

Sygn. akt KIO/UZP 446/09

WYROK
z dnia 20 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska–Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bank Poczty S.A. Oddział w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 46, 80–241 Gdańsk** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o., ul. Opata Hackiego 14, 81–213 Gdynia** protestu z dnia 20 marca 2009 r.,

przy udziale wykonawcy **Bank Polska Kasa Opieki S.A., ul. Grzybowska 53/57, 00–950 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności ponownej oceny ofert, poprzedzonej poprawieniem w ofercie Odwołującego ilości dni wykorzystania kredytu, przyjętych do obliczenia kosztu obsługi zadłużenia z 364 dni na 365 dni.

2. Kosztami postępowania obciąża Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o., ul. Opata Hackiego 14, 81–213 Gdynia i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Bank Pocztowy S.A. Oddział w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 46, 80–241 Gdańsk**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o., ul. Opata Hackiego 14, 81–213 Gdynia** na rzecz **Banku Poczтового S.A. Oddział w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 46, 80–241 Gdańsk** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Banku Poczтового S.A. Oddział w Gdańsku, ul. Grunwaldzka 46, 80–241 Gdańsk**.

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na udzielenie kredytu w rachunku bieżącym do wysokości 16 000 000 PLN w kolejnych trzech latach (Dz. Urz. UE 2009/S 21 – 030216 z 31.01.2009 r.), w dniu 20 marca 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Bank Pocztowy SA Oddział w Gdańsku. Złożenie protestu nastąpiło skutkiem zawiadomienia w dniu 17 marca 2009 r. o odrzuceniu oferty odwołującego ze względu na zmianę metodologii wyliczenia kosztu oprocentowania salda wykorzystanego kredytu, która to metodologia została podana w wyjaśnieniach zamawiającego z dnia 13 lutego 2009 r. do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił zamawiającemu Okręgowemu Przedsiębiorstwu Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Gdyni naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) wskutek:

- 1) niewłaściwego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy, przez bezpodstawne odrzucenie oferty, jako niezgodnej z treścią SIWZ i zawierającej błąd w obliczeniu ceny,
- 2) braku zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp, przez zaniechanie czynności polegającej na poprawieniu błędu w ofercie w pozycji roczny koszt obsługi zadłużenia.

W uzasadnieniu protestu, odwołujący przytoczył postanowienia SIWZ, dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty. W przekonaniu odwołującego elementy ceny to:

- ryczałtowa cena za prowadzenie rachunku;
- jednorazowa opłata za instalację systemu;
- opłata ryczałtowa za obsługę bankowości elektronicznej oraz szacunkowe ilości przelewów na rachunek w tym samym banku w wysokości 300 sztuk rocznie, a na rachunek w innym banku 500 sztuk rocznie, pomnożone przez zaoferowane opłaty za realizację przelewów.

Na podstawie tych danych, zamawiający otrzymuje jednoznaczną informację ile zapłaci w zakładanym okresie za:

- prowadzenie rachunku;
- za system bankowości elektronicznej ;
- za każdy złożony do realizacji przelew;

