

Sygn. akt: KIO 2321/14

**WYROK**  
z dnia 17 listopada 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**  
**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 listopada 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2014 r. przez **wykonawcę Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 15, reprezentowana przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna Południowy Regionalny Oddział Korporacyjny w Katowicach Regionalne Centrum Korporacyjne w Tychach, ul. Dmowskiego 27 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Tychy, Al. Niepodległości 49**

przy udziale **wykonawcy Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna I Śląskie Centrum Korporacyjne z siedzibą w Katowicach, Al. Korfantego 160** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 2321/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 15, reprezentowana przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna Południowy Regionalny Oddział Korporacyjny w Katowicach Regionalne Centrum Korporacyjne w Tychach, ul. Dmowskiego 27 i**
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 15, reprezentowana przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna Południowy Regionalny**

**Oddział Korporacyjny w Katowicach Regionalne Centrum Korporacyjne  
w Tychach, ul. Dmowskiego 27 tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Bankowa obsługa budżetu Miasta Tychy oraz jednostek organizacyjnych gminy w latach 2015-2019 zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Miasto Tychy, Al. Niepodległości 49 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 lipca 2014 roku, numer ogłoszenia 355318- 2014-PL.

W dniu 27 października 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 15, reprezentowana przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna Południowy Regionalny Oddział Korporacyjny w Katowicach Regionalne Centrum Korporacyjne w Tychach, ul. Dmowskiego 27 (dalej odwołujący) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy).

W dniu 6 listopada 2014r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 stycznia 2014r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu bezpośrednio na biuro podawcze w dniu 5 listopada 2014r.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty i zaniechanie jej wyboru jako najkorzystniejszej. Czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt.2 w związku z art. 38 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie czynności: odrzucenia oferty odwołującego pomimo jej zgodności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz)

- art. 91 ust 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy przez dokonanie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta odwołującego była korzystniejsza

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego
  - unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej powtórzenie czynności oceny złożonych ofert
- oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że jego Interes prawny wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przez zamawiającego przepisów ustawy nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych mających wpływ na wynik postępowania, a odwołujący mógłby pozyskać zamówienie w przedmiotowym postępowaniu,

ponieważ jego oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu, a w przypadku uwzględnienia odwołania jest ofertą najkorzystniejszą.

W przedmiotowym stanie faktycznym podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą prowadzenia niniejszego postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy w tym zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w szczególności przez nieuznanie, że oferta odwołującego zarówno pod względem ceny jak i spełnienia wymogu możliwości realizacji zadania dla zamawiającego, była ofertą najkorzystniejszą. Podnoszone przez odwołującego naruszenia wskazują na uszczerbek w jego interesie prawnym, przez realne ryzyko pozbawienia go szans na uzyskanie zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu 89 ust. 1 pkt.2 w związku z ort. 38 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego, odwołujący podniósł, że w siwz pkt 3 OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, zapisano:

„Dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia wykonawca musi posiadać no terenie Miasta Tychy placówkę bankową. Placówka będzie czynna przez cały okres realizacji zamówienia tj. od 01.01.2015 r. do 31.12.2019 r.”

Podobnie w załączniku nr 3 do siwz pn. „ISTOTNE DLA STRON POSTANOWIENIA, które zostaną wprowadzone do treści umów dotyczących postępowania przetargowego pn.: „Bankowa obsługa budżetu Miasta Tychy oraz jednostek organizacyjnych gminy w latach 2015-2019”, w pkt II ppkt 12 zastrzeżono, że:

„Zapisy w umowach dla Gminy i każdej z jednostek organizacyjnych będą stanowiły o: oświadczeniu wykonawcy, iż na dzień 01.01.2015 r. będzie posiadał placówkę bankową na terenie miasta Tychy lub otworzy taką placówkę nie później niż do dnia rozpoczęcia obowiązywania umowy”

Analogicznie wreszcie w załączniku nr 5a do siwz pn. „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” wskazano (akapit drugi), że:

„Dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia wykonawca musi posiadać na terenie Miasta Tychy placówkę bankową. Placówka będzie czynna przez cały okres realizacji zamówienia tj. od 01.01.2015 r. do 31.12.2019 r.”

Przytoczone powyżej postanowienia siwz nie uległy zmianie aż do terminu złożenia ofert, pomimo iż zamawiający dwukrotnie zmieniał treść siwz.

Odwołujący na dzień złożenia oferty i w dalszym ciągu posiada na terenie Miasta Tychy placówki bankowe, w tym między innymi Oddział 1 przy ul. Dmowskiego 27 oraz Oddział 2 przy ul. Niepodległości 55, i za pośrednictwem tych placówek wykonuje obecnie umowę o bankową obsługę budżetu miasta Tychy, obowiązującą do dnia 31.12.2014. Odwołujący nie ma i nie zgłasza zamiaru likwidacji swoich placówek w Mieście Tychy, w szczególności wykonujących umowę o bankową obsługę budżetu miasta Tychy, przed dniem 31.12.2019.

Pismem z dnia 09.10.2014 zamawiający wystąpił do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W wezwaniu zamawiający powołał się na „udzielone wyjaśnienia i zmiany do siwz”, według których za „placówkę bankową” uznaje się wyłącznie oddział Banku ujawniony w KRS w Dziale I Rubryka 3 - Oddziały. Zamawiający przytoczył w swoim piśmie fragment wyjaśnień z dnia 19.08.2014 (mylnie oznaczając je jako 18.09.2014)

„(...) W przypadku nie otwarcia „placówki bankowej” Miasta Tychy, będzie poczytywało taki stan jako nienależyte wykonanie umowy no obsługę bankową Miasta, co oczywiście doprowadzi do określonej w przepisach Kodeksu cywilnego i Prawa bankowego odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności odszkodowawczej”.

W przywołanych wyjaśnieniach z 19.08.2014 zamawiający istotnie sformułował pogląd, że przez placówkę bankową rozumie się Oddział Banku ujawniony w KRS Dział I Rubryka 3 - Oddziały, i powtórzył ten pogląd w wyjaśnieniach z 05.09.2014. Zamawiający udzielając w/w wyjaśnień wprowadzał zmiany do siwz, w których m.in. wprowadził do wzoru oferty pkt 8 o treści:

„Oświadczamy, iż na dzień 01.01.2015 r. będziemy posiadać placówkę bankową na terenie miasta Tychy. Lokalizacja placówki bankowej (istniejącej lub planowanej - należy podać adres):”

Zamawiający nie dokonał przy tym zmiany w przytoczonych powyżej postanowieniach siwz określających wymóg posiadania placówki bankowej przez zdefiniowanie jej jako oddziału ujawnionego w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.

Odwołujący pismem z dnia 16.10.2014 wyjaśnił, że przypadku udzielenia mu zamówienia, zamierza je wykonywać zgodnie z postanowieniami siwz. Odwołujący zaznaczył w swoim piśmie - podając odpowiednie uzasadnienie prawne - że wykonywanie obsługi bankowej budżetu za pośrednictwem placówek bankowych zlokalizowanych na terenie miasta Tychy, lecz nie wpisanych do rejestru przedsiębiorców KRS, jest zgodne z odpowiednimi przepisami prawa (także dlatego, że wykonuje obecnie umowę o obsługę bankową zamawiającego za pośrednictwem takich placówek) oraz siwz (jako że nie zmieniono siwz w zakresie pojęcia placówki bankowej). Jako dowód powołał pismo z 16.10.2014r.

