

Sygn. akt: KIO/UZP 1434/09

KIO/UZP 1442/08

WYROK
z dnia 28 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Ewa Sikorska
Lubomira Matczuk - Mazuś

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 października 2009 r. i 26 października 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 października 2009 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A ING Lease (Polska) Sp. z o.o., 00-499 Warszawa, Plac Trzech Krzyży 10/14
(sygn. akt KIO/UZP 1434/09)

B. ING Lease (Polska) Sp. z o.o., 00-499 Warszawa, Plac Trzech Krzyży 10/14
(sygn. akt KIO/UZP 1442/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., 01-232 Warszawa, ul. Siedmiogrodzka 20** protestów:

A ING Lease (Polska) Sp. z o.o., 00-499 Warszawa, Plac Trzech Krzyży 10/14 z dnia 10 września 2009 r.

B. Millenium Leasing Sp. z o.o., 02-593 Warszawa, ul. śaryna 2A z dnia 14 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o., 00-102 Warszawa, ul. Marszałkowska 111**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 1434/09 i KIO/UZP 1442/09 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić oba odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofertach odwołującego i przystępującego oraz powtórzenie czynności ponownego badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., 01-232 Warszawa, ul. Siedmiogrodzka 20

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez ING Lease (Polska) Sp. z o.o., 00-499 Warszawa, Plac Trzech Krzyży 10/14,

B koszty w wysokości 2 231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez ING Lease (Polska) Sp. z o.o., 00-499 Warszawa, Plac Trzech Krzyży 10/14

2) dokonać wpłaty kwoty 8 062 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A kwoty 4 031 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzydzieści jeden złotych zero

groszy) przez **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., 01-232 Warszawa, ul. Siedmiogrodzka 20** na rzecz **ING Lease (Polska) Sp. z o.o., 00-499 Warszawa, Plac Trzech Krzyży 10/14** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

B kwoty 4 031 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzydzieści jeden złotych zero groszy) przez **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., 01-232 Warszawa, ul. Siedmiogrodzka 20** na rzecz **ING Lease (Polska) Sp. z o.o.,**

2

00-499 Warszawa, Plac Trzech Krzyży 10/14 stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

3) dokonać zwrotu kwoty 25 538 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty 12 769 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **ING Lease (Polska) Sp. z o.o., 00-499 Warszawa, Plac Trzech Krzyży 10/14,**

B kwoty 12 769 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **ING Lease (Polska) Sp. z o.o., 00-499 Warszawa, Plac Trzech Krzyży 10/14.**

Uzasadnienie

Sygn akt: KIO/UZP 1434/09

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na leasing zwrotny tramwajów niskopodłogowych, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, wykonawca - ING Lease (Polska) Sp. z o.o., zwany dalej protestującym lub odwołującym złożył protest na czynności i zaniechania zamawiającego, którym są Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. , polegające na:

1. bezprawnym wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. bezprawnym poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie SG Equipment Leasing Polska Sp. z o.o. (dalej: SG) w sposób wskazany w piśmie zamawiającego z dnia 04.09.2009 r.,
3. zaniechaniu poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie SG w sposób zgodny z przepisami prawa,
4. bezprawnym zaniechaniu odrzucenia oferty SG,
5. bezprawnym poprawieniu omyłki rachunkowej w ofercie protestującego w sposób wskazany w piśmie zamawiającego z dnia 04.09.2009 r.,
6. bezprawnym zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez protestującego, jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

Protestujący wskazał, że w przypadku zgodnego z prawem działania zamawiającego oferta ING Lease zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Interes prawny protestującego

3

wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania (zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007 r. sygn. akt V Ca 2506/07: "interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej").

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą: art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6.

Ponadto zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Wskazał też, że w przypadku zawarcia umowy z SG, zamawiający naruszy art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu protestu:

odnośnie poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie SG

Wykonawca SG złożył nieprawidłową ofertę, gdyż w pkt 1 swojej oferty zaoferował wysokość pierwszej raty wynagrodzenia w wysokości przekraczającej 3% wartości netto wszystkich rat leasingowych, co wynika z faktu, że mimo wskazania w ofercie SG współczynnika 2,993 % w rzeczywistości zaoferowana pierwsza rata wynagrodzenia (2.977.500,00 PLN) stanowi 3,015% (dokładnie 3,0151821%) sumy wszystkich rat leasingowych (tj. 98.750.254,14 PLN).

Wobec powyższego oferta SG nie spełnia wymogów pkt II. Lp. 5 Rozdziału II SIWZ, w którym zamawiający wyraźnie zaznaczył, że wysokość I-ej raty wynagrodzenia nie może przekroczyć 3% sumy wszystkich rat wynagrodzenia i winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie protestującego, nie istniały podstawy do przyjęcia przez zamawiającego, iż wykonawca SG popełnił w wartości pierwszej raty wynagrodzenia oraz w pozostałych składnikach ceny oczywistą omyłkę rachunkową, ponieważ zamawiający nie miał żadnych podstaw do twierdzenia, że poprawione przez niego wartości zawierały w sposób oczywisty taką omyłkę.

Protestujący odwołał się do orzecznictwa KIO, gdzie podkreśla się, że oczywista omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp to widoczny od razu, niezamierzony błąd rachunkowy, możliwy do poprawy bez odwoływania się do innych dokumentów, w tym wyjaśnień wykonawcy, błąd bezsporny, co do którego zamawiający sam

4

jest w stanie dokonać właściwej oceny i określić przyczyny zaistnienia rozbieżności między podanymi wartościami (KIO/UZP 20/09, KIO/UZP 62/09).

Zdaniem protestującego, aby poprawić błędy w ofercie SG w sposób przyjęty przez zamawiającego, nie wystarczyło przeprowadzić zwykłego działania arytmetycznego (dzielenia, mnożenia), lecz należało szukać niezliczonej liczby wariantów liczbowych, aby w końcu odnaleźć takie zestawienie wartości rat, by przyporządkować wysokość 1-ej i następnych rat do wskaźnika procentowego 2,993, przyjętego w ofercie przez SG. Konieczność przeprowadzenia skomplikowanych obliczeń, aby poprawić omyłki w ofercie SG przeczy oczywistości omyłki rachunkowej.

Działanie takie jest bezprawne i stanowi naruszenie zasad oceny ofert oraz równego traktowania wykonawców.