Zdaniem odwołującego, nie jest możliwe podanie z góry, jaką kwotę zapłaci zamawiający za wykorzystanie kredytu 8 000 000 PLN (przyjętego dla celów oceny oferty średniorocznego szacunkowego poziomu wykorzystania kredytu), gdyż wysokość faktycznego oprocentowania uzależniona jest od kształtowania się stawki WIBOR 1M w okresie kredytowania. Na poparcie swego stanowiska, odwołujący przywołał postanowienia wzoru umowy, podane w załączniku nr 2 do SIWZ. W § 7 zamawiający wskazał "od kwoty przyznanego kredytu określonej w § 8, bank pobiera odsetki według zmiennej stawki procentowej, ustalonej na bazie średniej stawki WIBOR dla depozytów 1 miesięcznych, powiększonej o punktów procentowych marży banku. Średnia stawka WIBOR dla depozytów 1 miesięcznych liczona jest za okres od ostatniego dnia roboczego miesiąca, za który liczone są odsetki do przedostatniego dnia roboczego miesiąca, za które liczone są odsetki. Zatem stała i niezmienna w całym okresie kredytowania jest wysokość prowizji przygotowawczej za udzielenie kredytu oraz marża banku. Odwołujący zwrócił uwagę, że w wyjaśnieniach z dnia 13.02.2009 r. na pytanie, czy do wyliczenia rocznych odsetek od kredytu dla celów oferty, należy przyjąć formułę $\text{kwota odsetek} = 8\,000\,000 \text{ PLN} \times \text{oprocentowanie kredytu}$, bez uwzględnienia ilości dni wykorzystania kredytu w roku. Zamawiający udzielił odpowiedzi – „przy wyliczeniu ceny oferty nie podajemy ilości dni wykorzystania kredytu w ciągu roku.” Zdaniem odwołującego, zamawiający nie potwierdził jednoznacznie, że nie należy uwzględniać ilości dni, ponieważ nie zmodyfikował odnośnych

postanowień SIWZ. Z tych względów należy uznać, że oferta została sporządzona zgodnie z wymaganiami SIWZ. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna posługiwać się określeniami jednoznacznymi i precyzyjnymi, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy (wyrok KIO/UZP 844/08 z 29.08.2008 r.). Odwołujący stwierdził, że zaoferowanie przez niego udzielenia kredytu w rachunku bieżącym na warunkach:

- a) prowizja za udzielenie kredytu 0,1% od kwoty kredytu,
- b) oprocentowanie oparte na stawce WIBOR 1M, (sposób wyliczenia zgodny z wymaganiami SIWZ – według stawki z dnia 19.01.2009 r.),
- c) powiększonej o marżę banku w wysokości 1,1%, spełnia wymagania.

Odwołujący zaznaczył, że tylko wielkości z pozycji a i c, znajdują się w przyszłej umowie kredytowej. Do wyliczenia rocznego kosztu obsługi zadłużenia, została przyjęta kwota prowizji w wysokości 0,1% kwoty udzielonego kredytu tj. kwota 16 000 PLN oraz wyliczona kwota odsetek od kredytu w wysokości 511 395,07 zł. Uwzględniono uruchomienie kredytu 31.03.2009 r., przy spłacie 30.03.2010 r., to jest w ciągu 364 dni. Odsetki zostały wyliczone przy założeniu wykorzystania kredytu w całym okresie kredytowania, czyli od dnia następnego od udzielenia kredytu do dnia spłaty kredytu. Przy takich założeniach bank wyliczył wysokość potencjalnych odsetek. Z pisma zamawiającego z dnia 17 marca 2009 r. wynika, że oczekiwał on wyliczenia potencjalnych rocznych kosztów oprocentowania kredytu według wzoru: 8 000 000 PLN x oferowane oprocentowanie (oparte na stawce WIBOR 1M z dnia 19.01.2009 r.), czyli w okresie 365 dni. Odwołujący w ramach wyjaśnień, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, potwierdził, że zaoferował przyjęcie zamówienia na udzielenie kredytu w rachunku bieżącym, na przedstawionych warunkach tj. prowizja za udzielenie kredytu 0,1% od kwoty kredytu, oprocentowanie oparte na stawce WIBOR 1M, powiększonej o marżę bankową w wysokości 1,1%. Zamawiający znając oferowaną prowizję za udzielenie kredytu, stawkę WIBOR 1 M z 19.01.2009 r. oraz marżę bankową, jest w stanie na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp, samodzielnie dokonać zmiany w ofercie, w pozycji roczny koszt obsługi zadłużenia, biorąc pod uwagę, że na podstawie oferty odwołującego, dysponuje wszystkimi wymaganymi danymi, które są właściwe i pozostają niezmiennie. Może zatem dokonać poprawy wyliczenia kosztów kredytu, bez ingerencji w istotną treść oferty. Odwołujący przyznał, że popełnił omyłkę, powodującą niezgodność oferty z wyjaśnieniami do SIWZ, która nie wywołała jednak skutku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, zatem powinna ona zostać poprawiona zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który zezwala na poprawienie także innych omyłek, niż rachunkowe czy pisarskie polegających na niezgodności z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w jej treści. Zdaniem odwołującego, w przypadku gdy przedmiotem zamówienia jest udzielenie kredytu w rachunku bieżącym, można mówić o kosztach kredytu, a nie o cenie kredytu. Stąd przywołanie jako podstawy

