

Sygn. akt: KIO 1483/10

**WYROK**  
**z dnia 30 lipca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Anna Chudzik**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 15 lipca 2010 r. przez **Bank Polska Kasa Opieki S.A., 00-950 Warszawa, ul. Grzybowska 53/57** (adres do korespondencji: 02-091 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 31)

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie, 31-060 Kraków, ul. Wawrzyńca 13** (adres do korespondencji: 30-347 Kraków, ul. Jana Brożka 3)

przy udziale wykonawcy **BRE Bank S.A., 00-950 Warszawa, ul. Senatorska 18**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Bank Polska Kasa Opieki S.A., 00-950 Warszawa, ul. Grzybowska 53/5 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez Bank Polska Kasa Opieki S.A., 00-950 Warszawa, ul. Grzybowska 53/57, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

**Skład orzekający Izby:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne S.A. w Krakowie – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Kompleksową obsługę bankową wraz z kredytem obrotowym w rachunku bieżącym dla MPK S.A. w Krakowie na lata 2010-2015.*

W dniu 15 lipca 2010 r. wykonawca – Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty BRE Bank jako najkorzystniejszej i zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonał wyboru oferty BRE Bank S.A., mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jej złożenie nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, a BRE Bank złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

BRE Bank zaoferował cenę ryczałtową za jeden miesiąc realizacji zamówienia w wysokości 0,01 zł, co daje 0,60 zł za cały okres realizacji zamówienia. Z porównania ceny ww. oferty do wartości szacunkowej zamówienia, określonej na kwotę 2.580.000 zł, oraz cen pozostałych dwóch ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu (wynoszących 1.470.000 zł oraz 2.070.000 zł) Odwołujący wywodzi, iż jest to rażąco niska cena w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. O rażąco niskiej cenie świadczy – zdaniem Odwołującego – również fakt, że cena oferty jest wielokrotnie niższa niż kwota, od której powstaje obowiązek stosowania ustawy Pzp, tj. od wartości 14 tys. euro.

Ponadto Odwołujący podnosi, że BRE Bank złożył nieprawdziwą informację, iż wartość odsetek, prowizji, opłat i innych podobnych kosztów usług finansowych, które zgodnie z art. 34 ust. 4 stanowią o wartości zamówienia, w jego ofercie stanowi jeden grosz miesięcznie, a informacja ta, doprowadzając do wyboru oferty BRE Banku wywarła wpływ na wynik postępowania.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia złożone przez BRE Bank na wezwanie Zamawiającego były ogólnikowe i niewystarczające, nie dowodzą bowiem, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a przedstawione w tych wyjaśnieniach czynniki mające wpływ na cenę oferty, nie mają charakteru zindywidualizowanego i zobiektywizowanego, tj. nie dotyczą specyficznych cech wykonawcy, które umożliwiają wykonanie zamówienia za cenę niższą od cen zaoferowanych przez pozostałych uczestników postępowania. Odwołujący twierdzi,

iż złożone przez BRE Bank wyjaśnienia jedynie w punkcie 3 mają charakter zindywidualizowany, zaś w pozostałym zakresie wskazują na czynniki, na które może powołać się każdy z Wykonawców, są zatem bezprzedmiotowe i niewystarczające.

Odnosząc się do powołanego w wyjaśnieniach czynnika mającego wpływ na cenę oferty, którym jest obrót środkami finansowymi znajdującymi się na rachunku Zamawiającego, Odwołujący podnosi, że chociaż bank, dokonując obrotu środkami finansowymi właściciela rachunku, generuje zysk, to przedmiot zamówienia nie zapewnia prawa do dysponowania tymi środkami. Zamawiający ma prawo przenosić w sposób dowolny te środki na inne rachunki bankowe, a więc prawo do obrotu jego środkami nie może być traktowane jako wynagrodzenie, nie może również stanowić podstawy do kalkulowania wysokości wynagrodzenia. Odwołując się do definicji ceny określonej w ustawie o cenach, Odwołujący wskazuje, że ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego. Zgodnie z tą definicją cena oferty BRE Bank to jedynie 60 groszy i ta kwota powinna być brana pod uwagę przy ocenie, czy wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty. Odwołujący podkreśla, że każdy z wykonawców, w razie podpisania umowy o realizację zamówienia, będzie czerpał korzyści z obrotu środkami finansowymi Zamawiającego, zatem ceny ofert pozostałych wykonawców uwzględniają tę okoliczność, a mimo wszystko są dużo wyższe.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji cena usługi nie może być niższa od kosztów własnych usługodawcy. Cena ofertowa może być pomniejszona tylko o kwotę wynikającą z redukcji kosztów realizacji usługi (np. ze względu na nowoczesny system informatyczny zmniejszający udział pracowników przy czynnościach związanych z realizacją usługi bankowej), nie zaś ze względu na korzyści finansowe banku związane z wykorzystaniem środków finansowych jego klienta. Złożenie oferty przez BRE Bank z zaproponowaną ceną stanowi – zdaniem Odwołującego – czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem koszty nie będą pokrywane z wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący podnosi, że złożenie tej oferty wyczerpuje pozostałe konstytutywne elementy czynu nieuczciwej konkurencji, tj.: jest niezgodne z prawem (podaje informacje nieprawdziwe i stanowi ofertę z ceną rażąco niską, a więc narusza przepisy Pzp) i jednocześnie narusza interes przedsiębiorcy (w tym przypadku Odwołującego) uniemożliwiając mu przy działaniu zgodnym z prawem uzyskanie zamówienia.

Zdaniem Odwołującego niewystarczający jest również przedstawiony w wyjaśnieniach argument o zrekompensowaniu kosztów w związku z odbiorem bilonu od Zamawiającego. Odwołujący podnosi, że BRE Bank nie ma możliwości zagospodarowania środków

finansowych w bilonie, których wysokość, wg odpowiedzi Zamawiającego, będzie wynosić ok. 8 mln zł miesięcznie, a transport bilonu do innych podmiotów będzie stanowić znaczne obciążenie, a nie rekompensatę kosztów realizacji zamówienia. Ponadto, zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia BRE Banku nie wskazały w jakim stopniu omawiany czynnik wpłynął na obniżenie ceny oferty oraz nie zawierały szczegółowych wyliczeń, co potwierdza tezę, że były ogólnikowe i niewystarczające.

W odniesieniu do wskazanego w wyjaśnienia modelu kosztowego, Odwołujący podnosi, że BRE Bank nie przedstawił w jakim stopniu model ten wpłynął na obniżenie ceny oferty oraz nie poparł swojej tezy żadnymi dowodami. Zdaniem Odwołującego już jeden z elementów ponoszonych kosztów – koszty ponoszone na opłaty *interchange* – są o wiele wyższe od wynagrodzenia, które w przypadku zawarcia umowy otrzymywałby BRE Bank i mogą wynosić ok. 21 tys. zł miesięcznie.

Wskazana w wyjaśnieniach chęć pozyskania prestiżowego klienta nie jest również, w ocenie Odwołującego, argumentem przekonującym o niewystąpieniu rażąco niskiej ceny. Odwołujący podnosi, że realizacja tego celu poprzez złożenie oferty o cenie niższej od kosztów własnych stanowi działanie naruszające art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty BRE Bank jako najkorzystniejszej, wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, odrzucenia jego oferty oraz dokonania ponownej oceny ofert.

W dniu 19 lipca 2010 r. BRE Bank zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący podniósł, że przygotowując ofertę nie ograniczył się do informacji wynikających z SIWZ, ale uwzględnił również istotne skutki, związane z uzyskaniem przez Zamawiającego – w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – krótkoterminowego kredytu pomostowego z przeznaczeniem na finansowanie zadań realizowanych w ramach projektu UE pn. „Zintegrowany transport publiczny w aglomeracji krakowskiej - etap II”. Wskazał, że duże znaczenie – przy ostatecznej kalkulacji ceny – miały dla BRE Banku także informacje, jakich Zamawiający udzielił w odpowiedzi na pytania wykonawców, w tym dotyczące średniomiesięcznej wysokości sald środków pieniężnych na wszystkich swoich rachunkach (tj. na rachunku bieżącym, rachunkach pomocniczych i rachunkach specjalnych, które wynoszą odpowiednio: 2 mln zł, 500 tys. zł i 100 tys. zł).

