żądanie podania oprocentowania powyżej 0%.

Zamawiający wskazał jedynie na sposób obliczenia oprocentowania. Sposób ten w pełni został opisany w pkt XII SPECYFIKACJI „Sposób obliczenia ceny”, w którym – w odniesieniu do ceny kredytu, jako składnika oferty – wskazano, że:

Stopa WIBOR (przyjęta dla porównania ofert i wynosząca 4,905) powinna zostać **przemnożona przez oferowany przez wykonawcę procent stopy WIBOR**, oraz kwotę wykorzystywanego kredytu i okresy wykorzystywania. Z żadnego z powyższych postanowień nie wynika, że SPECYFIKACJA zakazuje przyjęcia przez wykonawcę, że oferowany przez niego odsetek stopy WIBOR nie może wynosić 0%. Taki odsetek zaoferował odwołujący, a tym samym całe oprocentowanie kredytu w wyniku mnożenia przez „0” zostało ustalone na 0,00%. Ze względu na brak jakichkolwiek ograniczeń w SPECYFIKACJI w tym zakresie – nie sposób uznać za prawidłowe odrzucenie oferty odwołującego ze wskazaniem na podstawę prawną stanowiącą o niezgodności oferty ze SPECYFIKACJĄ.

Za nietrafną należy także przyjąć przytoczoną w uzasadnieniu odrzucenie oferty odwołującego argumentację, zgodnie z którą z przepisów prawa bankowego wynika, że oprocentowanie stanowi niezbędny element umowy kredytowej.

Uzasadnienie to, przepisane fragmentarycznie z komentarza do art. 69 ustawy Prawo Bankowe autorstwa J. Molisa, sporządzono z pominięciem tez, które zamawiający uznał za niewygodne. Autor komentarza już na wstępie zaznacza, że w *piśmiennictwie prawniczym nie ma zgody co do określenia charakteru prawnego zastrzeżenia obowiązku zapłaty odsetek, o którym mowa w art. 69 ust. 1 prawa bankowego.*

Wskazując na poglądy, zgodnie z którymi taki obowiązek istnieje, przytacza też inne tezy, zgodnie z którymi **brak zastrzeżenia zapłaty odsetek nie dyskwalifikuje danej umowy jako umowy kredytu, jeżeli tylko obowiązek zwrotu udostępnionych kredytobiorcy środków pieniężnych zostaje zachowany** (A. Janiak, *Bankowe...*, s. 59).

Fakt, że umowa kredytu nie musi wymagać zapłaty odsetek nie jest kwestionowany także w praktyce organu nadzoru. Obecnie na rynku dostępne są produkty kredytowe różnych banków, które oferują kredyt bez zastrzeżenia zapłaty odsetek, i nie spotyka się to z jakąkolwiek reakcją Komisji Nadzoru Finansowego wykonującej nadzór bankowy.

Jedynie w charakterze przykładu odwołujący wskazuje kilka spośród wielu tego rodzaju ofert kredytowych, wraz z podaniem źródła informacji. Jest to fakt znany powszechnie.

Polbank – kredyt na miarę – odsetki 0%: <http://www.totalmoney.pl/artvku/v/44499,kredyty-gotowkowe,9%25-prowizii-zeruje-oprocentowanie-kredvtu-w-polbanku-efg--pod-lupa,1,1>

BMW Financial Services – kredyt samochodowy z oprocentowaniem 0%, RRSO 0%: <http://www.bmwfs.pl/BMW/kredvt/wyiatkowe-promocje-kredytowe/BMW/Kredvt-60-40-Q.html>

Dominet (rok 2005) – kredyt samochodowy 0%, RRSO 0%: <http://www.finance.egospodarka.pl/8365,Kredvt-0-na-samochod.l.48.1.html>

mBank oprocentowanie karty kredytowej 3m na 0%: <http://biuroprasowe.netpr.pl/notatka-94325.html>

Polbank – kredyt bezpieczny – do 1000 złotych brak odsetek: <http://www.polbank.pl/kredvt-gotowkowy/kredyt-bezpieczny/ile-kosztuje-kredyt.html>

Zamawiający pomija w rozstrzygnięciu postępowania niekwestionowany w piśmiennictwie pogląd. Dyskusja – czy zastrzeżenie odsetek jest niezbędne, czy też nie – dotyczy wyłącznie umowy kredytowej, a nie taką zamierza zawrzeć zamawiający. Nie budzi wątpliwości piśmiennictwa, że nawet w umowie kredytowej pominięcie elementu odsetek nie powoduje nieważności takiej umowy. Jedynym skutkiem jest utrata prawnego charakteru umowy, która przestaje być umową kredytową, stając się umową nienazwaną.

