

Sygn. akt KIO 2172/15

WYROK

z dnia 22 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2015 r. przez wykonawcę **Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Żwirki i Wigury 31, 02-091 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Kraków – Urząd Miasta Krakowa, Plac Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 15, 02-515 Warszawa, Południowy Regionalny Oddział Korporacyjny w Katowicach (adres do korespondencji: Regionalne Centrum Korporacyjne w Krakowie, Os. Centrum E 13, 31-934 Kraków)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2172/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Żwirki i Wigury 31, 02-091 Warszawa) i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Żwirki i Wigury 31, 02-091 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 53/57, 00-950 Warszawa (adres do korespondencji: ul. Żwirki i Wigury 31, 02-091 Warszawa)** na rzecz **Gminy Miejskiej Kraków – Urzędu Miasta Krakowa, Plac Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków** kwotę **4 410 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta dziesięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia oraz kosztów dojazdu pełnomocników zamawiającego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) 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

Gmina Miejska Kraków – Urząd Miasta Krakowa, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Obsługę bankową budżetu Miasta Krakowa i wskazanych Instytucji Kultury oraz udzielenie kredytów w rachunku bieżącym w latach 2016 - 2020”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 lipca 2015 r., nr 2015/S 137-253047.

W dniu 28 września 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „PKO BP S.A.”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 8 października 2015 r. (pismem z dnia 7 października 2015 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 7 października 2015 r.) wobec czynności i zaniechań zamawiającego w toku badania i oceny ofert, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zawartej w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę PKO BP S.A. w dniu 23 września 2015 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 16 września 2015 r., mimo iż wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
2. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PKO BP S.A. do złożenia wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiego, mimo iż jak wynika z wezwania do wyjaśnień treści oferty z dnia 16 września 2015 r. zamawiający powziął wątpliwości co do realności składnika ceny zaoferowanej przez wykonawcę PKO BP S.A.,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, z ceną rażąco niską będącą jednocześnie ceną niższą niż koszt ponoszony przy realizacji świadczenia a więc stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwaną dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”,
4. art. 91 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza, a także naruszenia innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. ujawnienia treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PKO BP S.A. w dniu 23 września 2015 r.,
2. unieważnienia czynności badania i oceny ofert i dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem obowiązku wezwania wykonawcy PKO BP S.A. do złożenia wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że cena jego oferty nie jest rażąco niska,
3. odrzucenia oferty tego wykonawcy o ile zamawiający ustali w toku oceny wyjaśnień, że nie wykazano rynkowego charakteru ceny lub bez żądania wyjaśnień o ile zamawiający ustali, że złożona oferta ze względu na sposób kalkulacji ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

Oдноśnie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący podniósł m.in., iż w złożonych w dniu 23 września 2015 r. wyjaśnieniach wykonawca PKO BP SA ograniczył się do ogólnikowych twierdzeń, że objęte mianem tajemnicy informacje obrazują sposób kalkulacji kosztów i nie są powszechnie udostępniane, a ich ujawnienie zagraża interesom wykonawcy. Twierdzenia te stanowią jedynie powtórzenie innymi słowami definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie mogą być uznane za uzasadnienie wymagane zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca nie podjął próby wykazania, jaki jest krąg osób, które zostały dopuszczone do zapoznania się z zastrzeżoną informacją, ograniczając się do twierdzenia, iż nie jest ona udostępniana „powszechnie”. Pomiedzy tajemnicą a informacją niedostępną powszechnie nie można stawiać znaku równości. Wykonawca nie wykazał także jakie negatywne skutki dla jego pozycji konkurencyjnej niesłoby ze sobą ujawnienie tej informacji. Nieudowodniona teza, że zagraża to jego interesom w kolejnych postępowaniach jest ogólnikowym twierdzeniem nie mogącym przekonywać o jej trafności. Taki niestaranny sposób zabezpieczenia informacji odbiera jej przymiot tajemnicy, gdyż przedsiębiorca nie podjął kroków niezbędnych do jej zabezpieczenia. Zamawiający winien więc uznać, że zastrzeżona treść nie posiada wartości, która skłoniłaby wykonawcę do starannego zabezpieczenia informacji a w konsekwencji uznać, że dane te nie mają wymaganych cech wynikających z definicji tajemnicy przedsiębiorstwa i muszą być ujawnione.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień i dowodów wskazujących, iż cena oferty nie ma charakteru ceny rażąco niskiej i zaniechania odrzucenia oferty PKO BP S.A. odwołujący podniósł m.in., iż zamawiający w dniu 16 września 2015 r. wyraził swoje wątpliwości co do składnika ceny - współczynnika oprocentowania środków na rachunkach bankowych, wskazanego w ofercie wykonawcy PKO BP S.A. Wezwanie to skierował do wykonawcy jednak na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Pzp nie zaś na podstawie art. 90, a jako przyczynę faktyczną wezwania wskazał

dążenie do wyjaśnienia, czy podany wskaźnik nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, nie zaś wyjaśnienie czy nie wpłynął na cenę, prowadząc do jej rażącego zniżenia. Takie działanie zamawiającego należy ocenić jako niezgodne z prawem i mające charakter pozorny. Zamawiający swoim działaniem zmierzał do zdjęcia z wzywanego wykonawcy obowiązku złożenia obok wyjaśnień także dowodów wskazujących na realny charakter ceny co byłoby wymagane gdyby wezwanie skierowano w oparciu o art. 90 ust. 1. Skutkiem niewłaściwej podstawy wezwania było po pierwsze przyjęcie przez zamawiającego niepotwierdzonych dowodami wyjaśnień odnoszących się wyłącznie do jednego składnika ceny, który był przedmiotem wyjaśnień co stoi w sprzeczności z obowiązkiem dążenia do pełnego udokumentowania sposobu obliczenia ceny oferty przez wykonawcę. Po wtóre - pozwoliło zamawiającemu na nieodrzućenie oferty, mimo iż wykonawca nie wykazał realnego charakteru ceny, gdyż nie był do tego wezwany. Po trzecie - i najistotniejsze - ograniczył się do wyjaśnień tego składnika ceny w oderwaniu od jej innych części składowych. Składnik ten powoduje nierealny charakter ceny oferty wówczas, gdy jego zniżony charakter nie jest kompensowany innymi składnikami pozwalającymi na osiągnięcie zysku lub co najmniej brak strat z realizacji całości oferowanych świadczeń. Zamawiający koncentrując się na wyłącznie jednym składniku pominął konieczność ustalenia, czy w konkretnych okolicznościach sprawy podanie współczynnika oprocentowania środków jako 131% pozwala na uznanie, że cena nie jest rażąco niska.

Z niepełnego i niewłaściwego wezwania do wyjaśnień korzysta wykonawca, który w swych wyjaśnieniach koncentruje się wyłącznie na wykazaniu, że współczynnik oprocentowania środków na rachunkach wynoszący 131% ma charakter rynkowy. Przywołuje w tym celu inne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w których wynosił on dokładnie tyle samo. Odwołujący nie zaprzecza tym faktom. Jednakże z samej wysokości współczynnika oprocentowania środków w przytoczonych postępowaniach nie można wnioskować o realnym charakterze tego współczynnika w postępowaniu Miasta Kraków. Wysokości tego współczynnika w przywołanych postępowaniach towarzyszyły inne wartości pozostałych składników ceny oferty składając się w całości na cenę realną.

W postępowaniu objętym odwołaniem sytuacja uzyskiwania przychodów z innych składników świadczenia umożliwiająca uznanie, że cena nie jest zaniżona nie ma miejsca. Pozostałe składniki ceny to opłata stała wynosząca w ofercie wykonawcy PKO BP S.A. 14 groszy brutto za 60 miesięcy świadczenia usług dla 14 jednostek, tj. jeden grosz za 60 miesięcy obsługi jednostki. Nie wymaga dowodu, że ten składnik ceny nie pokrywa kosztów wykonawcy i nie może być uznany za rekompensujący nierynkowy charakter oprocentowania środków przy współczynniku 131%.

Drugi ze składników ceny to oprocentowanie kredytów w rachunkach bieżących w oparciu o WIBOR O/N i zaproponowaną marżę. Zaproponowana ujemna marża (-1,66%)

wskazuje, że o ile w toku realizacji umowy WIBOR O/N spadnie poniżej wartości 1,66 to także ten składnik ceny nie przyniesie jakichkolwiek dochodów. Obecnie WIBOR O/N wynosi 1,57. Także udzielanie kredytów nie przynosi więc żadnych dochodów z realizacji umowy.

Jedyny dochód można więc osiągnąć w warunkach niniejszego zamówienia z faktu dysponowania środkami z lokat. Dochód ten powinien (aby być uznany za cenę realną - nie zaniżoną i pozbawioną znamion ceny dumpingowej - czynu nieuczciwej konkurencji) pokrywać wszelkie koszty realizacji zamówienia. .

Tak więc zaoferowanie ceny za składnik „oprocentowanie lokat” determinuje cenę całkowitą oferty. *De facto* więc, podane przez wykonawcę wynagrodzenie jednostkowe stanowi o rażąco niskiej cenie wartości ceny całkowitej za przedmiot zamówienia.

Wyjaśnienia wykonawcy by mogły być uznane za realne powinny wskazywać jakie koszty realizacji zamówienia ponosi wykonawca i jakie szczególne i właściwe dla niego okoliczności powodują, że są one niższe niż w przypadku innych wykonawców, a także jakie przychody osiąga z realizacji zamówienia i czy przychody te pokrywają ponoszone koszty. W złożonych wyjaśnieniach brak takiej analizy. Brak także dowodów na wysokość ponoszonych kosztów, a w szczególności dowodów wskazujących na wysokość przychodów osiągniętych wskutek realizacji umowy z zamawiającym. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach przyznał, że zaoferowanie ceny oferty dla Miasta Kraków zrekompensuje sobie zakładanym przychodem w innych segmentach rynku, gdyż współpraca z Miastem Kraków przyczyni się do pozyskania tych klientów. Jest to założenie oparte na zdarzeniu przyszłym i niepewnym i nie może zwalniać od obowiązku ustalenia ceny na poziomie rynkowym, gdyż cenę rażąco niską ocenia się w odniesieniu do możliwości zrealizowania za nią umowy. Pokrywanie kosztów usługi realizowanej dla zamawiającego z innych przychodów winno wskazywać właśnie na nierealny charakter ceny, a poczynienie założenia tego rodzaju wskazuje na czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wiedząc, iż jedynie jeden składnik ceny oferty PKO BP S.A. daje możliwość osiągnięcia przychodów był obowiązany poddać w wątpliwość realność wykonania zamówienia za zaproponowaną cenę, gdy właśnie ten składnik nie pozwala na uzyskanie przychodów pokrycia kosztów realizacji wykonawcy do wyjaśnień a wykonawca nie udowodnił, że nie doszło do rażącego zaniżenia ceny. Jednocześnie ze złożonych wyjaśnień należy wysnuć wniosek, że celem złożenia oferty z tak niską ceną nie było uzyskanie choćby minimalnego przychodu lecz jedynie próba zdobycia nowych rynków, z których wykonawca planuje osiągać zysk. Założenie to jest typowym czynem nieuczciwej konkurencji, tj. ofertą z ceną dumpingową pozwalającą wejść na rynek, złożoną bez ekonomicznego uzasadnienia.

Oferta powinna być więc odrzucona, a jedynie dla celu poprawności formalnej postępowania odrzucenie to powinno być poprzedzone wyjaśnieniami, czy cena nie nosi też

znamion ceny rażąco niskiej. Skutkiem wyjaśnień byłoby jak wynika z analizy sytuacji odrzucenie oferty ze względu na rażąco niski charakter zaoferowanej ceny.

W dniu 8 października 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 9 października 2015 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PKO BP S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający, pismem z dnia 19 października 2015 r., złożył odpowiedź na odwołanie, podnosząc, iż uznaje je za nieuzasadnione.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zawartej w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę PKO BP S.A. w dniu 23 września 2015 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 16 września 2015 r., mimo iż wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jako wniesiony po upływie terminu podlega odrzuceniu.

Izba ustaliła, iż odwołujący w dniu 25 września 2015 r. (drogą elektroniczną) zwrócił się do zamawiającego o „udostępnienie (...) korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a oferentami po dniu otwarcia ofert (odpowiedzi Banku PKP BP na Państwa pismo nr OR-10.271.76.2015 z dnia 16.09.2015 r.)”.

Zamawiający, w odpowiedzi na powyższe, w tym samym dniu, przesłał temu wykonawcy wyjaśnienia PKP BP S.A. złożone w postępowaniu, informując jednocześnie, iż „wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa dokument w zakresie pkt 2 i 3 ww. pisma. Skan przesłanego dokumentu nie zawiera zatem części wyjaśnień objętej tajemnicą przedsiębiorstwa”.

