

WYROK
z dnia 19 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ING BANK ŚLĄSKI Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, Oddział w Poznaniu, 61-823 Poznań, ul. Piekary 7** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Malanów, 62-709 Malanów, ul. Turecka 16**

przy udziale **Rejonowego Banku Spółdzielczego w Malanowie, 62-709 Malanów, ul. Turecka 10**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Malanów, 62-709 Malanów, ul. Turecka 16 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczanego przez ING BANK ŚLĄSKI Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, Oddział w Poznaniu, 61-823 Poznań, ul. Piekary 7,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez Gminę Malanów, 62-709 Malanów, ul. Turecka 16 na rzecz ING BANK ŚLĄSKI Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, Oddział w Poznaniu, 61-823 Poznań, ul. Piekary 7, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu.**

Sygn. akt: KIO 809/10

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

Przewodniczący:

.....

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

Zamawiający – Gmina Malanów – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest udzielenie kredytu na pokrycie deficytu budżetowego (Nr sprawy RIR/ZA/341/02/2010).

Pismem przesłanym 27 kwietnia 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach postępowania – wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Rejonowy Bank Spółdzielczy w Malanowie.

Odwołujący 6 maja 2010 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie od tej czynności Zamawiającego oraz przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu:

1. Naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7 ustawy pzp poprzez nieodrzczenie oferty Rejonowego Banku Spółdzielczego w Malanowie,
2. Naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez wybranie oferty Rejonowego Banku Spółdzielczego w Malanowie, która w świetle kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie s.i.w.z.) nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. Dokonania ponownej oceny ofert i wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący podniósł następujące okoliczności.

Zamawiający 27 kwietnia 2010 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez udzielenie kredytu na pokrycie deficytu budżetowego, wskazując na ofertę Rejonowego Banku Spółdzielczego w Malanowie – cena oferty Rejonowego Banku Spółdzielczego wynosiła 1215 019,96 złotych, a jej składniki to prowizja wynosząca 1 % oraz marża 0 %. Druga w kolejności oferta Odwołującego zawierała cenę 1 471 607,03 złotych, a jej składniki to marża 1,3 % oraz

Sygn. akt: KIO 809/10

pro wizja 0%. W s.i.w.z. sposób obliczenia ceny został opisany w punkcie XII, cena miała zostać przedstawiona w „Formularzu ofertowym”, ponadto wykonawcy mieli obowiązek wypełnienia załącznika w postaci harmonogramu spłat kredytu. Zgodnie z punktem VI s.i.w.z. na ofertę składają się wymienione dokumenty i załączniki, w tym m.in. projekt umowy. Oferta złożona przez Rejonowy Bank Spółdzielczy w Malanowie zawierała istotne rozbieżności: w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 Wykonawca wskazał wartość prowizji 1%, nie uwzględniając w łącznej cenie za udzielenie kredytu marży banku. Również harmonogram spłaty stanowiący załącznik nr 2 nie zawiera wskazania marży. Wysokość marży na poziomie 1,3% zawarta została w § 4 ust. 4 projektu umowy stanowiącej załącznik do s.i.w.z. Zamawiający uznając, iż wysokość marży Rejonowego Banku Spółdzielczego w Malanowie wynosi 0 %, dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. Pismem z 27 kwietnia 2010 r. stanowiącym Zawiadomienie o stwierdzonych omyłkach Zamawiający dokonał poprawki w ofercie Rejonowego Banku Spółdzielczego poprzez zmianę wpisanej w projekcie umowy wysokości marży 1,3 % na 0%. W odpowiedzi Wykonawca w piśmie z 29 kwietnia 2010 r. złożył oświadczenie, w którym nie wyraził zgody na poprawienie omyłki przez Zamawiającego, podnosząc jednocześnie, że prawidłowa wysokość marży Rejonowego Banku Spółdzielczego w Malanowie wynosi 1,3%. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Omyłka mogąca ulec poprawieniu to omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Zmiana wysokości marży kredytu powoduje zmianę ceny, czyli istotną zmianę w treści oferty, zatem w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie może być uznana za omyłkę mogącą ulec poprawieniu. W świetle orzecznictwa KIO w żadnym razie za poprawienie omyłki pisarskiej nie może być uznane wprowadzenie jakiegokolwiek zmiany, powodującej zmianę oświadczenia woli wyrażonego w ofercie. Według doktryny poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej skutkuje zmianą treści oferty, lecz jedynie w znaczeniu technicznym. Przez oczywistą omyłkę należy rozumieć jedynie widoczną, niezamierzoną niedokładność. Niedopuszczalne jest aby w konsekwencji poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, nastąpiło dokonanie niedozwolonej zmiany ceny oferty (sygn. akt KIO/UZP 1436/07, KIO/UZP 1451/07). Zgodnie z wyrokiem zespołu arbitrów z dnia 9 maja 2006 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-1275/06): „Przewidziana w art. 87 ust. 2 pzp możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu, a dokonując poprawy tej omyłki