odrzućenia oferty art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, uznał za bezpodstawne. Błędnie wyliczenie rocznego kosztu obsługi zadłużenia, nie jest błędem w obliczeniu ceny i jego poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, w rozumieniu postanowień przyszłej umowy, określającej warunki, na jakich udzielony zostaje kredyt. Roczny koszt obsługi zadłużenia, wyliczony metodą zamawiającego wynosi 528 800,00 zł. (512 800 + 16 000,00 zł. prowizja). Natomiast koszty udzielenia kredytu w zakładanej kwocie, podane przez odwołującego, wynoszą 527 395,07 zł. Różnica w kwocie 1 404,93 zł., stanowi kwotę odsetek za 1 dzień. Błąd powstał w wyniku nieściśłości udzielonych wyjaśnień do treści SIWZ. Odwołujący powołał się na okoliczność, iż zaoferował najkorzystniejsze warunki cenowe, spośród złożonych ofert, co jednoznacznie wskazuje na naruszenie interesu prawnego wykonawcy, wskutek bezpodstawnego odrzućenia oferty. Odwołujący żądał unieważnienia czynności odrzućenia jego oferty, dokonania poprawy w pozycji „roczny koszt obsługi zadłużenia” oraz wyboru złożonej oferty, jako najkorzystniejszej, według ustalonego kryterium ceny.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 23 marca 2009 r., do postępowania wywołanego wniesieniem protestu, w dniu 25 marca 2009 r. przystąpił Bank Polska Kasa Opieki SA, wnosząc o utrzymanie wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej. Ponadto poparł stanowisko zamawiającego, że postanowienia ogłoszenia oraz specyfikacji były jednoznaczne i nie zostały przez odwołującego oprotestowane. Wyjaśnienia z dnia 13 marca 2009 r. stwierdzały „że do wyliczenia rocznych odsetek od kredytu, przy wyliczeniu ceny oferty nie podajemy ilości dni wykorzystania kredytu w ciągu roku, ” należało więc przyjąć, zgodnie z art. 112 i 114 K.c. 365 dni za okres roczny, a nie jak uczynił to odwołujący 364 dni. Zamawiający w SIWZ nie wprowadził odmiennej definicji lub sposobu obliczenia okresu rocznego. Wyliczenie odsetek w ofercie odwołującego nie nastąpiło za wymagany okres roczny. Przystępujący przytoczył postanowienia specyfikacji, dotyczące sposobu wyliczenia kosztu kredytu. W ocenie przystępującego, oferta odwołującego została zasadnie odrzućona, a popełniona omyłka nie kwalifikuje się do poprawy w trybie art. 87 Pzp, gdyż spowodowałaby zmianę warunków oferty. W konsekwencji, oferta z innym sposobem obliczenia terminu jest nieporównywalna i podlega odrzućeniu. Odwołujący przyznał, że zamawiający w SIWZ oczekiwał wyliczenia potencjalnego kosztu kredytu w okresie rocznym, wynoszącym 365 dni, a obliczył cenę oferty, przyjmując 364 dni, przy wskazaniu dat progowych dokonanego obliczenia. Przyjęcie innego terminu niż roczny, nie podlega poprawie, bez względu na cenę oferty. Przystępujący powołał się na interes prawny w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta, skutkiem odrzućenia oferty odwołującego, została wybrana jako najkorzystniejsza.

Pismem z dnia 27 marca 2009 r. zamawiający oddalił protest w całości.

