

WYROK
z dnia 22 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Renata Tubisz**

Członkowie: **Klaudia Szczytowska-Maziarz**
Barbara Bettman

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ING Bank Śląski Spółka Akcyjna, ul. Mickiewicza 43, 40-084 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Prezydenta Miasta Tychy, Al. Niepodległości 49, 43-100 Tychy** protestu z dnia 29 października 2009 r.

przy udziale **PKO Bank Polski S.A. Regionalny Oddział Korporacyjny Centrum Korporacyjne w Tychach, ul. Dmowskiego 27, 43-100 Tychy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża ING Bank Śląski Spółka Akcyjna, ul. Mickiewicza 43, 40-084 Katowice

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 wpisu uiszczonego przez **ING Bank Śląski Spółka Akcyjna, ul. Mickiewicza 43, 40-084 Katowice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ING Bank Śląski Spółka Akcyjna, ul. Mickiewicza 43, 40-084 Katowice.**

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 06.08.2009 r.

Odwołującym jest: ING Bank Śląski SA z siedzibą w Katowicach przy ul. Sokolskiej 34, 40-086 Katowice. Adres do doręczeń: ING Bank Śląski SA Centrum Bankowości Korporacyjnej w Katowicach ul. Mickiewicza 3, 40-092 Katowice zwany dalej „Odwołującym”.

Zamawiającym jest: Miasto Tychy reprezentowane przez Prezydenta Miasta Al. Niepodległości 49, 43-100 Tychy zwany dalej „Zamawiającym”.

Przystępującym do postępowania odwoławczego jest Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. Regionalny Oddział Korporacyjny w Katowicach Centrum Korporacyjne w Tychach., 43 -100 Tychy, ul. Dmowskiego 27 zwany dalej „Przystępującym po stronie Zamawiającego” lub „Wykonawca wybrany”.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest "Wykonywanie bankowej obsługi budżetu Miasta Tychy w latach 2010-2014" prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie 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 PZP”, o wartości powyżej kwot określonych w art. 11 ust. 8 ustawy PZP

odwołanie od oddalenia protestu.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu bezprawny wybór oferty PKO Bank Polski SA. Regionalny Oddział Korporacyjny w Katowicach Centrum Korporacyjne w Tychach ul. Dmowskiego 27,43-100 Tychy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- a) art.89 ust. 1 pkt.2. ustawy PZP -przez nie odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ)
- b) art.89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 2 i 3 ustawy PZP -przez nie odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- c) art. 90 ust 2 i 3 ustawy PZP -przez przyjęcie niewystarczających wyjaśnień PKO Bank Polski SA. Regionalny Oddział Korporacyjny w Katowicach Centrum Korporacyjne w Tychach i w konsekwencji wybór oferty w sposób niezgodny z zasadami określonymi Ustawą,
- d) art. 7 ust. 1 i art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy PZP - przez nie odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Z uwagi na powyższe naruszenia Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- c) odrzucenia oferty PKO Bank Polski SA. Regionalny Oddział Korporacyjny w Katowicach Centrum Korporacyjne w Tychach,
- d) ponowny wybór oferty najkorzystniejszej tj. oferty kolejnej -ING Banku Śląskiego SA.

1. Naruszenie art.89 ust. 1 pkt.2 ustawy PZP. Zgodnie z zapisami SIWZ koniecznym elementem oferty (przedmiotem zamówienia) było posiadanie przez Wykonawcę usługi "czek elektroniczny". W odpowiedziach na zapytanie w sprawie SIWZ z dnia

25.08.2009 Ad 1 b Zamawiający szczegółowo wyjaśnił, iż dla realizacji przedmiotu Zamówienia koniecznym jest uwzględnienie elektronicznej i papierowej realizacji czeków. Zamawiający w tymże piśmie określił również precyzyjnie jak powinna być rozumiana elektroniczna realizacja "czeków elektronicznych".

