

Sygn. akt: KIO 2580/11

WYROK
z dnia 14 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **Bank Polska Kasa Opieki S. A. w Warszawie II Zachodniopomorskie Centrum Korporacyjne w Koszalinie, ul. Jana z Kolna 11, 75-204 Koszalin** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę i Miasto Sianów, ul. Armii Polskiej 30/13, 76-004 Sianów**.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Bank Polska Kasa Opieki S. A. w Warszawie II Zachodniopomorskie Centrum Korporacyjne w Koszalinie, ul. Jana z Kolna 11, 75-204 Koszalin

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Bank Polska Kasa Opieki S. A. w Warszawie II Zachodniopomorskie Centrum Korporacyjne w Koszalinie, ul. Jana z Kolna 11, 75-204 Koszalin tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Banku Polska Kasa Opieki S. A. w Warszawie II Zachodniopomorskie Centrum Korporacyjne w Koszalinie, ul. Jana z Kolna 11, 75-204 Koszalin na rzecz Gminy i Miasta Sianów, ul. Armii Polskiej 30/13, 76-004 Sianów kwotę 3 300 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 Koszalinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pismem z dnia 2 grudnia 2011 r. Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie II Zachodniopomorskie Centrum Korporacyjne w Koszalinie, ul. Jana z Kolna 11;75-204 Koszalin zwany dalej „Odwołującym” wniósł odwołanie.

Odwołanie dotyczy postępowania prowadzonego przez Gminę i Miasto Sianów, ul. Armii Polskiej 30; 76-004 Sianów zwaną dalej „Zamawiającym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego i dotyczy „Udzielenia Gminie Sianów kredytu długoterminowego w kwocie 5 000 000,00 PLN na finansowanie planowanego deficytu budżetowego Gminy w 2011 roku”

Podstawę wniesienia odwołania stanowi art. 180 i nast. ustawy z dnia 29.01.2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2010 Nr 113 poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „PZP” i decyzja Zamawiającego z dnia 25 listopada 2011 r., o wyborze jako najkorzystniejszej oferty SGB Bank S.A. w Poznaniu Bank Spółdzielczy w Sławnie i o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Czynności tej zarzucono naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP przez uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), ponieważ wykazano w ofercie cenowej prowizję za udzielenie kredytu mimo iż oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi, które nie wykluczają prowizji od udzielenia kredytu jako elementu ceny,
2. Naruszenie art. 91 ust 1 PZP przez wybór przez Zamawiającego oferty, która nie jest najkorzystniejsza, ponieważ Odwołujący zaoferował najniższą cenę - a takie było jedyne kryterium wyboru, określone przez Zamawiającego.

W związku z powyższym wniesiono o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty SGB Bank S.A. w Poznaniu Bank Spółdzielczy w Sławnie,
3. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty Odwołującego,
4. przyznanie odwołującemu kosztów postępowania, związanych z postępowaniem odwoławczym według norm przypisanych.

W dniu 24 października 2011 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty SGB Bank S.A. w Poznaniu Bank Spółdzielczy w Sławnie oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający nie wskazał jaka była podstawa odrzucenia oferty Odwołującego.

Oferta Odwołującego biorąc pod uwagę wszystkie elementy ceny była niższa od wszystkich pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Odwołujący od tej decyzji złożył odwołanie i Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 14 listopada 2011 r. (sprawa KIO 2377/11) unieważniła czynność odrzucenia oferty Odwołującego i czynność wyboru oferty SGB Bank S.A. w Poznaniu Bank Spółdzielczy w Sławnie. Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, że brak w cytowanych decyzjach uzasadnienia jest podstawą do ich unieważnienia z uwagi na naruszenia praw Odwołującego Zamawiający powtórzył czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 25 listopada 2011r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty SGB Bank S.A. w Poznaniu Bank Spółdzielczy w Sławnie oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. W decyzji Zamawiający stwierdził, że odrzuca ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP albowiem w ofercie cenowej Odwołujący wykazał wartość prowizji za udzielenie kredytu mimo iż w punkcie XV SIWZ był wyraźny zapis iż Kredytodawca nie pobierze żadnej prowizji ani innych opłat za uruchomienie kredytu. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający powołał się ponadto na art. 69 ust. 2 pkt 9 ustawy Prawo Bankowe zarzucając, że Odwołujący złożył ofertę udzielania kredytu z prowizją mimo iż umowa kredytu nie mogła przewidywać prowizji.

W ocenie odwołującego zaskarżona czynność narusza przepisy ustawy i nie powinna się ostać.