W ocenie protestującego, zamawiający powinien poprawić omyłkę w ofercie SG, poprzez zwykłe działanie arytmetyczne - obliczyć, jaki procent wartości netto wszystkich rat wynagrodzenia (w wysokości zaoferowanej przez SG) stanowi zaoferowana przez SG wysokość pierwszej raty. Tym sposobem zamawiający zmieniałby tylko jeden parametr (wskaźnik procentowy), a nie wszystkie inne wartości cenowe. Nieprawidłowe wskazanie wskaźnika procentowego w ofercie SG wynika bowiem z prostego porównania dwóch wartości i jest widoczne dla każdego, nawet dla osoby nie posiadającej wykształcenia w zakresie finansów.

Podniósł, że jest oczywistym, że oferta każdego z oferentów zawiera kwoty, za jakie zostanie wykonane zamówienie, a współczynnik udziału wartości pierwszej raty leasingowej w stosunku do sumy rat ma charakter niejako wtórny i jest wynikiem dzielenia tych dwóch wartości przez siebie. Świadczy o tym również fakt, iż Rozdział I SIWZ w pkt 9, opisujący sposób obliczenia ceny oferty nie zawiera żadnych zapisów dotyczących tego współczynnika jako elementu, który miał posłużyć wykonawcy do wyliczenia ceny oferty (w szczególności pkt 9.2 oraz § 1 ust. 5 wzoru umowy). Dodatkowo, za "wtórnym" charakterem współczynnika przemawia również to, iż w formularzu oferty - Rozdział IV SIWZ - zdanie "stanowiąca ...% wartości netto wszystkich rat wynagrodzenia" zawarte jest w formie wtrącenia (umieszczone w nawiasie) pomiędzy treścią określającą wysokość pierwszej raty wynagrodzenia oraz składającej się na nią prowizji i opłat. Oznacza to, że wskaźnik procentowy stanowi wynik,

a nie założenie. Nie jest elementem kalkulacji ceny, lecz sposobem mierzenia, czy warunek SIWZ został spełniony.

Jedynym celem wskazania przez wykonawców tego wskaźnika w ofercie jest wykazanie, że oferta jest zgodna z pkt II. 5 Rozdziału II Siwz (s. 13).

5

Ponadto podniósł, że działanie zamawiające było nieprawidłowe, gdyż:

1. Przedmiotowe postępowanie dotyczy usługi o charakterze czysto finansowym, w związku z czym ingerencja w cenę ofertową w ramach poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych powinna być szczególnie ostrożna. W tego typu transakcjach nawet niewielka zmiana wysokości raty ma wpływ na wszystkie inne parametry. Działanie zamawiającego, polegające na podstawianiu odpowiednich wartości, tak aby w ostateczności znaleźć rozwiązanie odpowiadające zamawiającemu, stanowi manipulację ceną i rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji. W ten sposób zamawiający mógłby w dowolny sposób zmieniać ceny ofertowe.
2. Im wyższy wskaźnik procentowy zaoferuje wykonawca, tym korzystniejsza będzie jego oferta - przez co wzrastają szanse na wygranie przetargu. Dlatego też wykonawcy starali się oscylować w okolicach górnej granicy tego wskaźnika (tj. do 3%)
3. Zamawiający zmieniając wartości w ofercie SG oparł się na dwóch parametrach, tj. (1) błędnie podanej w ofercie wysokości współczynnika udziału wartości pierwszej raty w stosunku do sumy rat wynagrodzenia (uznał za prawidłowe podane przez SG 2,993%) oraz (2) wysokości marży SG podanej w ofercie tj. 1,690%. Tymczasem przyjęcie do założeń współczynnika wysokości udziału pierwszej raty (poziom istotności jak w piśmie zamawiającego przesłanego do SG z dnia 04.09.2009 r., tj. +/- 0,00022 punktu procentowego) w sumie rat wynagrodzenia oraz marży (zakładając poziom istotności marży wykonawcy do 3 (trzech) miejsc po przecinku) nie daje jednoznacznego wyniku, a wysokość ceny zamówienia uzyskana w wyniku takich kalkulacji może być różna o kilka tysięcy złotych. Jest to kolejny dowód na brak oczywistości omyłki. Skoro zatem przy tych samych założeniach możemy dojść do różnych wyników, to arbitralny wybór jednego z tych wyników jest niezgodny z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.
4. Działania zamawiającego są wewnętrznie sprzeczne, gdyż w ofercie ING Lease zamawiający skorygował (wg protestującego niesłusznie) kwotę pierwszej opłaty w oparciu o podaną wartość współczynnika, a sam przy wprowadzaniu zmian do oferty SG nie obliczył go zgodnie z przyjętą przez siebie metodą. Zgodnie z nią bowiem po wprowadzeniu korekt: suma rat wynagrodzenia wyniosła 98.757.493,54 PLN, a po przemnożeniu tej kwoty przez podany w ofercie współczynnik 2,993% wysokość pierwszej raty powinna wynieść 2.955.811,78 PLN a nie jak podano w korekcie zamawiającego 2.955.595,11 PLN. Potencjalnie przyjmując więc zastosowaną przez Zamawiającego metodologię liczenia, korekty wprowadzone do oferty SG są błędne.

6

5. Działania zamawiającego są wewnętrznie sprzeczne również dlatego, iż jeśli zamiarem zamawiającego było wyliczanie rat wynagrodzenia na podstawie współczynnika procentowego, to zamawiający musiałby wymagać podania współczynnika procentowego dla rat wynagrodzenia od 2 do 120 w ofertach wykonawców, a odpowiednie wymogi w tym zakresie zawrzeć w stosownych zapisach SIWZ. Brak takiego wymogu i takich zapisów dowodzi, iż zamawiający w sposób instrumentalny stosuje przepisy Pzp celem wyboru jednego konkretnego wykonawcy.

Konkludując stwierdził, że zamawiający nie poprawił w ofercie SG oczywistych omyłek rachunkowych, lecz obliczył cenę ofertową od początku, istotnie ingerując w ofertę tego wykonawcy.

odnośnie poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie protestującego

Wskazał, że żadna z wartości poprawiona w ofercie protestującego przez zamawiającego nie wymagała korekty.