W uzasadnieniu tej decyzji podał, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ – formularzem ofertowym wykonawcy powinni podać:

roczny koszt obsługi zadłużenia zł. przy przyjęciu następujących cen jednostkowych:

- a) wysokość WIBOR dla depozytów międzybankowych 1M z dnia 19.01.2009 r.
opublikowanego w dzienniku Rzeczpospolita w dniu 20.01.2009 r.;
- b) liczbę punktów procentowych marży banku liczonej od kwoty wykorzystanego kredytu zwiększającej lub zmniejszającej wysokość WIBOR....%,
- c) wysokość stopy procentowej prowizji przygotowawczej od uruchomionego kredytu;

Oferta odwołującego zawiera następujące dane:

roczny koszt obsługi zadłużenia 527 395,07 zł., przy przyjęciu następujących cen jednostkowych:

- a) stawka WIBOR wynosi 5,31% (stała dla wszystkich oferentów);
- b) liczbę punktów procentowych marży banku 1,1%,
- c) wysokość stopy procentowej prowizji przygotowawczej od uruchomionego kredytu 0,10%
tj. $16\ 000\ 000,00 \times 0,10\% = 16\ 000,00$ zł.

Wyliczenie odwołującego: $8\ 000\ 000,00 \times (5,31 + 1,1\%) + 16\ 000,00 = 527\ 395,07$ zł.

Wyliczenie rachunkowe (zamawiającego): $8\ 000\ 000,00 \times (5,31 + 1,1\%) + 16\ 000,00 = 528\ 800,00$ zł.

Zamawiający stwierdził, że nie miał podstaw do sprostowania omyłki, gdyż nie było oczywiste, z czego błąd wyliczenia wynikał. W związku z czym zwrócił się pismem z dnia 16.03.2009 r. o wyjaśnienie treści złożonej oferty. Złożone wyjaśnienia nie usunęły wątpliwości. Wyliczając cenę oferty można było uznać, że marża banku została zaniżona do 1,08244 lub, że odsetki od wykorzystanego kredytu nie zostały wyliczone w stosunku rocznym lecz liczone w dniach za 364 dni, lub źle podano %, albo też źle wyliczono kwotę prowizji. Zatem błąd nie kwalifikował się do poprawienia jako oczywista omyłka, a sam odwołujący domagał się jego poprawienia jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian treści oferty. Zdaniem zamawiającego jest to błąd w obliczeniu ceny, nie kwalifikujący się do poprawy. Błąd ten polega na przyjęciu przez odwołującego dodatkowego parametru do wyliczenia wysokości rocznego kosztu obsługi zadłużenia, to jest wskaźnika ilości dni wykorzystania kredytu jako stosunku liczb 364/365. Wyliczenie ceny zawarte w formularzu cenowym zawiera właśnie ten wskaźnik, co zostało przyznane. Przyjęcie dodatkowego parametru jest niezgodne z SIWZ i udzielonymi wyjaśnieniami, że „przy wyliczeniu ceny nie podajemy ilości dni wykorzystania kredytu w ciągu roku.” Zamawiający zaznaczył, że opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń.

W ocenie zamawiającego, zaistniałego błędu nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż prowadziło by to do istotnej zmiany treści oferty i niemożności zawarcia ważnej

umowy o zamówienie. Zamawiający zauważył, że przy odsetkach liczonych w stosunku rocznym, jak było wymagane, wskaźnik winien wynosić 1 czyli 365/365. Regulamin otwierania i prowadzenia kont oszczędnościowych w Banku Pocztowym SA stanowi, iż do obliczania odsetek przyjmuje się, że rok liczy 365 dni, a miesiąc rzeczywistą liczbę dni kalendarzowych. Sposób liczenia terminów oznaczonych w miesiącach lub latach, podaje art. 112 i 114 K.c. Pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty, zastosowali oprocentowanie w stosunku rocznym to jest 365/365 i nie mieli żadnych wątpliwości. Odwołujący nie skorzystał z możliwości wniesienia protestu na postanowienia ogłoszenia, SIWZ czy udzielone wyjaśnienia. W przekonaniu zamawiającego, odwołujący samowolnie zmienił wymagania, określone specyfikacją, czego przepisy Prawa zamówień publicznych nie dopuszczają. Skutkiem czego zastosował w swoim wyliczeniu ceny ofertowej, termin inny niż roczny. Żaden przepis nie przewiduje poprawiania omyłek dotyczących zastosowania innego terminu, niż oczekiwał zamawiający. Ogólna deklaracja o zgodności oferty z wymaganiami SIWZ, nie jest wystarczająca do uznania, że taka zgodność w rzeczywistości ma miejsce.

Na przedmiotowe rozstrzygnięcie protestu, w dniu 6 kwietnia 2009 r. zostało wniesione odwołanie, z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane. Dodatkowo odwołujący podkreślił okoliczność, że w dniu 16 marca 2009 r. przekazał zamawiającemu wyjaśnienia do złożonej oferty wraz z informacją w jaki sposób dokonał wyliczenia rocznego kosztu kredytu. W ramach uzasadnienia protestu wskazał, że wyliczeniem objął okres podany w SIWZ, to jest od 31.03.2009 do 30.03.2010 r., jako pierwszy okres kredytowania. Zwrócił uwagę, że strony będzie wiązała niezmienna w całym okresie kredytowania wysokość prowizji przygotowawczej za udzielenie kredytu oraz marża banku, a nie koszt obsługi zadłużenia – podany w ofercie. Odwołujący nie zgodził się ze stwierdzeniem, że w przedstawionym wyliczeniu, mógł zmienić wysokość podanej w formularzu ofertowym marży własnej lub prowizji przygotowawczej za udzielenie kredytu. Zaprzeczył również twierdzeniom, aby wprowadził parametr obliczenia kosztu kredytu, nieprzewidziany specyfikacją. Stwierdził, że rzetelnie wyliczył hipotetyczną wartość odsetek, w podanym przez zamawiającego okresie kredytowania. Cytowany przez zamawiającego zapis regulaminu bankowego, oznacza, że wysokość odsetek uzależniona jest od rzeczywistego okresu utrzymywania się salda na rachunku. Czyli odsetki w miesiącach liczących 30 dni będą liczone za 30 dni, a w miesiącach liczących 31 dni za 31 dni. Wszystkie będą liczone w stosunku rocznym, gdyż mianownikiem ułamka jest liczba dni w roku. Odsetki związane z kredytem w rachunku bieżącym, obliczane są od faktycznego wykorzystania kredytu (saldo kredytu) oraz ilości dni, w których utrzymuje się saldo kredytowe, w okresie kredytowania. Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem zamawiającego, że zastosowanie w wyliczeniu ceny ofertowej, terminu innego niż roczny, a

tylko taki może być podstawą obliczenia ceny i jej porównania z innymi oferowanymi, prowadzi do nieporównywalności ofert i stanowi podstawę do odrzucenia oferty, ze względu na zmianę sposobu obliczenia ceny. Odwołujący podtrzymał stanowisko protestu, że koszt kredytu nie może być utożsamiany z ceną, w rozumieniu definicji z art. 3 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.). W ocenie odwołującego w przypadku kredytu w rachunku bieżącym można mówić o koszcie kredytu, a nie o cenie kredytu. Odwołujący wskazał na okoliczność, że według punktu 2.9 SIWZ – ocena oferty miała nastąpić na podstawie obliczenia całkowitego kosztu przedmiotu zamówienia w pierwszym planowanym okresie kredytowania, a postanowienie to nie zostało zmienione. Pierwszy okres kredytowania, oznaczony został od 31 marca 2009 r. do 30 marca 2010 r.

