

Sygn. akt KIO/2647/10

WYROK
z dnia 22 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 grudnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **BRE Bank Spółkę Akcyjną, 00-950 Warszawa, ul. Senatorska 18** od czynności zamawiającego **Powiat Wielicki, 32-020 Wieliczka, ul. Dembowskiego 2.**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża BRE Bank Spółkę Akcyjną, 00-950 Warszawa, ul. Senatorska 18 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **BRE Bank Spółkę Akcyjną, 00-950 Warszawa, ul. Senatorska 18**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 441,00 (słownie: czterysta czterdzieści jeden złotych zero groszy) przez **BRE Bank Spółkę Akcyjną, 00-950 Warszawa, ul. Senatorska 18** na rzecz **Powiatu Wielickiego, 32-020 Wieliczka, ul. Dembowskiego 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Wielicki, 32-020 Wieliczka, ul. Dembowskiego 2 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na udzielenie i obsługę kredytu złotówkowego do wysokości 4.200.000 PLN o zmiennej stopie oprocentowania na sfinansowanie zadań inwestycyjnych Powiatu Wielickiego.

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 8 grudnia 2010 roku wykonawca BRE BANK S.A., 00-950 Warszawa, ul. Senatorska 18 wniósł odwołanie od czynności zamawiającego.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 38 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wyrażającego się w zaniechaniu niezwłocznego udzielenia wyjaśnień specyfikacji istotnych warunków zamówienia („siwz”), w szczególności w zakresie określenia bazy (liczby dni w każdym roku w okresie kredytowym), jaką należy przyjąć do wyliczenia ceny, w tym odsetek;
- 2) naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wyrażającego się w zaniechaniu jego zastosowania w przypadku obowiązku poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy - w zakresie wymaganej liczby dni odsetkowych - polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty wykonawcy;
- 3) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wyrażającego się w jego błędnym zastosowaniu, poprzez uznanie, że oferta wykonawcy jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie może zostać zmieniona, zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz przyznanie odwołującemu się kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w Warszawie, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, co następuje:

W zakresie zarzutu zaniechania niezwłocznego udzielenia wyjaśnień treści siwz w trybie art. 38 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp:

Do zamawiającego wpłynęło pytanie, dotyczące zapisów siwz, w zakresie wymaganej liczby dni w każdym roku (w okresie kredytowym), jaką należy przyjąć do wyliczenia ceny, w tym odsetek. Jednakże zamawiający dopiero w dniu 24 listopada 2010 r. udzielił wyjaśnień w tym zakresie. Tymczasem zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie. Odwołujący wskazał, że jakkolwiek pojęcie "niezwłocznie" stanowi zwrot niedookreślony, nie wynika z niego uprawnienie wykonawcy do uzyskania wyjaśnień w określonym terminie, to jednak wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie powinni być obciążeni koniecznością poszukiwania informacji niezbędnych do przygotowania oferty u podmiotów zewnętrznych. Podanie danych umożliwiających wykonawcom złożenie oferty zgodnej z wymaganiami określonymi w siwz jest obowiązkiem zamawiającego ustalonym w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

Pismem - znak: FRI 343/27/2010 - zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień m.in. na okoliczność sposobu naliczenia odsetek od kredytu w kwocie 4.200.000,00 PLN. W odpowiedzi na ww. wezwanie, wykonawca poinformował, iż odsetki były naliczane według załączonego harmonogramu z uwzględnieniem następujących założeń, wynikających z siwz: -WIBOR3,6i%

- data uruchomienia kredytu: jednorazowo w dniu 10.12.2010 r

- terminy spłat kredytu: raty w wysokości 50.000,00 PLN począwszy od dnia 31.01.2011 r. oraz pozostałe 83 raty w tej wysokości płatne miesięcznie na koniec każdego miesiąca poczynając od 28 lutego 2010 r do 31 grudnia 2017 r.

Jednocześnie wykonawca przyznał, że faktycznie w treści oferty omyłkowo wyliczona została kwota odsetek, a mianowicie wykonawca przyjął w latach 2012 i 2016 liczbę 365 dni, jako podstawy naliczania odsetek zamiast rzeczywistej liczby dni w tych latach tj. 366. Dodatkowo wykonawca załączył do odpowiedzi na ww. wezwanie zestawienie, zawierające wysokość odsetek liczonych na bazie 366 dni w latach 2012 i 2016, zwracając się z wnioskiem o poprawienie omyłki w treści oferty.

W takim stanie sprawy, stwierdzić należy, że wykonawca w sposób niezamierzony, wynikający z jednej strony z braku jednoznacznego zapisu w siwz, z drugiej zaś na skutek

stosunkowo późnego wyjaśnienia przez zamawiającego zapisów siwz, sporządzając ofertę, nie uchronił się od popełnienia omyłki.

Odwołujący się zwrócił uwagę, że usunięcie, opisanych wyżej niezgodności, wpływałoby na faktyczne obniżenie - zaoficerowanej pierwotnie przez wykonawcę - ceny za udzielenie i obsługę kredytu na rzecz Powiatu Wielickiego o kwotę 441,16 zł. do wysokości 641.922,42 zł. Ostatecznie oferta wykonawcy - w wyniku takiej modyfikacji - stałaby się jeszcze bardziej konkurencyjna. Poprawienie zatem omyłek w ofercie wykonawcy faktycznie powodowałoby zmianę treści oferty, jednakże taką zmianę, która nie miałaby istotnego wpływu na treść oferty. W konsekwencji pierwotna oferta wykonawcy, zawierająca najniższą cenę, po spełnieniu obowiązku przez zamawiającego i poprawieniu omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nadal pozostawałaby najkorzystniejszą ofertą. Istotność lub nieistotność zmiany powinno się odnosić do treści oferty poprawianej, co wynika wyraźnie z brzmienia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a treści innych ofert można ewentualnie traktować pomocniczo (jakkolwiek jest to kwestia indywidualna w każdym postępowaniu) - wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO 34/09).

Odwołujący się podniósł, że zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy, albowiem - w ocenie zamawiającego - oferta nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie kwalifikowała się do zmiany poprzez poprawienie znajdujących się tam niezgodności zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego, wykonawca popełnił błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący podnosi, że jeżeli cena składa się z wielu elementów kalkulacyjnych, to błąd przy wyliczeniu danego elementu, może przekładać się na błąd w wyliczeniu ceny. Ażeby odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, czy art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności należy ustalić, czy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, z jakich przyczyn, czy jest to wynikiem błędu, a jeżeli tak, to czy błąd kwalifikuje się do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

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

Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez zamawiającego niezwłocznego udzielenia wyjaśnień treści siwz w trybie art. 38 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zarzut ten został wniesiony z naruszeniem przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Z powyższego wynika, iż w przedmiotowym postępowaniu odwołującemu się nie przysługiwało uprawnienie do złożenia odwołania na czynność zaniechania przez zamawiającego niezwłocznego udzielenia wyjaśnień treści siwz. Jednakże ustawa Pzp nie przewiduje odrzucenia odwołania w części Izba pozostawiła przedmiotowy zarzut bez rozpoznania.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że zarzut ten został podniesiony z naruszeniem terminu.

Uczestnicy przedmiotowego postępowania – Bank PEKAO S.A. oraz Bank Gospodarstwa Krajowego zwrócili się do zamawiającego z pytaniami dotyczącego sposobu obliczania okresu kredytowania. Pytania te zostały zadane w dniach 22 i 23 listopada.

Zamawiający odpowiedział na zadane pytania w dniu 24 listopada 2010 roku poprzez umieszczenie odpowiedzi na oficjalnej stronie zamawiającego. Okoliczność ta jest bezsporna.

Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt odwołanie w zakresie podniesionego zarzutu powinno zostać wniesione w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Termin na wniesienie odwołania upływał zatem w dniu 29 listopada 2010 roku. Przedmiotowy zarzut został podniesiony w odwołaniu, które zostało wniesione w dniu 8 grudnia 2010 roku.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba uznała, że zarzut ten jest bezpodstawny i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający pismem z dnia 2 grudnia 2010 roku zwrócił się do odwołującego się z wnioskiem o dostarczenie wyjaśnień zawierających określenie sposobu naliczania odsetek od kredytu oraz o przedstawienie zestawienia zawierającego wysokość odsetek naliczanych w poszczególnych miesiącach, począwszy od 31 stycznia 2011 do 31 grudnia 2017 r.

W odpowiedzi z dnia 2 grudnia 2010 roku odwołujący się poinformował między innymi, że w toku przygotowywania odpowiedzi stwierdził oczywistą omyłkę rachunkową w wyliczeniu kwoty odsetek polegającą na przyjęciu w latach 2012 i 2016 liczby 365 dni jako podstawy naliczania odsetek zamiast rzeczywistej liczby dni w tych latach, tj. 366. Odwołujący się wniósł o dokonanie poprawki w jego ofercie, tj. zmiany wyliczonej kwoty 642.363,58 PLN na kwotę 641.922,42 PLN (różnica wynosi 441,16 PLN).

W myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Z powyższego wynika, iż procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty, z wyjątkiem poprawiania omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie. W ocenie Izby dokonanie zmiany w ofercie wykracza poza wykazanie, w jaki sposób należy rozumieć treść oferty. Z kolei dokonanie poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie jest możliwe z uwagi na to, iż zamawiający nie dysponował danymi pozwalającymi na samodzielną zmianę ilości dni naliczania odsetek oraz zmianę wyliczonej kwoty w ofercie odwołującego się. Elementem istotnym w procesie dokonywania poprawy omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy

jest to, iż zamawiający ma możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji z zewnątrz. Tak więc zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone. W przedmiotowej sprawie niemożliwym byłoby dokonanie poprawy bez wcześniejszego uzgodnienia z odwołującym się, jaką przyjął liczbę dni jako podstawę naliczania odsetek.

Istota zagadnienia sprowadza się do również do wykładni przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosowanie wskazanej regulacji winno charakteryzować się daleko posuniętą ostrożnością, i w żadnej mierze nie powinna regulacja ta stanowić podstawy do łamania bądź omijania zasad regulujących rozstrzygnięcie zamówienia publicznego. Należy jednak pamiętać, że w każdym przypadku, w którym ustawodawca w danej normie prawnej używa tzw. klauzuli ogólnej lub zwrotu niedookreślonego będzie pojawiał się problem interpretacji przepisu ustawy. Nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. Należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwalifikator "istotnych zmian" należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, iż zmiana ceny oferty jest zmianą odnoszącą się do całości oferty, tym bardziej, że w przedmiotowym postępowaniu cena była jedynym kryterium oceny ofert. Izba podtrzymuje tu stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 4 maja 2010 roku KIO 621/10, iż poprawienie ceny oferty jest zmianą jej *essentialia negotii*, a zatem w każdym przypadku powoduje istotną zmianę jej treści. Tym samym poprawienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w rozpoznawanym przypadku jest niedopuszczalne.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o przyznanie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika z uwagi na fakt, iż zamawiający nie przedłożył do akt sprawy rachunku obejmującego wynagrodzenie pełnomocnika, co jest warunkiem uznania tegoż wynagrodzenia za koszt postępowania odwoławczego zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....