Odwołujący podniósł, iż wykonawca ten w treści udzielonych wyjaśnień ograniczył się do ogólnikowych twierdzeń, że objęte mianem tajemnicy informacje posiadają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Termin na zaskarżenie zaniechania ujawnienia informacji zawartej w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę PKO BP S.A. w dniu 23 września 2015 r. rozpoczął swój bieg w przedmiotowej sprawie w dniu 25 września 2015 r., tj. od momentu przekazania odwołującemu wyjaśnień wykonawcy PKO BP S.A. i poinformowania go o tym, że przekazany mu skan nie zawiera części wyjaśnień objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Od tego bowiem momentu odwołujący - w świetle art. 182 ust. 3 ustawy Pzp - mógł, przy dochowaniu należytej staranności, powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę zarzutu – zaniechania ujawnienia części wyjaśnień wykonawcy PKO BP S.A. W toku tego postępowania odwołujący aktywnie w nim uczestniczył i to na każdym jego etapie, w tym zwracał się do zamawiającego (drogą elektroniczną) o przekazywanie mu poszczególnych dokumentów składanych w toku badania i oceny ofert przez konkurującego wykonawcę. Żądał m.in. przekazania mu treści pisma skierowanego do wykonawcy PKO BP S.A. w trybie art. 87 ust. 1 w zw. z. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie treści udzielonych zamawiającemu wyjaśnień. Odwołujący informowany był więc na bieżąco o dokonywanych w postępowaniu czynnościach zamawiającego.

Ustawa nie określa zamawiającemu terminu w jakim badanie zastrzeżenia powinno być zakończone. W konsekwencji termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa winien być liczony od dnia przesłania przez zamawiającego informacji, z której wynika uznanie dokonanego zastrzeżenia za skuteczne. I taką informacją była informacja przekazana odwołującemu w dniu 25 września 2015 r. Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten jako wniesiony po upływie terminu podlega odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PKO BP S.A. do złożenia wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiego, mimo iż jak wynika z wezwania do wyjaśnień treści oferty z dnia 16 września 2015 r. zamawiający powziął wątpliwości, co do realności składnika ceny zaoferowanej przez wykonawcę PKO BP S.A., oraz zarzut

naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez wybór oferty z ceną rażąco niską będącą jednocześnie ceną niższą niż koszt ponoszony przy realizacji świadczenia a więc stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 18 SIWZ „Kryteria oceny ofert, ich znaczenie oraz sposób oceny ofert” podał, iż „oferty będą oceniane według następujących kryteriów:

1. Opłata roczna, stała brutto za obsługę bankową – zadanie nr 1 i 2 (P1) – waga kryterium 40%.
2. Oprocentowanie środków na rachunkach bankowych – zadanie nr 1 i 2 (P2) – waga kryterium 30%.
3. Oprocentowanie kredytów w rachunkach bieżących – zadanie nr 1 i 2 (P3) – waga kryterium 30%”.

Jednocześnie w punkcie 18.3. „Liczba punktów uzyskanych w kryterium „Oprocentowanie środków na rachunkach bankowych – zadanie nr 1 i 2 (P2)” podał: „środki zgromadzone na rachunkach podlegać będą oprocentowaniu nie mniejszemu niż oprocentowanie ustalone na bazie stawki WIBID O/N przemnożonej przez zaoferowany przez wykonawcę współczynnik. Wykonawca w formularzu oferty winien wskazać współczynnik wyrażony w % z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Zamawiający zastrzega, że współczynnik oferowany przez wykonawcę musi być większy od 0 pod rygorem odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy jako niezgodnej ze specyfikacją. Liczba punktów przyznana ofercie w tym kryterium będzie liczona w następujący sposób:

$P2 = (W \text{ oferty badanej} / W \text{ max}) \times 30\%$, przy czym 1% odpowiada 1 pkt, gdzie:

W oferty badanej – współczynnik dla oprocentowania środków badanej oferty, dla zadania nr 1 i 2

Wmax – największa wartość współczynnika dla oprocentowania środków spośród nieodrzuconych ofert, dla zadania nr 1 i 2”.

Wykonawca PKO BP S.A. w złożonej ofercie podał „współczynnik dla oprocentowania środków na rachunkach bankowych dla zadania 1 i 2: 131,00%”.

Natomiast odwołujący w złożonej ofercie podał „współczynnik dla oprocentowania środków na rachunkach bankowych dla zadania 1 i 2: 90,10%”.

Zamawiający, pismem z dnia 16 września 2015 r., działając na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę PKO BP S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, w tym m.in. podania „czy zaoferowanie przez Państwa współczynnika dla oprocentowania środków na lokatach bankowych dla zadania nr 1 i 2 w wysokości: 131,00 % nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji?”

W odpowiedzi na powyższe wykonawca PKO BP S.A., pismem z dnia 22 września 2015 r., udzielił wyjaśnień, zastrzegając przy tym ich część (pkt 2 i 3) jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł m.in., iż zamawiający wyraził swoje wątpliwości, co do składnika ceny - współczynnika oprocentowania środków na rachunkach bankowych, wskazanego w ofercie wykonawcy PKO BP S.A., przy czym wezwanie to skierował do wykonawcy na podstawie art. 87 ust 1 ustawy Pzp nie zaś na podstawie art. 90 ustawy Pzp, a jako przyczynę faktyczną wezwania wskazał dążenie do wyjaśnienia, czy podany wskaźnik nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, nie zaś wyjaśnienie czy nie wpłynął na cenę, prowadząc do jej rażącego zniżenia. Takim działaniem zamawiający zmierzał do zdjęcia z wzywanego wykonawcy obowiązku złożenia obok wyjaśnień także dowodów wskazujących na realny charakter ceny, co byłoby wymagane gdyby wezwanie skierowano w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podniósł także, iż oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona, a jedynie dla celu poprawności formalnej postępowania odrzucenie to powinno być poprzedzone wyjaśnieniami, czy cena nie nosi też znamion ceny rażąco niskiej. Skutkiem wyjaśnień byłoby jak wynika z analizy sytuacji odrzucenie oferty ze względu na rażąco niski charakter zaoferowanej ceny.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Kryteriami oceny ofert – zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp – są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Natomiast cena – zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r., poz. 915) – to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący zobowiązany jest zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towarów (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Tak więc cena w procedurze zamówień publicznych to wartość uwzględniająca podatek VAT, o ile istnieje obowiązek podatkowy. W oparciu o wskazane powyżej definicje ceny stwierdzić należy, iż w tym postępowaniu jedynym kryterium *stricte* cenowym było kryterium określone jako „opłata stała brutto za obsługę bankową”. Tylko bowiem w odniesieniu do tego kryterium wykonawcy zobowiązani byli podać wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, a więc konkretną kwotę brutto.

Pozostałe dwa kryteria oceny ofert, tj. „Oprocentowanie środków na rachunkach bankowych – zadanie nr 1 i 2 (P2)” oraz „Oprocentowanie kredytów w rachunkach bieżących – zadanie nr 1 i 2 (P3)” są to kryteria, które co prawda miały wpływ na cenę oferty i odnoszą się do przedmiotu zamówienia, jednakże nie są to typowe kryteria cenowe, których wartość da się wyrazić w jednostkach pieniężnych. Są one bowiem wyrażone w punktach procentowych a nie w jednostkach pieniężnych.

Wobec powyższego wezwanie wykonawcy PKO BP S.A., w trybie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień treści oferty było prawidłowe. Dotyczyło ono bowiem innego kryterium niż kryterium *stricte* cenowe, tj. elementu podlegającego ocenie zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert, tj. „Oprocentowania środków na rachunkach bankowych – zadanie nr 1 i 2 (P2)”. Nie było więc możliwości zastosowania w odniesieniu do tego kryterium wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie, o którym mowa w tym przepisie, uprawnione jest bowiem wtedy, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty. Możliwym jest także zwrócenie się o wyjaśnienie kalkulacji cen jednostkowych oferty. Niemniej jednak wówczas zamawiający zobowiązany jest wskazać elementy oferty, co do których oczekuje wyjaśnień wykonawcy, przy czym mogą to być wyłącznie te elementy, które mają wpływ na wysokość ceny. Tak więc przykładowe kryteria wymienione w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie dotyczą innych kwestii niż cena a to właśnie te inne kwestie oceniane są także w postępowaniach, których przedmiotem są usługi bankowe i bywa, że to one przesadzają o wynikach tego typu postępowań.

Przedmiotem tego zamówienia jest obsługa bankowa budżetu Miasta Krakowa i wskazanych Instytucji Kultury oraz udzielanie kredytów w rachunku bieżącym w latach 2016 – 2020, a więc usługa bankowa obejmująca wiele świadczeń. Za realizację tej usługi oferowana jest przez wykonawców „opłata roczna, stała brutto”. Niemniej jednak poza tą stałą opłatą świadczoną przez zamawiającego na rzecz wykonawcy jest jeszcze koszt udzielanych zamawiającemu kredytów oraz koszt oprocentowania środków na rachunkach bankowych, które są wyrażone w punktach procentowych a nie w jednostkach pieniężnych. Dlatego też odwołanie się do wynagrodzenia za prowadzenie rachunku i marż za inne usługi jest niewystarczające, wobec korzyści uzyskiwanych przez bank w związku z wykonaniem zamówienia w sposób dozwolony przepisami prawa. „(...) źródłem zysku banku związanego z wykonaniem tak specyficznego zamówienia jest nie tylko wynagrodzenie za wykonane usługi, którego wysokość - za wyjątkiem usług, za które pobierana jest stała opłata - jest zmienna i często nieokreślona w momencie badania oferty. Nie można pominąć, że pieniądze ulokowane na koncie zamawiającego, mimo że stanowią jego własność, w czasie wykonywania zamówienia są przedmiotem obrotu – pracują na rzecz banku, a im większa kwota środków zamawiającego, im dłuższy czas obowiązywania umowy, tym zasadniczo większe korzyści banku. Szeroko rozumiany obrót środkami złożonymi na rachunkach oraz depozytach, stanowi przychód pozwalający w całości pokryć koszty ponoszone przez bank, a uprawnienie banku do obracania środkami klienta w czasie, gdy są one zgromadzone na jego rachunku, wynika wprost z treści art. 726 k.c.” (wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 2725/11).

W postępowaniu, tak naprawdę, znana jest tylko cena podana, w ramach kryterium „opłata roczna, stała brutto za obsługę bankową – zadanie nr 1 i 2 (P1)”, gdyż tylko jej

wartość została wyrażona w jednostkach pieniężnych, a która jest identyczna dla obu konkurujących wykonawców i wynosi „0,14 zł brutto”. Niemal identyczna jest także wartość „oprocentowania kredytów w rachunkach bieżących – zadanie nr 1 i 2 (P3)” zaoferowana przez konkurujących wykonawców (marże kredytowe wynoszą odpowiednio: (-) 1,66 % - PKO BP S.A. i (-) 1,65% - odwołujący). Tak więc – jak słusznie podnieśli zamawiający i przystępujący – jedynym kryterium, w ramach którego konkurowali wykonawcy jest kryterium pn. „Oprocentowanie środków na rachunkach bankowych – zadanie nr 1 i 2 (P2) – waga kryterium 30%”, które nie jest kryterium *stricte* cenowym, gdyż w jego ramach wykonawcy podawali jedynie wartość wyrażoną w punktach procentowych, która jest z kolei składową wielu elementów i to nie tylko cenowych. I te właśnie kwestie wykonawca PKO BP S.A. szczegółowo wyjaśnił, udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Z ich treści jednoznacznie bowiem wynika w jakim sposób współczynnik dla oprocentowania środków na rachunkach bankowych został przez tego wykonawcę wyliczony, jak również wykazano w nich, że zaoferowanie oprocentowania środków na rachunkach bankowych w wysokości 131,00% nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji bo wątpliwości w tym właśnie zakresie powziął wątpliwości. Powyższego nie potwierdza także złożona przez odwołującego opinia prywatna. Została ona bowiem sporządzona w oparciu o sposób kalkulacji przyjęty przez odwołującego i jedynie jawne dane z oferty wykonawcy PKO BP S.A. Tym samym nie może być miarodajna dla rozstrzygnięcia. Kwestie, w oparciu o które, dokonano w opinii kalkulacji są jedynie przypuszczeniami ich autora. Tymczasem wykonawca PKO BP S.A. podał w swych wyjaśnieniach w jaki sposób do określonych danych doszedł, wykazując niezbicie, iż jego działanie nie wypełnia znamion czynu nieuczciwej konkurencji. Prawidłowość dokonanej kalkulacji potwierdzają także informacje pochodzące z innych postępowań przetargowych, których przedmiotem była obsługa bankowa. Dlatego też Izba uznała, iż zarzuty odwołującego nie potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocników zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł. na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy oraz koszty dojazdu w wysokości 810,00 zł, na podstawie kserokopii biletów.

Przewodniczący: