

**WYROK**

**z dnia 25 listopada 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2014 r. przez wykonawcę **Bank Handlowy w Warszawie S.A., ul. Senatorska 16, 00-923 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Chorzów, ul. Rynek 1, 41-500 Chorzów,**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Bank Handlowy w Warszawie S.A., ul. Senatorska 16, 00-923 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 Handlowy w Warszawie S.A., ul. Senatorska 16, 00-923 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Bank Handlowy w Warszawie S.A., ul. Senatorska 16, 00-923 Warszawa** na rzecz **Miasta Chorzów ul. Rynek 1, 41-500 Chorzów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Chorzów na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Kompleksowa obsługa bankowa budżetu Miasta Chorzów i jego jednostek organizacyjnych w latach 2014 - 2019”. Wnoszący odwołanie wykonawca - Bank Handlowy w Warszawie S.A.[Odwołujący] zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy, poprzedzone odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp z tego powodu, że oferta zawierała cenę w wysokości 0 zł;
- 2) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy Pzp z uwagi na bezzasadne uznanie, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezasadne uznanie niezgodności oferty z wymaganiami specyfikacji, a także
- 4) art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na niezasadne uznanie, że postępowanie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy (art. 93.1.7., w zw. z art. 146.6.upzp), wobec braku faktycznych podstaw do jego unieważnienia.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i (1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, a następnie unieważnienie (2) unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust.1 pkt 1, jak również na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp i (3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty, oferty Odwołującego, a także (4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Wykonawca stwierdził, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia wymienionych wyżej przepisów Odwołujący pozbawiony został możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, co spowoduje powstanie szkody po jego stronie polegającej na pozbawieniu go planowanych w związku z tym zamówieniem zysków.

W uzasadnieniu wykonawca w szczególności wskazał, że na wartość przedmiotu zamówienia w przypadku usług bankowych i innych usług finansowych, składają się opłaty,

prowinie, odsetki i inne podobne świadczenia. W efekcie ceną za usługę jest suma świadczeń płaconych przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy. W tym kontekście za błędne należy uznać, traktowanie przez Zamawiającego za cenę, wyłącznie ceny za bankową obsługę, bez uwzględnienia odsetek należnych Bankowi z tytułu kredytu w rachunku bieżącym. Łączna cena za przedmiot zamówienia, to cena za obsługę (0 zł) plus odsetki należne od kredytu. Zgodnie z szacowanym przez Zamawiającego wykorzystaniem kredytu, zakładane odsetki od kredytu wynosiłyby ok. 8.000 zł rocznie, a w okresie 5 lat świadczenia usługi łącznie ok. 50.000,00 zł, a nie jak twierdzi Zamawiający 0 zł.

Zdaniem wykonawcy, w świetle orzecznictwa, oferowanie ceny w wysokości 0 zł nie stanowi naruszenia art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług. Odwołujący podkreślił, że cena 0 zł w odniesieniu do usług bankowych, jest aktualnie powszechnie stosowana. Banki nie mają obowiązku pobierania opłat z tytułu świadczenia tego typu usług, a na podstawie art. 110 ustawy Prawo bankowe, mogą pobierać prowizje i opłaty z tytułu wykonywanych czynności bankowych oraz opłaty za wykonywanie innych czynności, jeśli są one przewidziane w umowie z danym klientem (nie są do tego zobligowane). Brak było zatem podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 90 ust.3 ustawy Pzp wykonawca podał, że Zamawiający w piśmie z dnia 03.10.2014 r. skierowanym do Odwołującego o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp związanych z kalkulacją ceny w kontekście zaoferowanych składników cenotwórczych mających wpływ na całkowitą cenę zamówienia podniósł, że „Wątpliwości Zamawiającego, w sytuacji zaoferowania ceny za bieżącą obsługę bankową w wysokości 0,00 zł, wzbudza możliwość osiągnięcia przez Państwa rentowności przy realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia przy wartościach pozostałych zaoferowanych składników cenotwórczych, mających wpływ na całkowitą cenę zamówienia”. Odwołujący w odpowiedzi stwierdził, że zaoferowana cena 0 zł nie jest ceną rażąco niską - tym bardziej, że cena drugiego oferenta również wynosiła 0 zł oraz podał, że „Przy zamówieniach na obsługę bankową jednostek samorządu terytorialnego od wielu lat cena 0,00 zł za pełną bankową obsługę budżetu największych miast w Polsce jest standardem. Przykładem takiego „kwotowania” są m.in. przetargi na obsługę bankową budżetów Miasta Warszawa, Szczecin, Poznań, Województwa Śląskiego. Powyższe znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie dotyczącym usług bankowych (...). Zwrócił także uwagę, że żądanie wyjaśnień w świetle regulacji art. 90 ust.1 i 2 ustawy Pzp w zakresie np.: kosztów osobowych (uwzględniających zaangażowanie odpowiedniej ilości osób), kosztów związanych z obsługą nieruchomości stanowiących oddział (w szczególności jakie kwoty

wykonawca przewidział na obsługę oddziału w Chorzowie), kosztów administracyjnych oraz ryzyka, nie znajduje podstaw prawnych i Zamawiający uprawniony był do żądania wyjaśnień tylko w zakresie kalkulacji ceny vs pozostałe zaoferowane składniki cenotwórcze jak oprocentowanie środków na rachunkach i oprocentowanie kredytu”. Dalej podniósł, że Odwołujący w dopuszczonym prawem zakresie złożył pełne wyjaśnienia oraz podkreślił, że „W oparciu o wolumen obrotów podany przez Zamawiającego w toku trwania postępowania, opisany przedmiot zamówienia i odpowiedzi na pytania potencjalnych wykonawców Bank oszacował łączne koszty świadczenia przedmiotu zamówienia oraz możliwe do uzyskania przychody. (...) złożona przez Bank oferta zapewnia wypracowanie przez Bank zysku na satysfakcjonującym dla Banku poziomie.” Dodatkowo wyjaśnił, że w oparciu o (1) podane przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania Wykonawców średnie salda na rachunkach bieżących i pomocniczych Miasta i jednostek organizacyjnych, które wynoszą we wskazanym w odpowiedziach okresie, średnio 28 mln PLN; oraz (2) informacje dostępne w sprawozdaniach finansowych Zamawiającego, z których wynika wzrost w 2014r. depozytów do poziomu 70,6 mln PLN (depozyty na żądanie i depozyty terminowe) – Bank wypracuje w odniesieniu do tych kwot zysk w wysokości ok. 2%. Jednocześnie, Bank obliczył, zgodnie z podanymi przez Zamawiającego informacjami na temat średniego wykorzystania kredytu w okresie od 1.06.2013 do 30.05.2014r., które wynosiło 504.810,66 zł, że łączny koszt obsługi zadłużenia wyniesie niespełna 8.000,00 zł rocznie. Bank podkreślił, że posiadane doświadczenie, know-how wynikające z wieloletniej działalności, zapewnią stosunkowo niskie koszty realizacji pakietu wymaganych usług, co zapewni Bankowi nie tylko zwrot kosztów ale również zysk na satysfakcjonującym poziomie. Wykonawca podkreślił, że twierdzenie Zamawiającego jakoby Odwołujący poniósł winę w tym, że przy kalkulacji ceny przyjął do swoich wyliczeń błędną kwotę depozytów (na podstawie dostępnych wszystkim uczestnikom sprawozdania finansowego Zamawiającego) w wartości 70,6 mln zł, jest pozbawione racji i podstaw prawnych, a przesłanych wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty, Bank jednoznacznie wskazał, że już podane przez Zamawiającego historyczne salda na rachunkach zapewniają godziwą dochodowość transakcji i pokrycie wszystkich kosztów związanych z przedmiotem zamówienia. W związku z powyższym brak było podstaw do odrzucenia przez Zamawiającego oferty Banku z powodu nie udzielenia wyjaśnień, oraz z powodu rażąco niskiej ceny, albowiem wykonawca złożył wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie określonym ustawą, a cena 0 zł jest ceną rynkową (co potwierdza cena drugiego oferenta, która również wynosiła 0 zł).

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca podał, że w rozdziale IV [Opis przedmiotu zamówienia] Zamawiający wskazał, że o zamówienie mogą ubiegać się Banki posiadające oddział lub filie na terenie Miasta Chorzów. W warunkach

udziału w postępowaniu, szczegółowo opisanych w rozdziale IX. [Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia], nie został taki warunek zawarty, a jednocześnie Zamawiający nie ograniczył możliwości korzystania z podwykonawstwa. Odwołujący, działając zgodnie z ustawą Pzp, złożył ofertę, w której w pkt 5., w miejscu, w którym należało wskazać adres oddziału/filii do obsługi kasowej na terenie miasta Chorzów, podał adres placówki Urzędu Poczтового, podając jednocześnie w kolejnym punkcie, że usługa prowadzenia filii obsługi kasowej będzie świadczona przez podwykonawcę. Jeśli, jak twierdzi Zamawiający, o zamówienie mogły ubiegać się wyłącznie banki posiadające oddział/filię na terenie miasta Chorzów, warunek ten musiałby się znaleźć w rozdziale IX., a nie w rozdziale IV. W związku z tym, zdaniem wykonawcy bezprzedmiotowy jest zarzut jakoby Odwołujący złożył ofertę niezgodną ze specyfikacją. Zgodnie z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.” Odwołujący skorzystał z tego uprawnienia. Poczta Polska jest podwykonawcą Banku. Bezpodstawne są również twierdzenia Zamawiającego, że przy składaniu oferty, koniecznym jest wypełnianie przez uczestników wszystkich określonych Przedmiotem zamówienia warunków. Zgodnie z ustawą Pzp wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia świadczenia określonych przedmiotem zamówienia usług, w pełnym zakresie z chwilą określaną jako termin rozpoczęcia wykonywania zamówienia, w tym przypadku - zgodnie z rozdziałem VIII siwz - od dnia podpisania umowy. Z tej przyczyny, bezprzedmiotowy jest też zarzut, że Odwołujący zmienił ofertę, pisząc w wyjaśnieniach do Zamawiającego, że określone usługi będą dostępne dla Zamawiającego z chwilą rozpoczęcia świadczenia usług, a nadto, że będzie dysponował dodatkową placówką. Otwarcie dowolnej placówki w dowolnym miejscu, jest uprawnieniem Odwołującego, trudno zatem upatrywać się złej woli wykonawcy w decyzji o otwarciu placówki w Chorzowie. Zamawiający będzie mógł z niej korzystać. W konkluzji podał, że Odwołujący - zgodnie z rozdziałem IX siwz - był uprawniony uczestniczyć w zamówieniu, gdyż konieczność posiadania placówki/filii na terenie miasta Chorzowa, nie należała do warunków udziału w postępowaniu, a w zakresie posiadania przedmiotowej placówki dopuszczone było podwykonawstwo, w efekcie zarzut złożenia oferty niezgodnej ze specyfikacją nie znajduje oparcia w faktach i przepisach prawa zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego nie zaistniały również przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie art. 91 ust.1 pkt 1 i pkt 7 ustawy Pzp.

W odniesieniu do pierwszej z podstaw, wykonawca stwierdził, że mając na uwadze wskazany w odwołaniu stan faktyczny i prawny nie istniały przesłanki do odrzucenia oferty

Odwołującego, na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp i w konsekwencji, brak jest podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 91 ust.1 pkt 1 tej ustawy.

Odnosnie drugiej z podstaw unieważnienia wykonawca stwierdził, że w stanie faktycznym, gdy obie, a jednocześnie wszystkie oferty, były z jednakową ceną, nie zachodziła konieczność korzystania z wzoru podanego w specyfikacji, albowiem Zmawiający powinien obydwu ofertom, w tym kryterium, przyznać po 85 punktów, a nie podstawiać do wzoru określonego w rozdz. VIII siwz. Ponadto nawet gdyby przyjąć, że wzór jest błędny, to i tak pozostaje on bez wpływu na wybór oferty i zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, bo nie powinien być stosowany. Tym samym unieważnienie postępowania w oparciu o wadę postępowania, która nie uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, nie znajduje oparcia w art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę, że przywołane przez Zamawiającego orzeczenie KIO z 03.01.2012 r. (KIO 2725/11), dotyczyło odmiennego stanu faktycznego i przywołana argumentacja jest bezprzedmiotowa w rozpatrywanej sprawie. Dodatkowo, wzór ustalony przez Zamawiającego, wbrew temu, co twierdzi Zamawiający, nie uniemożliwia wykonania działań arytmetycznym nim przewidzianych. Reasumując wykonawca stwierdził, że (...) jeśliby zaoferowana została cena 0 zł, a pozostałe ceny były wyższe od 0 zł, to 0 mogłoby być wyłącznie dzielną, nigdy dzielnikiem jak twierdzi Zamawiający, w efekcie działanie arytmetyczne byłoby możliwe (wyłącznie dzielenie przez 0 jest niedopuszczalne), albowiem wzór przewidywał operację dzielenia najniższej ceny przez cenę badaną, a nie odwrotnie..

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** w piśmie z dnia 24 listopada 2014 r. podtrzymał decyzję w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie:

- 1) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, że jego zdaniem pismo złożone przez wykonawcę nie stanowi wyjaśnień, o które prosił Zamawiający, co w konsekwencji powoduje, że wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, oraz
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp z uwagi na to, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia potwierdzają, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ oraz zmiany treści oferty w wyniku wyjaśnień.

W pozostałym zakresie uwzględnił zawarte w odwołaniu zarzuty dotyczące odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z powodu wskazania, iż oferta zawiera cenę netto i cenę brutto w wysokości 0 zł (zero złotych), oraz w związku z tym zarzut

niezasadnego unieważnienia tego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust.6 ustawy Pzp.

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów, dotyczącego odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy z powodu braku kompletnych i odpowiadających zakresowi wezwania wyjaśnień wykonawcy oraz potwierdzenia w częściowych wyjaśnieniach, że cena zaoferowana przez Odwołującego stanowi cenę rażąco niską, w pierwszej kolejności stwierdził, że zarzut ten powinien zostać sformułowany w terminie 10 dni od dnia, w którym Odwołujący otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, gdyż w istocie stanowi zakwestionowanie decyzji Zamawiającego o wezwaniu go do wyjaśnień. Zamawiający podał, że podstawową determinantą wezwania do wyjaśnień był fakt zaoferowania przez Odwołującego ceny 0 złotych w połączeniu z faktem zaoferowania: wysokości oprocentowania środków zgromadzonych na rachunku skonsolidowanym oraz pozostałych rachunkach bankowych, które w ofercie Wykonawcy wynosiło 1,21%, marży wykonawcy (wyrażonej w punktach procentowych) składającej się na oprocentowanie krótkoterminowego kredytu w rachunku bieżącym, która wynosiła - 1,51%. Połączenie tych elementów oferty - spowodowało powstanie przeświadczenia Zamawiającego - że odwołujący musi powyższe zamówienie dofinansować ze środków własnych - zdobytych w trakcie realizacji innych kontraktów. Zamawiający zwracając na szczególność zapytań skierowanych do wykonawcy stwierdził, że (...) wyjaśnienia z dnia 10 października 2014 roku nie przedstawiają rzeczowej odpowiedzi na pytania Zamawiającego. W żadnym elemencie wyjaśnień Odwołujący nie oparł się na stosownych wyliczeniach. Odpowiedzi na pytania stanowią jedynie ogólne stwierdzenia, niepoparte żadnymi wyliczeniami, kosztorysami lub szczegółowymi danymi. Podkreślenia wymaga, iż to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska, tak aby przekonać Zamawiającego, co w wielu orzeczeniach KIO zostało już wskazane (...).

W odniesieniu do drugiego zarzutu dotyczącego podstaw odrzucenia oferty z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp stwierdził, że oferta (świadczenie zaoferowane przez wykonawcę) - powinna spełniać wszystkie wymogi opisane przez Zamawiającego w 5IWZ bez względu na ich umiejscowienie. Podał także, że (...) Zamawiający zawarł szczegółowe wymogi odnośnie wykonywania poszczególnych elementów usługi. Odwołujący natomiast wypełnił je jedynie częściowo - nie zaoferował części ich świadczenia poprzez Oddział/filię". Podkreślił, że miejsce wykonywania świadczonej usługi, czyli oddział/filia dotyczą bezpośrednio przedmiotu zamówienia, dlatego też zostało to zapisane w rozdziale IV Opis przedmiotu zamówienia zgodnie z którym w tym postępowaniu o zamówienie mogły ubiegać się banki posiadające



oddział lub filię na terenie Miasta Chorzów, a zadaniem banku - zgodnie z pkt 4.3.2.1 było (...) zapewnienie realizacji operacji bankowych, w tym w szczególności poleceń przelewów krajowych i zagranicznych oraz wpłat i wypłat gotówkowych z rachunków podmiotów biorących udział w zamówieniu, w wybranym lub wybranych oddziałach i filiach banku (Wykonawcy) niezależnie od tego, w którym oddziale/filii zostaną otwarte i będą prowadzone rachunki....". Zamawiający wymagał w pkt 5 formularza oferty potwierdzenia, że wykonawca posiada filie, oddział na terenie Miasta Chorzów, w której będzie prowadzona obsługa kasowa oraz adres tej placówki. Dalej podał, że operacja bankowa - jest to czynność bankowa, która to znajduje swoją definicję w art. 5 ustawy Prawo Bankowe i zawierają się w niej m. in.: przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub terminowych; prowadzenie rachunków bankowych; emitowanie bankowych papierów wartościowych, przeprowadzanie bankowych rozliczeń pieniężnych; wykonywanie innych czynności przewidzianych wyłącznie dla banków w odrębnych ustawach; udzielanie pożyczek pieniężnych; operacje czekowe i wekslowe; wydawanie kart płatniczych oraz wykonywanie operacji przy ich użyciu; terminowe operacje finansowe nabywanie i zbywanie wierzytelności pieniężnych; przechowywanie przedmiotów i papierów wartościowych oraz udostępnianie skrytek sejfowych; wykonywanie czynności obrotu dewizowego; udzielanie poręczeń. Oznacza to, iż wykonawca musiał zapewnić w filii warunki umożliwiające dokonywanie takich czynności - co najmniej dokonywanie poleceń przelewów krajowych i zagranicznych oraz wpłat i wypłat gotówkowych z rachunków podmiotów biorących udział w zamówieniu, w wybranym lub wybranych oddziałach i filiach banku. Zdaniem Zamawiającego wykonawca w wyjaśnieniach unikał odpowiedzi na pytania lub odpowiadał na wezwania Zamawiającego w tym zakresie w sposób skrótowy podnosząc m.in. (z pisma z dnia 24 września 2014 roku): „Pragniemy zaznaczyć, że wyjaśnienia te siłą rzeczy musiały przybrać formę skrótową, z uwagi sposób komunikacji pomiędzy nami, oraz z uwagi na fakt, że zapisy umów łączących nas z podwykonawcami (outsourcerami bankowymi) i wprowadzone w nich klauzule dot. poufności, Bank nie jest uprawniony do ujawniania wszystkich szczegółów tych umów. Wszelkie techniczne aspekty naszej przyszłej współpracy zostaną doprecyzowane po dokonaniu wyboru naszego Banku jako Wykonawcy w powyższym przetargu”. Dodatkowo w wyjaśnieniach z dnia 13 października 2014 roku wskazywał, iż w zakresie prowadzenia rachunku płacowego oraz przelewów płacowych Urząd Pocztowy nie będzie brał udziału. W ocenie Zamawiającego – (...) jednoznacznie to potwierdza, „okienko” w urzędzie pocztowym nie jest w stanie spełnić wymogów w zakresie operach bankowych oraz obsługi kasowej”. Zamawiający podkreślił, że powyższe wymogi związane są nierozdzielnie z przedmiotem umowy, co ma zagwarantować prawidłowe wykonanie umowy z uwagi na dany przedmiot umowy i nie ma żadnego powodu, aby uznać, iż wymóg ten stanowi wymóg podmiotowy.

Podkreślił także, że Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 24 września 2014 roku wskazał: „Bank otworzy niezwłocznie po wybraniu go jako Wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę, placówkę w której świadczone będą wymagane SIWZem usługi na rzecz (...). Powyższe potwierdza, iż dopiero nowo otwarta placówka byłaby w stanie spełnić wszystkie wymogi zawarte w SIWZ.

**Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący - Bank Handlowy w Warszawie S.A. zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie:

- 1) art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy, z uwagi na niezasadne odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp z tego powodu, że oferta zawierała cenę w wysokości 0 zł;
- 2) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy Pzp z uwagi na bezzasadne uznanie, że wykonawca nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezasadne uznanie niezgodności oferty z wymaganiami specyfikacji, a także
- 4) art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na brak przesłanek do unieważnienia;
- 5) art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na niezasadne unieważnienie postępowania, w tym niezasadne uznanie, że postępowanie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 24.11.2014 r. uznał odwołanie za częściowo zasadne i wskazał, że podlega uwzględnieniu zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp z powodu wskazania, iż oferta zawiera cenę netto i cenę brutto w wysokości 0 zł (zero złotych), oraz w związku z uwzględnieniem w całości wniesionego w tym samym postępowaniu odwołania wykonawcy ING Bank Śląski S.A. z Katowic uznał także za zasadny zarzut niezasadnego unieważnienia tego postępowania zarówno na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1, jak i pkt 7 tego przepisu w zw. z art. 146 ust.6 ustawy Pzp.

Wykonawca w toku rozprawy podtrzymał nieuwzględnione zarzuty, dotyczące naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust.3 ustawy Pzp i art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Pierwszy z zarzutów dotyczący bezzasadnego uznania, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Odwołujący oparł na twierdzeniu, że zakres żądanych wyjaśnień w piśmie z dnia 3 października 2014 r. był niezgodny z zakresem wytyczonym art. 90 ust.1 i ust.2 ustawy Pzp. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający uprawniony był do żądania wyłącznie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty i w świetle regulacji powołanego przepisu żądanie wyjaśnień w zakresie np.: kosztów osobowych (uwzględniających zaangażowanie odpowiedniej ilości osób), kosztów związanych z obsługą nieruchomości stanowiących oddział, w szczególności kwot przewidzianych na obsługę oddziału w Chorzowie, kosztów administracyjnych oraz ryzyk, nie znajdowało podstaw prawnych. Wykonawca stwierdził także, że w zakresie dopuszczonym ustawą Pzp złożył pełne wyjaśnienia.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że wykonawca nie kwestionował - w terminie określonym ustawą Pzp przy użyciu środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - żądanego na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp zakresu wyjaśnień, co do jego zgodności z ustawą Pzp,. Tym samym wykonawca ten na późniejszym etapie postępowania nie może skutecznie domagać się uznania, że nie przedstawiając żądanych informacji zastosował się do wezwania zamawiającego. Sprowadzałoby się to bowiem do oceny przez Izbę czynności Zamawiającego kwestionowanej z uchybieniem, w tym przypadku, terminu określonego w art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. Zatem wyjaśnienia wykonawcy powinny odnosić się do wszystkich wymaganych kwestii wezwaniem z 3.10.2014 r., a nie tylko do tych, które wykonawca uznaje za odpowiadające regulacjom z art. 90 ustawy Pzp. Brak kompletnych oraz spójnych i wyczerpujących wyjaśnień stanowi podstawę do zastosowania art. 90 ust.3 ustawy Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy.

Izba zwraca także uwagę, że Zamawiający konstruując wezwanie na podstawie art. 90 ust.3 ustawy Pzp miał na uwadze – tak jak podał na rozprawie - trzy zmienne czynniki, a mianowicie podaną w ofercie wykonawcy wysokość oprocentowania środków zgromadzonych na rachunku skonsolidowanym oraz pozostałych rachunkach bankowych, a także marżę wykonawcy i koszt z umowy podwykonawstwa. Tym samym, zdaniem Izby, kwestie związane z obsługą nieruchomości, stanowiących oddział, czy też kosztów

administracyjnych mogły stanowić przedmiot zapytania w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, który to przepis stanowi o elementach oferty mających wpływ na wysokość ceny, a wskazany przez Odwołującego ust.3 art. 90 wymienia tylko przykładowo uwzględniane z wyjaśnień wykonawcy przez zamawiającego [nie przez wykonawcę] obiektywne czynniki.

Mając zatem na uwadze dyrektywę z art. 190 ust.5 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że nie udzielenie wyjaśnień w wymaganym przez Zamawiającego zakresie nie budzi wątpliwości. Tym samym zarzut naruszenia art. 90 ust.3 ustawy Pzp jest niezasadny i Zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust.3 ustawy Pzp.

Także nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczący niezasadnego uznania niezgodności oferty z wymaganiami specyfikacji.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że Zamawiający, stosownie do przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oczywiście z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, który pozwala, jednakże tylko w szczególnych okolicznościach na poprawienie omyłek niezgodnych ze specyfikacją, ale które nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Izba stwierdza również, że wskazany przepis art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp ma zastosowanie zarówno w przypadku niezgodności treści oferty z przedmiotowymi warunkami przedmiotu zamówienia jak i z wymaganym specyfikacją m.in. sposobem realizacji świadczenia.

Zamawiający w tym postępowaniu – w rozdziale IV specyfikacji - Opis przedmiotu zamówienia – podał, że o zamówienie mogą ubiegać się banki posiadające oddział lub filię na terenie Miasta Chorzów, a zadaniem banku - zgodnie z pkt 4.3.2.1 - było m.in. zapewnienie realizacji operacji bankowych, w tym w szczególności poleceń przelewów krajowych i zagranicznych oraz wpłat i wypłat gotówkowych z rachunków podmiotów biorących udział w zamówieniu, w wybranym lub wybranych oddziałach i filiach banku (wykonawcy) niezależnie od tego, w którym oddziale/filii zostaną otwarte i będą prowadzone rachunki. Zamawiający wymagał także w pkt 5 formularza oferty potwierdzenia, że wykonawca posiada filie, oddział na terenie Miasta Chorzów, w której będzie prowadzona obsługa kasowa oraz wskazania adresu tej placówki. Zatem dla realizacji tej usługi wymagane było już na dzień składania ofert posiadanie w Chorzowie oddziału [filii] przez bank składający ofertę. Ta okoliczność została bezspornie potwierdzona przez

Zamawiającego w piśmie z dnia 16. 07. 2014 r. w odpowiedzi na pytanie Odwołującego [pytanie 14], który tego wymagania również, co do jego zgodności z ustawą Pzp nie zakwestionował w terminie określonym ustawą Pzp przy użyciu środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że Zamawiający nie przestrzegając tego wymagania, naruszałby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, na co wskazuje m.in. jedno z ostatnich orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości z dnia 6 listopada 2014 r. w sprawie C-42/13 Cartiera dell' Adda. W punkcie 42 tego wyroku Trybunał stwierdził, że instytucja zamawiająca zobowiązana jest na etapie oceny ofert, co do zasady, ściśle przestrzegać wyznaczonych przez siebie warunków, nawet gdyby mogłyby być obiektywnie uznane, zdaniem Izby, za nadmierne. Tak jak podkreślono w orzeczeniu [w jego punkcie 43] wskazany obowiązek ciążyący na instytucjach zamawiających mieści się w ramach zasady równego traktowania i wynikającego z niego obowiązku przejrzystości obowiązujących te instytucje.

Izba jednocześnie stwierdza, że prawo polskie nie zawiera jednoznacznej, legalnej (zawartej w ustawie) definicji oddziału, czy filii. Jednakże „oddział” [filia (łac. *córka*)] powiązane są organizacyjnie i najczęściej również statutowo, tak jak w przypadku banku, z głównym podmiotem, od którego są zależne i służą, co do zasady, do prowadzenia działalności gospodarczej samodzielnie, ale na rachunek podmiotu macierzystego. Co więcej taki oddział podlega wpisowi do Krajowego Rejestru Sądowego. Przedłożony przez Odwołującego do oferty odpis KRS – wydruk komputerowy aktualnej informacji z Rejestru przedsiębiorców - w rubryce 3 [Oddziały] - zawiera 23 pozycje, z których żadna nie odnosi się do oddziału/filii w Chorzowie. Na marginesie Izba zauważa, że w KRS nie uwidoczniono również Poczty Polskiej jako oddziału/filii wykonującej określone zadania na rzecz Banku Handlowego w Warszawie. Reasumując, Izba stwierdza, że wykonawca bezpodstawnie w punkcie 5 formularza oferty, dotyczącym oddziału [filii], a nie podwykonawcy, jako oddział Banku Handlowego w Warszawie S.A. wskazał Urząd Poczty Chorzów 1 Poczty Polskiej S.A. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że czynności z pkt 4.3.2.1 specyfikacji zostały jednoznacznie zastrzeżone dla banku lub jego oddziału.

W konkluzji Izba stwierdza, że odwołanie podlega oddaleniu, albowiem wskazywane w odwołaniu przez wykonawcę naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 tej ustawy a także art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp nie podlegają uwzględnieniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....