

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

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie: Aneta Mlącka**

**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24.05.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BRE Bank S.A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Kielce, Rynek 1, 25-303 Kielce** protestu z dnia **12 kwietnia 2010 r.**

przy udziale **Banku Gospodarki Żywnościowej S.A., ul. Kasprzaka 10/16, 01-211 Warszawa Oddział Operacyjny w Kielcach, 25-953 Kielce, ul. Sienkiewicza 47** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Kielce, Rynek 1, 25-303 Kielce i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **BRE Bank S.A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Miasto Kielce, Rynek 1, 25-303 Kielce** na rzecz **BRE Bank S.A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BRE Bank S.A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa;**

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Miasto Kielce w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi „*bankowa obsługa budżetu Miasta Kielce oraz jednostek organizacyjnych Miasta zaliczanych do sektora finansów publicznych (nr postępowania Or.III.341-3-68/09)*”, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 23 grudnia 2009 r., 2009/S 247-354416, wobec zaniechania czynności poprawienia oczywistej omyłki w treści oferty Banku Gospodarki Żywnościowej S.A, wykonawca ten wniósł 12 kwietnia 2010 r. protest do zamawiającego. O zaniechaniu czynności zamawiającego odwołujący powziął wiedzę w dniu 2 kwietnia 2010 r. z informacji zawartej w piśmie z dnia 02.04.2010 r., przesłanym jednocześnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty BGŻ S.A. Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 22 kwietnia 2010 r. doręczonym protestującemu w tym samym dniu, uwzględniając go w całości. Od takiego rozstrzygnięcia w dniu 4 maja 2010 roku wniesione zostało odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przez uczestnika postępowania protestacyjnego – BRE BANK SA. Kopia dowołania został przekazana zamawiającemu jednocześnie z jego wniesieniem do Prezesa UZP.

Odwołujący – BRE BANK SA przystąpił do postępowania protestacyjnego w dniu 16 kwietnia 2010 r. na podstawie wezwania zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2010 r. Postępowanie protestacyjne zostało wszczęte na skutek protestu wniesionego przez wykonawcę, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą w zawiadomieniu o wyborze oferty z dnia 02.04.2010 r. W tym samym dniu zamawiający przekazał wykonawcy pismo, w którym poinformował o braku możliwości poprawienia omyłki dotyczącej wysokości czynszu za 1 miesiąc wynajmu punktu obsługi kasowej, podanej w formularzu ofertowym. Wykonawcy byli zobowiązani podać w treści formularza ofertowego wysokość opłaty za

1m<sup>2</sup>/miesiąc wynajmowanych pomieszczeń na punkt obsługi kasowej, której wysokość stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert, dla którego zamawiający przypisał wagę 5%. W formularzu ofertowym – pkt 4 została podana stawka czynszu za 1 miesiąc – 3750,00 zł, natomiast w proteście wykonawca domagał się jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez wpisanie kwoty 35,05 zł, wynikającej z podzielenia wartości 3750,00 zł przez liczbę metrów zajmowanej powierzchni równej 107 m<sup>2</sup>. Protestujący powoływał się na ceny wynajmu 1 m<sup>2</sup> powierzchni obowiązujące na terenie miasta Kielc, co miało uzasadniać ustalenie, iż zmiana nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty. Poprawienie omyłki nie wpłynie również na wynik wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż różnica punktów w tym kryterium nie zmieni rankingu ofert. Zdaniem protestującego, zamawiający dokonując wyboru jego oferty nie był świadomy konsekwencji, jakie ponosiłby protestujący w sposobie spełnienia świadczenia. Przy przeliczeniu powierzchni punktu kasowego (107 m<sup>2</sup>) przez cenę uznaną w ofercie 3750/m<sup>2</sup>, czynsz miesięczny wyniesie 401 250,00 zł, co oznacza, że po upływie niespełna 3 miesięcy koszt wynajmu powierzchni przewyższy cenę całkowitą za wykonanie przedmiotu zamówienia za okres 5 lat, która wynosi 995 000,00 zł. Protestując podkreślił, iż wynajem powierzchni na punkt obsługi kasowej miał umożliwić wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie stanowić jego istotne znaczenie i główny cel świadczenia. Protestujący powoływał się nie dwuznaczność zapisu *opłata za 1m<sup>2</sup>/miesiąc wynajmowanych pomieszczeń*, który pozwalał na alternatywne określenie czynszu za 1 m<sup>2</sup> lub miesięcznie. Doprowadziło to do popełnienia błędu przy sporządzaniu oferty tego wykonawcy, który winien zostać uznany za omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Jednocześnie protestujący wskazał na okoliczności prowadzące do uznania, iż oferta drugiego wykonawcy – BRE BANK S.A. nie spełniała warunku posiadania 2 placówek bankowych, w których wykonywane były na dzień składania ofert kompleksowe usługi bankowe.

