

WYROK

z dnia 16 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 1 sierpnia 2011 r. przez ING Bank Śląski S. A. z siedzibą w Katowicach, Centrum Bankowości Korporacyjnej w Krakowie, Al. Pokoju 78, 31-564 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Kraków, Pl. Wszystkich Świętych, 3-4, 31-004 Kraków

przy udziale wykonawcy Bank PEKAO S. A., ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża przez ING Bank Śląski S. A. z siedzibą w Katowicach, Centrum Bankowości Korporacyjnej w Krakowie, Al. Pokoju 78, 31-564 Kraków i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ING Bank Śląski S. A. z siedzibą w Katowicach, Centrum Bankowości Korporacyjnej w Krakowie, Al. Pokoju 78, 31-564 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od ING Bank Śląski S. A. z siedzibą w Katowicach, Centrum Bankowości Korporacyjnej w Krakowie, Al. Pokoju 78, 31-564 Kraków kwotę **346,50 zł 00 gr.** (słownie: trzysta czterdzieści sześć złotych pięćdziesiąt groszy) na rzecz Gminy Miejskiej Kraków, Pl. Wszystkich Świętych, 3-4, 31-004 Kraków stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Kraków, Pl. Wszystkich Świętych, 3-4, 31-004 Kraków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Prowadzenie obsługi bankowej budżetu Miasta Krakowa oraz udzielanie kredytu w rachunku bieżącym*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 6 czerwca 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 czerwca 2011 r. pod numerem 2011/S 109-180296.

ING Bank Śląski S. A. z siedzibą w Katowicach, Centrum Bankowości Korporacyjnej w Krakowie, Al. Pokoju 78, 31-564 Kraków (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 1 sierpnia 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Banku PEKAO S. A., ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy PrZP - przez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, na skutek nierównego dostępu do informacji będących podstawą formułowania oferty przez Wykonawcę -Bank PEKAO S.A.,
- naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 Ustawy PrZP - przez zaniechanie żądania od Wykonawcy Banku PEKAO S.A. wyjaśnień czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę, w szczególności wyjaśnienia czy sposób sformułowania oferty przez Wykonawcę Bank PEKAO S.A. nie narusza zasad uczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na posiadanie wyłącznej wiedzy o ilości rachunków bankowych Zamawiającego, na których średnie saldo nie przekracza kwoty 200 000 złotych (osady na rachunkach) i przez to nie generują strumienia odsetek należnych Zamawiającemu, a stanowiących faktyczny koszt banku obsługującego;

- naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Ustawy PrZP - przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na dokonaniu wyboru oferty Wykonawcy Banku PEKAO S.A. pomimo faktu, że cena zaoferowana przez tego Wykonawcę budzi poważne wątpliwości czy nie jest ceną rażąco niską i/lub ceną ustaloną na podstawie parametrów leżących poza SIWZ i poza dostępem i wiedzą pozostałych konkurentów ubiegających się o to zamówienie;
- naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) i 4) Ustawy PrZP, poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez Wykonawcę Bank PEKAO S.A., wypełniającej przesłanki ekskluzywne wskazane w Ustawie PrZP.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- uznanie za nieważną czynności Zamawiającego w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - Banku PEKAO S.A.
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonanie wyboru Oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 22 lipca 2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Banku PEKAO S. A., ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa.

Powyższe czynności Zamawiającego stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę ING Bank Śląski S. A. z siedzibą w Katowicach, Centrum Bankowości Korporacyjnej w Krakowie, Al. Pokoju 78, 31-564 Kraków.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Bank PEKAO S. A., ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy - Banku PEKAO S. A. - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzućenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 2 sierpnia 2011 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 5 sierpnia 2011 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Bank PEKAO S. A., ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa (zwany dalej: „Przystępującym”).

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Banku PEKAO S. A., ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Zgodnie z SIWZ (pkt 18.2) „cena oferty zostanie obliczona według poniższego wzoru”

$$C=C1- (C2+C3)$$

gdzie:

a) C1 - szacowany dochód Zamawiającego z oprocentowania środków na rachunkach liczony według wzoru:

$$C1=\{[(\text{oprocent. Rachunków} + \text{WIBID}) \cdot 13.700.000\text{zł} \cdot 75\%] + [(\text{oprocent. Lokat} + \text{WIBID}) \cdot 13.700.000\text{zł} \cdot 25\%]\} \cdot 4$$

b) C2 - szacowany koszt obsługi bankowej, konwojów gotówki oraz obsługi kart płatniczych,

c) C3 - szacowany koszt kredytu w rachunku bieżącym

ponadto zgodnie z pkt 18.1 Oferty miały być oceniane według kryterium: najniższa cena 100%.

Jednak Zamawiający w dniu 22 czerwca 2011 r. dokonał zmiany modelu wyliczania ceny oferty wskazując na nowy wzór: $C=C2+C3 - C1$.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut dotyczący naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez preferowanie wykonawcy – banku PEKAO S. A. w niniejszym postępowaniu.

Okoliczność bezsporną stanowi, fakt że Odwołujący w terminie do tego przewidzianym nie zakwestionował postanowień specyfikacji oraz jej modyfikacji.

Zdaniem Izby w świetle udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na zadane w toku postępowania pytanie, że *„Zamawiający nie jest w stanie wskazać średnich osadów na pozostałych rachunkach pozostałych rachunkach objętych przetargiem - innych niż rachunki skonsolidowane i rachunek Budżetu Miasta Krakowa”* oraz w świetle przytoczonej przez Odwołującego argumentacji, iż *„Powyższe działanie Zamawiającego, odmawiającego udzielenia publicznie jawnej wiedzy na temat średnich sald rachunków, którą z całą pewnością musiał dysponować, stworzyło sytuację nierównego dostępu do informacji, a zatem nierównego traktowania oferentów i nieuzasadnionego preferowania jednego z nich - Banku PEKAO S.A.”* należy uznać, że stanowisko Odwołującego sprowadza się do kwestionowania ukonstytuowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niniejsze odwołanie w tym zakresie odnosi się zatem do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli Odwołujący uznawał, iż niniejsze postanowienia specyfikacji oraz jej modyfikacja naruszają przepisy ustawy (preferując jednego z wykonawców) to miał możliwość wniesienia odwołania w powyższym zakresie.

Skoro modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonana pismem z dnia 22 czerwca 2011 r.) została przekazana i udostępniona wykonawcom zainteresowanym złożeniem oferty, to należy uznać że termin zaskarżenia jej postanowień w postępowaniu upłynął w dniu 2 lipca 2011 r.

Zatem wykonawca nie kwestionując powyższych zapisów SIWZ na wcześniejszym etapie niejako zgodził się na ich kształt i argumentacja Odwołującego, że: *„Powyższe działanie Zamawiającego, odmawiającego udzielenia publicznie jawnej wiedzy na temat średnich sald rachunków stworzyło sytuację nierównego dostępu do informacji i nieuzasadnionego preferowania jednego z wykonawców - Banku PEKAO S.A.”* jest spóźniona.

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie w zakresie niniejszego zarzutu zostało wniesione z uchybieniem terminu, co obligowało Izbę do uznania powyższego zarzutu za spóźniony.

Termin na wniesienie odwołania (w świetle dyspozycji art. 182 ustawy Pzp) ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Zatem w świetle przedstawionej argumentacji powyższy zarzut podnoszony na niniejszym etapie postępowania należy uznać za spóźniony.

W zakresie zarzutu Odwołującego, iż Zamawiający zaniechał ustalenia, czy oferta wykonawcy banku PEKAO S. A. zawiera rażąco niską cenę oraz zaniechał zwrócenia się do

wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Izba uznała iż powyższy zarzut nie potwierdził się.

Nie ulega wątpliwości, iż w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Zamawiający nie może automatycznie dokonać odrzucenia oferty wykonawcy ze względu na rażąco niską cenę. W przypadku wystąpienia wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny Zamawiający obowiązany jest do sprawdzenia każdej oferty mającej rażąco niski charakter pod względem składających się na nią elementów, następnie wystąpić o wyjaśnienia zanim podejmie decyzję o jej odrzuceniu (np. orzeczenie z dnia 21 maja 2008 r., w sprawie T-495/04 Belfass przeciwko Radzie). Pogląd ten jest także akceptowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącym procedury ustalania, czy cena jest rażąco niska opisanej w art. 90 ustawy Pzp.

W niniejszym stanie faktycznym, w świetle oświadczeń Zamawiającego złożonych na rozprawie wynikało, iż Zamawiający w treści SIWZ dopuścił sytuację w której bank zaproponuje ujemną marżę od wykorzystanego kredytu (pkt 2.14 formularza oferty oraz pkt 18 ppkt c).

Izba wzięła pod rozwagę argumentację Przystępującego, że oferta z zaproponowaną marżą ujemnej jest realna. W przypadku marży ujemnej istotnym jest koszt uzyskania pieniądza i wynika to ze sposobu prowadzenia działalności przez bank i od tego, w jaki sposób uzyska on pieniądz i w jaki sposób jest go w stanie sprzedać. Przystępujący podkreślił, że marża ujemna nie oznacza, iż bank ponosi straty, ale uzyskuje niższe wynagrodzenie. Stąd też – zdaniem Izby – nie wystarczające jest twierdzenie Odwołującego, że marża zaproponowana przez bank nie powinna być ujemna, koniecznym wykazanie jest, że cena zaoferowana jest rażąco niska.

W konsekwencji powyższych rozważań, jak również stanowisk zaprezentowanych na rozprawie oraz wobec nieodparcia argumentacji przedstawionej przez Przystępującego i w braku dowodów przeciwnych należało uznać, że w świetle powyższego Zamawiający nie miał podstaw do skorzystania z procedury wyjaśniającej zawartej w art. 90 ust. 1 ustawy jak również do odrzucania oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub

jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).

Odnosząc się do zarzutu, że Zamawiający w sposób niewłaściwy dokonał wyliczenia ceny zaproponowanej przez Przystępującego, wbrew zasadom matematyki, Izba zauważyła, że Odwołujący powołał się jedynie na ogólne twierdzenie, nie wskazując w jaki sposób powyższe wyliczenie powinno zostać dokonane, jak również które zmodyfikowane zapisy specyfikacji w toku oceny ofert zostały przez Zamawiającego naruszone.

Jeszcze raz przypomnienia wymaga, iż zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie zebranego materiału. Skoro Odwołujący wywodzi, że ocena ofert została dokonana wbrew zasadom matematyki, to powinien powyższe wykazać w toku postępowania odwoławczego. Ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08).

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznała, że postawiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp jest zarzutem chybionym.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w tym także co do uzasadnionych kosztów Zamawiającego w zakresie kosztów dojazdu na rozprawę na podstawie § 3 pkt 2 a) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....