W podsumowaniu odwołujący wskazał, że:

1. zamawiający w punkcie 2.2 SIWZ podał okresy kredytowania, które wynoszą 364 dni;
2. podał, że ocena ofert nastąpi na podstawie obliczenia całkowitego kosztu przedmiotu zamówienia w pierwszym planowanym okresie kredytowania;
3. udzielił odpowiedzi, że do wyliczenia ceny oferty nie podajemy ilości dni wykorzystania kredytu w ciągu roku;
4. nie zmienił postanowień SIWZ, dotyczących okresu kredytowania, zatem oferta odwołującego, która zawiera wyliczenie odsetek w okresie kredytowania jest zgodna z SIWZ;
5. koszt kredytu nie jest ceną. Parametrami oferowanymi przez odwołującego jest prowizja od udzielonego kredytu oraz marża;
6. jeżeli zamawiający zmienił okres kredytowania i oczekiwał wyliczenia odsetek w okresie 365 dni, to miał wszelkie informacje do poprawy wyliczenia kosztu kredytu;
7. mógł poprawić ofertę zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp;
8. niesłusznie odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, o nakazanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oraz nakazanie poprawienia oferty w punkcie roczny koszt obsługi kredytu.

Do postępowania odwoławczego zgłosił w dniu 9 kwietnia 2009 r. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego wybrany wykonawca, Bank PKO SA, podtrzymując stanowisko zaprezentowane w przystąpieniu do postępowania wywołanego wniesieniem protestu.

Poparł poglądy i argumentację przedstawioną przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami i załącznikami, formularza

ofertowego odwołującego oraz przystępującego do postępowania oraz z wezwania do udzielenia wyjaśnień wraz z odpowiedzią odwołującego z 13 lutego 2009 r., pism stron, złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym.

Nadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu posiedzenia oraz rozprawy.

Izba stwierdziła, że warunki formalne dotyczące skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej zostały dotrzymane, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba postanowiła dopuścić Bank Polska Kasa Opieki SA do udziału w sprawie w charakterze przystępującego do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje.

W zakresie postanowień mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, dotyczących kosztu obsługi zadłużenia, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera niżej wymienione regulacje, co pozostawało bezsporne między stronami.

Pkt 2.2 okresy kredytowania:

31.03.2009 do 30.03.2010

31.03.2010 do 30.03.2011

31.03.2011 do 30.03.2012

Pkt 2.5 wymagany termin uruchomienia kredytu:

31.03.2009

31.03.2010

31.03.2011

Pkt 2.6 terminy spłat

30.03.2010

30.03.2011

30.03.2012

Pkt 2.9 do oceny ofert i obliczenia rzeczywistego kosztu wykorzystanego kredytu przyjmuje się WIBOR dla depozytów międzybankowych jednomiesięcznych, podany w dzienniku Rzeczpospolita z dnia 19 .01.2009 r., opublikowany w dniu 20.01.2009 r. Ocena oferty nastąpi na podstawie obliczenia całkowitego kosztu przedmiotu zamówienia w pierwszym planowanym okresie kredytowania.

Pkt 2.10 dla celów oceny oferty przyjmuje się średnioroczny szacunkowy poziom wykorzystania kredytu równy kwocie 8 000 000,00 zł.

Pkt 7.2 dla oceny kosztu obsługi zadłużenia zostanie przyjęty zaoferowany przez wykonawców poziom oprocentowania kredytu wykorzystanego w skali roku oraz liczba

punktów procentowych marży banku zmniejszająca lub zwiększająca oprocentowanie, liczone od kwoty wykorzystanego kredytu; ponadto doliczony zostanie koszt prowizji przygotowawczej od kwoty przygotowanego kredytu,

Pkt 7.4 cena oferty będzie sumą kosztu obsługi zadłużenia i obsługi rachunku bankowego oraz obsługi systemu bankowości elektronicznej,

Pkt 7.6 koszt obsługi zadłużenia równa się roczny koszt oprocentowania salda wykorzystanego kredytu plus opłata prowizji przygotowawczej od kwoty przyznanego kredytu,

Pkt 7.10 zaoferowane wysokości opłat i stóp procentowych, za wyjątkiem WIBORu, będą obowiązywać w każdym z trzech okresów kredytowych.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ - formularzem ofertowym, w zakresie rocznego kosztu obsługi zadłużenia należało podać następujące ceny jednostkowe:

- a) wysokość WIBOR dla depozytów międzybankowych 1 M z 19.01.2009 r., wynoszący 5,31%,
- b) liczbę punktów procentowych marży banku, liczonej od kwoty wykorzystanego kredytu zwiększającą lub zmniejszającą wysokość WIBOR,
- c) wysokość stopy procentowej prowizji przygotowawczej od uruchomionego kredytu.

