

Sygn. akt: KIO 2377/11

WYROK

z dnia 14 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 listopada 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 listopada 2011 r.** przez wykonawcę: **Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie II Zachodniopomorskie Centrum Korporacyjne w Koszalinie, ul. Jana z Kolna 11, 75-204 Koszalin** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Sianów, ul. Armii Polskiej 30, 76-004 Sianów,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

1.1. Nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy: **SGB Bank S.A. w Poznaniu - Bank Spółdzielczy w Sławnie,**

1.2. Nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego: **Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie II Zachodniopomorskie Centrum Korporacyjne w Koszalinie, ul. Jana z Kolna 11, 75-204 Koszalin,**

1.3. Nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz podanie pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętych czynności wobec wymienionej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Gminę Sianów, ul. Armii Polskiej 30, 76-004 Sianów,**

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonego przez: **Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie II Zachodniopomorskie Centrum Korporacyjne w Koszalinie, ul. Jana z Kolna 11, 75-204 Koszalin** wpisu od odwołania,

2.2. Zasądza od zamawiającego: **Gminy Sianów, ul. Armii Polskiej 30, 76-004 Sianów,** na rzecz odwołującego: **Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie II Zachodniopomorskie Centrum Korporacyjne w Koszalinie, ul. Jana z Kolna 11, 75-204 Koszalin,** kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 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 **Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Udzielenie Gminie Sianów kredytu długoterminowego w kwocie 5 000 000,00 PLN na finansowanie planowanego deficytu budżetowego Gminy w 2011 roku," ogłoszonym 13 września 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 175-287600, w dniu 3 listopada 2011 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. w Warszawie II Zachodniopomorskie Centrum Korporacyjne w Koszalinie, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 2 listopada 2011 r.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia dnia 24 października 2011 r. za pośrednictwem faksu o wyborze oferty wykonawcy: SGB Bank S.A. w Poznaniu - Bank Spółdzielczy w Sławnie oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Sianów, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.:

1. art. 92 ust. 1 ustawy, przez niepodanie ani uzasadnienia prawnego, ani uzasadnienia faktycznego powodów odrzucenia oferty odwołującego,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zarzucenie, że oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), mimo że oferta spełnia wszystkie wymogi zawarte w SIWZ,
3. art. 91 ust 1 ustawy, przez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza, według ustalonego kryterium wyboru, określonego przez zamawiającego.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty,
2. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty SGB Bank S.A. w Poznaniu - Bank Spółdzielczy w Sławnie,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty odwołującego,

Ponadto o:

4. przyznanie odwołującemu kosztów postępowania, związanych z postępowaniem odwoławczym według norm przypisanych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zamawiający nie wskazał jaka była podstawa odrzucenia oferty odwołującego. Cena oferty odwołującego, biorąc pod uwagę wszystkie elementy ceny była niższa od wszystkich pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

W pierwszym rzędzie odwołujący podnosił, że zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 ustawy Pzp ponieważ w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty - ograniczył się tylko do stwierdzenia, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta podlega odrzuceniu. Wbrew treści tego przepisu zamawiający nie podał żadnego uzasadnienia ani faktycznego ani prawnego. Zwrócił uwagę na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące, że brak prawnego i faktycznego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty jest istotnym uchybieniem jednostki zamawiającej:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2011 r. (KIO 1658/11), w którym sformułowano tezę, że „Prawidłowe wykonanie przez zamawiającego obowiązku wyrażonego w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych gwarantujące realizację zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, determinuje skorzystanie przez wykonawców z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach poszczególnych decyzji zamawiającego może się do nich odnieść decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej,”

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2011 r. (KIO 771/11), w którym sformułowano tezę, że „Wymóg podania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego wynika z przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ze względu na ogólne sformułowanie tego przepisu ustawowy wymóg odnosi się do podania wszystkich przyczyn faktycznych i prawnych uzasadniających odrzucenie oferty. Podanie wszystkich powodów odrzucenia oferty wynika także z obowiązku zbadania oferty w nieograniczonym zakresie, na podstawie art. 20 ust. 1 ustawy,”

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2010 r. (KIO 2174/10, w którym sformułowano tezę, „że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Taka konstrukcja przepisu każdorazowo wymusza na zamawiającym, w związku z obowiązkiem podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, wskazania tak treści SIWZ, jak i treści oferty, które okazały się ze sobą niezgodne, a dodatkowo uzasadnienia, dlaczego niezgodności te nie mogły zostać zakwalifikowane do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i poprawione.”

Odwołujący stwierdził, że spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu, określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - część V. Odwołujący spełnia wszystkie wymogi określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp: Jest Bankiem i prowadzi działalność bankową, zgodnie z przepisami ustawy Prawo Bankowe; posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie w udzielaniu kredytów; dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym i osobami, zdolnymi do wykonania zamówienia; spełnia wymogi odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej; nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Wszelkie stosowne dowody, dotyczące sytuacji podmiotowej zostały złożone w dokumentacji oferty.

Dalej odwołujący argumentował, iż patrząc od strony przedmiotowej - złożona oferta jest także zgodna z warunkami, określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wszystkie elementy oferty pozostają zgodne z wymogami, określonymi w opisie kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, istotnymi postanowieniami umowy, które zostały wskazane we wzorze umowy i wzorze oferty, umieszczonych przez zamawiającego w SIWZ. W każdym z tych elementów jako składnik ceny są podane: prowizja bankowa i odsetki bankowe od kredytu. Odwołujący składając ofertę jako elementy ceny podał dwa składniki: prowizję bankową i odsetki od kredytu. Prowizja bankowa jest podana jedna, jako prowizja od udzielenia kredytu. Zgodnie ze wskazanymi przez zamawiającego istotnymi postanowieniami umowy - kredytodawca nie będzie pobierał z tytułu uruchomienia kredytu żadnych prowizji ani innych opłat, związanych z uruchomieniem, zabezpieczeniem oraz obsługą kredytu w całym okresie kredytowania. Odwołujący stwierdził, że ten warunek spełnia, ponieważ w swojej ofercie nie przewiduje żadnej prowizji lub opłaty, niedopuszczonych w SIWZ - część XV, określających istotne postanowienia, które winny być umieszczone w umowie kredytowej. Odwołujący zaznaczał, że wskazana w ofercie prowizja bankowa nie jest żadną z prowizji lub opłat, dotyczącą uruchomienia, zabezpieczenia lub obsługi kredytu, i tym samym wykluczoną przez zamawiającego, a jest prowizją bankową z tytułu udzielenia kredytu, przewidzianą i dopuszczoną w SIWZ. Zatem, odwołujący uznał, że brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty, a skarżona czynność zamawiającego narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący jako cenę kredytu podał kwotę 1 900 440,50 zł. Oferta SGB Bank S.A. w Poznaniu Bank Spółdzielczy w Sławnie wybrana jako najkorzystniejsza - podaje cenę kredytu w wysokości 1 960 293,42 zł. Z powyższego wynika, że oferta odwołującego jest najkorzystniejsza, a wybierając inną ofertę zamawiający naruszył art. 91 ust 1 ustawy Pzp, ponieważ wbrew ustalonym kryteriom, wybrał ofertę droższą.

Pismem z dnia 7 listopada 2011 r. zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, jednocześnie oświadczył, że:

1) uwzględnia jako uzasadniony zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień

publicznych,

2) uznają za nieuzasadnione zarzuty naruszenia przez Gminę jako zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 tej ustawy.

W uzasadnieniu swego stanowiska, podał, że w ocenie zamawiającego naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie stanowi naruszenia przepisów wymienionej ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

I. Zdaniem zamawiającego, oferta odwołującego podlega bezwzględnie odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp bowiem nie odpowiada treści SIWZ w punkcie XV.9, określającej istotne postanowienia umowy, gdzie przewidziano szczególny nakaz wobec wykonawców - niepobierania z tytułu uruchomienia kredytu żadnych prowizji ani innych opłat związanych z uruchomieniem, zabezpieczeniem oraz obsługą kredytu w całym okresie kredytowania. Zamawiający wskazywał, że odwołujący w swojej ofercie posługując się wprawdzie formularzem „Oferta Cenowa” zawarł informację o naliczeniu dla zamawiającego prowizji bankowej w kwocie 122 500,00 zł, co w ocenie zamawiającego nie odpowiadało treści SIWZ w punkcie XV.9, dlatego zaakceptował wniosek komisji przetargowej o odrzucenie oferty odwołującego. Zamawiający argumentował, że prawidłowo wypełniony formularz „Oferta Cenowa” złożyli pozostali wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, o czym świadczą dowody zawarte w dokumentacji niniejszego postępowania: w tym formularz „Oferta Cenowa” odwołującego się oraz pozostałych wykonawców.

Odnosząc się do zarzutów sformułowanych w odwołaniu, zamawiający zaprzeczył aby odwołujący w formularzu cenowym podał prowizję za, jak to określił w odwołaniu, udzielenie kredytu. Treść oferty wskazuje jednoznacznie, iż wykonawca w żaden sposób nie opisał naliczonej zamawiającemu w ofercie prowizji. Dlatego uzasadnionym było uznanie, że naliczona prowizja narusza określony w punkcie XV.9 SIWZ warunek niepobierania z tytułu uruchomienia kredytu żadnych prowizji. Nie poczytał zamawiający jako istotnego argumentu odwołującego - rozróżnienia pomiędzy prowizją od udzielenia kredytu (choć takiego określenia w odwołaniu wykonawca nie wskazał), od prowizji za uruchomienie kredytu. W ocenie zamawiającego pojęcia „udzielenie i uruchomienie kredytu” w okolicznościach danej sprawy są synonimami i nie uzasadniają zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zaznaczał, że ustawa Prawo bankowe przewiduje jedynie dwa rodzaje prowizji przy udzielaniu kredytów - w art. 69 ust. 1 (prowizja od udzielonego kredytu) oraz w art. 77 (prowizja od kredytu postawionego do dyspozycji kredytobiorcy i przez niego niewykorzystanego). W ocenie zamawiającego, zaoferowanie przez wykonawcę kredytu z prowizją bankową naruszało art. 69 ust. 2 pkt 9 ustawy Prawo bankowe - wobec tego, iż umowa kredytu nie mogła przewidywać prowizji. Z wymienionych przyczyn uznał, że wykonawca złożył ofertę nieodpowiadającą treści SIWZ w pkt XV.9 i dlatego w uzasadnionych

okolicznościach zdecydował o odrzuceniu oferty odwołującego.

II. W ocenie zamawiającego, naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, polegające na niepodaniu w informacji pisemnej z dnia 24 października 2011 r. uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego, nie uzasadnia uwzględnienia odwołania. Zamawiający przyznał, że nie zawarł wymaganego uzasadnienia w informacji pisemnej, lecz przekazał ją ustnie pełnomocnikom odwołującego. O powzięciu we właściwym czasie informacji o uzasadnieniu prawnym i faktycznym odrzucenia oferty świadczy treść odwołania - precyzyjnie odnosząca się do zarzutów stawianych przez zamawiającego odrzuconej ofercie. Tym samym, nie uwzględnił argumentacji odwołującego, że wskutek naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący doznał jakiegokolwiek uszczerbku, czy że wpłynęło to na możliwość uzasadnionego odwołania się od podjętych czynności. Fakt, iż wykonawca miał pełną wiedzę o przyczynach faktycznych i prawnych odrzucenia oferty pomimo braku formalnego powiadomienia uznał za istotny w świetle np. orzeczenia KIO w sprawie sygn. akt KIO 1761/11, gdzie zaznaczono, że dopiero faktyczny brak wiedzy o przyczynach odrzucenia oferty uzasadnia uwzględnienie odwołania tylko z uwagi na naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający powoływał się na postanowienia art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie zamawiającego fakt niepodania uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty w piśmie z 24 października 2011 r., przy jednoczesnym przekazaniu ustnie przedstawicielom odwołującego tego uzasadnienia nie miał i nie mógł mieć wpływu na wynik postępowania. Tym bardziej, iż oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu bez możliwości jej poprawienia przez wykonawcę.

III. W konsekwencji, zamawiający stwierdził, że nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

IV. Zamawiający wskazywał, że złożone przy ofercie pełnomocnictwa osób działających za odwołującego się nie upoważniają tych osób do złożenia odwołania do KIO, a ponadto, że wnioski odwołującego o unieważnienie czynności zamawiającego nie mają oparcia w treści art. 192 ust. 3 pkt ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), protokołu postępowania, oferty odwołującego.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach zgłoszonych zarzutów, zgodnie z upoważnieniem wynikającym z treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje "Udzielenie Gminie Sianów kredytu długoterminowego w kwocie 5 000 000,00 PLN na finansowanie planowanego deficytu budżetowego Gminy w 2011 roku."

Opis warunków udziału w postępowaniu został zawarty w punkcie V. SIWZ wraz z wykazem oświadczeń i dokumentów, podanych w punkcie VI. SIWZ jakie mają dostarczyć wykonawcy, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Według punktu XII SIWZ zamawiający ustanowił cenę oferty jedynym kryterium oceny ofert.

W punkcie XV SIWZ istotne postanowienia umowy, zawarł zastrzeżenie, iż kredytodawca nie pobierze z tytułu uruchomienia kredytu żadnych prowizji jak i innych opłat związanych z uruchomieniem, zabezpieczeniem oraz obsługą kredytu w całym okresie kredytowania.

W załączniku nr 1 do SIWZ formularzu oferty cenowej: punkt 1.1) stanowi, iż podstawą obliczania kredytu jest, między innymi: prowizja bankowa w kwocie (...) złotych, tj. (...)% kredytu.

Odwołujący w swojej ofercie, w punkcie 1.1) podał, że podstawą obliczania kredytu jest, między innymi: prowizja bankowa w kwocie 122 500 złotych, tj. 2,5% kredytu.

Z protokołu postępowania wynika, że oferty złożyło 3 wykonawców: - odwołujący z ceną brutto – 1 900 440,42 zł; SGB Bank S.A. w Poznaniu - Bank Spółdzielczy w Sławnie z ceną 1 960 293,42 zł oraz Bank Gospodarstwa Krajowego O/Piła z ceną 2 064 755,62 zł.

Pismem z dnia 24 października 2011 r. zamawiający powiadomił wykonawców, iż wybrał ofertę SGB Bank S.A. w Poznaniu - Bank Spółdzielczy w Sławnie, natomiast ofertę odwołującego odrzucił uzasadniając, że „wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, oferta podlega odrzuceniu.”

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący jako uczestnik przedmiotowego postępowania przetargowego posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a co za tym idzie legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej, skoro wykazywał, że zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp podjął czynność odrzucenia jego oferty, mimo, że była najkorzystniejsza według ustalonego kryterium, narażając odwołującego na poniesienie związanej z tym szkody przez uniemożliwienie zawarcia umowy o realizację zamówienia.

Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego. Z treści uzasadnienia faktycznego jakie podał, można by wnioskować, że zamawiający doszukał się przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania związanych z warunkami udziału w przetargu, określonymi w ustawie Pzp: w art. 22 ust. 1; w art. 24 oraz w punkcie V SIWZ wraz z wykazem oświadczeń i dokumentów, wymienionych w punkcie VI SIWZ jakie mają dostarczyć wykonawcy, w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków - skoro jako przyczynę odrzucenia oferty odwołującego podał, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu - oferta podlega odrzuceniu. Należało zauważyć, że skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania jest również odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, oraz uznanie oferty za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Powszechnie przyjmuje się, że niespełnienie warunków udziału w postępowaniu wiąże się z przesłankami podmiotowymi odnoszącymi się do wykonawcy – jego zdolnością do realizacji zamówienia. Od powyższego należy odróżnić treść oferty, jako zobowiązania wykonawcy do wykonania na rzecz zamawiającego świadczenia o zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), tj. według potrzeb i wymagań zamawiającego, zdefiniowanych jako istotne postanowienia SIWZ. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, dotyczy więc strony przedmiotowej oferty. Dowód zaistnienia przesłanek obligujących do odrzucenia oferty, spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny, jak stanowi art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący do art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. Zatem na gruncie rozpoznawanej sprawy zaistnienie okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty odwołującego powinno zostać udowodnione przez zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany w toku czynności badania ofert ustalić, że powołana przez niego przesłanka odrzucenia oferty nastąpiła, a następnie poinformować o ustaleniach i podjętych czynnościach oraz ich konsekwencjach wykonawców podając - stosownie do normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp - nie tylko uzasadnienie prawne (podstawę prawną swojej czynności), ale także pełne uzasadnienie faktyczne. W realiach niniejszej sprawy, bez najmniejszych wątpliwości, zamawiający wadliwie dokonał poinformowania odwołującego o odrzuceniu jego oferty, bowiem - wbrew dyspozycji przepisu

art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp - zaniechał podania tak uzasadnienia, faktycznego jak i prawnego dokonanej wobec oferty odwołującego czynności. Zarzut ten został wprost uznany przez zamawiającego. Ogólnikowe sformułowania przez zamawiającego w piśmie z dnia 24 października 2011 r. o niespełnieniu przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu jako podstawy odrzucenia oferty są niewystarczające aby uznać je za uzasadnienie. Zamawiający nie wskazał precyzyjnie na czym owo niespełnienie warunków udziału w postępowaniu polegało. Z przedstawionego uzasadnienia faktycznego nie sposób wywieść, na czym miało polegać „niespełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu, które legło u podstaw odrzucenia jego oferty. Nie jest także wiadomym, którym postanowieniem SIWZ odwołujący uchybił. W konsekwencji Izba podzieliła pogląd odwołującego, że uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego zawarte w piśmie z 24 października 2011 r. ograniczające się do przytaczanych wyżej ogólnikowych stwierdzeń, nie może być uznane za uzasadnienie faktyczne i prawne realizujące cel normy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. W istocie dopiero odpowiedź zamawiającego na odwołanie stanowiła uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Zasadnym jest podkreślenie, iż uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też podają wyroki: KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania na czym polegają niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, czy niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, (niewskazanie konkretnego postanowienia SIWZ, któremu wykonawca uchybił, prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie odrzucenia jego oferty. Na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia czy odrzucenia oferty (tak też podano w wyroku KIO z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10). Wykonawca nie ma obowiązku domniemywać, domyślać się na czym polegają stwierdzone przez zamawiającego nieprawidłowości w jego ofercie prowadzące do jej odrzucenia. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp podanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie, czy w odpowiedzi na odwołanie uzasadnienia faktycznego podjętych wobec odwołującego decyzji (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz sygn. akt KIO 1625/11), a właśnie w ten sposób postąpił zamawiający w rozpoznawanej przez Izbę sprawie.

Obowiązek zawiadamiania wykonawców określony w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowi realizację wyrażonej w art. 8 ust. 1 tej ustawy zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 ustawy - zasady równego

traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Żadnego znaczenia dla usprawiedliwienia postawy zamawiającego nie stanowi przywoływana okoliczność, iż przedstawiciele odwołującego zostali ustnie poinformowani o pełnych przyczynach odrzucenia oferty. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie prowadzi się w formie pisemnej. Tylko takie działania zamawiającego można uznać za legalne, realizujące należycie zasadę jawności, a nie dyskrecjonalne, nie ujawnione do wiadomości wszystkich uczestników przetargu, powiadamianie ustne o przyczynach odrzucenia ofert wykonawców. Izba uznała, że w okolicznościach rozpatrywanej sprawy zamawiający w sposób lakoniczny i ogólnikowy uzasadniając podjęte wobec odwołującego czynności, pozbawił go możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania przez wniesienie odwołania, uchybiając tym samym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powołanych wyżej zasad, niedopuszczalnym jest aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec niego przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował (nie koniecznie trafnie) przyczyny odrzucenia oferty (w tym przypadku samodzielnie identyfikował powody z jakich nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a następnie w oparciu o poczynione założenia i domysły, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego. W takich okolicznościach faktycznych dopiero w odpowiedzi na odwołanie odwołujący oraz pozostali wykonawcy - w polemice zamawiającego z zarzutami odwołania - dowiadują się, że odwołujący może nie mieć racji, gdyż zupełnie z innych przyczyn zamawiający odrzucił jego ofertę bądź, że trafnie zostały przez odwołującego przyczyny odrzucenia zrekonstruowane, jednak zamawiający uważa, iż jego decyzja jest prawidłowa. Taka sytuacja musiała być uznana przez Izbę za niedopuszczalną. Jak wynika z normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp - zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby wykonawcom zagwarantować możliwość weryfikacji podjętych czynności w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie. Bieg terminu na wniesienie wymienionego środka ochrony prawnej rozpoczyna się z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o wyniku postępowania, o odrzuceniu oferty czy wykluczeniu wykonawcy.

Izba nie podzieliła podglądów zamawiającego, że brak prawidłowego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania w rozumieniu postanowienia art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania. Odwołujący wprawdzie sformułował w odwołaniu zarzuty kwestionujące prawidłowość odrzucenia jego oferty, jednak wobec wadliwie sporządzonej przez zamawiającego informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, Izba uznała je za przedwczesne. W treści uzasadnienia odwołania wyraźnie widać dylemat odwołującego, który na wyrost podjął polemikę z nieznanymi argumentami zamawiającego, opisując ogólnie iż spełnił warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta we wszystkich elementach jest zgodna z opisem zawartym w SIWZ. Możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej, należy do podstawowych gwarantowanych praw wykonawcy uczestniczącego w przetargu publicznym. Aby skutecznie korzystać z prawa do obrony oferty, wykonawca musi poznać pełne przyczyny wyeliminowania go z postępowania. W tym aspekcie Izba uznała, że przyznana przez zamawiającego okoliczność wadliwego uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, mogła mieć wpływ na wynik postępowania, pozbawiając odwołującego możliwości obrony oferty, która była najkorzystniejsza w ustalonym kryterium wyboru. W konsekwencji biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne uwzględnione przez Izbę na gruncie badanej sprawy - należało podzielić stanowisko prezentowane przez odwołującego, że zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisowi art. 92 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp. Powołane uchybienia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Prawidłowe wykonanie przez zamawiającego obowiązku wyrażonego w art. 92 ust.1 pkt 2 Pzp, gwarantujące realizację zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, determinuje skorzystanie przez wykonawców z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach poszczególnych decyzji zamawiającego może się do nich odnieść decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej, co przesądziło o uwzględnieniu odwołania z przyczyn formalnych - bez możliwości rozpatrzenia zarzutów merytorycznych wobec oferty odwołującego dotyczących zastosowanej prowizji od przyznania kredytu w wyliczeniu ceny oferty, jako elementu całkowitego kosztu obsługi oferowanego kredytu.

Rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą nie jest miejscem dla przedstawiania uzasadnienia uprzednio podejmowanych czynności zamawiającego o odrzuceniu oferty. Izba bowiem weryfikuje działania zamawiającego, pod względem przestrzegania wzorca ustawowego, a nie zastępuje zamawiającego w jakichkolwiek czynnościach. Może poddawać ocenie czynności, w takim kształcie, jak zostały faktycznie przez zamawiającego dokonane i stanowiły podstawę do zaskarżenia, a nie w formie poddanej szerokiej interpretacji w odpowiedzi na odwołanie.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy zatem termin na zaskarżenie merytoryczne czynności zamawiającego, jeżeli odrzucenie oferty zostanie podtrzymane, zacznie biec, gdy zamawiający w wyniku powtórzenia procedury badania i oceny ofert poinformuje

odwołującego w sposób wymagany przez art. 92 ust. 1 Pzp o podjętej wobec jego oferty decyzji.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu na podstawie § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....