Odwołujący na podstawie przeglądu dostępnej na stronach internetowych oferty PKO Bank Polski SA. (w tym Przewodnika użytkownika i PKO biznes -systemu bankowości internetowej PKO banku Polskiego SA) ustalił, że PKO Bank Polski SA. nie posiada w swojej ofercie produktu odpowiadającego wymogom SIWZ, jakim jest "czek elektroniczny" (lub tego produktu o innej nazwie handlowej lub marketingowej). Dodatkowo PKO Bank Polski SA. w piśmie z dnia 02.11.2009r. stwierdził, iż "Oferta dostępna na stronach Banku jest ofertą publiczną, standardową i nie musi zawierać szczegółowych, indywidualnych produktów kierowanych do wąskiej grupy klientów. Ponadto posiadanie takiego produktu nie było warunkiem złożenia oferty, lecz jest elementem realizacji umowy, która będzie wykonywana od 1 stycznia 2010 r. i wchodzi z zakres przedmiotu zamówienia, o którym mowa w części III ust. 2A pkt 8 SIWZ. Przystępujący stosując rozwiązania niestandardowe oświadcza, iż jest w stanie zapewnić Zamawiającemu korzystanie z opisanego produktu".

Przytoczone zdania jednoznacznie dowodzą, iż PKO Bank Polski S.A. składając ofertę nie posiadał produktu odpowiadającego wymogom SIWZ, jakim jest "czek elektroniczny". Oświadczył jedynie, iż jest w stanie zapewnić taki produkt w chwili realizacji umowy.

Zamawiający oddalając protest w uzasadnieniu podzielił pogląd Przystępującego. W szczególności Zamawiający stwierdził, iż "Wykonawca składając ofertę w postępowaniu p.n. Wykonywanie bankowej obsługi budżetu Miasta Tychy w latach 2010-2014 oraz podpis pod ofertą, złożył jednocześnie oświadczenie, że oferowane przez niego usługi spełniają wymagania określone w punkcie III SIWZ jak i oświadczył, że zapoznał się z istotnymi dla stron postanowieniami, które zostaną wprowadzone do treści umowy.

Odwołujący nie zgadza ze stanowiskiem Zamawiającego. Nie można podzielić poglądu, że posiadanie "czeku elektronicznego" (lub tego produktu o innej nazwie handlowej lub marketingowej) nie było warunkiem złożenia oferty, a jedynie elementem realizacji umowy. W pkt VI Ustalenie ilości punktów za poszczególne kryteria SIWZ Zamawiający wyraźnie zażądał określenia w ofercie ceny za ten produkt, którą należało podać w Formularzu Ofertowym Załącznik nr 3 do SIWZ pkt 8 Tabeli. Powyższe jednoznacznie dowodzi, iż Zamawiający oczekiwał, iż Wykonawca taki produkt posiada w chwili składania oferty i jest w stanie go rzetelnie wycenić. W przeciwnym razie Zamawiający nie byłby w stanie ocenić zgodności oferty w wymaganiami SIWZ. Nie można, bowiem oceniać produktu jak i jego kosztu w fazie przygotowywania.

Przyjęcie oświadczenia Wykonawcy, że oferowane przez niego usługi spełniają wymagania określone w punkcie III SIWZ i że produkt zostanie wprowadzony do oferty przed dniem 01

stycznia 2010 r. (i to w zakresie oraz specyfice jednoznacznie określonej przez Zamawiającego) w opinii Odwołującego nie może zostać uznane, jako rzetelne.

Posiadanie produktu "czek elektroniczny" w opinii Odwołującego zgodnie z treścią SIWZ wymogiem przystąpienia do postępowania,

2. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 2 i 3 ustawy PZP -przez nie odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy PZP -poprzez nie odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

PKO Bank Polski SA. zaoferował wszystkie produkty bankowe będące przedmiotem zamówienia w okresie 5 lat obsługi za cenę zero zł. Jedynym elementem składowym ceny zaproponowanej przez PKO Bank Polski SA jest punkt 22 formularza ofertowego - oprocentowanie kredytu w rachunku bankowym" wynoszące 2.545.000,00 zł. Należy podkreślić, iż zgodnie z SIWZ -pkt III ppkt 2 Zakres Zamówienia lit B -udzielenie kredytu jest wyraźnie uzależnione od zaistnienia bieżącej potrzeby Zamawiającego w trakcie 5 lat obsługi. Mając na uwadze powyższe PKO Bank Polski SA. nie może zakładać, iż pokryje koszty obsługi rachunków przychodem z tytułu udzielenia kredytu, gdyż należy również brać pod uwagę fakt, iż Zamawiający w ogóle nie skorzysta z usługi udzielenia kredytu. W takim przypadku Wykonawca będzie zobowiązany zrealizować zamówienie za cenę zero złotych.

Usługi związane z prowadzeniem rachunków bankowych oraz usługi kredytowe charakteryzują się całkowicie odmienną specyfiką, co zresztą uwzględnił w SIWZ sam Zamawiający, oddzielając zagadnienia wiążące się z prowadzeniem rachunków bankowych od zagadnień dotyczących udzielenia kredytu.

Zgodnie z SIWZ przedmiotem zamówienia, dotyczącego sfery kredytowej jest: udzielenie (w przypadku zaistnienia takiej potrzeby) kredytu bieżącego w rachunku podstawowym budżetu miasta do kwoty 15 mln zł. Należy w tym miejscu podkreślić, iż każdorazowo zaciągnięcie kredytu bieżącego oraz jego maksymalna wysokość wymaga uwzględnienia w uchwale budżetowej.

Wykonawca zatem nie może oprzeć kalkulacji ceny za obsługę jedynie na marży kredytowej, gdyż zaciągnięcie kredytu zależy zarówno od wystąpienia potrzeby Zamawiającego, uchwały budżetowej na dany rok oraz oceny zdolności kredytowej zgodnie z prawem bankowym.

W związku z powyższym zaproponowaną cenę oferty złożonej przez PKO Bank Polski SA. należy uznać za rażąco niską w stosunku do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

3. Naruszenie art. 90 ust 2 i 3 ustawy PZP -przez przyjęcie niewystarczających wyjaśnień PKO Bank Polski SA.

Zamawiający zwrócił się do PKO Bank Polski SA. z prośbą o wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez PKO Bank Polski SA.

W opinii Odwołującego treść złożonych przez PKO Bank Polski SA w żaden sposób nie wyczerpuje przesłanek zawartych w art. 90 ust 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z wyrokiem z dnia 31 sierpnia 2009 roku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (KIO/UZP 1066/09) "zaistnienie po stronie Wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. Wykonawca poprzestając jedynie na złożeniu wyjaśnień i odstępując od udowodnienia powołanych przyczyn czyni to na własne niebezpieczeństwo. Udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust 2 Pzp prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone." Wyjaśnienia złożone przez PKO Bank Polski SA. nie zawierają żadnych, nawet szacunkowych wyliczeń spodziewanej dochodowości, nie uwzględniają wybranych rozwiązań technicznych, nie pokazują oszczędności metody wykonania zamówienia ani wyjątkowych warunków sprzyjających wykonaniu zamówienia.

W oparciu o zadeklarowane w Specyfikacji wielkości depozytów i przepływów na rachunkach, Bank dokonał rzetelnej kalkulacji opłacalności całej oferty i na tej podstawie oszacował minimalną cenę, jaką gwarantuje dodatni wynik finansowy realizowanego zamówienia.") -w żaden sposób nie można ocenić, czy przewidywane przez Wykonawcę przychody odsetkowe gwarantują rentowność zamówienia. PKO Bank Polski SA nie przedstawił żadnej kalkulacji potwierdzającej powyższe założenie.

Także kolejne argumenty PKO Banku Polskiego SA -wysoka ocena wiarygodności Zamawiającego oraz fakt uczestniczenia przez PKO BP SA w licznych postępowaniach przetargowych i zdobyte w tym zakresie doświadczenie -również w żaden sposób nie wyjaśniają elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust 2 ustawy PZP prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 05.11.2009 r. przez jego oddalenie, zgodnie z poniższym uzasadnieniem:

Ad 1. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, Zamawiający podnosi, co następuje: Wykonawca składając podpis pod ofertą, składa jednocześnie oświadczenie, że oferowane przez niego usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w punkcie III specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i oświadcza, że zapoznał się z istotnymi dla stron postanowieniami, które zostaną wprowadzone do treści umowy. Ponadto posiadanie takiego produktu nie było warunkiem złożenia oferty, lecz jest elementem realizacji umowy, która będzie wykonywana od 01 stycznia 2010 r. i wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia, o którym mowa w części III ust. 2A pkt 8 SIWZ. Wykonawcy podpisując się pod ofertą ponoszą całkowitą odpowiedzialność za informacje w niej zawarte. W opinii Zamawiającego nie doszło zatem do naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.

Zamawiający stwierdził, że wystarczającym potwierdzeniem, że oferowane usługi -usługa pn.: czek elektroniczny -są dostępne, jest złożona oferta.

Zamawiający twierdzi, iż informacje internetowe, nawet pochodzące z oficjalnej strony PKO Bank Polski S.A nie mogą stanowić wystarczającego dowodu skutkującego obaleniem prawdziwości treści oświadczenia złożonego w ofercie i są niewystarczające dla obalenia domniemania prawdziwości.

Ad. 2 i 4. Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90ust.2 i 3 ustawy PZP oraz art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP nie zasługuje na uwzględnienie.

W tym miejscu należy nadmienić, iż Zamawiający przy ocenie, czy oferta w swojej całości zawiera rażąco niską cenę musi brać pod uwagę ogólną cenę oferty. Podobne stwierdzenie można znaleźć na str. 305 w "Prawo zamówień publicznych. Komentarz" Warszawa 2007 r., pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, cyt. "Przy ocenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę należy brać pod uwagę ogólną cenę oferty. Zamawiający nie może zatem opierać się wybiórczo na poszczególnych elementach kalkulacyjnych, stanowiących część składową ceny".

Przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający powinien na podstawie art. 90 ust. 1 zwrócić się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do Wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (patrz: wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 333/08).

Zamawiający podjął decyzję i zwrócił się do wszystkich Wykonawców -którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu -o złożenie wyjaśnień mających wpływ na wysokość ceny. Wszystkie złożone oferty znacząco odbiegały od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością, ponieważ były przygotowywane w oparciu o ceny

usług bankowych przedłożonych przez poszczególne banki. Dopiero oferty złożone w konkretnym postępowaniu, wskazujące na klienta strategicznego, jakim jest Urząd Miasta pozwoliły na sporządzenie odpowiednio skalkulowanej indywidualnej oferty. Złożone przez Wykonawców wyjaśnienia, w tym PKO Bank Polski S.A., w ocenie Zamawiającego są wystarczające i nie stanowią czynu nieuczciwej konkurencji.

W pkt III SIWZ, sam Zamawiający zastrzegł przy kilku pozycjach nieodpłatny ich charakter, zatem wykonanie części usług za cenę "zerową" nie stanowi tutaj argumentu. Pozostałe usługi wymienione w "Formularzu ofertowym" wycenione zostały według indywidualnych kryteriów każdego z Wykonawców, czego dowodem jest fakt, iż każda z ofert zawiera większość produktów wolnych od opłat i prowizji.

Należy zwrócić uwagę, iż sam Protestujący zaoferował 19 produktów spośród 22 wymienionych w "Formularzu ofertowym" za cenę zero złotych. Ponadto ING Bank Śląski S.A. -jako dotychczasowy Wykonawca usługi polegającej na bankowej obsłudze budżetu Miasta Tychy w latach 2005-2009 również świadczył swoje usługi za cenę zero zł.

W związku z powyższym uzyskanie zdecydowanie niższych cen realizacji zamówienia w stosunku do wartości szacunkowej nie stanowi okoliczności przesądzającej, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

Ad 3. Zarzut protestującego, odnośnie naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy PZP Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę takie obiektywne czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Wykonawcy, oryginalność projektu Wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Lista tych czynników będących podstawą oceny wyjaśnień nie jest listą wyczerpującą i Zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez Wykonawców.

Na podstawie wyjaśnień złożonych przez PKO Bank Polski S.A. w trybie art. 90 ustawy PZP Zamawiający uznał ofertę za sporządzoną poprawnie. Wykonawca dodatkowo potwierdził, że w zaoferowanej cenie uwzględnił wszystkie składniki wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. PKO Bank Polski S.A. -w w/w wyjaśnieniach -wskazał, iż zysk ze świadczonych usług nie jest generowany jedynie z marży kredytowej, prowizji i opłat. Istotnym źródłem zysku jest administrowanie depozytami w tym środkami zgromadzonymi na rachunku Zamawiającego i jednostek organizacyjnych. Przy wielkości budżetu Miasta Tychy są to kwoty, które pozwalają dyskontować koszty świadczenia pozostałych usług na rzecz Zamawiającego -niniejsze zostało również potwierdzone w piśmie z dnia 2 listopada 2009 r. (

podobnie w zgłoszonym przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.)

W ocenie Zamawiającego przedstawione przez PKO Bank Polski S.A. wyjaśnienia są wystarczające do uznania, iż Wykonawca ma do czynienia ze szczególnie korzystną, z punktu widzenia logiki, doświadczenia zawodowego i racjonalności decyzji ekonomicznych sytuacją, w której może sobie pozwolić na znaczne obniżenie ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, nie ma podstaw do uznania ceny zaoferowanej przez wygranego Wykonawcę za cenę rażąco niską, a tym samym do uznania za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze fakt, że zarzuty podniesione przez Protestującego są bezpodstawne, przedmiotowy protest oddalono w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło PKO BP S.A. składając pismo z dnia 7 grudnia 2009r. o przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Co do zarzutu Nr 1 dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP przez nie odrzucenie oferty Przystępującego (Wykonawcy wybranego), u którego brak jest w aktualnej ofercie bankowej usługi czeku elektronicznego, to w toku postępowania odwoławczego na rozprawie przedstawiciel Wykonawcy wybranego oświadczył, że w pierwszej dekadzie grudnia 2009r. w jego ofercie została uruchomiona usługa czeku elektronicznego, gdzie od miesiąca sierpnia 2009r. trwała procedura wdrażania tejże usługi. W związku z powyższym twierdzenie Odwołującego jakoby Przystępujący do postępowania podał nieprawdziwe oświadczenie składając ofertę co do możliwości świadczenia tej usługi począwszy od 01.01.2010r. to jest od dnia rozpoczęcia świadczenia usług bankowych objętych przedmiotowym postępowaniem jest pozbawione jakichkolwiek podstaw formalnych i prawnych. Obecni na rozprawie przedstawiciele Odwołującego nie zaprzeczyli wobec oświadczenia złożonego do protokołu rozprawy przez przedstawiciela Przystępującego do postępowania odwoławczego.

Bezspornym ustaleniem pomiędzy stronami postępowania odwoławczego jest, że na dzień składania ofert to jest na dzień 5 października 2009r. w ofercie bankowej Wykonawcy wybranego nie było usługi czeku elektronicznego.

Według twierdzenia Odwołującego w toku postępowania odwoławczego, podstawą jego zarzutu co do sprzeczności treści oferty Wykonawcy wybranego z treścią SIWZ w zakresie braku spełnienia wymogu posiadania usługi czeku elektronicznego na dzień składania oferty są następujące zapisy SIWZ:

1. Rozdz. III Opis przedmiotu zamówienia: pkt 2 Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje: A. Obsługę rachunków bankowych gdzie w jego pkt 8 zamieszczono pozycję pod nazwą: elektroniczna i papierowa realizacja czeków;
2. Zał. Nr 3 do SIWZ Formularz Ofertowy 1. Tabela zestawienie kosztów kompleksowej obsługi bankowej gdzie w jego pkt 8 zamieszczona jest pozycja pod nazwą: Elektroniczna realizacja czeków;
3. W odpowiedzi udzielonej w dniu 25 sierpnia 2009r. przez Zamawiającego na pytania Wykonawców również zaznacza się, że przedmiotem usługi bankowej jest czek elektroniczny.