Zamawiający uwzględnił protest w całości, informując jednocześnie, iż na podstawie art. 183 ust. 5 Pzp przystąpi do powtórzenia czynności badania ofert.

W odwołaniu – uczestnik postępowania protestacyjnego, podniósł zarzuty:

- 1) naruszenia przepisu art. 180 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia protestu, który wniesiony został po terminie oraz przez osobę nieuprawnioną;
- 2) naruszenie przepisu art. 183 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie przekazania wykonawcy rozstrzygnięcia protestu z dnia 22 kwietnia 2010 r. wraz z jego uzasadnieniem;
- 3) naruszenie art. 7 ustawy poprzez dokonanie oceny i porównania ofert, przy jednoczesnej niedopuszczalności ingerencji zamawiającego w treść oferty konkurenta, a więc naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

dokonania takiej oceny w sposób, który nie zapewnia zachowania bezstronności i obiektywizmu;

4) naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez poprawienie błędu w ofercie, który nie polega na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a jego poprawienie powoduje istotną zmianę w treści oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności rozstrzygnięcia protestu, a także nakazanie zamawiającemu zaniechania powtarzania czynności badania ofert.

Odwołujący wskazywał na uchybienie terminu do wniesienia protestu, który winien być liczony od dnia doręczenia pisma zamawiającego z 10.03.2010 r., w którym zamawiający wykonując obowiązek wynikający z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, powiadomił wykonawcę o poprawieniu omyłki w punkcie 3 formularza oferty, w którym podany został współczynnik korygujący bez symbolu „%”, co zamawiający uznał za omyłkę podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie informując o innych omyłkach podlegających poprawieniu. W odpowiedzi na pismo zamawiającego, wykonawca w dniu 11 marca 2010 r. zgodził się jedynie na poprawienie omyłki wskazanej przez zamawiającego, nie wnosząc przy tym protestu na jakiegokolwiek zaniechanie w zakresie poprawienia innej omyłki tego samego rodzaju. Termin na wniesienie protestu upłynął zdaniem odwołującego 20 marca 2010 r. Odwołujący wskazywał również na upływ terminu, na jaki zostało udzielone pełnomocnictwo osobom podpisującym protest, które wygasło z dniem 31 marca 2010 r. (załączone do oferty). Ponadto jego treść nie wskazuje, iż obejmowało ono umocowanie do wnoszenia środków ochrony prawnej w związku z postępowaniem, tymczasem pełnomocnictwo do złożenia protestu i odwołania winno być pełnomocnictwem rodzajowym, które powinno zwierać ściśle sprecyzowany rodzaj czynności. Brak załączenia do protestu stosownego pełnomocnictwa, bądź też odpowiedniego dokumentu rejestrowego, z którego wynika zakres, jak i sposób reprezentacji podmiotu składającego środek ochrony prawnej, skutkować musi brakiem możliwości merytorycznego ustosunkowania się do treści protestu. Zamawiający nie dochował, w ocenie odwołującego, należytej staranności w ocenie istnienia przesłanek formalnych przyjęcia protestu do rozpoznania.

Odwołujący podważył również treść rozstrzygnięcia protestu, w której zamawiający nie zawarł argumentacji faktycznej lub prawnej, świadczącej o zasadności wniesionego protestu. Rozstrzygnięcie to nie czyniło zadość wymaganiom określonym w art. 183 ust. 4 ustawy, utrudniając odniesienie się do wszystkich aspektów oceny takiego rozstrzygnięcia.

Odwołujący nie zgodził się z zamawiającym, iż podana stawka czynszu może być traktowana jako omyłka podlegająca poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Opłata z tytułu czynszu była istotnym elementem przy ocenie ofert, stanowiąc podstawę do

porównania ofert i przyznania odpowiedniej liczby punktów i wpływała na wybór oferty najkorzystniejszej oferty. Jej zmniejszenie skutkować będzie wielokrotnym zmniejszeniem zaoferowanego przez wykonawcę czynszu, co było by niekorzystne dla zamawiającego i nie pozwala na uznanie, iż byłaby to zmiana nieistotna. Zmiana podstawy wyliczenia ma istotne znaczenie merytoryczne, a zamawiający nie jest uprawniony do tak znaczącej ingerencji w treść oferty wykonawcy. Odwołujący podnosił, iż nawet błędnie podana w ofercie stawka czynszu nie jest omyłką możliwą do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, albowiem nie stanowi niezgodności z siwz, a także zmienia w istotny sposób treść oferty. Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Dokonanie zmiany treści oferty z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stałoby w sprzeczności z normą wyrażoną w art. 140 ust. 1 ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 17 maja 2010 r. przystąpił wykonawca wnoszący protest – Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. oddział w Kielcach.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania. W szczególności, nie znalazły uznania składu orzekającego twierdzenia odwołującego dotyczące liczenia terminu na wniesienie protestu wobec zaniechania przez zamawiającego czynności poprawienia treści oferty BGŻ SA. Izba stwierdza, iż termin na wniesienie protestu winien być liczony od dnia, w którym zamawiający poinformował wykonawców o zakończeniu badania i oceny ofert, tj. w przedmiotowej sprawie od dnia przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, co nastąpiło w dniu 2 kwietnia 2010 r. Ponieważ czynności zamawiającego w toku badania ofert mogą być wydłużone w czasie, a ustawa nie określa w jakim momencie tego badania zamawiający jest zobowiązany dokonać poprawienia treści oferty, dopiero w momencie zakończenia czynności można ustalić ewentualne zaniechania, do jakich mógł się dopuścić zamawiający. Tym samym informacje przekazywane wykonawcom o poprawieniu w jakimś zakresie treści oferty nie przesądzają o zakończeniu badania tej oferty przez zamawiającego. W oparciu o tą argumentację Izba uznała, iż protest został wniesiony z zachowaniem terminu, a zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Izba ustaliła, iż do protestu załączone zostało pełnomocnictwo szczególne z dnia 9 kwietnia 2010 r. uprawniające wskazane w jego treści osoby do reprezentowania podmiotu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem protest został podpisany przez osoby umocowane do reprezentowania mocodawcy w przedmiotowym postępowaniu. Nie było zatem podstaw do odrzucenia protestu przez zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Izba potwierdziła istnienie interesu prawnego odwołującego we wnoszeniu odwołania, wyrażającego się w dążeniu do uzyskania zamówienia, w sytuacji, gdyby wybrany wykonawca nie zdecydował się na zawarcie umowy w takim zakresie, jaki wynika ze złożonej oferty. Ewentualne zmiany w treści oferty mogłyby być uznane za próbę podjęcia negocjacji z jednym z wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, dotyczących wysokości zobowiązania wskazanego w ofercie. Wykonawca posiada interes prawny do wnoszenia środków ochrony w celu zapewnienia stosowania przez zamawiającego zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sam sposób w odniesieniu do każdej z ofert złożonych w postępowaniu.

Zarzut, którego dotyczy odwołanie sprowadza się do ustalenia, czy możliwe jest poprawienie przez zamawiającego treści oferty złożonej przez BGŻ SA na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl w zakresie dotyczącym podanej w formularzu oferty opłaty za wynajem powierzchni lokalowej przeznaczonej na punkt kasowy.

Na podstawie oferty BGŻ SA Izba ustaliła, iż wykonawca podał w punkcie 4 formularza oferty wysokość „opłata za 1m<sup>2</sup>/miesiąc wynajmowanych pomieszczeń na punkt obsługi kasowej w wysokości brutto: **3750 zł**, (słownie: **trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt zł/m<sup>2</sup>/miesięcznie**). Oświadczenie to odpowiadało treści formularza stanowiącego załącznik nr 1 do siwz, z tą różnicą, iż wykonawca wskazał kwotę wyrażoną w złotych polskich liczbowo oraz słownie. Izba ustaliła w oparciu o treść specyfikacji ( pkt XIX. 1 lit d), iż opłata za „1m<sup>2</sup>/ miesiąc wynajmowanych pomieszczeń na punkt obsługi kasowej”, stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert, którego waga została określona na „5%”, a zatem możliwe było uzyskanie w tym kryterium maksymalnie 5 punktów. W załączniku nr 5 do siwz – wzór umowy najmu lokalu użytkowego, zamawiający przewidział w § 5 ust. 1 zobowiązanie Najemcy lokalu do uiszczania na rzecz Wynajmującego (Zakład Obsługi i Informatyki Urzędu Miasta Kielce) miesięcznego czynszu w wysokości określonej kwotą brutto, wynikającą z przeliczenia wysokości kwoty wyrażonej w złotych za 1 m /brutto/ zajmowanej powierzchni przez ilość całkowitej powierzchni = 107 m<sup>2</sup>.