Pismem z dnia 27.10.2014 zamawiający powiadomił odwołującego o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty odwołującego. W piśmie tym wskazano, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a jako uzasadnienie faktyczne - iż „zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami i zmianami do siwz zamawiający wymagał, aby na dzień 01.01.2015 „placówka bankowa” była Oddziałem Banku ujawnionym w KRS Dział I Rubryka 3 - Oddziały”, zaś zdaniem zamawiającego „Wykonawca potwierdził, iż nie zamierza dokonać wpisu Oddziału w Tychach do KRS”, co miało wynikać z udzielonych wyjaśnień (jak należy mniemać - z pisma z 16.10.2014).

Odrzucenie oferty odwołującego, w jego ocenie, jest bezzasadne. Oferta spełniała wszystkie wymogi siwz, a wyjaśnienia złożone w dniu 16.10.2014 nie zawierały w swojej treści żadnych deklaracji co do zamiaru (lub jego braku) dokonania wpisu oddziałów odwołującego do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. Tym samym, zamawiający dokonał czynności wyłącznie w oparciu o swoją interpretację (czy nawet nadinterpretację) oferty złożonej przez odwołującego, w sposób całkowicie niezgodny z siwz - jako że w siwz nie zastrzeżono obowiązku posiadania placówek na moment składania ofert, na moment wyboru oferty czy nawet na moment podpisania umowy. Tym samym zamawiający w sposób rażąco naruszył zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy.

Osobną kwestią pozostaje, czy w razie wyboru oferty odwołującego i podpisania umowy o obsługę bankową obowiązującą od dnia 1 stycznia 2015 roku, brak placówki o statusie określonym w wyjaśnieniach zamawiającego (albowiem niesporne jest, że odwołujący spełnia wymogi stawiane przez siwz już na moment złożenia oferty) stanowi jakąkolwiek niezgodność z przepisami prawa.

W przywołanych wcześniej wyjaśnieniach zamawiającego z dnia 19.08.2014 (cytowanych w piśmie z 09.10.2014) zamawiający wskazał, że brak placówki określonego rodzaju będzie „traktowany jako nienależyte wykonywanie umowy, stanowiące podstawę odpowiedzialności zgodnie z Kodeksem cywilnym i prawem bankowym”.

Należy podkreślić, że przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku - prawo bankowe (Dz. U. Z 2012 roku, poz. 1376 z późniejszymi zmianami), jak również przepisy wykonawcze wydane na podstawie tej ustawy, nie określają co do zasady wymogów, jakie powinna spełniać jednostka organizacyjna banku, aby mogła prowadzić działalność bankową czy wykonywać konkretne czynności bankowe, w tym zawierać i wykonywać umowy na obsługę bankową budżetu jednostki samorządu terytorialnego. W szczególności ustawa ta nie zawiera co do zasady wymogu, aby jednostki organizacyjne banków - czy to nazywane oddziałami, czy w inny sposób określane - musiały zostać wpisane do rejestru przedsiębiorców.

Jedynym wyjątkiem w tym zakresie stanowią przepisy regulujące działalność w Polsce oddziałów banków zagranicznych, które zgodnie z art. 40 ust. 5 ustawy prawo bankowe podlegają wpisowi do rejestru przedsiębiorców. Jednakże regulacja prawna działania tych podmiotów jest na tyle szczególna, że zgodnie z art. 40 ust. 1 pkt 20 ustawy prawo bankowe za „oddział banku zagranicznego” uważa się wszystkie jednostki organizacyjne danego banku zagranicznego utworzone na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Tym samym bank zagraniczny prowadzący działalność w Polsce mógłby - bez względu na ilość posiadanych placówek - ubiegać się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu tylko i wyłącznie w przypadku gdyby przez cały okres obowiązywania umowy posiadał (zgodnie z posiadaniem zezwoleniem udzielonym przez Komisję Nadzoru Finansowego - art. 40 ust. 4 ustawy prawo bankowe) siedzibę na obszarze miasta Tychy. Oznaczałoby to oczywiście

niedopuszczalne ograniczenie prawa takiego wykonawcy do ubiegania się o udzielenie zamówienia, naruszające art. 7 ust. 1 ustawy.

Z uwagi na powyższe, brak posiadania na obszarze miasta Tychy oddziału ujawnionego w rejestrze przedsiębiorców nie stanowiłby po stronie odwołującego jakiegokolwiek naruszenia ustawy prawo bankowe.

Odwołujący zauważył, że także z punktu widzenia kodeksu cywilnego nie sposób byłoby przypisać odwołującemu jakiegokolwiek odpowiedzialności względem zamawiającego. W szczególności przepisy kodeksu cywilnego nie wiążą w żaden sposób możliwości świadczenia usług (w tym w zakresie prowadzenia rachunków bankowych) od posiadania określonego rodzaju jednostek organizacyjnych, w tym ich wpisu do rejestru przedsiębiorców. Nie sposób też przypisać zamawiającemu ponoszenia jakiegokolwiek szkody wynikającej z faktu, że jest obsługiwany w jednostce niewpisanej do rejestru przedsiębiorców (czego zamawiający ma niezaprzeczną świadomość będąc w takiej jednostce obsługiwany). Tym samym, także z punktu widzenia kodeksu cywilnego nie sposób przypisać odwołującemu jakiegokolwiek naruszenia prawa, które mogłoby skutkować rzeczywistą odpowiedzialnością.

Odwołujący podniósł także, że również przepisy ustawy o finansach publicznych, regulujące wykonywanie bankowej obsługi budżetu jednostki samorządu terytorialnego (art. 264), nie zawierają żadnych ograniczeń co do możliwości wykonywania takiej obsługi wyłącznie poprzez jednostki organizacyjne ujawnione w rejestrze przedsiębiorców. Także i w tym zakresie nie można byłoby przypisać odwołującemu naruszenia prawa, mogącego skutkować jakąkolwiek odpowiedzialnością odwołującego względem zamawiającego. Odwołujący wskazał, że również na gruncie przepisów innych ustaw nie istnieje jednoznaczna regulacja nakazująca rejestrowanie oddziałów w rejestrze przedsiębiorców. Regulacji takiej nie stanowi w szczególności ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, zawierająca definicję oddziału - definiowanego jako wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywaną przez przedsiębiorcę poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności. Gdyby odwoływać się rygorystycznie do tej definicji, to nie byłoby możliwe posiadanie przez przedsiębiorcę (w tym bank) oddziału w tej miejscowości, która stanowi siedzibę przedsiębiorcy, bądź w której znajduje się główne miejsce wykonywania przezeń działalności. Oznaczałoby to w realiach niniejszej sprawy, że nie mógłby się ubiegać o udzielenie zamówienia wykonawca, która na obszarze miasta Tychy posiadałby siedzibę lub główne miejsce prowadzenia działalności, gdyż w takiej sytuacji nie miałby prawnej możliwości posiadania w mieście oddziału (dosłowne odczytywanie wymogu sformułowanego przez zamawiającego w wyjaśnieniach czyni niewystarczającym posiadanie na obszarze miasta Tychy głównej siedziby, która nie jest wpisana jako oddział).

Odwołujący podniósł te argumenty dla zobrazowania, że żadne przepisy prawa nie nakładają na wykonawców w niniejszej sprawie obowiązku wpisania do rejestru przedsiębiorców jednostek organizacyjnych w randze oddziałów, a co za tym idzie - interpretacja przedstawiona przez zamawiającego stanowi bezzasadne ograniczenie, niezwiązane w żaden sposób z należytym wykonywaniem obsługi bankowej budżetu miasta. Powoływanie się zatem na takie ograniczenie przez zamawiającego stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i przez to, w ocenie odwołującego, jest niedopuszczalne.

Odwołujący wskazał, że określone w art. 7 ust 1 ustawy zasady: uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, są fundamentalnymi regułami udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z przyjętym orzecnictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ww. zasady są podstawowymi zasadami udzielania zamówień, obowiązującymi na każdym etapie postępowania. A skutkiem ich przestrzegania ma stać się rzeczywisty rozwój konkurencji, w postaci sprzyjającej „tworzeniu warunków do wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty” (patrz: Aleksandra Sołtysińska, Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej, Zakamycze 2004, str. 20).

Odwołujący zauważył, iż wymienione zasady ustawodawca zawarł także w przepisach odnoszących się do poszczególnych rozwiązań ustawowych. Zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców są to dwie fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych, pozwalające na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami pieniężnymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania, co zdaniem odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie jest realizowane.

Odwołujący podkreślił, iż prowadzenie postępowania zgodnie z zapisami art. 7 ust. 1 ustawy następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert, w nierówny sposób potraktował oferty złożone przez poszczególnych wykonawców, i oferty zgodnej z siwz nie wybrał jako najkorzystniejszej, co świadczy, iż zamawiający naruszył normę art. 7 ust 1 ustawy.

Odwołujący wskazał także, iż ustawodawca świadomie zróżnicował w art. 38 ustawy udzielanie wyjaśnień do siwz - których celem jest usuwanie wątpliwości dotyczących treści siwz - oraz dokonywanie zmian w siwz. W ocenie odwołującego, „wyjaśnienie” dokonane przez zamawiającego, jako znacząco zawężające możliwość ubiegania się o zamówienie i tym samym de facto zmieniającej warunki siwz, powinno być dokonywane w trybie zmiany siwz - jeżeli miałyby wywołać skutki prawne dla wykonawców (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 07.08.2013, KIO 1794/13). Osobną kwestią pozostaje - analizując



postępowanie zamawiającego względem odwołującego - czy wyjaśnienia zamawiającego nie stanowią w istocie wprowadzenia zakamuflowanego dodatkowego warunku spełnienia udziału w postępowaniu - co powszechnie uznaje się za niedopuszczalne na etapie udzielania wyjaśnień, nawet pomimo braku wyraźnego zakazu w obecnie obowiązującym tekście ustawy. Należy podkreślić, iż podawane już na etapie ogłoszenia o zamówieniu warunki udziału w postępowaniu, które często stanowią dla wykonawców istotną przesłankę przy podejmowaniu decyzji o uczestnictwie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego .nie mogą być modyfikowane. W związku z powyższym przyjęcie przez zamawiającego, że nastąpiła modyfikacja w przedmiotowym zakresie elementu oznacza nierówne traktowanie potencjalnych wykonawców i ogranicza uczciwą konkurencję.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu 91 ust 1 w związku z art. 7 ust 3 ustawy przez dokonanie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta odwołującego była korzystniejsza, odwołujący podniósł, co następuje

W następstwie odrzucenia oferty odwołującego, uznano za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy: Bank Polska Kasa Opieki S.A. i Śląskie Centrum Korporacyjne w Katowicach.

Z informacji przekazanych podczas otwarcia ofert wynikało, że wybrany wykonawca złożył ofertę, która podlegała identycznej ocenie jak oferta odwołującego w zakresie kryterium „Cena”, natomiast w zakresie kryterium „Opłacalność ekonomiczna rachunku” oferta odwołującego była korzystniejsza niż oferta wykonawcy wybranego.

Skoro oferta odwołującego została odrzucona bezpodstawnie i powinna była zostać poddana ocenie, w następstwie której zostałaby uznana za najkorzystniejszą, to czynność zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej dokonana z pominięciem oferty odwołującego powinna zostać uchylona, a zamawiający powinien powrócić do porównania ofert. Odwołujący zarzucił równocześnie zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust 3 ustawy, tj. zasady udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Art. 7 ust. 3 ustalił regułę, zgodnie z którą zamówienia można udzielić wyłącznie wykonawcy, który został wybrany zgodnie z przepisami ustawy. Literalne brzmienie przepisu wskazuje przede wszystkim, iż udzielenie zamówień publicznych następuje po przeprowadzeniu stosownej procedury wyboru wykonawcy (patrz: Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski Prawo zamówień publicznych, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, str. 107 i n.). Art 7 ust 3 wskazuje obowiązek zamawiającego w sposób pozytywny, nakazując udzielać zamówień wyłącznie tym wykonawcom, którzy zostali wybrani na zasadach określonych w ustawie, co wobec powyżej wskazanych argumentów nie nastąpiło. W tym stanie rzeczy odwołujący uważa, że jego zarzut należy uznać za znajdujący podstawy do uwzględnienia, a odwołanie winno ulec uwzględnieniu. Na okoliczności podnoszone powyżej odwołujący wniósł o przeprowadzenie na rozprawie dowodu z dokumentacji zamawiającego, tj. siwz wraz z wprowadzonymi

zmianami, wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego, wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 09.10.2014, wyjaśnień odwołującego z dnia 16.10.2014 i zawiadomienia o wynikach postępowania.

W dniu 6 listopada 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopie i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 7 listopada 2014r. swój udział w postępowaniu odwoławczym na piśmie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna I Śląskie Centrum Korporacyjne z siedzibą w Katowicach, Al. Korfantego 160 wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a zatem w przypadku uwzględnienia odwołania interes przystępującego w uzyskaniu zamówienia zostałby naruszony oraz poniósłby szkodę związaną z poniesieniem kosztów złożenia oferty oraz utratą zysków z realizacji zamówienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 7 listopada 2014r. udzielonego przez dwóch prokurentów ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 7 listopada 2014r.

Na rozprawie zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

- oddalenie odwołania w całości,
- obciążenie odwołującego kosztami postępowania.

Odnosząc się do zarzutu postawionego w odwołaniu z dnia 5 listopada 2014 r., podkreślając, iż nie znajduje on jakichkolwiek podstaw, zamawiający zauważył odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 38 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, przez dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego, że zgodnie ze wskazaniem odwołującego w siwz - pkt 3 Opis przedmiotu zamówienia, zapisano: "Dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia Wykonawca musi posiadać na terenie Miasta TChy placówkę bankową. Placówka będzie czynna przez cały okres realizacji zamówienia tj. od 01.01.2015 r. do 31.12.2019 r."

Podobnie w załączniku nr 3 do siwz pn. "Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umów dotyczących postępowania przetargowego pn.: "Bankowa obsługa budżetu Miasta Tychy oraz jednostek organizacyjnych gminy w latach 2015-2019", w pkt II ppkt 12 zastrzeżono, że:

„Zapisy w umowach dla Gminy i każdej z jednostek organizacyjnych będą stanowiły o: (...)

12. Oświadczeniu Wykonawcy, iż na dzień 01.01.2015 r. będzie posiadał placówkę bankową na terenie Miasta Tychy lub otworzy taką placówkę nie później niż do dnia rozpoczęcia obowiązywania umowy."

Analogicznie wreszcie w załączniku nr 5a do SIWZ pn. "Opis przedmiotu zamówienia" wskazano (akapit drugi), że:

Dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia Wykonawca musi posiadać na terenie Miasta Tychy placówkę bankową. Placówka będzie czynna przez cały okres realizacji zamówienia tj. od 01.01.2015 r. do 31.12.2019 r."

Istotne znaczenie posiadają zapisy, które zamawiający wprowadził pismem z dnia 19 sierpnia 2014 r. - odpowiedzi na zapytania oraz zmiana treści siwz - część I:

Zapytanie III

Prosimy o doprecyzowanie warunku określonego w Załączniku nr 3 pkt. II ppkt. 12 o treści: „oświadczenie wykonawcy, iż na dzień 01.01.2015 r. będzie posiadał placówkę bankową na terenie miasta Tychy lub otworzy taką placówkę nie później niż do dnia rozpoczęcia obowiązywania umowy", z uwagi na brak w przepisach prawa jednoznacznej definicji. Czy pod pojęciem „placówka bankowa" Zamawiający rozumie Oddział Banku ujawniony w KRS Dział I Rubryka 3-Oddziały? Czy Zamawiający przewiduje konsekwencje w przypadku nie otwarcia „placówki bankowej" we wskazanym terminie? Stanowisko Zamawiającego

Pod pojęciem „placówka bankowa" Zamawiający rozumie Oddział Banku ujawniony w KRS Dział I Rubryka 3-Oddziały. W przypadku nie otwarcia „placówki bankowej" Miasto Tychy będzie pożytywało taki stan jako nienależyte wykonanie umowy na obsługę bankową Miasta, co oczywiście doprowadzi do określonej w przepisach Kodeksu cywilnego i Prawa bankowego odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności odszkodowawczej.

oraz pismem z dnia 5 września 2014 r. - odpowiedzi na zapytania oraz zmiana treści siwz - część II:

Zapytanie X

Czy Zamawiający zaakceptuje jako „placówkę bankową" określoną w Załączniku nr 3 pkt. II ppkt. 12 placówkę naszego banku zlokalizowaną w Tychach przy ul ..... określoną jako Filia nr ..... Oddziału w Katowicach?

Placówka została otwarta w styczniu bieżącego roku i spełnia wszelkie wymogi i standardy niezbędne do obsługi Miasta. Bank ....., który w całym kraju posiada 1003 placówki, w KRS ujawnia tylko Oddziały. Filie, których jest w całym kraju kilkaset nie są ujawniane w KRS.

Stanowisko zamawiającego: „Zamawiający nie akceptuje wskazanej przez Państwa Filii jako „placówki bankowej" określonej w załączniku nr 3 pkt II ppkt 12, gdyż podtrzymuje stanowisko zawarte w odpowiedzi na pytanie III pkt 1 z dnia 19.08.2014 r. gdzie pod

pojęciem „placówka bankowa” rozumie się Oddział Banku ujawniony w KRS Dział I Rubryka 3 - Oddziały.”

W ocenie zamawiającego nie ulega wątpliwości, iż przesłanie wykonawcom i opublikowanie wyjaśnień na stronie internetowej zamawiającego czyni je powszechnie obowiązującymi dla wykonawców przygotowujących oferty. Wykonawcy nie powinni pomijać treści udzielonych wyjaśnień, przygotowując swoje oferty. Ponieważ wraz z podaniem ich do publicznej wiadomości zamawiający jest związany treścią udzielonych wyjaśnień, to również z tym momentem ustaje stan niepewności co do interpretacji określonych zapisów siwz, a w konsekwencji wykonawcy są związani treścią siwz, z uwzględnieniem wyjaśnień, wynikających z udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi. Nie negując obowiązku rzetelnego przygotowania siwz przez zamawiającego należy przecież mieć na uwadze, że efektem udzielonego zamówienia powinno być uzyskanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia o właściwościach odpowiadających potrzebom zamawiającego.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami zamawiający jest zobowiązany dokonać zmiany siwz, jeżeli tylko spostrzegł, że zapisy siwz nie oddają w pełni jego intencji, oczekiwań i potrzeb. Z drugiej jednak strony treść wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego ma wpływ na podjęcie przez wykonawców decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu oraz na zawartość ich ofert. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 18 grudnia 2002 roku (sygn. akt V Ca 1311/02), wyjaśnienia do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu. Taką wykładnię prezentuje do tej pory również KIO, wskazując, że:

- przekazując wyjaśnienia do SIWZ, zamawiający nie musi wyraźnie stwierdzić, że w powyższym zakresie dokonuje zmiany SIWZ, ponieważ wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SIWZ są wiążące dla wykonawców i stanowią ze swojej istoty uzupełnienie treści SIWZ, które wykonawcy muszą brać pod uwagę sporządzając ofertę - wyrok KIO z 12 maja 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 729/10;

- udzielając wyjaśnień, zamawiający nie musi za każdym razem pisać, że w danym zakresie modyfikuje postanowienia specyfikacji, gdyż i bez takich formuł wykonawcy i zamawiający muszą się stosować do wyjaśnień- wyrok KIO z 2 czerwca 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 917/10;

- zamawiający jest związany treścią odpowiedzi, jakich udziela - wyrok KIO z 17 listopada 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 2401/10;

„postanowienia specyfikacji wiążą zamawiającego i wykonawców na równych prawach, co więcej - zamawiający staje się niejako zakładnikiem postanowień specyfikacji” Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 11 stycznia 2011 r. sygn. akt: KIO/2800/10

Wykonawcy w razie jakichkolwiek wątpliwości mają prawo zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienia i doprecyzowanie niezrozumiałych zapisów siwz. W orzecznictwie arbitrażowym utrwalili się poglądy, że wyjaśnienia udzielone wszystkim wykonawcom w trybie odpowiedzi na zapytania mogą zarazem stanowić siwz. O tym jednak, czy wyjaśnienie treści specyfikacji stanowi jej modyfikację, nie decyduje nazwa nadana przez zamawiającego ani przywołana podstawa prawna, ale wyłącznie merytoryczna zawartość pisma. Ponadto zamawiający może udzielić wyjaśnień oraz dokonać modyfikacji specyfikacji w ramach jednej czynności, ponieważ przepisy prawa zamówień publicznych nie precyzują dokonania wyżej wymienionych czynności.

Jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie wyjaśnienia treści siwz są nowymi konstrukcjami znaczenia wyjaśnianego pojęcia, precyzyjniej określającymi już istniejące znaczenie danego określenia, przy czym jego zakres nie zmienia się, a wyjaśnienie jedynie doprecyzowuje znaczenie pojęcia - wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r., sygn. KIO/UZP 580/11. Ustawodawca daje jednak zamawiającemu również możliwość dokonania zmiany treści siwz. Konieczność dokonania takiej zmiany może wynikać z odpowiedzi na pytania zadawane przez wykonawców, zastosowania przez nich środków ochrony prawnej lub też z własnej inicjatywy zamawiającego. Wykonawcy we własnym interesie powinni zatem dokładnie zapoznać się ze specyfikacją. Od treści siwz zależy bowiem, czy w ogóle mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia i czy są w stanie zaoferować zamawiającemu przedmiot odpowiadający jego wymaganiom. Wykonawcy powinni również reagować we właściwy sposób na postanowienia specyfikacji sprzeczne z ustawą, które pozbawiają ich szansy ubiegania się o udzielenie zamówienia. Wykonawcy mogą wnosić odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści siwz, tak jak wobec innych czynności zamawiającego podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli postanowienia specyfikacji sprzeczne z ustawą są jasne i precyzyjne, zamiast zadawać pytania do siwz należy wnieść odwołanie wobec treści specyfikacji. Przed upływem terminu składania ofert zamawiający może zmienić treść specyfikacji z własnej inicjatywy lub na wniosek wykonawców. Zmiany takie są odrębnymi czynnościami zamawiającego i jeżeli naruszają przepisy ustawy, można wnieść wobec nich odwołanie, czego odwołujący nie uczynił.

Specyfikację, w ocenie zamawiającego, należy czytać całościowo. Integralną część specyfikacji stanowią wszystkie załączniki. Treść specyfikacji kształtują również wyjaśnienia udzielane przez zamawiającego. W celu zmiany siwz zamawiający nie musi wskazać wyraźnie, które postanowienia specyfikacji zmienia i w jaki sposób. W konsekwencji jeżeli wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego w rzeczywistości zmieniają treść pierwotnej specyfikacji, można wnieść wobec nich odwołanie, oczywiście pod warunkiem, że są sprzeczne z ustawą. Po upływie terminów wyznaczonych na zadawanie pytań do

specyfikacji lub na wnoszenie odwołań wobec jej treści, postanowienia siwz są wiążące dla wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Postanowienia specyfikacji podlegają tzw. wykładni literalnej, co oznacza, iż liczy się ich dosłowne brzmienie.

Zamawiający nie może odstępować od wymagań określonych w specyfikacji. W szczególności zamawiający powinien odrzucić ofertę, która nie spełnia jednego z wymagań określonych w siwz. Zamawiający nie może wybrać takiej oferty jako najkorzystniejszej, nawet jeżeli zaspokaja ona jego rzeczywiste potrzeby.

Zamawiający jasno wskazał, wymóg posiadania placówki bankowej w siwz i w ogłoszeniu o zamówieniu. Wymóg taki wynika z przyjmowania wpłat gotówkowych podatników na wszystkie rachunki bankowe zamawiającego w oddziałach na terenie miasta Tychy bez obciążania podatników opłatami i prowizjami. Obsługa bankowa jednostki samorządowej jest uzależniona od zapewnienia dostępności wybranych usług, w szczególności usług kasowych. Każda niemal gmina, która ogłasza przetarg na obsługę bankową wymaga od banku-wykonawcy posiadania w jej granicach oddziału, filii lub co najmniej placówki, w której świadczony byłby podstawowy zakres obsługi bankowej. Samorządy oczekują od banku-wykonawcy posiadania placówek, w których zarówno interesanci, jak i reprezentanci samorządu mogliby bezpłatnie dokonywać operacji bankowych, wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia.

Wymóg posiadania placówki bankowej zamawiający zawarł w trosce o zapewnienie wysokiej jakości świadczonych usług, a także, aby być pewnym, że pobierane i przetrzymywane środki publiczne są bezpieczne. Zamawiający podkreślił, że w obsłudze bankowej budżetu gminy liczy się skala działania i sprawność organizacyjna (np. zdolność do szybkiego otwierania i zamykania znacznej liczby rachunków bankowych, realizacja miesięcznie kilkudziesięciu tysięcy przelewów). Zamawiający umieszczając zapis dotyczący placówki bankowej pragnął wyeliminować Poczta Polska jako stronę w drodze tzw. outsourcingu bankowego, o którym mowa w art. 6a - 6c Prawa bankowego.

Zapis zamawiającego określony w siwz, w jego ocenie, nie jest wygórowany, gdyż liczba podmiotów na rynku zajmujących się obsługą bankową o rozbudowanej strukturze organizacyjnej jest ogromna, a posiadanie oddziału banku na terenie miasta Tychy na dzień złożenia oferty nie stanowi problemu dla co najmniej kilku podmiotów z sektora bankowego. Zamawiający ma prawo wymagać, aby świadczona na jego rzecz usługa miała pożądane cechy, gwarantujące utrzymanie pożądanych przez niego standardów. Zamawiający nawet wyszedł na przeciw potencjalnym wykonawcom i zapis swój sformułował w taki sposób aby dać możliwość dokonania stosownych wpisów w Krajowym Rejestrze Sądowym do dnia 01.01.2015 r., co dodatkowo zwiększa konkurencję, a nie ją utrudnia.

Uczciwa konkurencja oznacza możliwość uzyskania zamówienia przez wielu odpowiednio wykwalifikowanych wykonawców, którzy działając zgodnie z prawem i dobrymi obyczajami

mogą złożyć konkurencyjną ofertę. Aby było to możliwe opis przedmiotu sporządzony przez zamawiającego jest jednoznaczny i wyczerpujący, aby z kolei umożliwić wykonawcom określenie wszystkich swoich zobowiązań i ryzyka oraz odpowiedzialną kalkulację ceny i innych elementów oferty. Celem opisu przedmiotu zamówienia jest bowiem umożliwienie zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym segmencie rynku - wyrok KIO 821/11.

Zamawiający nie może zatem uznać, że oferta odwołującego odpowiada treści siwz. Byłoby to nieuczciwe nie tylko wobec pozostałych wykonawców składających ofertę, którzy takie placówki posiadają lub zobowiązali się do ich rejestracji, ale przede wszystkim wobec podmiotów, które nie wzięły udziału w postępowaniu ze względu na niespełnianie wymagań odnośnie realizacji sposobu zamówienia.

Charakter prawny wymagania zamieszczonego w siwz dotyczący posiadania placówki bankowej potwierdza także zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt II.1.5 zapisów, które sprawiają, że nie przypadkowo pojawiły się w siwz. Zamawiający wskazał także, że pismem z dnia 5 września 2014 r. skorzystał z wynikającego z art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy uprawnienia do zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. W pkt 11.8 siwz dodano zapis: „Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę części zamówienia w zakresie posiadania placówki bankowej na terenie miasta Tychy. Zamawiający tym samym uważa za konieczne, aby niektóre czynności wyszczególnione w SIWZ były wykonywane przez statutową jednostkę organizacyjną banku-wykonawcy zlokalizowaną na terenie miasta Tychy, a nie przez jednostkę organizacyjną podwykonawcy.”

Reasumując, powyższe okoliczności, w ocenie zamawiającego, świadczą o tym, że nie sposób nie egzekwować, w sposób zgodny z przepisami ustawy, literalnie interpretowanego wymagania posiadania na dzień 01.01.2015 r. własnego oddziału banku-wykonawcy na terenie miasta Tychy jako sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Wypracowane w ostatnich latach orzecznictwo KIO pozwala na postawienie tezy, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób ograniczający krąg potencjalnych wykonawców zamówienia publicznego, jeżeli określone wymogi są uzasadnione rzeczywistymi potrzebami zamawiającego.

Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia stosownie do swoich potrzeb, a jedyne ograniczenie, jakie nakłada ustawa, stanowi nakaz prowadzenia postępowania, stwarzający wykonawcom równe warunki uczestnictwa, bez wyznaczania podmiotowych czy przedmiotowych preferencji, co jest równoznaczne z zachowaniem reguł wyznaczających uczciwą konkurencję. Opis przedmiotu zamówienia i ustalony sposób oceny ofert w odniesieniu do wymaganych parametrów technicznych, który nie narusza równego

traktowania wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz stanowi odbicie rzeczywistych i usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego jest suwerenną decyzją zamawiającego, którego wykonawca nie ma podstaw kwestionować. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć - sygn. KIO/UZP 951/09 wyrok z 03.08.2009 r.

Odnosnie zarzutu naruszenia regulacji przepisu 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy przez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo, że oferta odwołującego była korzystniejsza, zamawiający podniósł, że w świetle dyspozycji art. 89 ustawy, to na zamawiającym ciąży obowiązek badania czy w konkretnym stanie faktycznym nie ma podstaw do odrzucenia oferty, a w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek z treści art. 89 ustawy zamawiający zobowiązany jest do jej odrzucenia. Zamawiający po otwarciu ofert nie może oceniać ofert w sposób dowolny, ale wyłącznie w taki sposób jak wynika to z treści siwz, zaś oferowany przez wykonawcę produkt/usługa powinien odpowiadać opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia - sygn. akt KIO 3/11 Wyrok z dnia 18 stycznia 2011 r. Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując zamawiających zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 - do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią siwz przesądza ich porównanie - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia - w przedmiotowym postępowaniu, w złożonej ofercie przez odwołującego brak jest zgodności pomiędzy oświadczeniem jakie złożył odwołujący a wymaganiami zamawiającego, Nie została również dowiedziona przez odwołującego zgodność oświadczenia woli złożonego przez odwołującego z oczekiwaniami zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Sygn. akt: KIO 148/11 Wyrok z dnia 9 lutego 2011 roku.

Zgodnie z ukształtowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt .2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym



w treści siwz wymaganiom- Sygn. akt KIO 232/11 Wyrok z dnia 18 lutego 2011 r. Zamawiający w wyniku otrzymanych wyjaśnień podjął decyzję o odrzuceniu oferty. Odwołujący pismem z dnia 16 października 2014 r. stwierdził: "wykonywanie obsługi bankowej budżetu za pośrednictwem placówek bankowych zlokalizowanych na obszarze miasta Tychy, lecz nie wpisanych do rejestru przedsiębiorców, jest zgodne z odpowiednimi przepisami prawa oraz SIWZ".

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpatrywanej sprawy, zamawiający zauważył, iż wyjaśniał wątpliwości dotyczące treści formularza oferty w trybie art. 38 ustawy, pismem z dnia 19 sierpnia oraz 5 września 2014 r. Odpowiadając na pytania zamawiający udzielił jednoznacznych odpowiedzi. Z odpowiedzi wynikało zatem, że placówka bankowa na dzień 01.01.2015 r. musi być wpisana do KRS. Dlatego też w ocenie zamawiającego złożone wyjaśnienia potwierdzają, że odwołujący nie dokona stosownego wpisu do rejestru przedsiębiorców, a tym samym oferta podlegała odrzuceniu. Dla realizacji zamówienia udzielonego w trybie ustawy, nie wystarczy subiektywne przekonanie wykonawcy, iż jest on w stanie zamówienie wykonać. Nie wystarczy również spełnienie wymogów wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Dla uznania, iż wykonawca mieści się w kręgu podmiotów, mogących skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia, konieczne jest przede wszystkim spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu oraz złożenie oferty, odpowiadającej treści siwz.

Aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji to niezgodność ta musi dotyczyć jedynie tych zapisów specyfikacji, które są jasne i klarowne, a niezgodność jest oczywista. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne postanowień specyfikacji zostały wyjaśnione. Tym samym nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego wyrażonym w odwołaniu.

Żądania zamawiającego były jasne i precyzyjne. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy było złożenie wyjaśnień precyzyjnych, należycie umotywowanych, rozpraszających wątpliwości zamawiającego. Oczywistym jest, że wyjaśnienia winny czynić zadość żądaniom wskazanym w wezwaniu. Jeżeli odwołujący uznał, że został wezwany bezpodstawnie lub żądania zamawiającego zawarte w treści wezwania są nadmierne, winien w stosownym czasie zastosować środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy odwołujący powyższego nie uczynił.

Biorąc pod uwagę powyższe, przedstawione przez odwołującego zarzuty, w ocenie zamawiającego, uznać należy za nieuzasadnione i nie znajdujące oparcia ani w przepisach prawa, ani w dokumentacji przetargowej.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz z dnia 19 sierpnia 2014r. i 5 września 2014r., zmodyfikowanego wzoru formularza ofertowego oraz oferty odwołującego.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że

W ogłoszeniu o zamówieniu publicznym w sekcji II.1.5) Krótki opis zamówienia lub zakupu : zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest prowadzenie bankowej obsługi budżetu Miasta Tychy i jego jednostek organizacyjnych. Wykaz jednostek organizacyjnych, na rzecz których będzie świadczona usługa, stanowi załącznik nr 5b do siwz. Dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia Wykonawca musi posiadać na terenie Miasta Tychy placówkę bankową. Placówka będzie czynna przez cały okres realizacji zamówienia tj. od 01.01.2015 r. do 31.12.2019 r. Analogiczne wymaganie zamawiający zawarł w rozdziale 3 – opis przedmiotu zamówienia w siwz w załączniku nr 5A pkt. 1.

Udzielając w dniu 19 sierpnia 2014r. wyjaśnień do treści siwz zamawiający odpowiedział na pytanie III. 1 o treści „Prosimy o doprecyzowanie warunkach określonego w Załączniku nr 3 pkt. II ppkt.12 o treści: „oświadczenie wykonawcy, iż na dzień 01 .01.2015 r. będzie posiadał placówkę bankową na terenie miasta Tychy lub otworzy taka placówkę nie później niż do dnia rozpoczęcia obowiązywania umowy”, z uwagi na brak w przepisach prawa jednoznacznej definicji. Czy pod podjęciem „placówka bankowa” zamawiający rozumie Oddział Banku ujawniony w KRS Dział I Rubryka 3-Oddziały? Czy Zamawiający przewiduje konsekwencje w przypadku nie otwarcia „placówki bankowej” we wskazanym terminie?, udzielając następującej odpowiedzi „Pod pojęciem „placówka bankowa” zamawiający rozumie Oddział Banku ujawniony w KRS Dział I Rubryka 3-Oddziały. W przypadku nie otwarcia „placówki bankowej” Miasta Tychy będzie poczytywało taki stan jako nienależyte wykonanie umowy na obsługę bankową Miasta, co oczywiście doprowadzi do określonej w przepisach Kodeksu cywilnego i Prawa bankowego odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności odszkodowawczej.”

W dniu 5 września 2014r. odpowiadając na pytanie nr X.1 o treści „Czy zamawiający zaakceptuje jako „placówkę bankową” określoną w Załączniku nr 3 pkt. II ppkt.12 placówkę naszego banku zlokalizowaną w Tychach przy ul. .... określoną jako Filia nr ..... Oddziału w Katowicach? Placówka została otwarta w styczniu bieżącego roku i spełnia wszelkie wymogi i standardy niezbędne do obsługi Miasta. Bank ..... który w całym kraju posiada 1003 placówki, w KRS ujawnia tylko Oddziały. Filie, których jest w całym kraju kilkaset nie są ujawnianie w KRS.”, zamawiający wyjaśnił, że nie akceptuje wskazanej Filii jako „placówki bankowej” określonej w załączniku nr 3 pkt II ppkt 12, gdyż podtrzymuje stanowisko zawarte

w odpowiedzi na pytanie III pkt 1 z dnia 19.08.2014 r. gdzie pod pojęciem „placówka bankowa” rozumie się Oddział Banku ujawniony w KRS Dział I Rubryka 3 - Oddziały.

Jednocześnie zamawiający zmodyfikował formularz ofertowy dodając pkt 8 o treści „8. Oświadczamy, iż na dzień 01.01.2015 r. będziemy posiadać placówkę bankową na terenie miasta Tychy. Lokalizacja placówki bankowej (istniejącej lub planowanej – należy podać adres):.....”.

W ofercie odwołującego na str. 3 w pkt 8 formularza ofertowego znajduje się oświadczenie Oświadczamy, iż na dzień 01.01.2015 r. będziemy posiadać placówkę bankową na terenie miasta Tychy. Lokalizacja placówki bankowej (istniejącej lub planowanej – należy podać adres): Oddział 1 w Tychach, 43-100 Tychy, ul. Dmowskiego 27

Oddział 2 w Tychach, 43-100 Tychy, Al. Niepodległości 55

Na str. 213- znajduje się odpis zupełny z KRS odwołującego, gdzie w Rubryce 3 Działu I

W poz. 151 figuruje Oddział w Tychach, 43-100 Tychy, Al. Niepodległości 55 wykreślony 14.06.2002r. , w poz. 294 figuruje Oddział w Tychach, 43-100 Tychy, ul. Dmowskiego 27 wykreślony 12.10.2004r.

Na dzień wystawienia odpisu tj. 30 kwietnia 2014r. w KRS nie figurowały aktualne Oddziały odwołującego zlokalizowane w Tychach.

W dniu 9 października 2014. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy wezwał odwołującego i przystępującego o wyjaśnienie czy wskazane w ofertach lokalizacje na dzień 1 stycznia 2015r. będą Oddziałem Banku ujawnionym w KRS Dział I Rubryka 3 - Oddziały. W ofercie obu wykonawców w przedstawionym KRS nie figurują wskazane lokalizacje jako Oddział Banku. W związku z powyższym zamawiający prosił o wyjaśnienie i potwierdzenie czy w przypadku wygrania postępowania przetargowego wykonawcy dokonają stosownego wpisu do rejestru do dnia 01.01.2015 r.

Jednocześnie zamawiający przypomniał, że zgodnie z udzielonymi odpowiedziami na zapytania (pismo z dnia 18.09.2014 r. zapytanie III.1):

„(...) W przypadku nie otwarcia „placówki bankowej” Miasta Tychy będzie poczytywało taki stan jako nienależyte wykonanie umowy na obsługę bankową Miasta, co oczywiście doprowadzi do określonej w przepisach Kodeksu cywilnego i Prawa bankowego odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności odszkodowawczej.”

Przystępujący składając wyjaśnienia zobowiązał się do wpisania podanej w ofercie lokalizacji do swojego Rejestru jako oddziału.

Odwołujący w dniu 16 października 2014r. na wezwanie zamawiającego odpowiedział w następujący sposób, to jest wyjaśnił, że w przypadku wygrania postępowania przetargowego PKO BP SA zamierza wykonywać zamówienie zgodnie z postanowieniami siwz. W siwz literalnie wymagano posiadania "placówki bankowej na obszarze miasta Tychy", i sformułowanie to powtórzono w co najmniej trzech miejscach, w tym w istotnych postanowieniach jakie mają być włączone do umowy. W odpowiedziach do siwz zamawiający dokonał interpretacji pojęcia placówki bankowej poprzez uszczegółowienie, iż placówka ma oznaczać oddział wpisany do KRS, jednak zmiana ta nie została wprowadzona do treści siwz, mimo, że zamawiający dokonywał jej dwukrotnej zmiany. Celem wyjaśnień jest usuwanie wątpliwości dotyczących postanowień siwz, a nie redefiniowanie pojęć siwz. W artykule 38 ustawy regulującym udzielanie wyjaśnień dopuszcza się możliwość zmiany siwz w uzasadnionych przypadkach (ust. 4). W tym przypadku nie nastąpiła zmiana siwz (w zakresie punktu dotyczącego pojęcia placówki bankowej), mimo że wyjaśnienia znacząco ograniczały konkurencję poprzez nieuzasadnione utrudnienie wykonawcom dostępu do zamówienia, a więc były istotne z punktu widzenia wykonawców, oraz narzucały wymogi, które są zbędne dla prawidłowego wykonywania zamówienia i w żaden sposób nie wpływają na prawidłowość oraz jakość bankowej obsługi budżetu. PKO BP SA wskazał, że ustawy odnoszące się do prowadzenia działalności gospodarczej (m.in. ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, kodeks spółek handlowych, ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym, kodeks cywilny, prawo bankowe) nie regulują jednoznacznie pojęcia oddziału, a przepisy poszczególnych ustaw są między sobą niespójne. W szczególności PKO BP SA zwrócił uwagę, że w rozumieniu niektórych przepisów oczekiwanie zamawiającego byłoby szczególnie dyskryminujące dla niektórych wykonawców, jako że w rozumieniu ustawy prawo bankowe bank zagraniczny prowadzący w Polsce działalność (na równych prawach z bankami krajowymi) ma w Polsce tylko jeden oddział bez względu na ilość posiadanych jednostek organizacyjnych, a w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej za oddział może zostać uznana tylko część działalności zlokalizowana poza siedzibą przedsiębiorcy lub głównym miejscem wykonywania działalności (zatem bank posiadający siedzibę na obszarze miasta Tychy nie mógłby się ubiegać o udzielenie zamówienia, gdyż nie byłby w stanie posiadać oddziału na terenie miasta). Aktualne podejście PKO BP SA do kwestii wpisywania oddziałów do Krajowego Rejestru Sądowego zostało pozytywnie zweryfikowane pod względem zgodności z prawem przez sąd rejestrowy. PKO BP SA podkreślił, że przepisy ustawy prawo bankowe w żadnym miejscu nie stawiają wymogu, aby jednostka organizacyjna (placówka) banku mogła prowadzić działalność bankową wyłącznie po wpisaniu takiej jednostki do rejestru przedsiębiorców, czy to nazwanej oddziałem, czy też nie. Także przepisy ustawy o finansach publicznych nie uzależniają wykonywania obsługi bankowej budżetu gminy od posiadania przez bank wpisanego do rejestru przedsiębiorców oddziału. PKO BP zgodnie z wymogiem siwz posiada na terenie Miasta Tychy placówki bankowe