Protestujący prawidłowo wskazał zarówno wysokość pierwszej raty wynagrodzenia, jak i pozostałych rat oraz ich łącznej wartości, a także ceny ofertowej. Oferta protestującego zakłada ratę pierwszą w wysokości 3.015.000,00 PLN. Raty kolejne (2-120) są w wysokości 819.378,00 PLN. Łączna wartość rat wynosi więc $3.015.000 \text{ PLN} + 119 \times 819.378 \text{ PLN} = 100.520.982,00 \text{ PLN}$. Wysokość wskaźnika wysokości raty pierwszej wynika więc z działania: $3.015.000,00 \text{ PLN} / 100.520.982,00 \text{ PLN} = 2,9993738\%$. W swojej ofercie protestujący podał zaokrągloną do czterech miejsc po przecinku wysokość tego wskaźnika - 2,9994%, co nie było przez zamawiającego zabronione w SIWZ. Nie stanowi ono zatem omyłki. Co więcej, zamawiający sam posługuje się zaokrągleniami, np. podaje w SIWZ poziom istotności wskaźnika WIBOR 6M, jaki należało przyjąć do kalkulacji ceny oferty do trzech miejsc po przecinku. Zaokrąglenie jest działaniem poprawnym z matematycznego punktu widzenia, w związku z czym protestujący miał pełne prawo wskazania w ofercie wskaźnika 2,9994% zamiast 2,9993738%, celem wykazania iż I-sza rata leasingowa nie przekracza 3% sumy wszystkich rat wynagrodzenia wymaganych w Rodz. II pkt. II ppkt. 5 SIWZ, tym bardziej, że obie liczby - zarówno wskaźnik podany w wysokości zaokrąglonej do czterech miejsc po przecinku, jak i wskaźnik w wysokości pełnej (niezaokrąglonej) - spełniają wymóg zamawiającego.

Nawet jeżeli - zdaniem zamawiającego - wykonawca nie miał prawa do zaokrąglenia wskaźnika, to co najwyżej powinien poprawić go jako oczywistą omyłkę rachunkową, poprzez zwykłe podzielenie pierwszej raty przez sumę wszystkich rat i otrzymałby pełen wskaźnik (bez zaokrąglenia) tj. 2,9993738%.

W związku z czym niezrozumiały jest dla protestującego sposób poprawienia oferty, poprzez skomplikowaną operację polegającą na (i) wylczeniu wysokości pierwszej raty

7

w następujący sposób: $100.520.982,00 \times 2,9994\% = 3.015.026,33$ (ii) następnie dostosowanie wysokości pozostałych rat (2-120), aby uzyskać marżę zaoferowaną przez ING Lease w wysokości 2,090% (iii) w efekcie podniesienie ceny ofertowej protestującego i innych składników cenotwórczych.

W tym zakresie za aktualne uznał wszystkie argumenty zawarte wcześniej.

Zamawiający protest oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu:

odnośnie poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie SG

1. Odwołując się do brzmienia pkt. 9.2. Rozdziału I SIWZ stwierdził, że cena oferty kalkulowana jest w oparciu o składniki niezależne od wykonawców, do których zaliczył wartość przedmiotu leasingu podaną przez zamawiającego (75 mln zł), stopę bazową WIBOR 6(M) z dnia 20.08.2009 r. (4.33%), wartość wykupu (wartość rezydualna) określoną przez zamawiającego na 1% wartości początkowej przedmiotu leasingu (750000 zł) oraz 120 pełnych okresów odsetkowych, liczonych jako 30 dni, a także w oparciu o składniki zależne od wykonawców, stałe w toku całej umowy, do których zaliczył marżę, która jest elementem, w oparciu o który wyliczane są odsetki oraz prowizje i opłaty, które wykonawcy obowiązani byli uwzględnić w pierwszej racie.

Stwierdził nadto, odwołując się do Rozdziału II pkt II SIWZ, że wynagrodzenie będzie wypłacane w 120 ratach, przy czym raty od 1 do 120 są równe, a wartość pierwszej raty może być różna od wartości rat 2 - 120, co wynika z możliwości wliczenia opłat i prowizji w tę ratę, przy czym nie większa niż 3% sumy rat.

Na podstawie powyższych informacji zamawiający uznał, że wyliczona cena podana liczbą jest kwotą, która służy jedynie porównaniu ofert, zaś faktyczna cena płacona przez zamawiającego będzie różna, gdyż będzie ulegać zmianie stopa bazowa WIBOR 6(M) oraz długość okresu odsetkowego dla pierwszej raty wynagrodzenia.

Wyjaśnił, że faktyczny ciężar ekonomiczny ponoszony przez zamawiającego związany jest z wysokością marży, prowizji i opłat oraz długością faktycznego okresu leasingu, który zależy od dnia faktycznej zapłaty za przedmiot leasingu, gdyż tylko dla potrzeb porównania ofert wszystkie okresy odsetkowe zostały określone jako 30 dni. Dodał, że w rzeczywistości pierwszy okres odsetkowy może być równy przyjętemu do wylczenia oferty lub krótszy w zależności od dnia faktycznej zapłaty przez wykonawcę za przedmiot leasingu.

2. Podał, że stwierdził, iż wykonawca SG popełnił omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny oferty (w ofercie wskazano, że pierwsza rata wynagrodzenia stanowi 2.993% wartości

8

wszystkich rat wynagrodzenia i wynosi 2 977 500.00 zł) toteż na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprawił tę kwotę na 2 955 595.11 zł.

Jako konsekwencje rachunkowe dokonanej poprawki, zachowując założenia w oparciu, o które została wyliczona cena oferty (wartość początkową przedmiotu leasingu, stopę WIBOR 6(M) z dnia 20.08.2009 r., marżę wykonawcy i wartość rezydualną poprawił wysokość rat wynagrodzenia od 2 do 120 oraz łączną wartość rat wynagrodzenia od 2 do 120 oraz cenę netto i brutto oferty.

Zdaniem zamawiającego, tym działaniem nie dokonał jakichkolwiek zmian oświadczenia woli wykonawcy, wykonawca bowiem przyjął niewłaściwą podstawę do wyliczenia kwoty pierwszej raty, co nosi znamiona omyłki rachunkowej, ewentualnie innej omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Wyjaśnił, że za wiążące przyjął te składniki cenowe, które zależne były od wykonawcy czyli wysokość marży oraz wartość pierwszej raty wyrażoną w procentach od wartości wszystkich rat wynagrodzenia.

3. W ocenie zamawiającego, niezasadność zarzutu protestującego, że należało szukać niezliczonej liczby wariantów liczbowych, aby w końcu znaleźć takie zestawienie wartości rat i przyporządkować wysokość pierwszej raty i następnych rat do wskaźnika procentowego 2.9993% wskazanego w ofercie SG wynika z opisanego sposobu wyliczenia ceny oferty.
4. Podniósł, że wartości kwotowe rat wyliczone w ofercie wykonawcy mają wyłącznie charakter kalkulacyjny dla potrzeb oceny ofert, a nie rozliczeniowy, gdyż czynnikami cenotwórczymi, w oparciu o które będzie wyliczane wynagrodzenie należne wykonawcy są: WIBOR 6(M), marża i procentowa wysokość pierwszej raty w stosunku do wszystkich rat netto.

Wskazał, że zgodnie z zapisami w § 3 projektu umowy bazową stopą procentów dla wyliczenia faktycznych rat wynagrodzenia będzie 6- cio miesięczna stopa WIBOR oraz marża wskazana w ofercie, zaś pierwszy harmonogram płatności zostanie sporządzony przez wykonawcę na dzień zapłaty za przedmiot leasingu w oparciu o stopę WIBOR z dnia zapłaty za przedmiot leasingu przy zachowaniu wszystkich wymogów dotyczących wyliczenia rat wynagrodzenia określonych w SIWZ, warunków określonych w ofercie wykonawcy i założeniu, że okres leasingu rozpoczyna się w dniu zapłaty za przedmiot leasingu.

Na tej podstawie zamawiający stwierdził, że wszystkie elementy, które będą podstawą rozliczeń określone w ofercie SG były prawidłowe i nie zostały zmienione w wyniku poprawienia omyłki.

9

Dodał, że z uwagi na zmienną stopę bazową WIBOR 6(M) nie było możliwe określenie w ofercie rzeczywistej wartości zamówienia, zatem zamawiający określił, w jaki sposób należy wyliczyć cenę oferty oraz mechanizm naliczania wynagrodzenia.

5. Zamawiający wskazał, że w obowiązującym aktualnie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ustawodawca nie wskazuje, w jaki sposób ma on poprawić omyłki rachunkowe, przestając na stwierdzeniu, że zamawiający ma obowiązek poprawić oczywiste omyłki rachunkowe z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Powołując się na wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 1/9 stwierdził, że o sposobie poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych decyduje więc zamawiający, który może skorzystać z różnych przyjętych reguł dokonywania korekt.

Stwierdził także, że zgodnie z aktualnymi poglądami doktryny do kwestii omyłek rachunkowych należy podchodzić w nowy sposób, tj. „Przez omyłkę rachunkową w obliczaniu ceny należy rozumieć omyłkę w przeprowadzaniu rachunków na liczbach. Omyłka rachunkowa w obliczaniu ceny oznacza omyłkę rachunkową, która dotyczy obliczania ceny przy czym musi mieć ona charakter oczywisty. Jeżeli charakter omyłki i okoliczności wskazują, iż każdy racjonalnie działający wykonawca,

który składa ofertę z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego, złożyłby ofertę o odmiennej treści, można uznać, że omyłka ma charakter oczywisty. Powołując się na wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 341/09, wskazał, że omyłką rachunkową jest błąd, który niekoniecznie „rzuca się w oczy”, ale jest widoczny w trakcie sprawdzania poprawności wyliczeń.

6. Odnosząc się do kwestii naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SG zamawiający podniósł, że przepis ten nakazuje odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Tymczasem treść oferty SG nie świadczy o takiej niezgodności, gdyż treścią oferty są w istocie: zaproponowana marża oraz procentowa wysokość pierwszej raty (2.993%). Dodatkowo wskazał, że odrzucenie oferty, w której elementy będące podstawą rozliczeń między stronami zostały określone prawidłowo (marża, wartość procentowa pierwszej raty) a błąd dotyczył jedynie wyliczenia pierwszej raty byłoby sprzeczne z art. 5 Kc. Formalizm w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23.02.2007 r. sygn. Akt X Ga 23/07).
7. Zamawiający uznał, że sposób poprawienia wskaźnika procentowego pierwszej raty, wskazany przez protestującego, byłby poprawieniem omyłki na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i jako taki nie mógłby doprowadzić do odrzucenia oferty S. Nawet

10

gdyby przyjąć sposób poprawienia omyłki wskazany przez protestującego i tak doprowadziłby to do skorygowania oferty do ceny wskazanej przez zamawiającego w piśmie TW/NZ/26-156/3493/2009. Poprawienie omyłek w trybie art. 87 ust. 1 pkt 3 nic może doprowadzić do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten mówi o omyłkach, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

odnośnie poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie protestującego

1. Zamawiający podniósł, że z uwagi na to, że pierwszy harmonogram płatności zostanie sporządzony przez wykonawcę na dzień zapłaty za przedmiot leasingu w oparciu o stopę WIBOR (6)M z dnia zapłaty za przedmiot leasingu, przy zachowaniu wszystkich wymogów dotyczących wyliczania rat wynagrodzenia określonych w SIWZ, warunków określonych w ofercie wykonawcy i założeniu, że okres leasingu rozpoczyna się w dniu zapłaty za przedmiot leasingu, konieczne było poprawienie omyłki w ofercie protestującego, gdyż na podstawie parametrów podanych w ofercie protestującego nie byłoby możliwe wyliczenie faktycznej wysokości pierwszej raty.
2. Zamawiający przyznał, że nie określił w SIWZ sposobu zaokrąglenia wskaźnika procentowego pierwszej raty wynagrodzenia, dając dowolność w sposobie prezentacji w ofercie tego wskaźnika.
3. Stwierdził, że tak jak w przypadku oferty złożonej przez SG poprawa omyłek została dokonana w identyczny sposób tzn. nie zmieniono wartości zależnych od woli protestującego tj. marży wykonawcy oraz wartości procentowej pierwszej raty. Zmiany dokonane zostały jedynie w sterze obliczeniowej, będącej konsekwencją przyjętych przez protestującego składników ceny.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Odnosząc się do treści rozstrzygnięcia protestu, że przyjmując za prawidłowy wskaźnik 2,993% zamawiający poprawił pierwszą ratę z kwoty 2. 977 500,00 PLN na kwotę 2 955 595,11 PLN, odwołujący stwierdził, że zamawiający nie mógł tego zrobić prawidłowo, gdyż nie wiedział, przez jaką kwotę ma przemnożyć wskaźnik 2,993%, nie znał ani prawidłowej kwoty pierwszej raty ani też sumy wszystkich rat, w której to sumie mieści się pierwsza rata leasingowa. Miał zatem równanie z dwiema niewiadomymi: $2,993\%(x+y)=x$, gdzie x jest I-sza rata wynagrodzenia, zaś y suma rat wynagrodzenia od raty 2 do 120. Uznał także, że zmiana wysokości rat od 2 do 120 wcale nie jest zwykłą konsekwencją rachunkową poprawienia pierwszej raty, gdyż rata pierwsza różni się od pozostałych, wobec czego

11

zamawiający musiałby dokonać ponownych skomplikowanych obliczeń - wpływających na kapitał i odsetki - w celu odnalezienia liczby, którą mógł podstawić jako ratę od 2 do 120.