Zdaniem Przystępującego, trudno stwierdzić, czy każdy z konkurentów BRE Bank uwzględnił skalę obrotu środkami finansowymi w pełnym zakresie i przypisał jej tak istotne znaczenie i skutki z tym związane, jak właśnie BRE Bank.

Przystępujący wskazał, że oprócz obrotu środkami finansowymi, istotne znaczenie przy szacowaniu spodziewanego zysku z realizacji przedmiotowego zamówienia BRE Bank upatruje w wypracowanym przez siebie modelu kosztowym, polegającym na relacjach z podwykonawcami w zakresie odbioru i przeliczania gotówki oraz realizacji obrotu poprzez terminale kartami płatniczymi. Przystępujący podniósł również, że na kalkulację ceny oferty miał wpływ fakt, iż ilość bilonu odbierana od Zamawiającego będzie dawała bankowi przychód na poziomie 160 tys. zł miesięcznie. Za istotny czynnik cenotwórczy Przystępujący przyjął także stosowane przez niego rozwiązania techniczne, w szczególności moduły dostępne w bankowości elektronicznej, gdzie klient BRE Banku sam zarządza gotówką bez konieczności manualnej pracy pracownika banku, całość obsługi Banku jest zautomatyzowana do tego stopnia, że nie wymaga to pracy osób ze strony banku.

Przystępujący wskazał na możliwość „przekalkulowania” cen przez pozostałych oferentów, którzy nie dostrzegli spodziewanych korzyści, w związku z realizacją zamówienia, które z powodzeniem i bez żadnego ryzyka przewyższą poniesione koszty. Zdaniem Przystępującego nie można również wykluczyć błędu w oszacowaniu wartości zamówienia, spowodowanego istotną zmianą zwyczajów rynkowych, w tym wzrostem konkurencji na rynku usług bankowych, zwłaszcza profilowanych dla jednostek sektora finansów publicznych.

Zdaniem Przystępującego, nie ulega wątpliwości, że realizacja przedmiotowego zamówienia jest realna za zaoferowaną cenę w taki sposób, że nie tylko nie będzie łączyła się z ryzykiem poniesienia straty przez BRE Bank, ale – wobec skali zamówienia i statusu Zamawiającego będzie generowała zysk.

Przystępujący podnosi, że obecnie powszechnym zjawiskiem jest to, że najbardziej atrakcyjne warunki składają miastom te banki, którym zależy na zwiększeniu udziału w rynku albo rozpoczęciu finansowania samorządu.

Sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza – zdaniem Przystępującego – do zakwalifikowania złożonej oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a nie w innym celu. Ustalenie nawet, iż została zaoferowana cena, która nie pokrywa kosztów wykonania robót, nie jest wystarczającą przesłanką do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji. Odmienne niż ma to miejsce w przypadku ustalania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, na etapie badania ofert to nie wykonawcę obciąża obowiązek wykazania, iż oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a tym bardziej wyjaśnienia składanie w trybie art. 90 ust. 2 Pzp nie mogą być przesadzające w tej sprawie, z tego powodu chociażby, że zostały złożone w innym celu.

Przystępujący zaznaczył, że przy uwzględnieniu rodzaju, charakteru i skali usług oraz eliminacji ryzyka wynikającej ze statusu Zamawiającego, aktualnie banki decydują się nie pobierać od klientów opłat za prowadzenie rachunków lub pobierać bardzo małą kwotę. Prestiż klienta zasygnalizowany został w złożonych przez BRE Bank wyjaśnieniach, w kontekście realizowania przez niego dużych projektów, w tym finansowanych ze środków UE, których rozliczanie przyniesie dodatkowe korzyści dla Banku.

Przystępujący podniósł również, że szczegółowość złożonych wyjaśnień ograniczona jest nie tylko tajemnicą przedsiębiorstwa, ale przede wszystkim tajemnicą bankową. W związku z notoryjnością faktu takiego ograniczenia BRE Bank nie był zobowiązany do wykazywania rzetelności prowadzenia własnych wyliczeń zysków i strat związanych z realizacją zamówienia. Wymagania dotyczące stopnia szczegółowości wyjaśnień, w zakresie kalkulacji ceny zawartej w ofercie ww. trybie, ograniczane są bowiem nie tylko rodzajem zamówienia, ale także powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe.

Ponadto Przystępujący zaprzeczył, jakoby złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje stanowiące podstawę do wykluczenia oraz wskazał, że powyższy zarzut Odwołującego nie został poparty jakimikolwiek dowodami.

W dniu 28 lipca 2010 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:***

Zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje otwarcie i prowadzenie rachunków gromadzących wpływy, jak i realizujących wydatki, w zakresie:

1. prowadzenia rachunku bieżącego, rachunków pomocniczych oraz rachunków specjalnych i celowych, w tym rachunków związanych z rozliczeniem środków otrzymanych z funduszy Unii Europejskiej,
2. realizacji wszystkich operacji bezgotówkowych,
3. przyjmowania wpłat i dokonywania wypłat gotówkowych,
4. realizacji obrotu w walucie obcej,
5. inkasa gotówki z punktów sprzedaży biletów okresowych oraz kasy głównej,
6. realizacji obrotu kartami płatniczymi w urządzeniach zamontowanych w punktach sprzedaży biletów okresowych i automatach Krakowskiej Karty Miejskiej,
7. wydawania opinii bankowych i zaświadczeń oraz potwierdzanie autentyczności podpisów.

Wg SIWZ wykonawca w ramach umowy zobowiązany będzie m.in.: świadczyć usługę Home-banking, odbierać i transportować gotówkę ze wskazanych przez Zamawiającego miejsc, umożliwiać lokowanie środków na innych lokatach wg wynegocjowanych stawek (przy czym Zamawiający zastrzegł sobie możliwość lokowania wolnych środków w innych bankach w zależności od oferowanego oprocentowania), automatycznie lokować wolne środki na lokatach overnight.

Ponadto, zgodnie z punktem I.2.5 SIWZ, wykonawca zobowiązany będzie udzielać kredytu w rachunku bieżącym na odrębnym rachunku do wysokości 25 mln zł bez zabezpieczenia. Warunki udzielenia kredytu, w tym koszt kredytu, będą negocjowane, a umowa zostanie udzielona jako zamówienie uzupełniające w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający zobowiązał wykonawców (Pkt X SIWZ *Opis sposobu obliczenia ceny*) do podania w ofercie ceny świadczenia usługi bankowej poprzez wskazanie ceny ryczałtowej za jeden miesiąc oraz ceny za cały okres realizacji zamówienia, tj. 60 miesięcy, obliczonej poprzez pomnożenie ceny za 1 miesiąc x 60. Zamawiający nie wymagał podania poszczególnych składników ceny ani cen za poszczególne usługi, wskazał natomiast, że w cenie należy uwzględnić wszystkie koszty wynikające z wymagań określonych w SIWZ. Jako jedyne kryterium oceny ofert Zamawiający przyjął kryterium ceny.

Wartość szacunkowa zamówienia podstawowego i uzupełniającego ustalona została w dniu 7 maja 2010 r. na kwotę 3.870.000 zł (w tym wartość zamówienia podstawowego – 2.580.000 zł) na podstawie zamówień udzielonych na obsługę bankową w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem prognozowanego średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług na rok 2011 oraz okresu wykonywania zamówienia i jego zakresu. Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia podstawowego wynosi 2.580.000 zł.

Szczegółowe informacje istotne dla realizacji zamówienia i kalkulacji ceny Zamawiający zamieścił w SIWZ oraz przekazał wykonawcom udzielając odpowiedzi na ich pytania. Zgodnie z informacjami zamieszczonymi w SIWZ, obroty miesięczne wynikające z wpływów na rachunek bankowy wynoszą ponad 35 mln zł, w tym z tytułu wpłat gotówkowych 10 mln zł. Zamawiający przewidział obsługę od 4 do 10 rachunków bieżących i 2 rachunków walutowych. W SIWZ Zamawiający zamieścił również inne informacje istotne dla realizacji zamówienia, m.in. o liczbie transakcji gotówkowych i bezgotówkowych, kart kredytowych itp.

W odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający poinformował m.in., że prowizje za transakcje dokonywane kartami płatniczymi i kredytowymi należy wliczyć w cenę ryczałtową świadczenia usługi bankowej oraz że prognozowana średnia miesięczna wysokość środków



pieniężnych w złotych oraz w walucie obcej, inwestowanych w lokaty overnight wynosi ok. 300 tys. zł, natomiast w lokaty terminowe inne niż overnight – między 1 mln zł a 2 mln zł.

W postępowaniu zostały złożone 3 oferty: oferta Przystępującego z ceną za realizację zamówienia podstawowego 0,60 zł, oferta Odwołującego z ceną 1.470.000,00 zł oraz oferta Raiffeisen Bank Polska S.A. na kwotę 2.070.000 zł.

W dniu 25 czerwca 2010 r. Zamawiający wezwał BRE Bank, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w terminie do dnia 30 czerwca 2010 r.

W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których poinformował, że na skalkulowanie ceny miały wpływ następujące czynniki:

1. Obrót środkami finansowymi na rachunkach i depozytach, który jest głównym źródłem dochodów podmiotów sektora bankowego – BRE Bank powołał się na informacji uzyskane od Zamawiającego w odpowiedzi na pytania do SIWZ dotyczące liczby wykonywanych przelewów krajowych i zagranicznych oraz wysokości salda na wszystkich rachunkach bankowych, co pozwalało na odpowiednie skalkulowanie ceny;
2. Odbieranie od Zamawiającego bilonu, co jest bardzo ważnym czynnikiem rekompensującym ponoszone koszty – zdaniem wykonawcy duża ilość odbieranego bilonu (ok. 50% wpłat gotówkowych) ograniczy koszty związane z pozyskaniem go z innych źródeł, co pozwoli pokryć koszty dotyczące bieżącej obsługi rachunków Zamawiającego oraz wykonywaniem takich czynności, jak przelewy, realizacja obrotu gotówkowego i bezgotówkowego poprzez terminale kart płatniczych i wygeneruje odpowiedni przychód. Wykonawca wyjaśnił również, że koszty prowadzenia rachunków czy przetwarzania transakcji przy posiadaniu zaawansowanej infrastruktury technicznej są prawie marginalne.
3. Wypracowany przez BRE Bank model kosztowy, na który znaczący wpływ mają relacje z podwykonawcami w zakresie odbioru i przeliczenia gotówki oraz realizacji obrotu poprzez kartami płatniczymi.
4. Prestiż związany z obsługą jednej z największych spółek komunikacyjnych w Polsce, realizującej duże projekty współfinansowane ze środków Unii Europejskiej, a rozliczenia dokonywane przez rachunki w banku prowadzącym bieżącą obsługę przyniosą dodatkowe korzyści.

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za wystarczające i dokonał wyboru oferty BRE Bank jako najkorzystniejszej.

***Izba zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniósłby szkodę. Ponadto Izba stwierdziła, że BRE Bank – który w ustawowym terminie zgłosił przystąpienie do postępowania – posiada interes prawny w rozstrzygnięciu przetargu na korzyść Zamawiającego ze względu na fakt, że oddalenie odwołania skutkować będzie otrzymaniem przez tego wykonawcę zamówienia i dopuściła ww. Wykonawcę do postępowania odwoławczego.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w Odwołaniu Izba rozpoznała merytorycznie sprawę, zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, tj. ze względu na zgłoszenie przez Przystępującego sprzeciwu wobec tego uwzględnienia.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzut rażąco niskiej ceny

Izba nie podzieliła zarzutu Odwołującego, że Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za rażąco niską cenę, w związku z czym jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, odrzuceniu podlega oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a więc pozostaje w rażącej dysproporcji do świadczenia, które oferuje wykonawca i jest nierealna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie jest zatem wystarczający do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena bardzo znacząco, a nawet drastycznie różni się od wartości zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub jest symboliczna. Musi to być cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych.

W tym przypadku oceny należało dokonać z uwzględnieniem specyfiki usług bankowych. Są to bowiem usługi będące szczególnym rodzajem zamówienia, w których przychodów wykonawcy nie stanowi jedynie jego wynagrodzenie za realizację usługi, jak to ma miejsce w przypadku robót budowlanych, dostaw czy większości usług.

W świetle art. 725 KC wynagrodzenie z tytułu umowy rachunku bankowego nie należy do *essentialia negotii* umowy rachunku bankowego, natomiast zgodnie z art. 726 KC bank może obracać czasowo wolne środki pieniężne zgromadzone na rachunku bankowym, co stanowi

– w zależności od okoliczności – główne lub dodatkowe źródło korzyści wykonawcy. Z tego względu świadczenie usług bankowych bez pobierania prowizji i opłat lub pobieranie ich w symbolicznej wysokości jest obecnie powszechnie stosowaną praktyką, nie tylko wobec klientów indywidualnych, ale przede wszystkim dużych podmiotów, gromadzących na rachunkach bankowych wysokie kwoty. Podmioty publiczne są dla banków pod tym względem wyjątkowo atrakcyjnymi klientami ze względu na niskie ryzyko wiążące się z ich obsługą.

Przy ocenie kwestii rażąco niskiej ceny należy odwołać się do celu, jaki przyświecał wprowadzeniu do ustawy Pzp regulacji dotyczącej ofert zawierających taką cenę. Celem tym było wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy chcąc uzyskać zamówienie oferują nierealistyczne, niewiarygodne ceny, za które nie będą w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia. Przepisy dotyczące rażąco niskiej ceny mają więc stanowić narzędzie ochrony zamawiających przed zawieraniem umów obciążonych dużym ryzykiem niewykonania.

Przy uwzględnieniu realiów na rynku usług bankowych brak jest podstaw do uznania, iż cena zaoferowana przez BRE Bank – mimo że jest to cena symboliczna – jest niewiarygodna i stwarza ryzyko niewywiązania się wykonawcy z przyszłej umowy łączącej go z Zamawiającym. Również Odwołujący – ani w treści odwołania, ani na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą – nie wskazał na okoliczności, które ze względu na zaoferowaną cenę mogłyby uniemożliwić realizację zamówienia.

Zaoferowanie przez BRE Bank ceny rażąco niskiej Odwołujący wywodził również z faktu wyższych kosztów realizacji usługi od określonego w ofercie wynagrodzenia, na dowód czego wskazał, że wysokość samych opłat *interchange*, które wykonawca będzie miał obowiązek ponieść, jest znacznie wyższa od ceny ofertowej. W odniesieniu do powyższej tezy należy stwierdzić, że skalkulowanie ceny poniżej kosztów nie może być utożsamiane z rażąco niską ceną, zwłaszcza przy tak specyficznym rodzaju usług, jak obsługa bankowa. W jej przypadku ponoszone koszty mogą być rekompensowane dodatkowymi korzyściami ekonomicznymi z innych tytułów, a taka kalkulacja ceny jest odpowiedzią na realia rynkowe i podyktowana jest racjonalną strategią gospodarczą.

Jeśli zaś chodzi o ocenę ceny ofertowej poprzez jej odniesienie do innych cen, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z przeważającym poglądem doktryny i orzecznictwa, oceniając kwestię rażąco niskiej ceny należy odnosić się raczej do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, niż cen innych ofert złożonych w postępowaniu. Jednakże, jak wykazano powyżej, samo zaistnienie rażącej różnicy między wartością zamówienia a ceną ofertową – co w niniejszym postępowaniu niewątpliwie miało miejsce – bez uwzględnienia

charakteru zamówienia i dotyczących go realiów rynkowych, jest niewystarczające do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.

Należy zwrócić uwagę, że oszacowania wartości zamówienia Zamawiający dokonał, zgodnie z przepisem art. 34 ust. 1 pkt 1, na podstawie zamówień udzielonych na obsługę bankową w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem prognozowanego średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług na rok 2011 oraz okresu wykonywania zamówienia i jego zakresu. Ponieważ ostatnia, wygasająca w tym roku umowa na obsługę bankową Zamawiającego, została zawarta (z Odwołującym) pięć lat temu, należy przyjąć, iż przy szacowaniu wartości zamówienia uwzględniono koszty obsługi bankowej poniesione w poprzednim roku na podstawie tej umowy.

Tymczasem sytuacja na rynku usług bankowych ulega zmianom poprzez znaczny wzrost konkurencji – na co zwraca uwagę Przystępujący. Koszty ponoszone przez Zamawiającego na podstawie wcześniej zawartej umowy nie mogą raz na zawsze przesądzić o tym, że musi on zawierać umowy z wykonawcami oferującymi wysokie ceny, tylko dlatego, że – działając zgodnie z przepisami – oszacował wartość zamówienia na wysoką kwotę. Do takiej sytuacji prowadziłoby uznanie oferty z ceną stanowiącą znikomy ułamek wartości szacunkowej zamówienia za ofertę z rażąco niską ceną. Przeczyłoby to naczelnemu celowi systemu zamówień publicznych, jakim jest uzyskiwanie jak najlepszej jakości zamówienia za jak najniższą cenę. Nie można więc bezkrytycznie porównywać ceny oferty do wartości zamówienia, zwłaszcza zamówienia na usługi bankowe. Zauważyć przy tym należy, że jednostki, które już wcześniej zawarły nieodpłatne lub symbolicznie odpłatne umowy na usługi bankowe, zawierając obecnie nowe umowy, często nie muszą i nie stosują ustawy Pzp, ponieważ oszacowana wartość zamówienia nie zobowiązuje do jej stosowania.

Na marginesie warto zauważyć, że należy zachować ostrożność w formułowaniu tezy, iż zawarcie umowy z jedynie symbolicznym wynagrodzeniem wykonawcy w przypadku usług bankowych będzie zawsze w ostatecznym rozrachunku korzystne dla zamawiających. Banki bowiem, chcąc zrekompensować sobie obniżone wynagrodzenie, mogą obniżyć oprocentowanie środków na rachunkach bankowych. Z tego względu zamawiający, wykazując dbałość o swoją gospodarkę finansową, powinni tak ustalać warunki przyszłego zamówienia i określać kryteria oceny ofert, aby ustrzec się przed „ukrytymi” kosztami realizacji umowy. Kwestia ta nie jest jednak przedmiotem rozpoznania przez Izbę i nie wpływa na rozstrzygnięcie sprawy.

Izba nie podzieliła tezy Odwołującego, iż Zamawiający naruszył art. 90 Pzp. Znacząca różnica pomiędzy wartością zamówienia a ceną oferty stwarza po stronie Zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, nie przesądza zaś o zaistnieniu

rażąco niskiej ceny uzasadniającej odrzucenie oferty. Zamawiający wywiązał się z tego obowiązku, a wykonawca w wyznaczonym terminie przedłożył wyjaśnienia dotyczące ceny oferty.

Głównym zarzutem Odwołującego w tym zakresie była teza, że wyjaśnienia te nie były wystarczająco szczegółowe i zindywidualizowane oraz nie udowodniły, że cena ofertowa nie jest rażąco niska. W odniesieniu do tego zarzutu należy podkreślić, że przepis art. 90 ust. 2, określający okoliczności, które należy wziąć pod uwagę przy ocenie wyjaśnień, zawiera jedynie przykładowe, ogólne wytyczne i nie określa poziomu ich szczegółowości. Poziom ten jest uzależniony od okoliczności konkretnego zamówienia.

