

WYROK

z dnia 3 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2021 r. przez wykonawcę Bank Spółdzielczy w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Ostroróg w Ostrorogu

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Ostroróg w Ostrorogu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem obu kryteriów oceny ofert: ceny oraz prowizji;

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Ostroróg w Ostrorogu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Bank Spółdzielczy w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Gminy Ostroróg w Ostrorogu na rzecz Banku Spółdzielczego w Bydgoszczy kwotę 11.614 zł 82 gr (słownie: jedenaście tysięcy sześćset czternaście złotych osiemdziesiąt dwa grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Ostroróg w Ostrorogu - prowadzi w trybie podstawowym na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na o udzielenie i obsługę kredytu długoterminowego w wysokości 2.000.000 zł z przeznaczeniem na pokrycie planowanego deficytu budżetu oraz spłatę wcześniej zaciągniętych kredytów. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 11 października 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00227630/01. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1

Pzp.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Polską Kasę

Oszczędności Bank Polski Spółkę Akcyjną, dalej jako: „PKO BP SA” w związku z czym 15 listopada 2021 r. wykonawca Bank Spółdzielczy w Bydgoszczy wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 i 17 ustawy polegające na naruszeniu zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także zasad przejrzystości i proporcjonalności z uwagi na zastosowanie kryteriów wyboru innych niż przewidział to zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako: „SWZ”, nieznanym pozostałym wykonawcom, a w konsekwencji unieważnienie 8 listopada 2021 r. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyjaśnienia kryteriów unieważnienia wyboru pierwotnej oferty i wyboru 10 listopada 2021 r. nowego wykonawcy - w sposób, który nie zapewnia uzyskania najlepszych warunków zamówienia;
2. art. 134 pkt 1 ppkt 18 ustawy przez naruszenie wskazanych w SWZ kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, jak również przez dokonanie powtórzenia czynności oceny ofert nie wskazując, na czym polegała wadliwość pierwszej oceny oraz jakimi konkretnie kryteriami kierował się zamawiający dokonując ponownej oceny ofert, co stanowi również o jego zaniechaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez PKO BP SA, powtórzenie czynności oceny ofert i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako

najkorzystniejszej.

Wniósł również o przeprowadzenie dowodu z:

1. treści SWZ wraz z załącznikiem nr 1 „Formularz oferty”;
2. odpowiedzi zamawiającego z 11 października 2021 r. w sprawie wyjaśnienia treści SWZ;
3. zawiadomienia z 2 listopada 2021 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty;
4. zawiadomienia z 8 listopada 2021 r. o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzeniu czynności oceny ofert;
5. zawiadomienia z 10 listopada 2021 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący zarzucił, że skoro zamawiający wytyczył w SWZ dwa kryteria oceny ofert, to niejasnym pozostaje, dlaczego w istocie zastosował tylko jedno (cenę) z nich w odniesieniu do oferty PKO BP SA. Wywiódł, że nie jest wiadomo, w jaki sposób zamawiający pierwotnie interpretował własne kryteria oceny ofert, a następnie, dlaczego, i w jaki sposób, zmieniła się ta interpretacja doprowadzając do unieważnienia pierwotnego wyboru oraz dokonania ponownego, z pominięciem kryterium prowizji (jak się wydaje, bo tego nie wyjaśniono). Odwołujący podniósł, że zamawiający, dokonując oceny oferty PKO BP SA pominął w istocie kryterium prowizji - wskazanej przez ten bank na poziomie 100.000 zł naruszając ustalone przez siebie zasady.

Nie zgłoszono przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu wskazał, że w pierwotnej ocenie ocenił cenę całkowitą podaną w ofercie, na którą składa się: cena + prowizja banku, gdzie cenę stanowi całkowity koszt udzielenia i obsługi kredytu, który jest sumą naliczonych odsetek w całym

okresie kredytowania (zgodnie z Rozdział XV pkt 1 SWZ) i prowizja banku. Zamawiający powołał pismo otrzymane od PKO BP SA i uznał, że podaną w ofertach cenę całkowitą należało poddać ocenie według kryteriów oceny ofert opisanych w Rozdziale XIX SWZ. Oznaczało to, że zamawiający powinien wyodrębnić z ceny całkowitej wskazanej w ofercie sumę odsetek wskazanych w harmonogramach spłat kredytu jako cenę podlegającą ocenie zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił, że tylko w jednej ofercie tj. w ofercie SWZ prowizja banku była wyższa niż 0,00%, co spowodowało podział kosztów na cenę i prowizję banku. W pozostałych ofertach prowizja banku wynosiła 0,00% co wskazuje, że cena całkowita oferty to naliczone odsetki.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie,

podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale XV pkt 1 SWZ zamawiający wskazał, że przez cenę rozumie się całkowity koszt udzielenia i obsługi kredytu, który jest sumą naliczonych odsetek w całym okresie kredytowania od udzielonego kredytu w wysokości 2.000.000,00 zł, podlegającego spłacie według harmonogramu o którym mowa w pkt 12 Załącznika nr 1 SWZ. Oprocentowanie kredytu liczone jest jako suma zmiennej stawki WIBOR dla depozytów trzymiesięcznych, obowiązującej na ostatni dzień roboczy miesiąca poprzedzającego okres odsetkowy liczonej w stosunku rocznym i zaoferowanej marży bankowej (stałej w całym okresie kredytowania) wyrażonej w punktach procentowych.

W rozdziale XV pkt 2 zamawiający wskazał, że marża bankowa zaoferowana przez oferenta winna być podana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Kolejno w pkt 3 zamawiający wymagał, że wyliczoną cenę należy podać w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Przy wyliczeniu wartości ceny każdorazowo zaokrągleniu podlega ich kwota miesięcznego naliczenia. Jeżeli parametr miejsca tysięcznego jest poniżej 5 to parametr setny zaokrągla się w dół, jeżeli parametr miejsca tysięcznego wynosi 5 i powyżej to parametr setny zaokrągla się w górę.

Ponadto w pkt 4 wskazał, że wymaga, aby marża zaoferowana zawierała wszystkie koszty, jakie ponosi Wykonawca w związku z uruchomieniem kredytu.

Zgodnie z rozdziałem XV pkt 5 dla porównywalności ofert dla wyliczenia ceny kredytu należy przyjąć:

- a) w danym roku w każdym miesiącu należy przyjąć rzeczywistą ilość dni,
- b) ilość dni w roku - 365,
- c) stałą zaoferowaną marżę w całym okresie kredytowania z dwoma miejscami po przecinku,
- d) Do celów przygotowania wyceny oferty, Wykonawcy uczestniczący w niniejszym postępowaniu przyjmują stawkę WIBOR 3M stałą w całym okresie kredytowania (z dnia 30.09.2021 r.) + marża banku.
- e) Wykonawca zobowiązany jest sporządzić symulację spłaty kredytu, która stanowić będzie załącznik do oferty. W w/w symulacji jako umowny termin rozpoczęcia okresu naliczania odsetek należy przyjąć dzień wypłaty transzy kredytu - 15.11.2021 r.

W pkt 1 wzoru Formularza oferty, będącego załącznikiem nr 2 do SWZ zamawiający wskazał, że na cenę wykonania przedmiotu zamówienia (całkowitą cenę za obsługę kredytu w kwocie 2 000 000,00 zł - wysokość odsetek i prowizji) składa się:

- oprocentowanie stawki WIBOR 3M z dnia 30.09.2021 r.:.....%;
- marża banku stała wyrażona w procentach w skali roku i obowiązująca przez cały

okres kredytowania.....%;

- prowizja banku -.....%.

W pkt XIX ppkt 3 i 4 SWZ zamawiający wskazał, że za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia i ustalił dwa kryteria: kryterium ceny (waga 60%) i kryterium prowizji bankowej za udzielenie kredytu (waga 40%). Zamawiający ustalił opis oceny ofert w obu kryteriach, w tym w kryterium prowizji przyporządkował punkty za procentową wartość prowizji.

11 października 2021 r. zamawiający udzielił wyjaśnień treści SWZ Na pytanie nr 1 w brzmieniu: „Czy w pkt 8 i 9 Istotnych postanowień umowy - stanowiących załącznik nr 1 do SWZ, mowa jest o prowizjach i opłatach z wyłączeniem prowizji, o której mowa w SWZ - rozdział XIX. Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert - pkt 4, ppkt 2) kryterium „Prowizja banku” i pkt 1 Formularza oferty, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ” zamawiający odpowiedział: „Zamawiający informuje, że w pkt 8 i 9 Istotnych postanowień umowy - stanowiących załącznik nr 1 do SWZ, mowa jest o prowizjach i opłatach z wyłączeniem prowizji, o której mowa w SWZ - rozdział XIX. Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert - pkt 4, ppkt 2) kryterium „Prowizja banku” i pkt 1 Formularza oferty, stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ”.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert Izba ustaliła, że w postępowaniu złożono cztery oferty z następującymi wielkościami dotyczącymi kolejno: ceny, prowizji banku, marży banku oraz oprocentowanie stawki WIBOR 3M z dnia 30.09.2021 r.:

1. Odwołujący - 67 941,67 zł, 0,00%, 0,51 %, 0,23%;
2. BANK GOSPODARSTWA KRAJOWEGO w Warszawie - 79.877,31 zł, 0,00%, 0,64%, 0,23%;
3. BANKMSPÓŁDZIELCZY DUSZNIKI - 181 779,62 zł, 0,00%, 1,75 %, 0,23%,
4. PKO BP SA - 121.115,79 zł, 5,00%, 0,00 %, 0,23%.

2 listopada 2021 r. zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

5 listopada 2021 r. zamawiający otrzymał od PKO BP SA wniosek o ponowne dokonanie oceny ofert i wybór oferenta. Zdaniem wnioskującego wykonawcy do dokonywania oceny ofert złożonych w postępowaniu zastosowano inne kryteria niż te, które wskazuje SWZ. Powołano postanowienia rozdziału XV pkt 1 SWZ, z wnioskiem, że całkowity koszt udzielenia i obsługi kredytu, a więc cenę oferty ustala się sumując koszty odsetkowe naliczone według harmonogramu o którym mowa w pkt 12 Załącznika nr 1 SWZ. Uwzględnienie jako ceny oferty przyjętych kosztów odsetkowych i prowizji (a nie tylko kosztów odsetkowych) jest niezgodne z SWZ.

Pismem z 8 listopada 2021 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności wyboru ofert. Zamawiający jako uzasadnienie powołał zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

10 listopada 2021 r. zamawiający przesłał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Wskazane ustalenia istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania zostały dokonane na podstawie powołanych pism znajdujących się w kopii dokumentacji przekazanej przez zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przestanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zgodziła się z odwołującym, że czynności zamawiającego dokonywane w postępowaniu były całkowicie nieprzejrzyste. Prawdą jest, że zamawiający ma prawo do powtórzenia czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli uzna, że dokonane poprzednio czynności są niezgodne z ustawą lub budzą wątpliwości w tym zakresie (vide przykładowo: wyrok z dnia 23 września 2010 r. sygn. KIO 1939/10). Jednak powtórzenie czynności przez zamawiającego powinno odpowiadać zasadom wynikającym z art. 16 i 17 Pzp. Zasady te obowiązują bowiem w całym postępowaniu o udzielenie zamówienia, od jego wszczęcia, aż do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W badanym postępowaniu zamawiający był uprawniony do tego, aby powtórzyć czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak brak wskazania uzasadnienia powtórzenia czynności oceny ofert w przyjętych kryteriach oraz zmiany oceny ofert uznanej za najkorzystniejszą narusza ustawę. Zasady pisemności i przejrzystości zobowiązują zamawiającego do tego, aby podstawy jego działania - dokonywania czynności w postępowaniu - zostały jasno wyrażone w dokumentacji postępowania i nie podlegały domysłom. W przeciwnym razie nie jest możliwe udzielenie zamówienia w warunkach równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a wykonawcy mogą być narażeni na arbitralności zamawiającego. Brak wskazania podstaw faktycznych i prawnych dokonywanych przez zamawiającego czynności narusza przepisy ustawy również z tego powodu, że może prowadzić do ograniczenia wykonawcom dostępu do środków ochrony prawnej i uniemożliwienia - zagwarantowanej ustawą - kontroli czynności zamawiającego.

W badanym postępowaniu zwraca uwagę fakt, że powody powtórzenia czynności oceny oferty i zmiany oferty uznanej za najkorzystniejszą zostały podane przez zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie, podczas gdy odwołujący powinien uzyskać wiedzę na ten temat najpóźniej z informacji o powtórnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Za niedopuszczalne uznać należy wewnętrznie sprzeczne stanowisko zamawiającego zawarte w pismach z 8 i 15 listopada 2021 r., w których to pismach, poza ogólnikowym powołaniem się na zasady ustawy, nie zostały wskazane żadne powody, dla których zamawiający uznał, że pierwotny wybór oferty odwołującego naruszył te zasady. Już z tego powodu odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zgodziła się też z odwołującym, że zamawiający dokonał wyboru oferty PKO BP SA z naruszeniem kryteriów oceny ofert ustalonych w rozdziale XIX SWZ.

Orzecznictwo już pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy wypracowało pogląd, że SWZ jako podstawowy dokument w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma charakter wiążący zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców ubiegających się o zamówienie. Pogląd ten nie stracił na aktualności de lege lata. Zawarte w art. 16 Pzp zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości wymagają respektowania przez zamawiającego ustalonych przez siebie wymagań. Podstawowym rodzajem wykładni postanowień SWZ jest zatem wykładnia literalna, która nakazuje interpretację wymagań zamawiającego w taki sposób, jak zostały one zapisane w SWZ, bez uzupełniania, rozszerzania lub ograniczenia ich treści. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami ustawy i według reguł opisanych w SWZ oznacza obowiązek zamawiającego dokonywanie czynności w postępowaniu na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów. Przypomnieć też należy, że wyjaśnienia treści SWZ przez zamawiającego stanowią wykładnię dokumentacji postępowania i wiążą wszystkich zamawiającego i wykonawców, tak jak wymagania wynikające z dokumentów postępowania.

Zamawiający ustalił w SWZ dwa kryteria oceny ofert: cenę i prowizję. Z postanowień rozdziału XV czytanych w całości, ale również z samego postanowienia rozdziału XV pkt 1, jasno wynika, że cena - będąca kryterium oceny ofert - obejmuje wszystkie koszty związane z obsługą kredytu, w tym również marżę wykonawcy, która powinna być niezmienna przez cały okres obowiązywania umowy. Wyjaśnienia udzielone 11 października 2021 r. potwierdzały powyższe ustalenia oraz wskazywały, że prowizja jako kryterium oceny ofert ma inne znaczenie. W ocenie Izby wynika to również wprost z brzmienia kryterium - prowizja za udzielenie kredytu. Tymczasem zamawiający w odniesieniu do Banku PKO BP SA pojęcie ceny oferty utożsamiał z jednym z kryteriów oceny ofert. Ponadto badając ofertę tego wykonawcy zastosował wyłącznie kryterium ceny i pominął kryterium prowizji.

W rezultacie zamawiający wybrał ofertę, która nie jest ofertą najkorzystniejszą z punktu widzenia jej całościowej oceny w przyjętych kryteriach oraz nie jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie. Podkreślić trzeba, że prowizja w ofercie PKO BP SA jest pięć razy wyższa od naliczonych odsetek, a łączny koszt pozyskania i obsługi kredytu lokuje tę ofertę na trzecim miejscu, po ofertach odwołującego i Banku Gospodarstwa Krajowego. W konsekwencji wybór oferty PKO BP SA prowadzi do sprzeczności z zasadą efektywności

wynikającą z art. 17 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie. Na tę ocenę nie ma wpływu to, że odwołujący nietrafnie wskazał podstawy prawne swoich zarzutów. W przypadku braku przekazania przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego powtórzonej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty podstawą prawną jest art. 253 ust. 1 Pzp, natomiast brak uwzględnienia kryterium prowizji przy ocenie oferty PKO BP SA referuje do art. 239 ust. 1 Pzp. W związku z tymi przepisami należy oceniać nieuwzględnienie przez zamawiającego zasad wyrażonych w art. 16 i 17 Pzp. Izba uwzględniła, że odwołujący wskazał okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania, identyfikujące zarzuty oraz określające granice rozpoznania odwołania. Błędnie wskazany przepis ustawy nie tworzy zarzutu, zwłaszcza w sytuacji gdy okoliczności precyzyjnie wskazane przez odwołującego pozwalają organowi orzekającemu na dokonanie subsumpcji pod właściwą normę prawną.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był zamawiający. Koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego został ograniczony do kwoty 3.600,00 zł stosownie do § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: