

Sygn. akt: KIO/2540/10

**WYROK**  
**z dnia 6 grudnia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 listopada 2010 r. **WIKSBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 87 – 600 Lipno, ul. Stefana Okrzei 7** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Gmina Miasto Toruń reprezentowana przez Prezydenta Miasta Torunia, 87 – 100 Toruń, ul. Wały gen. Sikorskiego 8**

**orzeka:**

- 1. Oddała odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża WIKSBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 87 – 600 Lipno, ul. Stefana Okrzei 7 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez WIKSBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 87 – 600 Lipno, ul. Stefana Okrzei 7;**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 1 800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez WIKSBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 87 – 600 Lipno, ul. Stefana Okrzei 7 na rzecz Gmina Miasto Toruń reprezentowana przez Prezydenta Miasta Torunia, 87 – 100 Toruń, ul. Wały gen. Sikorskiego 8 stanowiącej uzasadnione koszty strony 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. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miasto Toruń - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę szkoły podstawowej wraz z przedszkolem, zagospodarowaniem terenu, pierwszym wyposażeniem na osiedlu Bielawy-Grębocin w Toruniu wraz z zapewnieniem finansowania wykonanych prac do roku 2015. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 1 października 2010 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający w dniu 18 listopada 2010 r., za pomocą faksu, zawiadomił wykonawcę WIKSBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Okrzei 7, 87-600 Lipno (dalej: „Odwołujący” lub „Wiksbud”) o dokonaniu wyboru oferty Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego „BUD-TECH” Sp. z o.o. w Toruniu jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał, że oferta została odrzucona, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji – wykonawca przygotował harmonogram fakturowania i spłat wierzytelności stanowiący załącznik nr 6 niezgodnie z § 1 ust. 5 pkt 5 wzoru umowy określającym, iż wierzytelność skupiona przez bank zostanie przez ten bank rozłożona na 20 równych rat począwszy od 15 marca 2011 r., ponieważ z treści harmonogramu fakturowania i spłat wierzytelności dołączonego do oferty wynika, że wykonawca wystawi pierwszą fakturę po terminie.

W dniu 23 listopada 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Wiksbud. W dniu 22 listopada 2010 r. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy tj. art. 7 Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 91 ust. 1 i 2 Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego „BUD-TECH” Sp. z o.o. w Toruniu jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu

przetargowym,

2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. uznania przy ponownej ocenie ofert, iż najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez Odwołującego się.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że popełniona przez niego omyłka w treści złożonej oferty, polegająca na mylnym podaniu daty wystawienia pierwszej faktury, z podlegających wykupowi przez bank, w toku realizowania inwestycji jest pomyłką nie noszącą znamion istotności, a więc spełniającą przesłanki do poprawienia jej przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący wskazywał, że zaakceptował bez zastrzeżeń wszystkie postanowienia ustalonej przez Zamawiającego umowy, w tym zawierające wymogi co do daty płatności pierwszej z faktur podlegających wykupowi przez bank. W ocenie Odwołującego się zapisy te nie powodowały żadnego ryzyka niemożności wystawienia faktury w miesiącu lutym wskutek niewykonania danej części zamówienia z uwagi na możliwe utrudnienia okresu zimowego, gdyż Zamawiający w treści § 6 ust. 2 dopuścił możliwość wystawienia faktur częściowych w 2010 r., obejmujących zakup materiałów i urządzeń. Dokonanie więc poprawienia omyłki w dacie wystawienia przez Odwołującego się pierwszej faktury podlegającej wykupowi przez bank nie prowadziło w żadnym razie do zmiany jakichkolwiek postanowień umownych, w tym postanowień istotnych, gdyż niezmienna pozostawałyby data rozpoczęcia i wykonania umowy, wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy oraz inne warunki wykonania umowy. Zdaniem Odwołującego braku istotności omyłki dowodzi także niska ranga, jaką Zamawiający przypisał harmonogramowi spłaty wierzytelności wykupionych przez bank, gdyż w treści § 1 ust. 5 pkt 12 i 13 wskazał, że harmonogram umowny jest harmonogramem wyłącznie pierwotnym, podlegającym zmianom, zaś ostateczny harmonogram ustalony zostanie dopiero w terminie 14 dni od daty zapłaty przez bank na rzecz wykonawcy ostatecznej zaakceptowanej przez Zamawiającego faktury.

W ocenie Odwołującego się w rozpatrywanym przypadku ważna jest także ochrona interesu publicznego polegającego na tym, że wskutek odrzucenia oferty najkorzystniejszej cenowo z powodu na niepoprawienie przez Zamawiającego omyłki nieistotnej, za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę znacząco droższą. Biorąc pod uwagę powyższe wywody stwierdzić należy, że Zamawiający niesłusznie przykłada znaczącą wagę omyłki Odwołującego się dla niezgodności oferty z siwz, czym narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nie dokonując poprawienia omyłki Odwołującego się Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3

Pzp, co w konsekwencji spowodowało nie wybranie w przetargu oferty najkorzystniejszej, co z kolei jest naruszeniem art. 91 ust. 1 i 2 PZP.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę, odpowiedź na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W pkt. 4 specyfikacji w ppkt 4.5 Zamawiający wymagał, załączenia do oferty „Harmonogramu fakturowania i spłaty wykonanej inwestycji” wypełnionego zgodnie ze wzorem przedstawionym w formie załącznika nr 6 do siwz.

W załączniku nr 6 do siwz Zamawiający zamieścił 2 tabele: I - Harmonogram fakturowania - do wypełnienia przez wykonawcę oraz II – Harmonogram spłat kapitałowych (wg pierwotnego harmonogramu ustalonego o podaną w ofercie cenę ryczałtową)”. W tabeli II w pozycji Raty nr 1 w kolumnie „Płatna do” określono „15.03.2011 r.”

We wzorze umowy stanowiącej załącznik do siwz w § 1 w ust. 5 Zamawiający określił m. in.:

- „W zakresie zapewnienia finansowania wykonanych prac do roku 2015: (...)
- 2) Wykonawca zobowiązuje się, że najpóźniej do czasu rozpoczęcia robót budowlanych (przejęcia placu budowy), zawrze z bankiem działającym na podstawie i w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (ze zm.) umowę sprzedaży wierzytelności wynikającej z niniejszej umowy stanowiącej równowartość wykonanych robót budowlanych, dostawy i montażu wyposażenia (Wynagrodzenie Ryczałtowe) wraz z należnym podatkiem VAT pomniejszonej o kwotę 585.000,00 zł przypadającą do zapłaty w 2010 r., a bank wierzytelność tę nabędzie.
  - 3) Umowa wykupu wierzytelności, o jakiej mowa w pkt 2) zawierać będzie zobowiązanie banku wobec Zamawiającego dotyczące maksymalnej wysokości, zasad i warunków spłaty tych wierzytelności oraz zapewni Wykonawcy uzyskanie z banku zapłaty kwoty odpowiadającej kwotom z wystawianych faktur przejściowych (poza fakturami wystawionymi do wysokości 585.000,00 zł) oraz faktury końcowej w nieprzekraczalnym terminie 30 dni od daty wystawienia i zaakceptowania faktur przez Zamawiającego. (...)
  - 5) Spłata wykupionej przez bank wierzytelności realizowana będzie przez Zamawiającego w wartości wynikającej z wystawionych i przedstawionych w banku do wykupu faktur w 20 równych kwartalnych ratach kapitałowych począwszy od dnia 15 marca 2011 r. do dnia 15 grudnia 2015 r. (...)

13) Ostateczny harmonogram spłaty skupionej przez bank wierzytelności zostanie ustalony w terminie 14 dni od daty zapłaty przez bank na rzecz Wykonawcy ostatniej zaakceptowanej przez Zamawiającego faktury”.

Jako jedyne kryterium oceny złożonych ofert w postępowaniu Zamawiający określił cenę (100%).

W pkt 17.2 siwz Zamawiający określił, że cena poszczególnych ofert składać się będzie, zgodnie z opisem w pkt 15 siwz z sumy: kwoty netto (Wynagrodzenie Ryczałtowe), kwoty podatku VAT oraz kosztów odsetek bankowych od wierzytelności wykupionej przez bank, których wysokość kwotową określi Zamawiający zgodnie z opisem w pkt 15.1 ppkt 3.

W pkt 15.1. ppkt 3 siwz „Sposób obliczenia ceny oferty” Zamawiający wskazał, że cena oferty brutto (z obowiązującym podatkiem VAT) powinna obejmować wysokość stałej marży banku w punktach procentowych, jaka będzie stosowana do obliczenia oprocentowania skupionej przez bank wierzytelności.

W związku z tym, że Zamawiający dopuścił w § 1 ust. 5 pkt 7 wzoru umowy sposób ustalania wysokości stawki WIBOR 3M na każdy kolejny okres odsetkowy, wg zasad obowiązujących w banku, który dokona wykupu wierzytelności, dla zapewnienia porównywalności ofert Zamawiający sam dokona obliczenia ceny kosztu wykupu wierzytelności dla poszczególnych ofert. Do obliczeń Zamawiający przyjmie:

1. jednakową dla wszystkich ofert wysokość stawki 3M WIBOR z dnia 11.10.2010 r., opublikowaną w dzienniku Rzeczpospolita w dniu 12.10.2010 r.
2. jednakowy dla wszystkich ofert terminarz spłat rat kapitałowych oraz rzeczywistą ilość dni w poszczególnych latach obowiązywania harmonogramu spłat wierzytelności (365/366). (Cena ofert nie będzie więc obciążona ryzykiem sposobu ustalania stawki 3M WIBOR na kolejne okresy odsetkowe. Zamawiający uznał, iż przyjęcie jednakowej stawki WIBOR dla oceny wszystkich ofert prowadzi do zapewnienia optymalnej ich porównywalności w długim okresie).
3. w okresie realizacji inwestycji - harmonogram rzeczowo-finansowy wykonania i rozliczania robót uwzględniający postanowienia § 6 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy o roboty budowlane oraz przyjmie dla wszystkich ofert 30 dniowy termin wykupu faktury przejściowej przez bank.

Podstawą obliczeń będą informacje podane przez Wykonawców w załączniku "Harmonogram fakturowania i spłaty wykonanej inwestycji".

W ofercie Odwołującego na stronie 14 zawarto „Harmonogram fakturowania i spłaty wykonanej inwestycji”, w którym w tabeli I „Harmonogram fakturowania (rubryki do wypełnienia przez wykonawcę” w pozycji nr 2 w kolumnie „Data wystawienia” wpisano datę „30.03.2011 r.”

Pismem z dnia 9 listopada 2010 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego się z żądaniem wyjaśnienia w jaki sposób zamierza on spełnić wymóg siwz, polegający na tym, że „wierzytelność skupiona przez bank zostanie przez ten bank rozłożona na 20 równych rat począwszy od 15 marca 2010 r., skoro z załącznika nr 6 do oferty wynika, że wykonawca wystawi pierwszą fakturę po tym terminie.

Odwołujący się w odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 12 listopada 2010 r. wniósł o dokonanie przez Zamawiającego poprawienia treści w/w załącznika w ten sposób, że w w/w harmonogramie w miejsce daty „30.03.2011” należało wstawić datę „15.02.2011r”. Odwołujący się wyjaśnił, że podany pierwotny termin stanowi omyłkę, polegającą na tym, że termin spłaty pierwszej raty kapitałowej przypadł przed terminem płatności pierwszej z wykupowanych faktur. Odwołujący w treści pisma wskazywał, że omyłkę należy zakwalifikować jako nieistotną i nie mającą wpływu na treść złożonej oferty w znaczeniu negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego.

W dniu 2 grudnia 2010 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której stwierdził, że argumenty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie.

#### **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp podniesiony w odwołaniu nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Natomiast art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Według ustaleń Izby, potwierdzonych również oświadczeniami na rozprawie, bezsporna jest niezgodność oferty Odwołującego z specyfikacją istotnych warunków zamówienia w przedmiotowej sprawie w aspekcie daty wystawienia pierwszej faktury, którą Odwołujący określił w harmonogramie na dzień 30.03.2011 roku. Termin ten stoi w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego, który zastrzegł iż spłata wykupionej przez bank należności następować będzie w 20 równych ratach kapitałowych począwszy od 15 marca 2011 roku do 15 grudnia 2015 roku, a zapłata kwot faktur następować będzie w nieprzekraczalnym terminie 30 dni od daty wystawienia i zaakceptowania faktury. Wobec przyjęcia przez Odwołującego niewłaściwej daty nie można mówić jedynie o formalnym wymiarze ww. niezgodności, gdyż oferta zawiera błędy w zakresie materialnym.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, który podnosił, że zaakceptował bez zastrzeżeń wzór oferty treści oferty zadeklarował, że jest ona zgodna z siwz. Izba potwierdza, że Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodności zobowiązania wykonawcy z siwz we wszystkich jego aspektach na podstawie całości treści oferty (wraz z załącznikami), która winna zostać przygotowana i wypełniona w sposób przez niego wymagany, a nie tylko poprzestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności wynikających m.in. z samego faktu złożenia oferty czy oświadczeń zawartych w jej treści.

W ocenie Izby wystąpienie opisanych w ustaleniach Izby okoliczności kwalifikuje ofertę Odwołującego (jej treść) do oceny jako niezgodną z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co obliguje konieczność jej odrzucenia lub podjęcia wszystkich odpowiednich, przewidzianych ustawą kroków, zmierzających do wyjaśnienia, ustalenia czy ewentualnego poprawienia treści oferty w tym zakresie, np. obligatoryjne poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w przypadku zaistnienia wszystkich przesłanek warunkujących zastosowanie tego przepisu.



Izba odnosząc się przesłanek i sposobu zastosowania ww. przepisu wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz. W świetle powyższego, jak już wskazano, stwierdzić należy, iż w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z omyłką w ofercie polegającą na jej niezgodności z siwz. Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych.

Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. W związku z tym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich *essentialiae negotii*. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Ponadto, omyłki o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Oznacza to, że „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty, ewentualnie (w ograniczonym zakresie) może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 Pzp. W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (*sygn. akt KIO 1127/10*).

Z uwagi na powyższe Izba podzieliła opinię i stanowisko Zamawiającego i potwierdziła niemożliwość poprawienia przez Zamawiającego oferty Wiksbud w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w zakresie daty wystawienia pierwszej faktury, którą Odwołujący określił w harmonogramie na dzień 30.03.2011 r.

W odpowiedzi na odwołanie, co zostało również potwierdzone na rozprawie, sposób spłaty realizacji przedmiotu zamówienia miał dla Zamawiającego istotne znaczenie. Izba

ustaliła, że Zamawiający szczegółowo w jasny i klarowny sposób w § 1 ust. 5 wzoru umowy, który stanowił załącznik do specyfikacji, określił wymagania dotyczące sposobu spłaty realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawcy byli zobligowani do załączenia do oferty harmonogramu fakturowania i spłaty wykonanej inwestycji. Z harmonogramu spłaty załączonego do oferty Wiksbud jasno wynika, że wykonawca przewidział wystawienie pierwsze faktury w dniu 30.03.2011 roku a zapłatę w dniu 15 marca 2011 r., co było niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w siwz.

Izba potwierdziła prawidłowe postępowanie Zamawiającego, który dokonując badania oferty zwrócił uwagę na niezgodność oferty Odwołującego z siwz i w trybie art. 87 ust. 1 Pzp zwrócił się do Wiksbud o wyjaśnienie treści złożonej oferty. W odpowiedzi na to pismo Odwołujący wniósł o dokonanie poprawienia treści harmonogramu, bowiem podany tam termin 30.03.2011 roku stanowi oczywistą omyłkę, gdyż data powinna być wystawiona data 15.02.2011 r.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, który podnosił, że omyłka w zakresie daty wystawienia pierwszej faktury podlegającej wykupowi nie stanowi, oczywistej omyłki pisarskiej i nie może być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz że wyjaśnienia udzielone pismem z dnia 12.11.2010 roku w ocenie Zamawiającego stanowią niedozwoloną modyfikację oświadczenia woli jakim jest niewątpliwie treść oferty.

Izba wskazuje, iż zgodnie z wymaganiami specyfikacji wykonawca winien określić termin wystawienia pierwszej faktury podlegającej wykupowi z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego, który zastrzegł iż spłata wykupionej przez bank należności następować będzie w 20 równych ratach kapitałowych począwszy od 15 marca 2011 roku do 15 grudnia 2015 roku, a zapłata kwot faktur następować będzie w nieprzekraczalnym terminie 30 dni od daty wystawienia i zaakceptowania faktury. To na podstawie tego typu danych możliwa jest i w pełni uzasadniona weryfikacja zgodności terminów zawartych w ofercie z terminami wymaganymi przez Zamawiającego. W takim kontekście należy uznać prymat konkretnych dat zawartych w harmonogramie nad ogólnymi i opisowymi deklaracjami, co oferta w rzeczywistości zawiera oraz że jest zgodna z wymaganiami siwz (pkt. 1 formularza ofertowego odwołującego), gdy deklaracje te pozostają w sprzeczności ze sposobem ich realizacji wynikającym z informacji w zakresie dat zawartych w harmonogramie.

Wobec faktu, iż „Harmonogram fakturowania i spłaty wykonanej inwestycji” był szczególnie istotnym dokumentem, ponieważ informacje w nim podane przez wykonawców miały być podstawą obliczeń oprocentowania skupionej przez bank wierzytelności, co wynika z zapisów pkt. 15 siwz. Izba wskazuje, że daty wystawienia pierwszej faktury w

harmonogramie za inną omyłkę nie powodującą istotnej zmiany treści oferty, którą można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W oparciu o wyjaśnienia Odwołującego z dnia 12 listopada 2010 r. dokonanie prawidłowej czynności poprawy omyłki przez Zamawiającego byłoby niemożliwe. Podany tam termin wystawienia faktury określono na dzień 15 lutego 2011 rok - zważywszy, że luty ma 28 dni - termin zapłaty przypadałby na dzień 17 marca 2011 roku, a termin naliczania odsetek od kredytu na dzień 18 marca 2011 roku.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust 1 i 2 Pzp Izba wskazuje, że zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie przysługuje wykonawcom wyłącznie wobec ściśle określonych czynności Zamawiającego. Izba podkreśla, że katalog ten nie obejmuje czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Wobec tego Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia art. 91 ust 1 i 2 Pzp odnoszący się do czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego „BUD-TECH” Sp. z o.o. w Toruniu jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 1, § 3, § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uwzględniła koszty Zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 1.800,00 zł. na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....