Bowiem złożona oferta jest zgodna z warunkami, określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wszystkie elementy oferty są zgodne z wymogami Zamawiającego, określonymi w : opisie kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, istotnymi postanowieniami umowy, które Zamawiający wskazał i wreszcie wzorem oferty, umieszczonej przez Zamawiającego w SIWZ. W każdym z tych elementów jako składnik ceny są podane : prowizja bankowa i odsetki bankowe od kredytu. Zamawiający w SIWZ wskazuje dwa rodzaje prowizji. Pierwsza to prowizja od udzielenia kredytu i taki rodzaj prowizji Zamawiający dopuszcza i przyjmuje we wzorze oferty i w opisie kryteriów którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze. Drugi rodzaj to wszystkie inne opłaty i prowizje które Zamawiający opisał w części SIWZ, określającej istotne postanowienia umowy jako : „zakaz pobierania z prowizji z tytułu uruchomienia kredytu zabezpieczenia kredytu i jego obsługi w całym okresie kredytowania”. Odwołujący składając ofertę jako elementy ceny podał dwa składniki: prowizja bankowa i odsetki od kredytu. Prowizja bankowa jest podana jedna, jako prowizja od udzielenia kredytu. Zgodnie ze wskazanymi przez Zamawiającego istotnymi postanowieniami umowy Kredytodawca nie będzie pobierał z tytułu uruchomienia kredytu żadnych prowizji ani innych opłat, związanych z uruchomieniem, zabezpieczeniem oraz obsługą kredytu w całym okresie kredytowania. Ten warunek Odwołujący spełnia, ponieważ w swojej ofercie nie przewiduje żadnej prowizji lub opłaty, wykluczonych przez Zamawiającego w SIWZ w części XV, określającej istotne postanowienia, które winny być umieszczone w umowie kredytowej. Wskazana w ofercie prowizja bankowa nie jest żadną z prowizji lub opłat, dotyczącą uruchomienia, zabezpieczenia lub obsługi kredytu i tym samym wykluczoną przez Zamawiającego a prowizją bankową z tytułu udzielenia kredytu, przewidzianą i dopuszczoną przez Zamawiającego w SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 69 prawa bankowego Odwołujący uważa za chybiony, ponieważ w ofercie Banku nie chodzi o prowizję, określoną w umowie od jakichkolwiek czynności, związanych z realizacją umowy, tak jak to określa Zamawiający ale z prowizją za samo udzielenie kredytu. Rodzaje prowizji mogą być różne. Obok prowizji pobieranej za udzielenie kredytu, tzn. za tzw. czynności przygotowawcze, jak np. rozpoznanie składanego przez klienta banku wniosku o udzielenie kredytu, przygotowanie umowy itp., banki mogą naliczać prowizję postawionego do dyspozycji kredytobiorcy i przez niego niewykorzystanego, a także od wcześniejszej spłaty kredytu oraz inne prowizje od innych czynności, określonych przez strony. Zamawiający nie wykluczył wszystkich prowizji, ale tylko te, które wymienił i dokładnie sprecyzował w części SIWZ, określającej istotne warunki umowy.

Art. 69 prawa bankowego stwierdza, że przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Dalej w ustępie 2 stwierdza, że umowa winna być zawarta na piśmie i w szczególności zawierać między innymi wysokość prowizji, jeżeli umowa ją przewiduje. Dalej Art. 110 prawa bankowego stwierdza, że Bank może pobierać przewidziane w umowie prowizje i opłaty z tytułu wykonywanych czynności bankowych oraz opłaty za wykonywanie innych czynności.

Oznacza to, że Bank może przywidywać różne opłaty i prowizje, ale muszą one być określone w umowie, w tym także przez odniesienie do innych unormowań, np. do taryfy opłat i prowizji. Zamawiający wbrew swoim twierdzeniom ujętym w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji nie wykluczył wszelkich prowizji i opłat, ale tylko te dotyczącą uruchomienia, zabezpieczenia lub obsługi kredytu. Gdyby przyjąć sposób rozumowania Zamawiającego, ujęty w decyzji to można założyć, że Zamawiający wprowadza w błąd potencjalnych wykonawców w jednym miejscu SIWZ wpisując możliwość określenia prowizji w ofercie cenowej, a w drugim miejscu wykluczając jakiegokolwiek prowizje. Tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego i decyzja Zamawiającego w tym zakresie narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

Oferta odwołującego jako cenę kredytu podała kwotę 1 900 440,50 zł. Oferta SGB Bank S.A. w Poznaniu Bank Spółdzielczy w Sławnie wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza oferta podaje cenę kredytu w wysokości 1 960 293,42 zł. Tym samym to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza i wybierając inną ofertę Zamawiający naruszył art. 91 ust 1 PZP, ponieważ wbrew swoim warunkom określonym w SIWZ wybrał ofertę droższą.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Oferta Odwołującego została bezzasadnie odrzucona, a w przypadku gdyby Zamawiający jej nie odrzucił to oferta ta okazałaby się ofertą najkorzystniejszą i Odwołujący mógłby zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Przedstawiając powyższą argumentację odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 5 grudnia 2011r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości na podstawie art.192 ust.2 PZP, ponieważ skutecznie odrzucił ofertę na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 PZP, bowiem nie odpowiada treści SIWZ w poz.XV.9.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Izba badając spełnienie warunków formalnych wniesienia odwołania mogących stanowić podstawę do odrzucenia odwołania, a określonych w art.189 ust.2 PZP nie stwierdziła ich wystąpienia. Również zamawiający składając odpowiedź na odwołanie nie wskazał ich wystąpienia. W związku z powyższym Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania .

Bowiem zgodnie z art.179 ust.1 PZP odwołujący winien posiadać interes do wniesienia odwołania to jest potencjalną możliwość uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. Z okoliczności sprawy wynika, że odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a zamawiający ją odrzucił przywołując w swojej decyzji z 25 listopada 2011r, jako podstawę art.89 ust.1 pkt 2 PZP. Z powyższych okoliczności wynika, że odwołujący mógł powoływać się wnosząc odwołanie na wystąpienie interesu do jego wniesienia z uwagi na grożącą jemu szkodę w przypadku nie uzyskania zamówienia. Tym bardziej, że spodziewał się wyboru jego oferty jako najtańszej.

W związku z powyższym wystąpiły przesłanki do rozpoznania odwołania w zakresie podniesionego zarzutu na czynność zamawiającego, czym skonsumowane zostały przesłanki ustawowe z art.179 ust.1 PZP a także 180 PZP, warunkujące zasadność wniesienia odwołania.

Co do merytorycznej zasadności zaskarżenia decyzji zamawiającego a odnoszącej się do czynności odrzucenia oferty odwołującego to Izba ustaliła co następuje.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Macieja B. Burmistrza zamawiającego (zamawiający nie dostarczył na rozprawę oryginału dokumentacji) **Izba ustaliła.**

W dniu 25 listopada 2011r. zamawiający wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o Sygn. akt KIO 2377/11 unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 24 października 2011r. i unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzył czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wskutek powyższej czynności ponownie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty podmiotu , którego ofertę uznał za najkorzystniejszą w dniu 24 października 2011r. i ponownie odrzucił ofertę odwołującego.

W sporządzonej na tę okoliczność pisemnej informacji w dniu 25 listopada 2011r.zamawiający wskazał, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, albowiem w ofercie cenowej

wykazał wartość prowizji za udzielenie kredytu, mimo że w pkt XV SIWZ był wyraźny zapis, iż kredytodawca nie pobierze żadnej prowizji ani innych opłat za uruchomienie kredytu- oferta podlega odrzuceniu. I wskazał dalej „oferta odrzucona na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych O pkt”.

Z SIWZ wynika:

pkt. XII. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert .”przy ocenie ofert będzie brane jedno kryterium- cena kredytu, która będzie sumą kwoty prowizji oraz odsetek bankowych, naliczonych na każdy kwartał spłaty kredytu. Stopy procentowe należy skalkulować wg WIBOR 3M na dzień 19.10.2011 roku”.

XV. Istotne postanowienia umowy.9.”Kredytodawca nie pobierze z tytułu uruchomienia kredytu żadnych prowizji ani innych opłat związanych z uruchomieniem, zabezpieczeniem oraz obsługą kredytu w całym okresie kredytowania”.

Załącznik nr 1 do SIWZ Oferta cenowa

„ Podstawą obliczenia ceny kredytu jest:

1. Prowizja bankowa w kwociezłoty, tj.....% kwoty kredytu,
2. Oprocentowanie kredytu, które jest równe WIBOR 3M wg stanu na dzień 19.10.2011 roku +..... % marży ryzyka kredytowego, co łącznie według stanu na dzień 19.10.2011r roku wynosi%.

Cena kredytu w PLN na dzień składania oferty, jako suma kwoty prowizji i odsetek naliczonych za cały okres spłaty wynosi ogółem/słownie :...../.”