W załączniku nr 2 do SIWZ nazwanym „Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy na kredyt w rachunku bieżącym” – podano.

W § 7 ust. 1 - od kwoty przyznanego kredytu, bank pobiera prowizję przygotowawczą w wysokości (którą zobowiązany był podać wykonawca),

W § 8 ust. 1 – od kwoty wykorzystanego kredytu bank pobiera odsetki według zmiennej stawki procentowej ustalonej na bazie średniej stawki WIBOR dla depozytów 1 miesięcznych, powiększonej o (podawaną przez wykonawcę wielkość punktów procentowych marży banku).

§ 9 ust. 2 – odsetki należy naliczyć za rzeczywistą liczbę dni wykorzystania kredytu, przy założeniu, że rok liczy 365 dni.

Pozostałe warunki umowne, ustalone zostały w oparciu o wymagania zamawiającego, bez możliwości wprowadzania jakichkolwiek zmian i uzupełnień przez wykonawcę.

Ponadto zamawiający w dniu 13 lutego 2009 r. na zadane pytanie nr 5 do SIWZ, czy do wyliczenia rocznych odsetek od kredytu dla celów oferty, należy przyjąć formułę: kwota odsetek = 8 000 000,00 zł. x oprocentowanie kredytu tj. bez uwzględnienia ilości dni wykorzystania kredytu w roku, udzielił odpowiedzi „przy wyliczeniu ceny oferty nie podajemy ilości dni wykorzystania kredytu w ciągu roku.”

Izba zważyła co następuje.

Na całkowitą cenę oferty, którym to pojęciem zdefiniowanym w art. 2 pkt 1 Pzp, posługuje się ustawa, składa się suma kosztu obsługi zadłużenia, kosztu obsługi rachunku bankowego i kosztu obsługi systemu elektronicznego.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że skoro koszt obsługi zadłużenia nie stanowi ceny, to wyłączone jest stosowanie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, stanowiącego o odrzuceniu oferty, w przypadku, gdy zawiera błąd w obliczeniu ceny. Zdaniem Izby, 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 Pzp, w pierwszej kolejności należy ustalić, czy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z jakich przyczyn, czy jest to wynikiem błędu, a jeżeli tak, to czy błąd kwalifikuje się do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Na istotną treść oferty, w rozpatrywanym zakresie udzielenia kredytu w rachunku bieżącym, składają się jedynie parametry samodzielnie oferowane przez wykonawcę, które stanowią element różnicujący złożone oferty, to jest liczba punktów procentowych marży banku, doliczana do WIBOR - stopy procentowej stosowanej w rozliczeniach dla depozytów międzybankowych – jednomiesięcznych oraz wysokość stopy procentowej prowizji przygotowawczej od uruchomionego kredytu. Pozostałe istotne postanowienia umowy w rozumieniu art. 66 §1 K. c. zostały podane przez zamawiającego i odwołujący zaakceptował je w całości bez żadnych zmian. Istotną treścią oferty, są więc elementy jednostkowe ceny oferty, a nie całkowita cena oferty, która nawet nie jest wprowadzana do umowy. Służy jedynie do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Z uwagi na złożoną strukturę obliczenia ceny oferty, zamawiający podał parametry stałe, hipotetyczne, nie stanowiące treści oferty (nie wprowadzane do umowy), umożliwiające na porównywalnych zasadach sporządzenie oferty. Do hipotetycznych parametrów należy: założona kwota kredytu 8 000 000,00 zł., stawka WIBOR z 19.01.2009 r. oraz przewidywane kredytowanie w pierwszym okresie to jest od 31.03.2009 r. do 30.03.2010 r. Odwołujący w swoim wyjaśnieniu z dnia 16 marca 2009 r. na zapytanie zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty, w sposób wyczerpujący i klarowny wyjaśnił przyjęcie wymienionych wyżej założeń. Podał też, że odsetki od kredytu wyliczył za zakładany okres kredytowania, zgodnie z ustalonymi zasadami, to jest od dnia następnego po zaciągnięciu kredytu do dnia spłaty, za pierwszy okres od 1.04.2009 r. do 30.03.2010 r., przez faktyczny czas wykorzystania kredytu - 364 dni, i odsetek liczonych w stosunku rocznym 365 dni. Przyznał, że nie wziął pod uwagę wyjaśnień z dnia 13 lutego 2009 r., że „przy wyliczeniu ceny oferty nie podajemy ilości dni wykorzystania kredytu w ciągu roku.” Z tych względów argument zamawiającego, iż nie mógł on dokonać poprawy w wyliczeniu kosztu kredytu w rachunku bieżącym, bo nie wiedział, w którym elemencie wyliczenia tego kosztu został popełniony błąd, Izba uznała za niewiarygodny. Zamawiający nie odwołał się w SIWZ do kredytowania w okresach rocznych,

w rozumieniu art. 114 K.c., podał dokładne daty kredytowania, i sposób liczenia okresu faktycznego wykorzystania kredytu. Z tych względów Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że mimo udzielonych wyjaśnień, całość regulacji odnosząca się do wskazanego potencjalnego okresu kredytowania, nie była w sposób dostateczny sprecyzowana. Zamawiający, udzielając wyjaśnień z dnia 13 lutego 2009 r. winien zaznaczyć jednocześnie, że modyfikuje odnośne postanowienia SIWZ, a wiążący charakter mają jedynie udzielone wyjaśnienia. Skutki nieprecyzyjnych wytycznych, jakich udzielił zamawiający, nie mogą powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

Odwołujący zaoferował w zakresie kosztu kredytu w rachunku bieżącym roczny koszt obsługi zadłużenia w wysokości 527 395,07 zł, na co składa się prowizja przygotowawcza w wysokości 16 000,00 zł. oraz odsetki w wysokości 511 395,07 zł. (wyliczone przy oprocentowaniu 6,41% w stosunku rocznym w pierwszym okresie kredytowania, który wynosi 364 dni. Różnica kosztu kredytu za jeden dzień wynosi 1 404,93 zł. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że jeżeli zamawiający wymagał, aby koszt kredytu został wyliczony za 365 dni, to jest w kwocie 528 800,00 zł. (w przypadku oferty odwołującego), to dysponował wszelkimi danymi aby dokonać poprawy wyliczenia kosztu kredytu w rachunku bieżącym. Izba jeszcze raz podkreśla, że nie zachodziła niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, w zakresie jej istotnych postanowień, którymi są jednostkowe parametry prowizji za uruchomienie kredytu i indywidualna stopa oprocentowania kredytu, oferowana przez bank, a nie całkowita cena oferty, oparta na założeniach hipotetycznych, przyjętych dla umożliwienia opracowania porównywalnych ofert. Nie zachodził nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny oferty. Nic więc nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający poprawił wyliczenie kosztu kredytu w rachunku bieżącym, jako elementu ceny oferty odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dokonanie takiej poprawy w żadnym stopniu nie ingerowałoby w istotną treść oferty. W następstwie czego, zamawiający był również zobowiązany poprawić wyliczenie rachunkowe, z przyjęciem rocznego okresu kredytowania przez 365 dni z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Odrzucenie oferty odwołującego, bez dokonania poprawy oferty, w sytuacji, gdy była ona możliwa i dopuszczalna, narusza przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust 1 i 1a Pzp, gdyż materiał dowodowy sprawy wykazał, że nieprawidłowe czynności zamawiającego miały wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*