Sygn. akt: KIO 809/10

właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian. Pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można jednak w żadnym razie doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia". Zgodnie z orzecznictwem sądów administracyjnych sprostowanie oczywistej omyłki nie może doprowadzić do sprostowania istotnych elementów decyzji, np. ceny (wyrok WSA z 17 sierpnia 2007 r., sygn. akt: VI WSA/Wa 434/07), oznaczenia działki budowlanej (wyrok NSA z 9 stycznia 2008 r., sygn. akt: II OSK 1815/06). Definiując „oczywistą omyłkę pisarską”, należy przywołać także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 kwietnia 2001 r. (II SA863/00), odnoszący się do błędu pisarskiego z art. 113 kpa, w myśl którego „błąd pisarski to widoczne, wbrew zamierzeniu (...), niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widoczne niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów”.

Niezgodność wysokości marży w ofercie Rejonowego Banku Spółdzielczego w Malanowie wynikająca z formularza ofertowego i harmonogramu oraz z danych zawartych w projekcie umowy winna prowadzić do uprawnionego wniosku, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co powinno skutkować odrzuceniem oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Tym samym, tj. odrzuceniem oferty winno skutkować nie wyrażenie zgody przez Rejonowy Bank Spółdzielczy na poprawienie omyłki, czemu Wykonawca dał wyraz w piśmie z 29 kwietnia 2010 r. Wybór przez Zamawiającego oferty Rejonowego Banku Spółdzielczego w Malanowie jako oferty najkorzystniejszej został dokonany wadliwie. Oferta Wykonawcy w świetle rozbieżności w wysokości marży kredytu w formularzu ofertowym, harmonogramie oraz projekcie umowy - nie jest ofertą najkorzystniejszą. Oświadczenie woli Wykonawcy zawarte w piśmie z dnia 29 kwietnia 2010 r., w którym Rejonowy Bank Spółdzielczy jednoznacznie stwierdza, że wysokość oferowanej marży kredytu wynosi 1,3 % (nie zaś 0 %) prowadzi do wniosku, że cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest ceną najniższą, gdyż taką samą wysokość marży zaoferował Odwołujący przy jednoczesnej wysokości prowizji wynoszącej 0%.

Zamawiający nie wniósł przed rozprawą na piśmie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

7 maja 2010 r. Zamawiający przesłał do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

10 maja 2010 r. w poniedziałek (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) Rejonowy Bank Spółdzielczy w Malanowie, 62-709 Malanów, ul. Turecka 10 zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Sygn. akt: KIO 809/10

Przystępujący w uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł, między innymi, następujące okoliczności.

Zamawiający pismem z 27 kwietnia 2010 r. stanowiącym zawiadomienie o stwierdzonych omyłkach poinformował Rejonowy Bank Spółdzielczy w Malanowie o dokonaniu poprawek w złożonej ofercie, poprzez zmianę wpisanej w projekcie umowy dołączonej do formularza ofertowego wysokości marży z 1,3% na 0%, na co Rejonowy Bank Spółdzielczy w Malanowie pismem z 29 kwietnia 2010 r. powołując się na art. 89 ust. 2 pkt 7 pzp poinformował Zamawiającego, iż nie wyraża zgody na dokonanie tych poprawek, wyjaśniając, iż w § 4 ust.4 projektu umowy określono prawidłową wysokość marży, tj. 1,3%, błąd popełniono w wyliczeniu ceny obliczonego oprocentowania gdzie nie uwzględniono oferowanej marży banku. Oferta złożona przez Przystępującego zawiera istotne rozbieżności polegające na tym, że w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 została wskazana cena oferty 1.215.019,96 złotych uwzględniająca wysokość prowizji 1%, a nie uwzględniająca wysokości marży banku, która została określona na poziomie 1,3% w projekcie umowy (§ 4 ust. 4), Harmonogram również nie wskazywał wysokości marży. Zatem uwzględniając powstałe niezgodności wynikające z formularza ofertowego, harmonogramu spłat oraz danych zawartych w projekcie umowy treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., ponadto nie wyrażono zgody na dokonanie poprawy omyłek, w związku z czym, oferta Przystępującego winna zostać przez Zamawiającego odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp.

Ponadto Zamawiający nie zachował terminu 3 dni na wyrażenie zgody przez Wykonawcę na dokonanie przez Zamawiającego poprawek w ofercie, gdyż dokonał poprawek omyłki (pomimo nie wyrażenia zgody na ich dokonanie) i 29 kwietnia 2010 r. wysłał powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Przystępujący przyznaje, iż oferta złożona jako druga przez ING Bank Śląski S.A., zawierająca cenę 1.471.607,03 złotych ze składnikami: marża 1,3% i prowizja 0% jest najkorzystniejsza ze wszystkich złożonych ofert.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Po ustaleniu z urzędu, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko. Zamawiający nie mógł na rozprawie zająć stanowiska z uwagi na to, iż w jego imieniu stanął się pracownik – członek komisji przetargowej, który nie został umocowany do występowania przed Izba – brak zarówno odrębnego pełnomocnictwa, jak i brak takiego umocowania w treści przedstawionych do wglądu: zarządzenia o powołaniu komisji przetargowej i regulaminie pracy komisji przetargowej. W imieniu przystępującego nikt się nie stanął, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia.

Sygn. akt: KIO 809/10

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 17 marca 2010 r. pod numerem 2010/S 53-078773. Zamawiający 12 marca 2010 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich oraz zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie i na swojej stronie internetowej (www.malanow.pl).oraz udostępnił na tej stronie s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 1 779 563,00 zł, co stanowi równowartość 463 548,58 euro.

Przystępujący – Rejonowy Bank Spółdzielczy w Malanowie złożył ofertę z najniższą ceną wykazaną w formularzu ofertowym (1 215 019,96 zł), oferta Odwołującego (1 471 607,03) jest najkorzystniejsza spośród trzech pozostałych złożonych ofert pod względem ceny, która zgodnie z pkt. XIII ppkt 4 s.i.w.z. stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera, między innymi, poniżej przytoczone postanowienia.

W pkt. III *Opis przedmiotu zamówienia*: „Przedmiotem zamówienia jest udzielenie kredytu w wysokości 4 613 000,00 polskich złotych, na finansowanie deficytu budżetowego.(....) Oprocentowanie będzie liczone poprzez zsumowanie wartości wskaźnika WBOR 3M i wartości podanej przez bank w ofercie przetargowej.(...) Raty spłaty kapitału będą zgodne z załączonym do formularza ofertowego planem spłat kredytów. Prowizja za udzielenie kredytu nie może przekraczać 1% wysokości kredytu”.

W pkt. VI *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu*, lit. A: „Na ofertę składają się następujące dokumenty i załączniki:

- 1) Formularz ofertowy – wypełniony i podpisany przez wykonawcę
- 2) Projekt umowy
- 3) Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu z art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych
- 4) Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych
- 5) Wykaz osób do kontaktów z Zamawiającym.

W pkt. XII *opis sposobu obliczenia ceny*:
ppkt 2 „Cena podana w ofercie winna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego”;

Sygn. akt: KIO 809/10

ppkt 3 „Cena może być tylko jedna za oferowany przedmiot zamówienia, nie dopuszcza się wariantowości cen”;

ppkt 5 „Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia należy przedstawić w *Formularzu ofertowym* stanowiącym załącznik do niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia”;

ppkt 6. „Przy obliczaniu ceny należy zsumować wysokość prowizji za udzielenie kredytu i odsetki. Należy wypełnić załącznik w postaci harmonogramu spłat kredytów zakładając stałą wartość wskaźnika WIBOR 3M w wysokości 5. (...) Reasumując – należy zgodnie z wysokością oferowanej marży wypełnić harmonogram traktując kredyt jak udzielony od 01.01.2011 do 10.12.2020 (...)”.

W *Formularzu Ofertowym Wykonawcy* sporządzonym według wzoru z załącznika nr 1 do s.i.w.z. Przystępujący wpisał, m.in.:

„Cena oferty

Cena prowizji 46.130,00 zł

Cena obliczonego oprocentowania z założeniem WIBOR 3M („=5” *po poprawieniu przez Zamawiającego oczywistej omyłki pisarskiej – przypis Izby*) 1.168.889,96 zł

Łączna cena za udzielenie kredytu 1.215.019,96 zł (słownie złotych: Jeden milion dwieście piętnaście tysięcy dziewiętnaście 96/100)”

„Oświadczenia dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

1. Oświadczam, że zapoznałem się ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wnoszę żadnych zastrzeżeń oraz uzyskałem niezbędne informacje do przygotowania oferty. (...)

3. Oświadczam, że załączony do specyfikacji istotnych warunków zamówienia projekt umowy zostały przeze mnie zaakceptowany bez zastrzeżeń i zobowiązuję się w przypadku wyboru mojej oferty do zawarcia umowy w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego”.

W *Harmonogramie spłat planowanego kredytu na kwotę 4 613 000,00 złotych* sporządzonym według wzoru z załącznika nr 2 s.i.w.z. Przystępujący wyliczył dla wysokości *rat kapitałowych* określonych przez Zamawiającego *odsetki obliczone zgodnie z SIWZ* w taki sposób, że w podsumowaniu łącznie dały one kwotę 1.168.889,96 zł, wpisał *Wysokość prowizji w złotych za udzielenie kredytu* w kwocie 46.130,00 zł, co w pozycji *Razem koszty kredytu* dało kwotę 1.215.019,96 zł.

W *Umowie (projekt) nr... o udzielenie kredytu w walucie polskiej zaciągany na podstawie Uchwały rady Gminy Malanów nr ... /.../20...* sporządzonym według wzoru z załącznika nr 3 do s.i.w.z. w § 4 znajdują się, między innymi, następujące postanowienia: w ust. 1 „Kwota wykorzystanego kredytu jest oprocentowana w stosunku rocznym, według

Sygn. akt: KIO 809/10

zmiennej stopy procentowej. Stopa procentowa równa jest wysokości stawki referencyjnej powiększonej o marżę banku. (...);

w ust. 4 „Marża banku jest stała w umownym okresie kredytowania. Marża banku wynosi 1,3%”;

w ust. 5 „Prowizja za udzielenie kredytu wynosi 1 %.(...)”.

Formularz oferty, Harmonogram i projekt (wzór) umowy zostały podpisane przez te same osoby pełniące funkcje Prezesa Zarządu i Wiceprezesa Zarządu Rejonowego Banku Spółdzielczego w Malanowie.

27 kwietnia 2010 r. Zamawiający poinformował Przystępującego „na mocy art. 87 ust. 2” pzp o dokonaniu poprawienia w jego ofercie: „oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem ich konsekwencji polegające na: W załączniku do ofert *Projekt umowy*, który z założenia nie wymagał wypełnienia (jedynie akceptacji) wpisano błędnie obliczoną wysokość marży banku w wysokości 1.3 % (§ 4, pkt 4). Wpisana wartość nie odpowiada kwocie wskazanej w Formularzu ofertowym obliczonej na podstawie określonych w SIWZ (XII, p.6) metod obliczania ceny. W konsekwencji w przypadku wybrania oferty jako najkorzystniejszej i nie podlegającej wykluczeniu lub odrzuceniu – zostanie przedstawiona do zawarcia umowa z prawidłową wartością marży banku w wysokości 0,0%”.

27 kwietnia 2010 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego, której cena została wskazana w wysokości takiej, jak w formularzu ofertowym, przy czym podano jako jej *składniki prowizja=1%, Marża=0%*.

29 kwietnia 2010 r. Przystępujący zawiadomił Zamawiającego, iż „powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 7” pzp „nie wyraża zgody na poprawienie omyłki w swojej ofercie w sposób określony w zawiadomieniu o stwierdzonych omyłkach” oraz wyjaśnił, iż „w § 4 pkt 4 projektu umowy wpisano prawidłową wysokość oferowanej marży, tj. 1,3%. Błąd popełniono w wyliczeniu ceny dotyczącej ceny obliczonego oprocentowania polegający na nie uwzględnieniu wysokości marży”.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania lub przekazanej przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Przystępującego, protokołu postępowania oraz przywołanych pism i dokumentów.

Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 12 marca 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż w razie zasadności jego zarzutów wybór oferty Przystępującego podlegającej odrzuceniu, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym naraża na poniesienie szkody.

Wobec braku zgłoszenia opozycji Izba dopuściła Przystępującego do występowania po stronie Odwołującego, przyjmując, iż Przystępujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 4 pzp).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz oświadczenia i stanowisko Odwołującego przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast według przepisów art. 87 ust. 2 pzp: zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie (pkt 1), oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (pkt 2), inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (pkt 3) – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Wreszcie przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

W przedmiotowej sprawie istota sporu między Stronami sprowadza się do tego czy rozbieżność pomiędzy formularzem ofertowym, harmonogramem a wzorem umowy w ofercie Przystępującego stanowi oczywistą omyłkę rachunkową czy „inną omyłkę” (w rozumieniu przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp), co ma kluczowe znaczenie, biorąc pod uwagę, iż tylko w przypadku tej ostatniej odmowa zgody na poprawienie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty.

Sygn. akt: KIO 809/10

W pierwszej kolejności, Izba zważyła jednak, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy na treść oferty złożonej przez Przystępującego składają się oświadczenia woli zawarte zarówno w formularzu oferty, harmonogramie spłat kredytu, jak i we wzorze umowy. Izba wzięła tu pod uwagę nie tylko postanowienie pkt. VI lit. A s.i.w.z., z którego wynika, iż projekt umowy jest elementem składanej oferty, lecz także postanowienie pkt. III ppkt 2, z którego wynika, iż oprocentowanie kredytu należało obliczyć przez zsumowanie wartości wskaźnika WIBOR 3M i „wartości podanej przez bank w ofercie przetargowej”, czyli marży. Wobec nieprzewidzenia przez Zamawiającego w formularzu ofertowym miejsca na wpisanie przyjętej wysokości marży, wykonawcy w różny sposób rozwiązyali ten problem. Odwołujący zmodyfikował formularz ofertowy dopisując do sformułowania przygotowanego przez Zamawiającego „Cena obliczonego oprocentowania z założeniem WIBOR 3M = 5” własne sformułowanie „+ marża banku 1,3%= 6,30%”. Natomiast Przystępujący podał wysokość marży we wzorze umowy, wpisując w puste pola pozostawione przez Zamawiającego zarówno wysokość procentową marży (1,3%) jak i prowizji (1%) i podpisanie tak zmodyfikowanego wzoru umowy w analogiczny sposób jak formularza ofertowego i harmonogramu – przez dwóch członków zarządu uprawnionych do reprezentacji spółdzielni (forma prawna Rejonowego Banku Spółdzielczego).

W ocenie Izby, wpisanie przez Przystępującego we wzorze umowy marży w wysokości 1,3% nie może zostać uznane za omyłkę oczywistą – ani pisarską, ani rachunkową. Izba podziela utrwalony w orzecznictwie pogląd, iż oczywista omyłka, to taka, która poza łatwością wykrycia, cechuje się tym, że jest przypadkową i niezamierzoną niedokładnością w zapisie lub w wyliczeniu, której sposób poprawienia nasuwa się sam przez się każdemu, a dokonana poprawa nie powoduje żadnej zmiany treści złożonego oświadczenia woli. Zamawiający w piśmie z 27 kwietnia 2010 r. błędnie wskazał z podstawy prawnej na popełnienie przez Przystępującego oczywistej omyłki rachunkowej, jednak już uzasadnienie faktyczne poprawienia nie odnosi się do tej kategorii omyłki, gdyż wskazuje na błędne obliczenie marży, podczas gdy zgodnie z s.i.w.z. marża nie podlegała wyliczeniu, lecz ustaleniu w wysokości określonej odrębnie przez każdego z wykonawców (obok prowizji) jako główna podstawa do wyliczenia ceny oferty (kosztu udzielenia kredytu). Poprawienie stwierdzonej omyłki przez Zamawiającego nie polegało na poprawieniu wyniku obliczenia arytmetycznego, lecz na poprawieniu w treści § 4 ust. 4 wzoru umowy zapisu „1,3%” na zapis „0%”. Ponieważ w formularzu oferty, ani w harmonogramie spłat kredytu Zamawiający nie przewidział miejsca na wyodrębnienie wysokości procentowej przyjętej marży, nie można uznać, że marża, którą trzeba dopiero matematycznie wyliczyć z danych w nich zawartych, ma w oczywisty sposób „pierwszeństwo” przed marżą, której wysokość Przystępujący wprost określił w innym miejscu treści oferty. Stąd, w ocenie Izby, powstała rozbieżność może być rozpatrywana wyłącznie w kategorii innych omyłek polegających