W ocenie Izby okoliczność, iż bezspornie przedmiotem usługi bankowej jest również czek elektroniczny nie oznacza jeszcze, że brak jego w ofercie Wykonawcy wybranego na dzień składania ofert może stanowić podstawę do odrzucenia oferty z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ. Bowiem nigdzie w postanowieniach SIWZ, w tym również we fragmentach SIWZ wskazanych przez Odwołującego nie ma zapisu, że składający ofertę Wykonawcy powinni sporną usługę świadczyć na dzień składania ofert. Słusznie w tym miejscu należy wskazać, stwierdzenie pełnomocnika Zamawiającego na rozprawie, że nie było w SIWZ zwłaszcza wymogu co do doświadczenia zawodowego wykonawców w zakresie świadczenia usługi czeku elektronicznego. W związku z powyższym w ocenie Izby sam zapis w SIWZ, że przedmiotem zamówienia ma być również usługa czeku elektronicznego nie oznacza, że Zamawiający miał podstawę odrzucić ofertę wykonawcy, który nie posiada tej usługi w swojej ofercie bankowej na dzień składania oferty w związku z wyczerpującym wykazem przesłanek odrzucenia oferty w art. 89 ust.1 Ustawy. Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP nie został przez Odwołującego wykazany.

Co do zarzutu Nr 2 dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art.89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 2 i 3 ustawy PZP przez nie odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w zakresie tego zarzutu w szczególności podnosił okoliczność, że Wykonawca wybrany w złożonej ofercie w tabeli kosztów usług na 22 pozycje usług objętych przedmiotem zamówienia tylko w przypadku kredytu w rachunku bieżącym podał wartość powyżej wartości zero złotych. Natomiast w pozostałych pozycjach tabeli podał wartość usługi równą zero.

Ponadto w ocenie Odwołującego na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia elementów składowych kalkulacji ceny oferty w trybie art. 90 ustawy PZP Wykonawca wybrany udzielił ogólnikowych, hasłowych wyjaśnień, które nie obejmują przesłanek wymienionych w art. 90 ust.2 ustawy PZP.

Natomiast Przystępujący do postępowania odwoławczego (Wykonawca wybrany) w szczególności podniósł, że również oferta Odwołującego zawiera na 22 pozycje w tabeli kosztów usług tylko w trzech pozycjach wartości powyżej zera złotych to jest również w pozycji odnoszącej się do kredytu w rachunku bieżącym oraz tylko w pozycjach odnoszących się do opłat miesięcznych za prowadzenie rachunku w złotych polskich oraz w walucie obcej.

Natomiast obydwaj wykonawcy to jest zarówno Odwołujący jak i Przystępujący do postępowania odwoławczego, wskazywali, że koszty usług wycenionych na kwotę zero złotych w tabeli kosztów zostały uwzględnione przy ustaleniu oprocentowania kwot gromadzonych na rachunkach przez Zamawiającego, który będzie prowadził wykonawca wybrany w przedmiotowym postępowaniu na rzecz Zamawiającego.

Izba dokonując analizy złożonych ofert ustaliła co następuje.

Zarzut zarówno w proteście jak i w odwołaniu dotyczył naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 ustawy PZP zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający na podstawie złożonych ofert powziął wątpliwość czy złożone oferty przez wykonawców nie zawierają rażąco niskiej ceny.

Bowiem Zamawiający przed ustaleniem wartości szacunkowej zamówienia informował się w bankach co do szacunku przez nich wartości zamówienia. Na podstawie tak uzyskanych informacji z banków wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 12 mln zł.

Natomiast ceny trzech ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu kształtowały się następująco:

1. 2. 545 000,00 zł. Wykonawca wybrany (PKO BP S.A.)
2. 2 613 444,00 zł Odwołujący (ING Bank Śląski S.A.)
3. 3. 837 600,00 zł. Bank Handlowy S.A.

Dlatego złożone oferty na kwoty rzędu od niespełna dwóch milionów do czterech milionów wzbudziły jego wątpliwość to jest czy za takie kwoty można wykonać przewidziane zamówienie.

