

Sygn. akt KIO 2772/12

WYROK
z dnia 3 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2012 r. przez Millenium Leasing Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

przy udziale Pekao Leasing Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Millenium Leasing Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Millenium Leasing Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością 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. 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest udzielenie limitu leasingowego o łącznej wartości 25.000.000 mln netto i zawarcie umów leasingu środków trwałych o łącznej wartości nie przekraczającej wysokości udzielonego limitu leasingowego. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 sierpnia 2012 r., pod numerem 2012/S 148-247739.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

7 grudnia 2012 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez PEKAO LEASING Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i odrzuceniu oferty złożonej przez Millenium Leasing Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, który to wykonawca wniósł odwołanie wobec wymienionych czynności 14 grudnia 2012r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wynikający z art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp - przez przeprowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewniał zachowania uczciwej konkurencji oraz uczciwego traktowania wykonawców w postępowaniu;
- art. 84 ust. 1 Pzp - przez błędne uznanie, iż wykonawca może, po upływie terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę;
- art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp - przez bezpodstawne uznanie, iż pismo z 21 listopada 2012 r. stanowi zmianę treści złożonej oferty;
- art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp - przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo niezastnienia przesłanki do odrzucenia oferty;
- art. 91 ust. 1 Pzp - przez dokonanie wyboru oferty nie przedstawiającej najkorzystniejszych, w myśl specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunków wykonania zamówienia publicznego.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty PEKAO LEASING jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i o przyznanie

odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający błędnie przyjął, że wyjaśnienia z 21 listopada 2012r. stanowiły zmianę treści oferty. Zarzucił, że zamawiający zaniechał wezwania do wyjaśnień, jakie skutki prawne odwołujący chce wywieść z powołanego pisma w zakresie wskazanego tam poziomu marży. Wywiódł, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawca z przyczyn formalnych nie jest w stanie zmienić treści oferty, gdyż po upływie terminu składania ofert niezbędne są do tego odpowiednie czynności zamawiającego, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wyraził pogląd, że art. 87 ust. 1 Pzp formułuje zakaz określonego zachowania, ale wyłącznie w odniesieniu do zamawiającego, nie zaś wykonawcy, zatem zamawiający nie miał podstaw prawnych, aby treść wyjaśnień z 21 listopada 2012r. traktować jako zmianę oferty.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie miał żadnych zastrzeżeń, ani do kwot przedstawionych w formularzu ofertowym, ani też do sposobu ich wyliczenia. Wywiódł, że skoro marża była podana jako informacja dodatkowa, to sam zamawiający nie traktował tych informacji, jako wyznaczających treść oferty wykonawców i cenę ofert. Uznał, że zakres obowiązków wykonawcy oraz ocenę ofert determinuje wyłącznie cena oferty.

Zarzucił, że zamawiający zaniechał wykorzystania art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp.

PEKAO LEASING Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego zachowując przesłanki wskazane w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Przystępujący opowiedział się po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z częścią II specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia stanowi udzielenie limitu leasingowego o łącznej wartości 25.000.000 mln netto i zawarcie umów leasingu środków trwałych o łącznej wartości nie przekraczającej wysokości udzielonego limitu leasingowego.

Zamawiający szczegółowo opisał wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia w tym m.in. w zakresie parametrów umów leasingu w rozumieniu ustawy o podatku dochodowym, gdzie w pkt 7 zastrzegł, że raty leasingowe równe, płatne z dołu w okresach

miesięcznych, ustalane są ze zmiennym oprocentowaniem opartym na wskaźniku WIBOR IM, powiększonym o stałą w okresie leasingu marżę wykonawcy. Marża ta będzie obowiązująca we wszystkich umowach leasingowych zawartych w ramach umowy o udzielenie linii leasingowej.

Komplementarnie do przywołanego postanowienia specyfikacji zamawiający w części V specyfikacji zawierającej istotne postanowienia umowy dotyczące ceny i warunków płatności realizacji umów leasingowych, w pkt 8 przewidział wpisanie do umowy wysokości marży.

Zgodnie z pkt 19.2) części I specyfikacji jedynym kryterium oceny ofert jest cena (koszt finansowania), zaś dla porównania ofert pod uwagę będzie brana wyłącznie łączna wartość zamówienia wynikająca z formularza cenowego.

W formularzu cenowym – części IV specyfikacji zamawiający przewidział podanie wartości wskazanych rodzajów opłat, kosztu finansowania, łącznej wartości oferty netto i brutto oraz, określonych jako informacje dodatkowe, stopy bazowej WIBOR w dacie..., marży oraz miesięcznej raty leasingu.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną i miesięczną ratą leasingową oraz marżą w wysokości 1,501%, przystępujący ofertę z ceną drugą w kolejności i miesięczną ratą leasingową oraz niższą marżą w wysokości 1,500%.