Zdaniem odwołującego, o braku oczywistości błędu poprawionego w ofercie SG świadczy także fakt, że ceny, jakie zamawiający wskazał w wyniku poprawienia rzekomej oczywistej omyłki pisarskiej powodują dalsze błędy w ofercie SGEL - po poprawkach pierwsza rata = 2.955.595,11 zł, suma rat od 2 do 120 = 95.801.898,43 zł, suma wszystkich rat = 98.757.493,54 zł, wskaźnik % pierwszej raty do sumy rat = 2,993%. Oznacza to, że wynik mnożenia 98.757.493,54 x 2,993% powinien być równy pierwszej racie tj. 2.955.595,11 zł, jednak wynik tego mnożenia to w rzeczywistości 2.955.811,78 zł.

Dodał, że dokonywanie zmian w ofercie na podstawie założeń z niej nie wynikających stanowi de facto niedozwoloną formę negocjacji co do treści oferty i jest niezgodne z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, a nadto, że przyjęcie wskaźnika 2,993% jako założenia powodowałoby konieczność odrzucenia oferty SG od razu jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp), gdyż z uwagi na brak oczywistości poprawienie wszystkich składników ceny nie może być uznane za omyłkę rachunkową w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Podniósł, że wskaźnik 2,993% nie stanowi jednak żadnego założenia, zgodnie z zasadą, że to kwoty są podstawą do wyliczenia wskaźnika procentowego, a nie odwrotnie. Wobec tego prawidłowe działanie zamawiającego powinno polegać na prostym obliczeniu prawidłowego wskaźnika procentowego celem sprawdzenia zgodności z SIWZ (poprzez podzielenie wartości pierwszej raty wyrażonej w złotych w ofercie SG przez sumę wszystkich rat wynagrodzenia).

Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu, że treścią oferty wykonawcy jest nie cena, lecz marża oraz procentowa wysokość pierwszej raty, odwołujący wskazał, że jest to sprzeczne z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym cena jest obligatoryjnym kryterium oceny ofert.

Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu, że poprawienie omyłki w sposób żądany przez odwołującego (tj. skorygowanie wskaźnika procentowego do 3,0151821 %) byłoby w rzeczywistości poprawieniem innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że nie jest to twierdzenie prawdziwe, gdyż wskaźnik przekraczający 3% jest obiektywnie niezgodny z treścią SIWZ i faktu tego nie można zmienić. Zamawiający nie mógłby poprawić tego wskaźnika tak, aby był on zgodny z treścią SIWZ, gdyż: (i) nie wiadomo do jakiej wartości poniżej 3% miałby go obniżyć, (ii) obniżenie wskaźnika spowodowałoby istotną ingerencję w treść oferty, gdyż spowodowałoby to niezgodność ze wszystkimi ratami wynagrodzenia oraz ceną, czego nie da się poprawić bez istotnej ingerencji i zmiany założeń (analogicznie jak w przypadku oczywistej omyłki rachunkowej).

12

Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu, że cena ofertowa jest jedynie kwotą, która ma służyć porównaniu ofert oraz, że faktycznie zapłacona cena będzie różna, co miałoby uzasadniać mniej rzetelne podejście do wyliczenia ceny, odwołujący uznał za rażąco niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Podkreślił, że każdy z wykonawców dążył do maksymalizacji części kapitałowej zawartej w I-szej racie wynagrodzenia, gdyż spowodowało to mniejszą kwotę odsetek w pozostałych ratach wynagrodzenia, a przez to niższą cenę ofertową. Wszyscy wykonawcy oprócz SG przyjęli tę zasadę SIWZ, przez co doznali pokrzywdzenia oraz, że w usługach finansowych nawet z pozoru niewielkie poprawki mają istotny wpływ na inne parametry i obliczenia, czego przykładem może być działanie zamawiającego, który twierdzi, że poprawił tylko pierwszą ratę leasingową (a kolejne poprawki stanowiły tylko konsekwencje rachunkowe), co w rzeczywistości spowodowało niezgodność z sumą wszystkich rat. Dodał, że precedensem w sferze finansów byłoby przyjęcie, że obliczenia arkusza kalkulacyjnego Excel mogą być błędne.

Odnosząc się do tezy, że to do zamawiającego obecnie należy wybór sposobu poprawienia omyłki rachunkowej, odwołujący wskazał, że nie ma on jednak prawa arbitralnego określania, jaka omyłka jest oczywista a jaka nie. Oczywistość omyłki ma charakter obiektywny, sam fakt błędnych wyników skomplikowanych obliczeń zamawiającego świadczy o braku jednoznaczności omyłek.

Ocecił, że zamawiający nie postąpił także w zgodzie z powoływanym przez siebie "nowym" podejściem do omyłek rachunkowych, gdyż żaden racjonalnie działający wykonawca nie złożyłby oferty w postaci poprawionej przez zamawiającego - nieracjonalne i niezgodne z SIWZ jest wskazywanie dwóch różnych pierwszych rat wynagrodzenia (pierwsza podana w pkt 1 oferty 2.955.595,11 zł, a druga odmienna wynikająca z pomnożenia sumy wszystkich rat przez współczynnik 2,993%: 98.757.493,54 zł x 2,993% = 2.955.811,78 zł).

Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu w części dotyczącej poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie odwołującego, odwołujący uznał wywód zamawiającego za niezrozumiały, gdyż odwołujący wyraźnie wskazał pierwszą ratę, tak samo jak i wysokość pozostałych rat, a zatem zamawiający nie miał żadnych podstaw do ich zmiany. Wszystkie wartości podane są prawidłowo. Prawidłowo został też podany wskaźnik procentowy pierwszej raty w stosunku do sumy wszystkich rat: 2,9994%, co jest zaokrągleniem 2,9993738% (wynik działania 3.015.000,00 PLN / 1100.520.982,00 PLN). Wskazał, że poprawki zamawiającego, podobnie jak w przypadku oferty SG, prowadzą do sprzeczności i błędów.

13

Sygn akt: KIO/UZP 1442/09

W przedmiotowym postępowaniu protest złożył także wykonawca - Millenium Leasing sp. z o.o. Protest dotyczył zaniechania odrzucenia oferty SG, oferty ING oraz zaniechania wyboru oferty Millenium Leasing sp. z o.o. i obejmował zarzuty naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia w przyszłości przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

W uzasadnieniu protestu w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty SG, którą objęło odwołanie złożonego w wyniku złożenia tego protestu przez ING Lease sp. z o.o. wskazano, że oferta SG w sposób oczywisty narusza założenia leasingu przewidziane w SIWZ, z tego względu, że wysokość pierwszej raty wynagrodzenia podana przez SG w złożonej przez niego ofercie stanowi 3,0151821 % sumy wszystkich rat leasingowych. Nie ulega zatem wątpliwości, iż oferta SG nie spełnia założenia przewidzianego w Rozdziale "Dokumentacja Określająca Przedmiot Zamówienia", części Założenia Leasingu, pkt 5.

Podniesiono, że zamawiający błędnie uznał, że SG popełnił oczywistą omyłkę rachunkową w wartości pierwszej raty wynagrodzenia oraz w pozostałych składniach ceny, gdyż działanie zamawiającego jest działaniem na tyle skomplikowanym, że w zasadzie prowadzi do przeprowadzenia przez zamawiającego ponownego obliczenia ceny, co stanowi również o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji.

Zamawiający protest oddalił, powtarzając argumentację zawartą w rozstrzygnięciu protestu ING Lease sp. z o.o.

W odwołaniu odwołujący ING Lease sp. z o.o. podtrzymał zarzuty zawarte uprzednio w proteście Millenium Leasing sp. z o.o. w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty SG Equipment Leasing Polska sp. z o.o.

Argumentacja odwołującego jest tożsama z argumentacją zawartą w proteście i odwołaniu złożonym w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1434.

14

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, oferty oraz pism zamawiającego z dnia r. przystępującego odwołującego, 04.09.2009 (TW/NZ/261-156/3493/2009 oraz TW/NZ/261-156/3494/2009) informujących odpowiednio o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie przystępującego oraz odwołującego, oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz w przystąpieniach do postępowania protestacyjnego i odwoławczego, a także w toku rozprawy, skład orzekający lzby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia protestu (KIO/UZP 1434/09) / przystąpienia do protestu (KIO/UZP 1442/09) oraz odwołań (KIO/UZP 1434/09, KIO/UZP 1442/09), ponieważ potwierdził się, że zamawiający nie miał podstaw do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie przystępującego w sposób wskazany w piśmie z dnia 04.09.2009 r. i bezprawnie zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy, oznaczałoby dla odwołującego, niezależnie od uznania zasadności lub nie poprawienia przez zamawiającego oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, szansę na uzyskania przedmiotowego zamówienia, skoro jego oferta byłaby ofertą z najniższą ceną, a cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu (zgodnie z Rozdziałem I pkt 12 SIWZ).

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił nadto:

Sposób obliczenia ceny zamawiający zawarł w pkt 9 Rozdziału I SIWZ („Instrukcja dla Wykonawców”).

Zgodnie z pkt. 9.1. cenę oferty (netto i brutto) należało podać w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Zgodnie z pkt 9.2 dla celów oceny ofert cenę oferty należało wyliczyć jako sumę wszystkich rat wynagrodzenia (od 1 do 120) i wartości wykupu przedmiotu leasingu. Zamawiający tam też wskazał, że raty wynagrodzenia składają się z rat leasingowych (kapitał) i odsetek obliczonych wg stopy bazowej WIBOR 6M (z dokładnością do trzech miejsc po przecinku) z dnia 20.08.2009 r., z uwzględnieniem marży wykonawcy oraz prowizji i opłat wliczonych w pierwszą ratę. W cenie należało uwzględnić 120 pełnych okresów odsetkowych, licząc każdy okres odsetkowy jako 30 dni.

Zgodnie z „Formularzem oferty” - Rozdział IV SIWZ - wykonawcy byli zobowiązani wskazać w ofercie ceny za realizację zamówienia, tj.:

15

1. ceny netto w złotych, liczbą i słownie,
2. stawkę VAT (%),
3. ceny brutto w złotych, liczbą i słownie.

Dodatkowo w „Formularzu ofertowym” zamawiający zażądał podania informacji o założeniach, w oparciu o które została wyliczona cena, tj. podania:

1. przedmiotu leasingu (narzucony przez zamawiającego w samym Formularzu: „15 tramwajów niskopodłogowych typu 120 N),
2. wartości początkowej przedmiotu leasingu (narzucona przez zamawiającego w samym Formularzu: „75 000 000 PLN”),
3. stopy WIBOR (6) M z dnia 20.08.2009 r. (wszyscy wykonawcy wskazali w swoich ofertach: 4,330%),
4. marży wykonawcy,
5. wartości rezydualnej (narzucona przez zamawiającego w samym Formularzu: 1% wartości początkowej przedmiotu leasingu).

Nadto w „Formularzu ofertowym” zamawiający zażądał:

1. podania wysokości pierwszej raty wynagrodzenia w PLN, liczbą i słownie oraz wskazania wartości prowizji i opłat w PLN, liczbą i słownie, uwzględnionych w pierwszej racie.
2. podania - w nawiasie, przed podaniem wysokości pierwszej raty wynagrodzenia - ile procent wartości netto wszystkich rat wynagrodzenia stanowi ta rata („Pierwsza rata wynagrodzenia (stanowiąca% wartości netto wszystkich rat wynagrodzenia), w wysokości PLN / słownie:/”),
3. podania jednej wysokości rat od drugiej do sto dwudziestej w PLN, liczbą i słownie (co wynika z użycia słowa „każda”) oraz łącznej ich wartości w PLN, liczbą i słownie,
4. podania wartości rezydualnej (narzucona przez zamawiającego w samym Formularzu: „wynosząca 750 000,00 PLN”).

W Rozdziale II SIWZ „Dokumentacja określająca przedmiot zamówienia” w pkt II zamawiający określił „Założenia leasingu”, w tym w szczególności:

1. walutę leasingu (PLN),
2. czas trwania leasingu (120 miesięcy (10 lat),

3. prowizje i opłaty (brak opłat wstępnych, dopuszczono stosowanie innych prowizji i opłat z zastrzeżeniem, że wszystkie opłaty i prowizje muszą być elementem I raty wynagrodzenia),
4. odnośnie I raty wynagrodzenia - dopuszczono, aby rata ta była większa od pozostałych, ale nie wyższa niż „3% sumy wszystkich rat wynagrodzenia, wyliczonych w oparciu o stopę WIBOR (6)M z dn. 20.08.2009 r.”,

16

-
5. odnośnie pozostałych rat (od 2 do 120) - wprowadzono wymóg, że muszą być równe, z uwzględnieniem konieczności ich waloryzacji wynikającej ze zmiany stopy WIBOR (6)M,
 6. wartość wykupu (1% wartości przedmiotu leasingu),
 7. stopę bazową (WIBOR (6)M).

Zarówno ofertę odwołującego, jak i przystępującego zamawiający poprawił na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp („oczywiste omyłki rachunkowe”).

Biorąc pod uwagę fakt, że protest można wnieść wyłącznie wobec czynności już dokonanych przez zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp) i wobec tego, że takiej właśnie czynności dotyczą wniesione protesty, poprzedzające rozpoznawane przez Izbę odwołania (czynność poprawienia omyłek na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp), skład orzekający Izby pominął argumentację stron i przystępującego odnoszącą się do przypadku, gdyby zamawiający poprawił w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego omyłki na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z tego samego względu skład orzekający Izby nie odniósł się do potencjalnego naruszenia przez zamawiającego (w przyszłości) przepisu art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny) nie potwierdził się.

Stosownie do przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiającemu wolno wybrać ofertę najkorzystniejszą wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Jak wskazano powyżej takim kryterium oceny ofert - jedynym w przedmiotowym postępowaniu - jest cena, tj. wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp).

Sposób wyliczenia ceny zamawiający jej zobligowany ująć w treści SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

Prawidłowo podany sposób obliczenia ceny (w toku przedmiotowego postępowania nie został on zakwestionowany przez żadnego z wykonawców) nie może nie doprowadzić do wyboru oferty cenowo najkorzystniejszej, o ile tylko zastosują się do niego wykonawcy.

17

Skoro zatem zamawiający przewidział w Rozdziale I pkt 9 SIWZ wyliczenie ceny ofertowej z uwzględnieniem marży wykonawcy, a także opłat i prowizji, to elementy te - decydujące o atrakcyjności ceny ofertowej - znalazły swoje odzwierciedlenie w cenie ofertowej.

Skład orzekający Izby co do zasady podziela stanowisko zamawiającego co do konieczności łącznego odczytywania postanowień SIWZ, w tym co do sposobu kalkulowania ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wynikającego zarówno z tej części SIWZ, która dedykowana jest sposobowi obliczenia ceny, jak i innych części SIWZ, choć niewątpliwie pożądanym jest kompleksowe regulowanie danego zagadnienia w części SIWZ temu zagadnieniu poświęconemu, co ułatwia sporządzanie ofert wykonawcom, zmniejsza prawdopodobieństwo popełnienia przez nich błędów i w konsekwencji leży w interesie samego zamawiającego, który zapewni sobie dysponowanie większą liczbą prawidłowych ofert.

Jednak w ocenie składu orzekającego Izby, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest uprawnione przyjąć, że sposób obliczenia ceny wynika z „założeń leasingowych, opisanych w Rozdziale II pkt II, a także generalnie z całego opisu przedmiotu zamówienia. Czym innym jest bowiem opis sposobu obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp) - a więc metody, techniki, elementy, jakie należy uwzględnić przy dochodzeniu do oferowanej ceny, a czym innym opis przedmiotu zamówienia, w tym ujęcie „parametrów granicznych, minimalnych, czy maksymalnych” (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), choć oczywistym jest, że obliczenie ceny w oderwaniu od opisu przedmiotu zamówienia nie jest w ogóle możliwe.

W przedmiotowym postępowaniu pozorne „zacieranie się” różnic pomiędzy sposobem obliczenia ceny a opisem przedmiotu zamówienia wiązać należy z charakterem samego zamówienia, tj. usługą finansową. Niektóre elementy, które wpływały na obliczenie ceny i zostały podane w Rozdziale I pkt 9 stanowiły jednocześnie opis przedmiotu zamówienia.

Konsekwencją tego rozróżnienia (sposób obliczenia ceny / opis przedmiotu zamówienia) jest inna podstawa prawna obligująca zamawiającego do odrzucenia oferty. O ile bowiem w przypadku zaoferowania przedmiotu zamówienia nie wypełniającego wymogów „merytorycznych” zamawiającego, podstawę tę stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, o tyle w przypadku błędów w obliczeniu ceny podstawę tę stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, brak jest podstaw do uznania, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, nie odrzucając na tej podstawie oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby nie stwierdził bowiem w ofercie przystępującego („Oferta”) niezgodności co do sposobu podania, czy wyliczenia ceny ofertowej wg wskazanych

18

powyżej wymagań. Nie stwierdzono w szczególności, aby cena ofertowa przystępującego nie była wyrażona w złotych polskich, aby nie była wyrażona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, aby cena oferty nie stanowiła sumy wszystkich rat wynagrodzenia i wartości wykupu leasingu, aby przystępujący nie wskazał marży, w oparciu o którą wyliczył cenę lub nie podał wielkości prowizji i opłat (podobnie jak inni wykonawcy podał wartość 0 zł), czy zastosował stopę bazową WIBOR 6M z innego dnia niż 20.08.2009 r. lub z inną dokładnością niż trzy miejsca po przecinku bądź uwzględnił inną liczbę pełnych okresów odsetkowych niż 120, licząc każdy okres odsetkowy jako 30 dni. Podał, podobnie jak inni wykonawcy, wysokość marży w skali roku.

Wobec powyższych ustaleń skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do dokonywania jakichkolwiek korekt w cenie ofertowej przystępującego skoro nie uchybił on żadnemu z wymogów zamawiającego w zakresie sposobu obliczenia ceny, ani też nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zatem jedyną wartością wskazaną w ofercie przystępującego, jaka mogłaby zostać uwzględniona przy wylanianiu oferty najkorzystniejszej byłaby wartość ceny brutto, tj. 121 390 309,67 zł.

Skład orzekający Izby, uznając w pełni aktualność argumentacji wskazanej powyżej, uznał także, że zamawiający nie miał podstaw do skorygowania ceny ofertowej odwołującego, nie uchybił on bowiem żadnemu z wymogów zamawiającego wskazanych w treści SIWZ. Zamawiający, dokonując zatem poprawienia oferty odwołującego z powołaniem się na rzekomo występującą w treści tej oferty oczywistą omyłkę rachunkową, naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) potwierdził się.

W Rozdziale II pkt II „Założenia leasingu” zamawiający postawił m.in. wymóg odnośnie I raty wynagrodzenia, aby rata ta była większa od pozostałych, ale nie wyższa niż „3% sumy wszystkich rat wynagrodzenia, wyliczonych w oparciu o stopę WIBOR (6)M z dn. 20.08.2009 r.”

Trudności w przypisaniu znaczenia tego wymogu wynikają z faktu, że z jednej strony

wymóg ten został ujęty w opisie przedmiotu zamówienia, a zatem odnieść go należy do etapu oferowania, a także realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej wymóg ten wprost

19

odnosi się do konkretnie wskazanej daty przeszłej, stąd obiektywna niemożliwość jej zmiany na etapie realizacji przedmiotu zamówienia (data ta nie może odnosić się do etapu realizacji zamówienia)

W ocenie skład orzekającego Izby, wobec tych wątpliwości, jedynym sposobem, aby przypisać temu wymogowi SIWZ realne znaczenie jest uznanie, że żądana relacja I raty do sumy wszystkich pozostałych rat będzie podlegała przez zamawiającego sprawdzeniu jednorazowo - wyłącznie na etapie badania i oceny ofert, jedynie bowiem w tym przypadku ceny ofertowe wykonawców uwzględniają tę konkretną stopę WIBOR z tego konkretnego dnia.

Współczynnik 2,993% wskazany w ofercie przystępującego formalnie mieści się w żądanej wartości granicznej, tj. poniżej 3%, jednak nie stanowi on wyniku dzielenia (stosunku) wartości I raty netto (2 977 500,00 PLN) i sumy wszystkich rat wynagrodzenia netto (98 750 254,14 PLN, tj. 2 977 500,00 PLN + 95 772 754,14 PLN), uprzednio wyliczonych w oparciu o stopę WIBOR (6)M z dn. 20.08.2009 r.

Sprawdzenie zgodności zaoferowania wskaźnika poniżej 3%, poprzez wyliczenie stosunku wskazanych powyżej wartości i uzyskanie wyniku powyżej 3% winno doprowadzić do poprawienia tej oczywistej omyłki rachunkowej.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przyjęcia, jak uczynił to zamawiający, że założeniem oferty każdego z wykonawców był procent, jaki stanowi pierwsza rata netto w stosunku do wartości netto wszystkich rat wynagrodzenia, co spowodowało, że ten współczynnik procentowy zamawiający uznał za wiążący i do niego dostosował wszystkie wskazane przez wykonawców liczbą i słownie wartości ofertowe.

W ocenie składu orzekającego Izby, nie może stanowić założenia, a zatem punktu wyjścia coś, co jest wynikiem - elementem wtórnym. Zgodnie ze znaczeniem słowa „założenie”, przyjętym w języku polskim jest to „zasada stanowiąca podstawę dalszych wywodów lub dalszego postępowania”, „coś, co daje początek”. W przedmiotowym postępowaniu jest to element wtórny w stosunku do wyliczonych uprzednio: raty pierwszej i sumy wszystkich rat (1 - 120). Trafnie podnosił odwołujący, że „to kwoty są podstawą wyliczenia wskaźnika procentowego, a nie odwrotnie”.

Natomiast założeniami, które wykonawcy mieli obowiązek uwzględnić / zastosować / wykorzystać w ramach przedmiotowego postępowania, wyceniając wartość zamówienia były elementy narzucone przez zamawiającego, wskazane w treści Formularza ofertowego”, tj. wartość początkowa przedmiotu leasingu, stopa WIBOR (6)M z dnia 20.08.2009 r. oraz wartość rezydualna oraz marża, której wielkość wykonawcy przyjąć mieli wedle własnej decyzji. Wobec właśnie tych elementów, zawartych w tabeli znajdującej się na stronie 1 „Formularza ofertowego” sam zamawiający użył sformułowania: „następujące założenia”.

20

Nadto zwrócić należy uwagę na fakt, że zamawiający konsekwentnie, w pismach do odwołującego i przystępującego z dnia 04.09.2009 r., informujących o dokonanych poprawkach podał: „zachowując założenia, w oparciu o które została wyliczona cena oferty (wartość początkowa przedmiotu leasingu, stopa WIBOR, marża Wykonawcy, wartość rezydualna) Zamawiający poprawił (...)”.

Skład orzekający Izby stwierdził także, że w zależności od przyjętej dokładności wyrażenia współczynnika: 3% (bez wskazywania wartości po przecinku), 3,01% (z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku) lub 3,015% (z dokładnością do trzech miejsc po przecinku) współczynnik ten spełnia albo nie spełnia wymóg zamawiającego (3% jest równe, ale nie jest wyższe niż żądane 3%).

Wobec braku uregulowań SIWZ co do dokładności wyrażenia stosunku procentowego pierwszej raty do wartości netto wszystkich rat wynagrodzenia (na co wskazywał sam odwołujący) uznać należy, że wyrażenie tego stosunku z dokładnością zarówno do czterech miejsc po przecinku (jak wskazał odwołujący w swojej ofercie), do trzech miejsc po przecinku (jak wskazał przystępujący w swojej ofercie) jak i do „liczb całkowitych” jest zgodne z wymogiem SIWZ, zawartym w Rozdziale II pkt II „Założenia

leasingu", w którym zamawiający nie narzucił żadnej dokładności wyrażenia współczynnika.

W sytuacji, gdy wskazany przez przystępującego wskaźnik procentowy jest błędny, zamawiający winien go skorygować, o czym była mowa wyżej.

W przedmiotowej sprawie do rozstrzygnięcia pozostaje jednak, wobec braku uregulowań SIWZ co do dokładności wyrażenia stosunku procentowego pierwszej raty do wartości netto wszystkich rat wynagrodzenia z jednej strony oraz wyrażenia tego stosunku w ofercie przystępującego z dokładnością do trzech miejsc po przecinku z drugiej strony, jaką dokładność winien przyjąć zamawiający, korygując ofertę przystępującego.

W ocenie skład orzekający Izby, wobec pozostawienia tej kwestii do uznania wykonawców oraz wobec wskazania przez przystępującego w swojej ofercie współczynnika z dokładnością do trzech miejsc po przecinku, ta właśnie dokładność winna zostać zachowana przez zamawiającego przy korekcie oferty przystępującego (3,015%), co oznacza, że treść tej oferta nie odpowiada w tym zakresie treści SIWZ i winna zostać odrzucona.

Wobec powyższych ustaleń skład orzekający Izby za nieuprawnione uznał zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznał naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

21

Skład orzekający Izby nie znalazł natomiast podstaw do przypisania zamawiającemu odrębnego naruszenia przepisu art. 82 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, uznając, że zachowanie zamawiającego w tym zakresie może być ocenione pod kątem naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie znalazł także podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zamawiający prowadził z przystępującym jakiegokolwiek negocjacje dotyczące złożonej przez przystępującego oferty, w wyniku których doszło do zmiany treści tej oferty oraz nie wskazał, jakim działaniem / zaniechaniem zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 191 ust. 4 ustawy Pzp oraz § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327), w związku z art. 187 ust. 1 ustawy Pzp, wobec zarządzenie przez Prezesa Krajowej Izby łącznego rozpoznania odwołań o sygn. akt KIO/UZP 1434 i KIO/UZP 1442/09 (Zarządzenie z dnia 6 października 2009 r.) wydał w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b 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. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, uznając je, wobec tożsamości zarzutów podnoszonych w obu odwołaniach, za odpowiadające jego nakładowi pracy.

22

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....