Na podstawie oświadczeń BGŻ S.A. złożonego w piśmie skierowanym do zamawiającego w dniu 5 marca 2010 r. Izba uznała, iż wykonawca ten popełnił błąd przy określaniu wysokości opłaty, przez wskazanie ceny dotyczącej wynajmu całej powierzchni, a nie jednego metra kwadratowego. W ocenie składu orzekającego, błąd ten nie może być uznany za oczywistą omyłkę podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2

ustawy PrZamPubl. Bez dodatkowych wyjaśnień wykonawcy, zamawiający nie mógłby stwierdzić, iż złożone oświadczenie obarczone jest błędem. Oczywista omyłka powinna być widoczna dla każdego bez konieczności ustalania rzeczywistej woli składającego oświadczenie. Składając protest wykonawca wskazywał na podstawę poprawienia treści oświadczenia z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, co wymagałoby ustalenia, iż poprawienie zaistniałej niezgodności oferty nie powodowałoby istotnej zmiany treści oferty.

W pierwszej kolejności należało ustalić, czy zapis specyfikacji o treści: „...1 m<sup>2</sup>/miesiąc ...”, mógł rodzić wątpliwości interpretacyjne. Zamawiający w kilku miejscach siwz w taki sposób określał opłatę za wynajem pomieszczeń na punkt obsługi kasowej. W formularzu oferty w opisie zawartym w nawiasie zawierającym opis słowny wartości opłaty, zamawiający określił, iż podana wartość brutto wyrażona miała być w zł/m<sup>2</sup>/miesięcznie. Zdaniem Izby, nie można odczytać tego zapisu inaczej, niż przez ustalenie, że opłata miała obejmować koszt wynajmu 1m<sup>2</sup> powierzchni miesięcznie. Taka interpretacja jest spójna, w szczególności w kontekście zapisu wzoru umowy najmu lokalu użytkowego (załącznik nr 5 do siwz, par. 5), który wymaga obliczenia wartości brutto opłaty poprzez przemnożenie ceny 1 m przez liczbę metrów<sup>2</sup> = 107. Izba uznała, iż błąd wykonawcy nie był spowodowany niejednoznacznością treści siwz.

Izba nie uznała za dopuszczalne poprawienie wysokości opłaty wskazanej przez wykonawcę w formularzu oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PrZamPubl. Zdaniem Izby określona przez wykonawcę wysokość opłaty, jaką zobowiązuje się uiszczać na rzecz wynajmującego przez czas realizacji zamówienia, nie może być uznana za niezgodność z treścią siwz. Może ona wyłącznie wskazywać na błąd wykonawcy, którego naprawienie nie jest możliwe przez zamawiającego. Błąd dotyczył istotnej treści oferty, tj. wysokości zobowiązania wykonawcy z tytułu wynajmu pomieszczenia i nie mieści się w dyspozycji powołanego przepisu. Tak daleka ingerencja w treść zobowiązania wykonawcy byłaby niedopuszczalna na gruncie przepisów ustawy. Ewentualne niezgodności treści ofert z siwz, podlegające poprawieniu mogą dotyczyć drobnych uchybień, pozostających bez wpływu na treść zobowiązania wykonawcy. Jak wskazywał sam wykonawca, podana przez niego wysokość opłaty może mieć decydujące znaczenie dla możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto Izba zauważa, iż wskazywana przez BGŻ S.A. kwota, jaką zamawiający miałby wpisać w formularzu ofertowym – 35,05 zł za wynajem 1 m<sup>2</sup> powierzchni miesięcznie, po przemnożeniu przez ilość metrów 107, daje wynik 3750,35, co nie odpowiada opłacie wskazanej przez wykonawcę w formularzu oferty.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie nakazywała dokonania żadnych czynności przez zamawiającego, gdyż treść oferty BGŻ SA pozostaje wiążąca dla wykonawcy.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.). Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego, gdyż wykonawca nie złożył do zamknięcia rozprawy rachunku. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), Izba może uwzględnić uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....