i tym samym spełnia wymagania zamawiającego określone w specyfikacji. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż PKO BP SA od 2010 r. realizuje obsługę budżetu Miasta Tychy wraz z jednostkami organizacyjnymi w oddziałach wskazanych w przedłożonej ofercie i obsługa ta przebiega prawidłowo (w pełnej zgodności z prawem). Tym samym, wykonywanie obsługi bankowej budżetu za pośrednictwem placówek bankowych zlokalizowanych na obszarze miasta Tychy, lecz nie wpisanych do rejestru przedsiębiorców, jest zgodne z odpowiednimi przepisami prawa oraz siwz.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę o cenie równej cenie oferty wybranej, zamawiający nie oceniał oferty odwołującego w drugim z założonych kryteriów, jednak nie można przesądzić, czy w tym kryterium odwołujący nie uzyskałby wyższej ilości punktów niż wykonawca wybrany w sytuacji, gdyby doszło do oceny jego oferty. Istniała zatem możliwość, że gdyby oferta nie została odrzucona mogłaby być uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu, a odwołujący uzyskałby zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci kosztów przygotowania oferty oraz utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt.2 w związku z art. 38 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie czynności: odrzucenia oferty odwołującego pomimo jej zgodności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 38 ust. 4 ustawy stanowi, że w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba jest związana granicami zarzutów podniesionymi w odwołaniu. Z art. 180 ust. 1 ustawy wynika, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub

zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, zaś w ust. 3 tego artykułu zawarty jest nakaz wskazania w odwołaniu zaskarżanej czynności lub zaniechania oraz zawarcia zwięzłego przedstawienia zarzutów, określenia żądania oraz wskazania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Wskazanie wyżej normy prawne wskazują, że granice rozpoznania odwołania wyznaczając zaskarżona czynność oraz podstawa faktyczna i prawna podniesionego zarzutu. W przedmiotowym postępowaniu czynnością zaskarżoną przez odwołującego była czynność odrzucenia jego oferty, zaś zarzut dotyczył naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 38 ust. 4 ustawy. Odwołujący zatem kwestionował fakt, że jego oferta została niezgodnie z ustawą niedopuszczona do oceny ofert. Przedmiotem zatem rozpoznania nie może być to czy definicja pojęcia placówka bankowa dokonana w dniu 19 sierpnia 2014r. ogranicza dostęp wykonawców do postępowania w sposób niezgodny z ustawą czy też nie oraz czy istniały uzasadnione potrzeby zamawiającego przemawiające za podaniem takiej właśnie definicji. W ocenie Izby art. 38 ust. 4 ustawy jak słusznie zauważył przystępujący nie określa szczególnego trybu wprowadzenia zmiany siwz, dla jej wiążącego charakteru wystarczy bowiem dokonanie zmiany i powiadomienie o niej wykonawców oraz zamieszczenie tej zmiany na stronie internetowej. W ocenie Izby wyjaśnienia z dnia 19 sierpnia i 5 września 2014r. nie mogą być ocenione jako zmiana siwz, zamawiający bowiem w siwz nie wprowadził definicji „placówki bankowej” i co bezsporne nie ma również legalnej definicji tego pojęcia. Zatem w wyjaśnieniach zamawiający dokonał wykładni autentycznej użytego przez siebie pojęcia na potrzeby przedmiotowego postępowania. Definicję tę podał wykonawcom i opublikował na swojej stronie internetowej, nadto wyraźnie wskazał, że nie akceptuje, aby placówka czynna od dnia 1 stycznia 2015r. była filią banku nieujawnioną jako oddział w KRS. Tym samym wykonawcy mogli, albo zastosować się do zdefiniowanego pojęcia i zadeklarować gotowość posiadania w dacie 1 stycznia 2014r. oddziału ujawnionego w KRS mającego siedzibę w Tychach, albo jeśli uważali, że wymóg jest zbędny i ogranicza dostęp do postępowania mogli wnieść odwołanie. Jeżeli zaś z możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej nie skorzystali, to po złożeniu ofert, w ocenie Izby musieli liczyć się z tym, że zamawiający zbada czy podane w pkt 8 formularza ofertowego placówki wykonawca ma ujawnione w KRS lub zamierza je wpisać jako swoje oddziały w odpowiedniej rubryce w KRS. Odwołujący odwołania wobec czynności wyjaśnień nie składał (okoliczność bezsporna) i złożył ofertę, w której wskazał dwie placówki oraz załączył odpis zupełny z KRS, z którego wynikało, że te placówki w przeszłości były ujawnione jako oddziały, ale na datę składania ofert nie figurowały w rejestrze jako oddziały. Zamawiający jednakowo potraktował informacje zawarte w pkt. 8 formularza ofertowego odwołującego i przystępującego i obu wykonawców wezwał do wyjaśnień czy podane placówki na dzień 1 stycznia 2015r. będą ujawnione jako oddziały. Przystępujący w tym zakresie dał

jednoznaczną odpowiedź, że swoją placówkę w KRS ujawni, zaś odwołujący zakwestionował prawidłowość definicji placówki bankowej podaną przez zamawiającego i jej adekwatność w przedmiotowym postępowaniu, oraz oświadczył, że w jego ocenie wykonywanie obsługi bankowej budżetu za pośrednictwem placówek bankowych zlokalizowanych na obszarze miasta Tychy, lecz nie wpisanych do rejestru przedsiębiorców, jest zgodne z odpowiednimi przepisami prawa oraz siwz. Nie zadeklarował zatem, że na dzień 1 stycznia 2015r. wskazane w ofercie placówki bankowe będą ujawnionymi w KRS oddziałami. W ocenie Izby brak tej deklaracji spowodował, że treść oferty odwołującego nie odpowiadała treści siwz w świetle definicji placówki bankowej podanej przez zamawiającego w dniu 19 sierpnia 2014r. W ocenie Izby zatem zamawiający prawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzucając ofertę odwołującego, zaś art. 38 ust. 4 ustawy nie został przez zamawiającego naruszony, bo do zmiany siwz nie doszło, gdyż siwz w pierwotnym brzmieniu nie zawierała definicji „placówki bankowej”, a wyjaśnienia były dokonane zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy. Izba nie dopatrzyła się także naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż zamawiający zarówno wobec przystępującego jako i odwołującego zastosował taką samą procedurę wyjaśnień, natomiast fakt podjęcia różnych czynności wobec przystępującego i odwołującego, wynikał z odmiennego stanu faktycznego ustalonego przez zamawiającego na podstawie złożonych wyjaśnień. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego zarzucanych przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy przez dokonanie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta odwołującego była korzystniejsza

Zarzut nie potwierdził się. Izba rozważając zarzut poprzedzający doszła do przekonania, że zamawiający prawidłowo wyeliminował ofertę odwołującego z postępowania, zaś odwołujący nie formułował zarzutów związanych z wadliwą oceną oferty wybranej. W tym stanie rzeczy oferta wybrana była jedyną ofertą nie podlegającą odrzuceniu złożoną w niniejszym postępowaniu i jej wybór nie naruszał art. 91 ust. 1 ustawy, ani art. 7 ust. 3 ustawy, gdyż ustawa zezwala na dokonanie wyboru jedynej ważnej w postępowaniu oferty.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a 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) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu od odwołania. Izba oddaliła wniosek zamawiającego o obciążenie odwołującego kosztami postępowania poniesionymi przez zamawiającego, albowiem zamawiający nie określił ich wysokości, ani także nie udowodnił faktu ich poniesienia rachunkiem przedłożonym przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący:** .....