

Sygn. akt KIO/1978/10

**WYROK**  
**z dnia 28 września 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BRE Bank S.A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa** od czynności zamawiającego **Gminę Baranów, ul. Rynek 21, 63-604 Baranów.**

przy udziale **Banku Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Gminie Baranów, ul. Rynek 21, 63-604 Baranów unieważnienie czynności odrzucenia oferty BRE Bank S.A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Baranów, ul. Rynek 21, 63-604 Baranów i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **BRE Bank S.A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **17 928 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia osiem złotych zero groszy) przez **Wójta Gminy Baranów, ul. Rynek 21, 63-604 Baranów** na rzecz **BRE Bank S.A.,**

**ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 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 Kaliszu**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Baranów - 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.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest udzielenie Gminie Baranów długoterminowego kredytu w wysokości 8.300.000,00 zł na inwestycje realizowane w 2010 roku.

10 września 2010 r. zamawiający przesłał informację o odrzuceniu oferty BRE BANK S.A. z siedzibą w Warszawie.

BRE BANK S.A. wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 września 2010 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6), art. 26 ust. 3 p.z.p. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz przyznanie odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że zamawiający bezpodstawnie wezwał go do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. Wskazał, że zamawiający, uwzględniając szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz zaoferowaną przez odwołującego marżę, był w stanie obiektywnie oraz bez konieczności uzyskiwania dodatkowych wyjaśnień stwierdzić, że doszło do omyłki rachunkowej polegającej na omyłkowym nieuwzględnieniu odsetek za okres od 1.03.2014 do 30.03.2014 r..

Odwołujący podniósł, że zamawiający miał możliwość identyfikacji niezgodności pomiędzy ceną zawartą w ofercie, a ceną obliczoną zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz).

Odwołujący zarzucił, że zamawiający wadliwie odrzucił złożoną przez niego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) p.z.p., podczas gdy powinien ją poprawić zgodnie z art. 87 ust. 2 p.z.p. Wywiódł, że popełniony przez niego błąd ma charakter nieistotny, a jego poprawienie, mimo, że spowoduje wzrost ceny oferty, nie zmieni okoliczności, że oferta odwołującego w dalszym ciągu będzie dla zamawiającego najkorzystniejsza. Powołał orzecznictwo Izby dotyczące zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3) p.z.p.

Zarzucił również, że zamawiający błędnie wezwał go do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., aktualnych informacji z KRK w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8

dotyczących wszystkich urzędujących członków zarządu. Odwołujący wyjaśnił, że w załączeniu do złożonej oferty - przedstawił ww. dokumenty w odniesieniu do członków zarządu aktualnie sprawujących funkcje zgodnie z odpisem z KRS dołączonym do oferty.

Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie 17 września 2010 r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wywodził niedopuszczalność poprawienia oferty odwołującego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 marca 2010 r., pod numerem 2010/S 44 – 064989.

Przedmiotem jest udzielenie Gminie Baranów długoterminowego kredytu w wysokości 8.300.000,00 zł na inwestycje realizowane w 2010 roku. Zamówienie musi zostać zrealizowane do 31 grudnia 2016 r. (pkt 1 i 5 siwz). Zamawiający w Załączniku do siwz – „Szczegółowym opisie tematu zamówienia” ustalił, że na cenę oferty mają się składać opłaty, odsetki i inne podobne świadczenia związane z udzieleniem kredytu. Zamawiający wyłączył możliwość zastosowania prowizji oraz opłat z tytułu przygotowania i postawienia kredytu do dyspozycji. Wskazany został również sposób ustalenia stopy procentowej oraz przewidywane transze uruchomienia kredytu. Zamawiający przyjął miesięczny kalendarz odsetkowy – naturalną liczbę dni a rok 365 dni.

Opisując sposób obliczenia ceny zamawiający nakazał uwzględnienie wszystkich wymagań siwz oraz wszelkich kosztów ponoszonych przez wykonawcę (pkt 13.3 siwz). Załączony do siwz wzór formularza oferty przewidywał podanie marży w punktach procentowych, kosztów odsetek oraz ceny ofertowej (łączniego kosztu kredytu). Zamawiający nie wymagał prezentacji kwoty odsetek należnych w poszczególnych miesiącach.

Odwołujący złożył ofertę proponującą marżę, koszt odsetek 1.243.713,97 zł oraz cenę oferty 1.243.713,97 zł. Zgodnie z drukiem ZP-12 przystępujący zaoferował cenę 1.262.940 zł

Zamawiający pismem z 3 września 2010 r. zwrócił się do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. o uzupełnienie aktualnych informacji z KRK w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 dotyczących wszystkich urzędujących członków zarządu.

W odpowiedzi odwołujący wyjaśnił, że wraz z ofertą złożył wymagane informacje w odniesieniu do poszczególnych członków zarządu aktualnie sprawujących funkcje zgodnie ze złożonym odpisem z KRS.

Pismem z 8 września 2010 r., zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie wysokości zawartej w niej ceny, żądając przedstawienia szczegółowej kalkulacji tej ceny wg załączonego wzoru. Odwołujący, w wyznaczonym terminie, przedstawił wyjaśnienia oraz szczegółową kalkulację ceny zgodnie z przekazanym przez zamawiającego wzorem.. Przyznał, że zachodzi niezgodność pomiędzy ceną oferty 1.243.713,97 zł, a ceną rzeczywistą (1 260 056,58 zł), co wynika z pominiętych odsetek w kwocie 16.342,61 zł. W treści wyjaśnień odwołujący podniósł, że powstała rozbieżność była wynikiem oczywistej omyłki rachunkowej polegającej na pominięciu odsetek za okres od 1 marca 2014 do 30 marca 2014 r. Stwierdził, że zamawiający znając jedynie wysokość zaoferowanej marży oraz przy braku innych zmiennych, może dokładnie obliczyć cenę rzeczywistą. Odwołujący poniósł, że skoro zaoferowana cena była niższa od ceny rzeczywistej o kwotę 16.342,61 zł, to różnica wynosi zaledwie około 1,3 % to poprawienie takiej omyłki nie wpłynie w istotny sposób na treść oferty odwołującego a oferta nadal utrzyma pierwszą pozycję w rankingu ofert.

Zamawiający pismem z 10 września 2010 r. odrzucił ofertę odwołującego. Zamawiający uznał, że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny a „popołniony błąd w żaden sposób nie wypełnia żadnej z przesłanek, o której mowa w art. 87 ust. 2 Ustawy”.

Izba dokonała przedstawionych ustaleń na podstawie wymienionych pism i dokumentów okazanych w formie oryginałów w czasie rozprawy i znajdujących się w formie kopii w aktach sprawy.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p. Jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 *in fine* p.z.p. odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny, nie dokonał czynności wykluczenia odwołującego z

powodu braku aktualnej informacji z KRK na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8) p.z.p. Rozpoznaniu w postępowaniu odwoławczym podlega zatem czynność odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego.

Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) p.z.p. w razie stwierdzenia, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny stanowi takie zniekształcenie oświadczenia woli stanowiącego ofertę, które nie podlega obligatoryjnemu poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 p.z.p., w szczególności nie może być uznane za oczywistą omyłkę rachunkową (art. 87 ust. 2 pkt 2) p.z.p.).

Błąd w ofercie odwołującego podlega poprawieniu.

Pominięcie odsetek w kwocie 16.342,61 zł ma charakter oczywistej omyłki rachunkowej. Pod pojęciem omyłki rachunkowej należy rozumieć błąd w zakresie wszystkich działań matematycznych, zwłaszcza arytmetycznych. Omyłka rachunkowa polega na uzyskaniu błędnego wyniku obliczeń. W odróżnieniu od oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1) p.z.p. omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach.

Izba ocenia, iż dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia.

Za pomocą wymienionych cech można opisać omyłkę, którą popełnił odwołujący. Podkreślić należy, że pominięcie przez odwołującego odsetek w kwocie 16.342,61 zł jest bezsporne i niebudzące wątpliwości. Wykonawcy nie była pozostawiona dowolność, co do sposobu obliczenia ceny oferty, a wysokość prowizji stanowiąca jedyną zmienną zależną od wykonawcy, została prawidłowo podana przez odwołującego. Popełniona omyłka jest możliwa do skorygowania bez prowadzenia jakichkolwiek wyjaśnień, gdyż istnieje oczywisty i jedyny możliwy arytmetyczny sposób wyliczenia kwoty pominiętych odsetek oraz ustalenia prawidłowej ceny oferty w oparciu o znane zamawiającemu dane.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że samodzielnie stwierdził pominięcie odsetek w kwocie, wskazanej później w wyjaśnieniach udzielonych w wyniku wezwania w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p.

Brak możliwości samodzielnego ustalenia przez zamawiającego okresu, za jaki odsetki zostały pominięte, nie uniemożliwia uznania stwierdzonej omyłki za możliwą do poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 p.z.p.. Podanie przez odwołującego kwot odsetek należnych w

poszczególnych miesiącach jest wyłącznie dobrowolnym działaniem wykonawcy, gdyż zamawiający w siwz nie wymagał wskazania tych wielkości.

Pominięcie odsetek w kwocie 16.342,61 zł stanowi oczywistą omyłkę rachunkową i podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2) p.z.p. Przywołany przepis nakazuje *in fine* uwzględnienie konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem poprawienie ceny oferty – powiększenie o pominiętą kwotę odsetek.

Jednocześnie należy zauważyć, że omyłka popełniona przez odwołującego spełnia przesłanki wskazane w art. 87 ust. 2 pkt 3) p.z.p. stanowi niezgodność oferty z siwz, której poprawienie nie będzie miało istotnego wpływu na treść oferty.

Podkreślić należy, że przywołany przepis daje zamawiającemu możliwość ingerencji również w *essentialia negotii* oferty. Ustawodawca nie wyłączył możliwości poprawienia omyłek dotyczących elementów przedmiotowo istotnych, pod warunkiem braku istotności ingerencji z punktu całości oferowanego świadczenia.

Pominięcie odsetek w kwocie 16.342,61 zł za okres 1 miesiąca, wobec wartości oferty 1.243.713,97 zł, (1 260 056,58 zł po dokonanej poprawie) oraz przewidzianego 6 – letniego okresu spłaty ma charakter nieistotny.

Skoro omyłka popełniona przez odwołującego może zostać poprawiona zarówno w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2), jak i art. 87 ust. 2 pkt 3) p.z.p., do rozważenia pozostaje jedynie kwestia , który z trybów ma pierwszeństwo. Należy zauważyć, że w przypadku poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych obowiązkiem zamawiającego jest jedynie poinformowanie wykonawcy o dokonaniu czynności poprawy. Natomiast dla skuteczności poprawienia nieistotnych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty niezbędne jest wyrażenie zgody przez wykonawcę.

Art. 87 ust. 2 pkt 3) p.z.p. stanowi, że zamawiający poprawia omyłki inne, niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe.

Z samego brzmienia przepisu wynika zatem, że pierwszym działaniem zamawiającego jest ustalenie, czy omyłki stanowią oczywiste omyłki pisarskie lub oczywiste omyłki rachunkowe. Dopiero w razie stwierdzenia, że omyłki popełnione przez wykonawcę nie należą do żadnej z tych dwóch grup, zamawiający winien zbadać ofertę zgodnie z kryteriami wskazanymi w art. 87 ust. 2 pkt 3) p.z.p.

Skoro pominięcie odsetek przez odwołującego stanowi oczywista omyłkę rachunkową, zamawiający dokonać jej poprawienia oraz poinformować odwołującego o czynności poprawienia.

Na marginesie wskazać należy, że dla ustalenia możliwości poprawienia omyłek w ofercie zgodnie z art. 87 ust. 2 p.z.p. bez znaczenia jest miejsce oferty w ewentualnym rankingu ofert.

Ustawa Prawo zamówień publicznych odróżnia czynność badania od czynności oceny ofert. Stwierdzenie omyłek w ofercie oraz ustalenie możliwości ich poprawienia, stanowią element czynności badania oferty oceny o charakterze wyłącznie formalnym. W wyniku czynności badania oferty zamawiający albo dokonuje poprawienia uchybień zaistniałych w ofercie zgodnie z art. 87 ust. 2 p.z.p., albo odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 p.z.p.

Jeśli zamawiający nie dokonuje czynności odrzucenia, poddaje ocenie poprawioną ofertę pod względem kryteriów określonych w siwz (ocena merytoryczna), a jeśli uzna taką ofertę za najkorzystniejszą dokonuje jej wyboru.

Miejsce oferty podlegającej poprawieniu w ewentualnym rankingu ofert ma znaczenie w postępowaniu odwoławczym, dla ustalenia wpływu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – zaistnienia samoistnej i niezbędnej przesłanki uwzględnienia odwołania, badanej przez Izbę niezależnie od rozpatrzenia zarzutów odwołania.

Zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie. Zamawiający zaniechał poprawienia oferty odwołującego, w konsekwencji dokonała wadliwej czynności jej odrzucenia oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Naruszenia przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający mają wpływ na wynik postępowania. W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 p.z.p. uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1) p.z.p. Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego kwocie 2.928 zł na podstawie § 3 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. Nr 41, poz. 238).

.....