Pismem z 16 listopada 2012r. zamawiający zwrócił się do odwołującego m.in. o podanie formuły obliczeniowej miesięcznej raty leasingowej.

W wymaganym terminie pismem z 21 listopada 2012r. odwołujący udzielił wyjaśnień, w których stwierdził również, że podana w informacjach dodatkowych formularza oferty marża w wysokości 1,501% stanowiąca część początkowo założonej stopy procentowej, po dokonaniu kolejnych działań zgodnej z powyższą formułą została ostatecznie ustalona na poziomie 1,4943%. Wskazał, że dane zawarte w informacjach dodatkowych stanowiły wyłącznie dane pomocnicze, nieistotne dla samej treści oferty, jak i kryteriów wyboru najlepszej oferty. Odwołujący podkreślił w wyjaśnieniach, że jako racjonalnie działający podmiot, stosujący opisaną formułę obliczeniową raty leasingowej, kierując się określonymi przez zamawiającego kryteriami wyboru oferty, złożył ofertę, która przede wszystkim wskazuje, przy jakim koszcie finansowania wykonawca gotowy jest wykonać zamówienie publiczne.

Zamawiający po ocenie wyjaśnień pismem z 7 grudnia 2012r. odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Wskazał, że odwołujący w udzielonych wyjaśnieniach zmienił wysokość marży. Zamawiający nie podzielił poglądu odwołującego, że marża jest informacją dodatkową nie mającą wpływu na treść złożonej oferty. Wyraził pogląd, że marża jest w istocie podstawowym założeniem, które determinuje wyliczenie raty leasingowej, a w konsekwencji wartość oferty, szczególnie, że oferowana marża będzie

miała istotny wpływ na sposób obliczenia raty podczas realizacji umowy. Zamawiający zmianę wysokości marży uznał za zmianę treści złożonej oferty niezgodnej z art. 87 ust. 1 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, spełnił przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznała odwołanie wyłącznie w granicach podniesionych w nim zarzutów – wskazanych w nim okoliczności faktycznych i prawnych dotyczących odrzucenia oferty odwołującego. Odwołanie nie wskazywało wad oferty przystępującego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 82 ust. 1 Pzp stanowi, że wykonawca może złożyć jedną ofertę. W konsekwencji art. 84 ust. 1 Pzp stanowi, że wykonawca może zmienić lub wycofać swoją ofertę wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Komplementarnie w stosunku do tej regulacji art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp nie pozwala na prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących treści oferty oraz jakkolwiek zmianę treści oferty za wyjątkiem sytuacji opisanych w art. 87 ust. 1a i 2 Pzp.

Ustawodawca dozwala zatem zmianę treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę samodzielnie przez wykonawcę wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. Ingerencja w treść oferty po upływie tego terminu może nastąpić wyłącznie przez zamawiającego i to w wyjątkowych sytuacjach spełnienia przesłanek zawartych w art. 87 ust. 2 Pzp. Opisywany stan prawny nie prowadzi do oceny, jak twierdzi odwołujący, że wykonawca po upływie terminu składania ofert nie może zmienić swojej oferty, lecz do ustalenia, że ustawodawca nie zezwala poza wyjątkowymi sytuacjami na zmianę treści oferty w ogóle, a zmiana dokonana przez wykonawcę zmiana wiąże się z negatywnymi skutkami. Zmienione oświadczenie woli stanowi w istocie nową ofertę, co jako naruszające art. 82 ust. 1 Pzp prowadzi do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Z wyjaśnień z 21 listopada 2012r. wynika, że odwołujący zmienił treść swojego oświadczenia woli po upływie terminu składania ofert, co jest niedopuszczalne.

Zamawiający w piśmie z 16 listopada 2012r. oczekiwał od odwołującego podania algorytmu, jakim odwołujący się posłużył sporządzając ofertę – jako, że oczywiste zdziwienie budzi, że

wyższej marży w ofercie odwołującego towarzyszy niższa wysokość miesięcznej raty leasingowej i niższe koszty finansowania. Tymczasem w odpowiedzi nie otrzymał wyjaśnień, lecz dane, których zastosowanie – jak przyznał sam odwołujący - doprowadziło do ustalenia, po upływie terminu składania ofert, marży w innej wysokości, niż wskazana w ofercie. Odwołujący nie wyjaśnił zatem swojej oferty, lecz zmienił jej treść.

Wyjaśnienia treści oferty – co jednolicie przyjmuje piśmiennictwo i orzecznictwo – stanowią rodzaj wykładni autentycznej oświadczenia woli wykonawcy - oferty. Służą wyjaśnieniu nieścisłości, niejasności zaistniałych w treści oferty. Wyjaśnienia w żadnym razie nie mogą prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli, która nie znajduje oparcia w jej treści dotychczasowej. Przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień kreujących nową treść oferty nie jest – zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa - dozwolonym wyjaśnieniem oferty przez wykonawcę, lecz negocjacjami jej treści zakazanymi art. 87 ust. 1 *in fine* Pzp.

Nietrafnie powołuje odwołujący, że marża, która została zmieniona przez odwołującego, a stanowiąca zgodnie z treścią formularza ofertowego informację dodatkową, pozbawiona jest doniosłości w toku oceny ofert.

Po wysłuchaniu stanowisk stron i uczestnika (przystępującego) oraz na podstawie wiedzy i doświadczenia życiowego Izba doszła do przekonania, że w przypadku umowy leasingu marża może mieć znaczenie dodatkowe jedynie w ograniczonym zakresie i wyłącznie z punktu widzenia zamawiającego - jako informacja umożliwiająca mu zbadanie – w pewnych granicach - poprawności oferty, również, co do obliczenia ceny. Natomiast dla natury stosunków umownych wynikających z umowy leasingu oraz opłacalności jej dla wykonawcy wysokość marży ma znaczenie podstawowe.

Zgodnie z art. 709¹ k.c. przez umowę leasingu finansujący (w okolicznościach sporu - wykonawca) zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu (w okolicznościach sporu - zamawiającemu) do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych ratach wynagrodzenie pieniężne, co najmniej równe cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego. Umowa leasingu jest umową odpłatną, dwustronnie zobowiązującą, wzajemną i należy do umów konsensualnych, kauzalnych, zawieranych między żyjącymi. *Essentialia negotii* umowy leasingu stanowią: oznaczenie zarówno zbywcy oraz nabywanej rzeczy, oznaczenie czasu trwania stosunku leasingu oraz określenie wysokości wynagrodzenia pieniężnego. Natomiast *accidentalialia negotii* (drugorzędne czynności prawne) stanowią pozostałe postanowienia umowy.

W okolicznościach sporu wysokości marży nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 Pzp. Przede wszystkim brak jest podstaw do uznania, że podanie jej w

formularzu ofertowym jako liczby 1,501% nastąpiło skutkiem omyłki. Nie oświadczył tego odwołujący, ani w wyjaśnieniach z 21 listopada 2012r., ani też na rozprawie. Okoliczność wystąpienia omyłki – stanowiącej przesłankę konieczną poprawienia oferty - nie podlega domniemaniu przez Izbę, lecz wywiedzeniu – stosownie do rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym – przez tego, kto się na nią powołuje – zatem przez odwołującego.

Niezależnie od tego, zmiana wysokości marży nie stanowi omyłki rachunkowej podlegającej poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Przywołany przepis umożliwia dokonanie poprawienia wyłącznie omyłek o oczywistym charakterze. Oczywista omyłka, to omyłka rzucająca się w oczy, możliwa do poprawy w prosty jednoznaczny sposób. Niewątpliwie zmiana wysokości marży przez odwołującego tych cech nie spełnia, skoro równie uprawnionym sposobem poprawy byłoby pozostawienie wysokości marży w niezmienionej wysokości i dokonanie zmiany kwoty miesięcznej raty, obliczonej na jej podstawie.

Zmiana wysokości marży nie podlega – w okolicznościach sporu – poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nietrafnie wskazuje odwołujący, że o dopuszczalności poprawy stanowi fakt, że marża nie stanowiła kryterium oceny ofert, ani treści oferty w ogóle. Należy pamiętać, że pojęcie treści oferty nie posiada definicji legalnej, jednak zgodnie z dorobkiem orzecznictwa, treści oferty stanowi o merytorycznym aspekcie zaoferowanego przez wykonawców świadczenia adekwatnego do merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Tym samym elementy istotne treści oferty, to nie tylko jej elementy przedmiotowo istotne, ale również elementy istotne podmiotowo – podniesione do takiej rangi wolą stron umowy. Oczywistym jest dla Izby, że marża stała i niezmienna w całym czasie wykonania umowy stanowi co najmniej *accidnetalia negotii* umowy leasingu.

Odwołujący nie wywiódł, by zmiana wysokości marży miała znaczenie nieistotne. Niesporne jest, że wysokość marży ma podstawowe znaczenie dla wysokości wynagrodzenia wykonawcy, determinuje – jak było wskazane wyżej – zysk związany z wykonaniem umowy. Izba uznała, że dopuszczenie do zmiany opłacalności przedsięwzięcia przez podanie nowych istotnych z uwagi na naturę stosunku prawnego danych służących obliczeniu ceny oferty - po upływie terminu składania ofert - godziłoby w zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp i nie naruszył przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.
O kosztach Izba rozstrzygnęła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp z uwzględnieniem
wyniku postępowania.

Przewodniczący:.....