Sygn. akt: KIO 809/10

na niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. Wobec tego, w ocenie Izby, Zamawiający pismem z 27 kwietnia 2010 r. zawiadomił Przystępującego o poprawieniu innej omyłki, polegającej na sprzeczności treści oferty z treścią s.i.w.z. W konsekwencji, Zamawiający na własne ryzyko dokonał w tym samym dniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, gdyż z chwilą gdy ten 30 kwietnia 2010 r. odmówił zgody na dokonane poprawienie, czynność wyboru oferty stała się wadliwa i bezprzedmiotowa, gdyż wybrano ofertę podlegającą obligatoryjnemu odrzuceniu. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp nie przewiduje bowiem żadnych wyjątków od obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, który nie zgodził się na poprawienie w jej treści tzw. innych omyłek – niezależnie od pobudek i motywów jakie nim kierowały.

W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z., a także możliwość usunięcia takiej niezgodności w drodze poprawienia omyłek innych niż pisarskie i rachunkowe, powinna być odrębnie badana w każdym konkretnym przypadku, z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności. W szczególności przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności i posługuje się nieostrą kategorią „istotności” jako granicy dopuszczalnych zmian treści oferty. Jest to o tyle istotne, iż poprawienie omyłek w treści oferty jest obligatoryjne dla zamawiającego w razie łącznego spełnienia następujących przesłanek: po pierwsze – ustalenia, że stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. ma charakter omyłki, po drugie – ustalenia, iż poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści złożonej oferty. Izba oceniając sporną niezgodność oferty Przystępującego przez pryzmat opisanych powyżej przesłanek, doszła do następujących wniosków. Po pierwsze, wpisanie w puste („wykropkowane”) miejsca wzoru umowy wysokości marży i pogrubienie całego zdania „Marża Banku wynosi 1.3%” przemawia za tym, iż Przystępujący świadomie i celowo złożył oświadczenie woli o takiej treści. Wobec tego nie sposób uznać, iż mamy do czynienia w tym przypadku z omyłką, nawet nieoczywistą. Z kolei, w takim przypadku należałoby przyjąć, iż omyłka, polegająca na nie uwzględnieniu wysokości przyjętej marży przy wyliczaniu ceny obliczonego oprocentowania, została popełniona przy sporządzaniu formularza oferty i harmonogramie spłat – tak, jak to stwierdził Przystępujący w piśmie z 29 kwietnia 2010 r., motywując tym swoją odmowę na poprawę omyłki w sposób zaproponowany przez Zamawiającego. Po drugie, nawet gdyby przyjąć takie stanowisko, to z uwagi na to, iż uwzględnienie marży w wysokości 1,3 % wymaga właściwie sporządzenia od nowa całego harmonogramu spłat, a także spowodowałoby znaczne podwyższenie zaoferowanej ceny (o około 300 000,00 zł) – poprawienie tej omyłki byłoby niedopuszczalną istotną ingerencją w treść złożonej oferty. Po trzecie, w ocenie Izby, niepodlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp sprzeczność z treścią s.i.w.z. wynika z nieusuwalnej wewnętrznej sprzeczności treści oferty

Sygn. akt: KIO 809/10

Przystępującego, która nie pozwala na stwierdzenie za jaką cenę oferuje on udzielenie kredytu w wysokości 4 613 000,00 zł na finansowanie deficytu budżetowego Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 7, art. 91 ust. 1 ustawy pzp, które miało wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 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), nie uwzględniając w kosztach postępowania odwoławczego wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, wobec braku przedłożenia do akt sprawy, czego wymaga przepis § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....