Dlatego też Zamawiający pismem z dnia 12.10.2009r. zwrócił się do wszystkich trzech wykonawców, którzy złożyli oferty o wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny W tymże wezwaniu Zamawiający przywołał art. 90 ustawy PZP i zacytował treść ust.2 tegoż artykułu.

Wszyscy trzej wykonawcy chcąc uniknąć odrzucenia oferty złożyli w terminie wyjaśnienia, które Zamawiający uznał za wystarczające.

Sam Zamawiający na rozprawie przyznał, że bardziej chodziło mu o potwierdzenie czy tak korzystne cenowo dla niego oferty, umożliwią wykonawcom realizację przewidzianego w SIWZ zamówienia.

Po przedstawieniu wyjaśnień przez wykonawców w trybie art. 90 ustawy PZP, Zamawiający w dniu 22 października 2009r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, w oparciu o kryteria oceny ofert ustalone w SIWZ.

Natomiast Izba oceniając zarzut rażąco niskiej ceny wzięła pod uwagę wartość szacunkową zamówienia i wartość złożonych ofert. Po pierwsze przyjęła za wiarygodne wyjaśnienia Zamawiającego co do sposobu dokonania wyceny zamówienia (informacje z banków) oraz zamiar Zamawiającego wynikający z wezwania wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, sprowadzający się jakoby do potwierdzenia ofert. Po drugie Izba porównując ceny wszystkich trzech złożonych ofert stwierdziła, że różnice pomiędzy ceną oferty Odwołującego, a ceną Wykonawcy wybranego są minimalne to jest rzędu siedemdziesięciu tysięcy złotych, a większa różnica cenowa dotyczy oferty trzeciej to jest Banku Handlowego, który nie jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

W powyżej opisanej sytuacji Izba uznała, że skalę porównawczą złożonych ofert przy rozstrzygnięciu zarzutu rażąco niskiej ceny są ceny ofert podane przez Odwołującego i Przystępującego, które są tak małe, że z oczywistych względów zarzut Odwołującego jest bezpodstawny.

Natomiast Izba nie odnie się do argumentacji podnoszonej przez Odwołującego co do wyceny zerowej poszczególnych usług przez wszystkich trzech wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Przy czym ilość wycen zerowych jest porównywalna tylko w ofertach: Odwołującego (19 pozycji zerowych na 22 pozycje) i Przystępującego do postępowania odwoławczego (21 pozycji zerowych na 22 pozycje), ponieważ w ofercie trzeciego banku na 22 pozycje, cztery pozycje są wycenione na kwotę zero.

Brak odniesienia się do tak podnoszonej argumentacji wynika z faktu, że Odwołujący nie postawił zarzutu błędu w obliczeniu ceny to jest zarzutu z art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy PZP zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

W związku z powyższym kwestionowanie przez Odwołującego wycen zerowych poszczególnych pozycji w zestawieniu kosztów obsługi bankowej, których nie uniknął w swej ofercie żaden z wykonawców, nie podlega rozpoznaniu.

Reasumując powyższe ustalenia i wywody w ocenie Izby zarzut rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego nie został przez Odwołującego wykazany.

Co do zarzutów Nr 3 i 4 to jest zarzutu naruszenia art. 90 ust 2 i 3 ustawy PZP przez przyjęcie niewystarczających wyjaśnień od PKO Bank Polski SA. Regionalny Oddział Korporacyjny w Katowicach Centrum Korporacyjne w Tychach i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty w sposób niezgodny z zasadami określonymi Ustawą oraz zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy PZP przez nie odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jako konsekwencji zarzutu rażąco niskiej ceny to również Izba ich nie uwzględniła skoro nie potwierdził się zarzut rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym skoro w ocenie Izby żaden z zarzutów nie potwierdził się to odwołanie podlega oddaleniu zgodnie z art. 191 ust.1a. ustawy PZP, ponieważ nie stwierdzono naruszeń Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 191 ust.6 i 7 ustawy PZP zaliczając na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych od Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego z kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....