Ze złożonej oferty cenowej przez odwołującego wynika:

„ Podstawą obliczenia ceny kredytu jest:

3. Prowizja bankowa w kwocie 122.500,00złoty, tj.2,45% kwoty kredytu,
4. Oprocentowanie kredytu, które jest równe WIBOR 3M wg stanu na dzień 19.10.2011 roku +0,69 % marży ryzyka kredytowego, co łącznie według stanu na dzień 19.10.2011r roku wynosi 5,46%.

Cena kredytu w PLN na dzień składania oferty, jako suma kwoty prowizji i odsetek naliczonych za cały okres spłaty wynosi ogółem 1.900.440,50zł(słownie :jeden milion dziewięćset tysięcy czterysta czterdzieści i 50/100złoty).”

Na podstawie powyższych ustaleń faktycznych i prawnych dokonanych na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz oferty odwołującego **Izba zważyła.**

Zarówno Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego (Informacja z dnia 25. 11.2011r.) jak i odwołujący w odwołaniu przywołują przepis art.69 ustawy prawo bankowe. Cytując za treścią odwołania "Art. 69 prawa bankowego stwierdza, że przez umowę kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Dalej w ust.2 stwierdza, że umowa powinna być zawarta na piśmie i w szczególności zawierać wysokość prowizji, jeżeli umowa ją przewiduje. Dalej art.110 prawa bankowego stwierdza, że Bank może pobierać przewidziane w umowie prowizje i opłaty wykonywane z tytułu wykonywanych czynności bankowych oraz opłaty za wykonywanie innych czynności. Oznacza, że Bank może przewidywać różne opłaty i prowizje, ale muszą być określone w umowie w tym także przez odniesienie się do innych unormowań , np. do taryfy opłat i prowizji".

Dalej odwołujący rozważa na temat rodzajów prowizji występujących przy kredycie i wskazuje, że jego prowizja nie dotyczy prowizji za uruchomienie kredytu, ale za udzielenie kredytu.

Natomiast zamawiający w odpowiedzi na odwołanie argumentuje, że prowizja za udzielenie kredytu jest synonimem prowizji za uruchomienie kredytu, którą to prowizję w ocenie zamawiającego wyklucza zapis SIWZ.

Izba rozważając zaistniały spór wzięła pod uwagę zapis zamieszczony w pkt XV Istotne postanowienia umowy. ppkt 9 SIWZ cytowany powyżej uznając, że z niego wynika, iż kredytodawca nie pobierze żadnych prowizji ani opłat.

Izba nie znalazła również podstaw do uznania iż w kontekście postanowień SIWZ zamawiający dopuszcza rozgraniczenie pomiędzy prowizją za uruchomienie kredytu a prowizją za udzielenie kredytu i tak jak wywodzi odwołujący zakazuje prowizji za uruchomienie, a dopuszcza prowizje za udzielenie kredytu. Bowiem takie rozumowanie odwołującego nie znajduje uzasadnienia ani w zapisach SIWZ jak i w cytowanym prawie bankowym, które wręcz zawiera zapisy obligujące do wskazania prowizji w postanowieniach umownych. Natomiast wyżej przywołane postanowienia umowne SIWZ wyłączają prowizje poprzez zapis "Kredytodawca nie pobierze z tytułu uruchomienia kredytu żadnych prowizji ani innych opłat związanych z uruchomieniem, zabezpieczeniem oraz obsługą kredytu w całym okresie kredytowania".

Izba uwzględniając taki zapis w SIWZ uznała, że twierdzenia odwołującego, że naliczając w formularzu prowizje nie za uruchomienie tylko za udzielenie kredytu kreuje sytuację na potrzeby odwołania, ponieważ w jego formularzu ofertowym nie użył formy „prowizja za udzielenie kredytu” tylko użył formuły „Prowizja bankowa w kwocie 122.500,00złoty, tj.2,45% kwoty kredytu”.

Natomiast okoliczność, że w pozostałych zapisach SIWZ powyżej zacytowanych (XII i Zał. nr 1) znalazły się sformułowania „prowizja bankowa” są podrzędne w stosunku do nadrzędnego zapisu z pkt

XV Istotne postanowienia umowy ppkt 9, które wykluczają prowizje i opłaty z tytułu uruchomienia kredytu, zabezpieczenia oraz obsługi kredytu w całym okresie kredytowania.

Reasumując Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanego w odwołaniu art.89 ust.1 pkt 2 PZP i w związku z tym nie uwzględniła odwołania w myśl art. 192 ust.2 PZP.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i pkt 2 w związku z § 5 ust.3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000,00zł wniesioną jako wpis od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: