

**WYROK**

**z dnia 16 września 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu w na rozprawie w dniu 16 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Bank Polska Kasa Opieki S.A., ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Poznański, ul. Jackowskiego 18, 50-509 Poznań,**

przy udziale wykonawcy **Bank Handlowy w Warszawie S.A, ul. Senatorska 16, 00-923 Warszawa** zgłaszające przystąpienie do postępowanie odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, a w jej toku unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego zawierającej omyłkę podlegającą poprawieniu;
2. Kosztami postępowania obciąża **Powiat Poznański, ul. Jackowskiego 18, 50-509 Poznań** i:
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

**Bank Polska Kasa Opieki S.A., ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. Zasądza od **Powiatu Poznańskiego** na rzecz **Banku Polska Kasa Opieki S.A., ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienia**

Zamawiający - Powiat Poznański prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaciągnięcie kredytu bankowego w wysokości 20 000 000 zł na sfinansowanie wydatków nie mających pokrycia budżetowego w planowanych dochodach budżetu Powiatu Poznańskiego w roku 2013.

Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: odwołujący) zarzucił zamawiającemu naruszenie:

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp przez zaniechanie czynności poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz,

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z siwz,

Art. 91 ust. 1 ustawy pzp przez uznanie oferty Banku Handlowego w Warszawie S.A. za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów określonych w siwz.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenie czynności wyboru oferty.

W prowadzonym postępowaniu zamawiający dokonał wyboru oferty Banku Handlowego w Warszawie S.A. i odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający w wyniku pytań wykonawców zmienił treść formularza ofertowego (zał. 2 do siwz). Zgodnie z formularzem wykonawca miał podać m. in. cenę, marżę banku w stosunku rocznym, stawkę WIBOR oraz łączną stawkę. Odwołujący złożył ofertę na pierwotnym formularzu ofertowym podając cenę 1 685 595,72 zł oraz marżę 0,52%.

Odwołujący wskazał, że, że w złożonym formularzu pominął informację o wysokości stawki WIBOR 3 M i informację o łącznej stawce będącej sumą stawki WIBOR i marży banku.

Zgodnie z r. XII siwz, na potrzeby ustalenia ceny miała być przyjęta stawka WIBOR 3M na dzień 25.07.2013 r., czyli musiała być jednakowa każdej ofercie, a zamawiający mógł dokonać jej sprawdzenia na podstawie ogólnie dostępnych informacji.

Odwołujący zauważa, że elementem decydującym ocenie była zatem marża banku, którą podał w ofercie, a poprawienie omyłki poprzez podanie pominiętej stawki WIBOR 3M oraz stawki łącznej powinno być dokonane przez zamawiającego nie stanowiąc istotnej zmiany w treści oferty. Odwołujący wskazuje na obowiązek zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 z uwzględnieniem art. 89 ust. 1 pkt 2.

Odwołujący podnosi, że cena podana w ofercie wybranej wynosi 1 684 454,42 zł i została obliczona błędnie przy uwzględnieniu marży 0,59% podanej w tej ofercie.

Odwołujący stwierdził, że skoro do obliczenia ceny miała być przyjęta konkretna stawka WIBOR i marża banku, elementem decydującym o cenie była marża.

Marża o takiej wysokości jak w wybranej ofercie tj. 0,59% została także podana w ofercie banku BGK, który przy jej zastosowaniu wyliczył cenę w wysokości 1 722 239,10 zł, co jest prawidłowym wyliczeniem.

Zamawiający uznał za uzasadnione zarzuty odwołania w części dotyczącej zaniechania poprawienia oczywistej omyłki w ofercie odwołującego oraz niezgodnego z prawem odrzucenia tej oferty. Zauważył, że wobec uwzględnienia części zarzutów przedmiotem rozstrzygnięcia powinny być tylko te zarzuty, w odniesieniu do których istnieje spór pomiędzy stronami.

W pozostałym zakresie odwołujący stwierdził, że nie jest spełniona przesłanka wniesienia odwołania określona w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a odwołujący nie wykazał możliwości poniesienia szkody.

Zamawiający zauważył także, że odwołujący nie sformułował jasnych zarzutów w zakresie prawidłowości sporządzenia oferty przez przystępującego i nie wnosił o poprawienie omyłki w tej ofercie lub o dokonanie innej czynności w odniesieniu do oferty przystępującego. W ocenie zamawiającego powyższy brak zarzutów powinien skutkować pominięciem tej kwestii przez Izbę – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy pzp i w efekcie odrzuceniem odwołania.

Z ostrożności wskazał na postanowienia r. XII pkt. 3 siwz, gdzie stwierdzono, że cena ostateczna powinna uwzględniać wszelkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia oraz ewentualne upusty oferowane przez wykonawcę. Wskazał na otrzymany od wykonawcy arkusz kalkulacyjny, w którym powołano się na upust przewidziany w postanowieniach siwz. W ocenie zamawiającego dokonanie wyboru oferty nastąpiło zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy, którego naruszenie zarzuca odwołujący.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – Bank Handlowy w Warszawie S.A. wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony lub oddalenie odwołania.

Wskazał, że w postępowaniu brało udział 5 banków, które złożyły następujące oferty cenowe: Bank Handlowy w Warszawie SA (przystępujący) - 1.684.454,42 zł, Bank Polska Kasa Opieki S.A. (odwołujący) - 1.685.595,72 zł, BGK - 1.722.239,10 zł, ING Bank Śląski SA - 1.730.331,90 zł, PKO BP SA - 1.823.749,10 zł.

Jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Z zestawienia przystępujący wywodzi, biorąc pod uwagę także ofertę odwołującego, oferta cenowa przystępującego jest najkorzystniejsza

także przy założeniu, że oferta odwołującego nie byłaby odrzucona. Wskazuje w tym świetle, że odwołujący nie ma interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

Przystępujący stwierdził, iż bez znaczenia są twierdzenia odwołującego o błędnie wyliczonej cenie, poprzez zaznaczenie że inny wykonawca BGK, który podał taką samą marżę jak przystępujący marżę, uzyskał inną, znacznie wyższą cenę. Przystępujący zauważa, że zgodnie z r. XII.3 siwz wykonawcy mieli przedstawić w ofercie końcowy efekt swoich własnych obliczeń w oparciu o dane z siwz tj. cenę uwzględniającą ewentualne upusty. W efekcie, obliczenie ceny z zastosowaniem tej samej marży, nie musiało prowadzić do zaoferowania identycznej ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, w tym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, treść oferty odwołującego oraz dokumentów złożonych w toku postępowania, zważyła, co następuje.

W rozpoznawanym stanie faktycznym Izba uznaje, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o czym stanowi art. 179 ust. 1 pzp. Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył ofertę, która w razie uznania jej za zgodną z postanowieniami siwz przy wyłącznie cenowym kryterium oceny ofert zajęłaby drugie miejsce w rankingu ofert, co wynika z zestawienia cen ofertowych. W ocenie składu orzekającego niesłuszne jest negowanie interesu odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Należy zauważyć, że w razie uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego, w wyniku ponownej oceny ofert przy przywróceniu jej do postępowania, *ceteris paribus*, zajęłaby drugie miejsce. Przy założeniu, że oferta przystępującego wybrana została jako najkorzystniejsza i niezasadne są zarzuty podniesione wobec tej oferty, możliwe jest zajście okoliczności z art. 94 ust. 3 ustawy pzp tj. zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta nie została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza. Skład orzekający potwierdza w tym miejscu, że istotnie wybór oferty przystępującego nie narusza postanowień art. 91 ust. 1 ustawy i treści specyfikacji. Odwołujący kwestionował zastosowanie w tej ofercie upustu obniżającego cenę, która bez upustu uwzględniając pozostałe elementy cenotwórcze, byłaby inna niż wskazana w formularzu cenowym. Izba uznaje dopuszczalność stosowania upustu, co wynika wprost z treści pkt XIII. 3 siwz. Podnoszona przez odwołującego okoliczność, że we wzorze formularza oraz wzorze umowy

brak jest sformułowań o upuście, a także ewentualne trudności przy realizacji umowy z tak skalkulowaną ceną, nie ma znaczenia dla dokonania oceny, iż oferta przystępującego, w tym cena zaoferowana nie narusza przepisów prawa i postanowień siwz.

Rozstrzygnięcie zawarte w sentencji wyroku wskazuje, że Izba podzieliła stanowisko zarówno odwołującego, jak i zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, o niezgodnym z prawem odrzuceniu oferty odwołującego. Zważywszy, że czynność poprawienia oczywistej omyłki w tej ofercie nie została dokonana, jak również decyzja o odrzuceniu oferty nie została uchylona przez zamawiającego, Izba nakazała ich dokonanie.

Należy także zauważyć, że odwołujący nie wycofał zarzutów wobec czynności i zaniechań dotyczących złożonej przez niego oferty, stąd uwzględniając przepis art. 192 ust. 7 odwołanie zostało rozpatrzone w zakresie zawartych w odwołaniu zarzutów.

W konsekwencji Izba stwierdza, że uwzględnienie odwołania jest wynikiem uznania, iż czynność odrzucenie oferty odwołującego będąca wynikiem naruszenia przepisów ustawy wymaga unieważnienia, czego skutkiem może być zmiana wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie składu orzekającego wynikiem postępowania na etapie wyboru oferty nie jest wyłącznie wybór oferty najkorzystniejszej, lecz również, w świetle przywołanego art. 93 ust. 4 ustawy pzp, ustalenie kolejnej oferty, która może okazać się najkorzystniejsza.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem przepisów 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....