Ten sam autor, którego pogląd przytacza wybiórczo zamawiający w uzasadnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, wyraźnie wskazuje, że wynagrodzenie w formie odsetek bank kredytujący musi pobrać, jeżeli *tożsamość jurydyczna danej umowy, jako umowy kredytu, ma zostać zachowana*.

Brak więc podstaw do stawiania tezy o konieczności odrzucenia oferty odwołującego. Zamawiający w wyniku postępowania zamierza zawrzeć z wykonawcą umowę łączną o wiele usług bankowych zgodnie z częścią XVI specyfikacji. Zamawiający wskazał w tym punkcie wyraźnie, że będzie to jedna umowa obejmująca całość świadczeń opisanych w specyfikacji w 21 punktach części III ust. 1 specyfikacji, a wynagrodzenie za całość usług będzie zgodnie z ust. 11 określone kwotowo. Nie sposób tym samym umowy, której zakres przedstawia zamawiający uznać za umowę kredytu, o której mowa w art. 69 ust. 1 Prawa bankowego, z którego zamawiający wyprowadza tezę o niezgodności oferty odwołującego z treścią tego przepisu.

Oferta, złożona w celu zawarcia całościowej umowy, nie może być oceniana w kontekście przepisu dotyczącego samoistnej i niezwiązanej z innymi świadczeniami umowy kredytowej.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **28.12.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **28.12.2012 r.** (art. 185 ust. 1 Pzp).

31.12.2012 r. wykonawca **Getin Noble Bank S.A. z siedzibą w Warszawie** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) dwie kopie umów na wykazanie, że na rynku istnieje praktyka zawierania kompleksowych umów, bez wyszczególniania umów kredytowych, jako odrębnych i ich oprocentowania;**

oraz dowodu złożonego przez przystępującego:

2) (dowód nr 2) artykuł Grzegorza Tracza „Umowa kredytu”, gdzie zostało stwierdzone, że elementem przedmiotowo istotnym umowy kredytu jest wynagrodzenie, a rozpoznawanym przypadkiem, musi nim być oprocentowanie – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo że oferta ta jest zgodna ze specyfikacją – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wskazał w cz. III ust. 1 pkt 7 specyfikacji, że opis przedmiotu zamówienia obejmuje cyt. „Udzielenie kredytu na pokrycie występującego w trakcie roku przejściowego deficytu – kredyt w rachunku bieżącym do 10 mln zł w każdym roku obowiązywania umowy, [...]. Zamawiający nie dopuszcza możliwości pobierania opłat i prowizji z tytułu przygotowania lub uruchomienia kredytu. Wszystkie opłaty i prowizje powinny zostać wliczone do oferowanego przez wykonawcę oprocentowania kredytu. Odsetki rozliczane w miesięcznym okresie obrachunkowym. Oprocentowanie kredytu w rachunku bieżącym winno być liczone jako procent stopy WIBOR 1M z 5 notowań poprzedzających okres obrachunkowy (ustalanej jako średnia z 5 notowań WIBOR 1M poprzedzających dany miesiąc). [...]. Kredyt winien być podstawiony do dyspozycji zamawiającego w ciągu dwóch dni roboczych od daty podpisania umowy kredytowej. Szczegółowy sposób kalkulacji w tym zakresie opisany został w pkt XII specyfikacji”. Ponadto w cz. XII dotyczącej sposobu obliczania ceny ofertowej

Odwołujący zaoferował oprocentowanie kredytu w rachunku bieżącym w wysokości 0,00%. Zdaniem zamawiającego takie oprocentowanie kredytu w rachunku bieżącym nie

odpowiada treści specyfikacji i przepisowi art. 69 ust. 2 pkt 5 Pb. Przepis ten stanowi, że umowa kredytu powinna określać w szczególności „wysokość oprocentowania kredytu i warunki jego zmiany”. Ponadto zamawiający w uzasadnieniu przyczyn odrzucenia wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia w specyfikacji wskazał, że *oprocentowanie kredytu w rachunku bieżącym winno być liczone jako procent stopy WIBOR 1M*, zaś odwołujący w ofercie *procent stopy WIBOR 1M określił 0,00%* co oznacza, że *kredyt w rachunku bieżącym pozostałby nieoprocentowany*.

Z powodu zaoferowania oprocentowania kredytu w rachunku bieżącym w wysokości 0,00% zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Od tego odwołał się odwołujący i stwierdził, że przywołane przez zamawiającego postanowienia SPECYFIKACJI nie mogą być traktowane jako żądanie podania oprocentowania powyżej 0%, a jedynie wskazują na sposób obliczenia ceny, w którym – w odniesieniu do ceny kredytu, jako składnika oferty – wskazano, że stopa WIBOR powinna zostać **przemnożona przez oferowany przez wykonawcę procent stopy WIBOR** oraz kwotę wykorzystywanego kredytu i okresu wykorzystywania.

Odwołujący stwierdził, że z żadnego postanowień specyfikacji nie wynika, że zakaz przyjęcia przez wykonawcę oferowany odsetka stopy WIBOR w wysokości 0%, a w konsekwencji nie jest sprzeczne z przepisami prawa ani postanowieniami specyfikacji ustalenie całego oprocentowania kredytu na 0,00%, co wynika mnożenia przez „0”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przepis art. 69 ust. 2 pkt 5 Pb nie wymaga aby w umowie kredytu było zawarte postanowienie o oprocentowaniu kredytu wyższym niż 0%, a tylko przepis ten stanowi o zawarciu w umowie wysokości oprocentowania. Przywołany przez zamawiającego **wyrok Sądu Najwyższego z 4 listopada 2011 r. (sygnatura akt: I CSK 46/11)** stwierdził, że oprocentowanie ani klauzula dotycząca zmiany oprocentowania nie mogą być blankietowe, co oznacza, że powinny dokładnie wskazywać procent, ale wyrok Sądu Najwyższego nie odnosi się do minimalnego poziomu oprocentowania i nie można z tego wyroku wyciągać wniosku, że oprocentowanie musi być określone na poziomie wyższym niż 0,00%.

Również zamawiający nie wykazał, że postanowienia specyfikacji nakazywały określenie minimalnego oprocentowania kredytu na poziomie wyższym niż 0%, a tylko wskazywały, że jednym ze składników ogólnej umowy jest umowa o kredyt w rachunku bieżącym (cz. III). Ponadto w cz. XII specyfikacji zamawiający wskazał sposób obliczania ceny ofertowej, ale nie zakazał zaoferowania oprocentowania kredytu na jakimkolwiek poziomie.

Odwołujący ponadto wskazał na rozprawie, że kredyt jest jednym z wielu świadczeń z rozpoznawanego zamówienia publicznego i może być oprocentowany w ogólnym wynagrodzeniu, czy innych korzyściach, jakie odwołujący widzi w dysponowaniu środkami zamawiającego. Byłoby to wystarczające dla odwołującego przysposobienie ze względu na

dysponowanie środkami zamawiającego złożonymi na rachunku bankowym. Odwołujący wskazał wynagrodzenie kwotowe (jest ono wynagrodzeniem uzupełniającym) 700 000 zł rocznie – korzyść z dysponowania środkami zamawiającego.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty, która w świetle kryteriów oceny ofert nie jest ofertą najkorzystniejszą – zasługuje na uwzględnienie.

W związku z niezasadnym odrzuceniem oferty odwołujący i nie wzięciem tej oferty pod uwagę w trakcie oceny ofert skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty spośród zawężonego kręgu ofert – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 14 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc przez taką ich wykładnię, która ogranicza prawo do zawarcia umowy innej niż umowy nazwane – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nigdzie w specyfikacji ani w wyjaśnieniach specyfikacji, dokonanych przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z art. 38 Pzp, nie wskazywał, że zamierza zawrzeć umowę kredytu, jako umowę nazwaną unormowaną w art. 69 i n. ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe. W związku z tym skład orzekający Izby uznaje za zasadny zarzut naruszenia art. art. 14 Pzp w zw. z art. 353¹ Kc przez taką ich wykładnię, która ogranicza prawo do zawarcia umowy innej niż umowy nazwane.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 69 Prawa bankowego – nie został wykazany przez odwołującego w związku z tym nie może zostać uwzględniony przez skład orzekający Izby.

Skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę dowodów złożonych podczas rozprawy, gdyż nie odnosiły się one do rozpoznawanej sprawy.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 14 w zw. z art. 353¹ Kc.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....