Przepis art. 90 nie nakłada na wykonawcę obowiązku przedstawienia wraz z wyjaśnieniami określonych dowodów, *a contrario* nie można uznać, że wyjaśnienia do których nie załączono dowodów, np. w postaci dokumentów, z mocy prawa upoważniają do odrzucenia oferty. Jeśli są to wyjaśnienia wiarygodne, odwołujące się do konkretnych okoliczności mających wpływ na kalkulację ceny oferty, to mogą być wystarczające do stwierdzenia, że cena oferty nie jest rażąco niska.

W ocenie Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia uprawniały Zamawiającego do uznania, iż cena ofertowa nie jest rażąco niska w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Wykonawca wskazał bowiem i opisał konkretne okoliczności, które będą dla niego źródłem przychodów (dysponowanie środkami zgromadzonymi na rachunkach Zamawiającego) lub obniżenia kosztów (m.in. odbiór bilonu), co uprawniało Zamawiającego do oceny, że zaoferowana cena nie stwarza ryzyka związania się umową z wykonawcą, który nie będzie w stanie zrealizować za nią zamówienia. Nie było – w ocenie Izby – konieczności wskazania szczegółowych wyliczeń kwot tych przychodów i oszczędności oraz przedstawienia określonych dowodów potwierdzających ich wysokość, a wystarczyło powołanie się na okoliczności, które będą ich źródłem. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że wykonawca dysponował wiedzą o jedynie prognozowanej wysokości środków Zamawiającego i innych okolicznościach realizacji zamówienia, jego szacunki w tym zakresie z oczywistych powodów mogą być tylko orientacyjne. Nawet jeśli w rzeczywistości kwoty przychodów i oszczędności okażą się niższe, to jest to naturalne ryzyko Przystępującego jako przedsiębiorcy i nie może stanowić podstawy tezy o obowiązku odrzucenia oferty.

W świetle stwierdzenia, że przedłożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia były wystarczające, drugorzędne znaczenie ma ustalenie, czy Przystępujący – jak to podnosił na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą – faktycznie nie mógł przedłożyć Zamawiającemu szczegółowych danych i wyliczeń, jako chronionych tajemnicą bankową.

## 2. Zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji

Izba nie dopatrzyła się również podstaw do uznania, że złożenie oferty z tak niską ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, uzasadniający jej odrzucenie. Popełnienia takiego czynu nie można wywodzić wyłącznie z faktu, że wykonawca zaoferował cenę niższą niż koszty realizacji usługi, które będzie ponosił. W warunkach konkurencji rynkowej nie można uznawać, iż taka kalkulacja ceny jest z zasady czynem nieuczciwej konkurencji. Swobodę ustalania ceny i możliwość jej obniżania należy uznać za jeden z instrumentów konkurencji rynkowej, a za czyn zabroniony prawem jedynie przy wystąpieniu dodatkowych, udowodnionych okoliczności. W świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – jak słusznie podniósł Przystępujący – sam fakt, iż wynagrodzenie wykonawcy nie będzie pokrywać wszystkich ponoszonych kosztów, nie jest wystarczający do uznania, że popełniono czyn nieuczciwej konkurencji. Do stwierdzenia popełnienia takiego czynu niezbędne jest wystąpienie drugiej przesłanki, tj. działania z zamiarem wyeliminowania z rynku innego przedsiębiorcy (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), czego Odwołujący nie wykazał. Dowodem takiego zamiaru nie jest z pewnością złożenie możliwie najtańszej oferty – konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert w celu wygrania postępowania i otrzymania zamówienia jest bowiem istotą postępowań o zamówienia publiczne.

## 3. Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania

Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że BRE Bank złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Odwołujący – na którym zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego spoczywał ciężar dowodu – nie wykazał, aby którakolwiek z przedłożonych w postępowaniu informacji była nieprawdziwa. W treści odwołania zarzut dotyczył informacji o wysokości odsetek lub opłat składających się na cenę oferty. Z przyczyn oczywistych nie można tego uznać za nieprawdziwą informację, wysokość ceny nie może być prawdziwa lub nieprawdziwa, bowiem podlega ona zasadzie swobodnej kalkulacji dokonywanej przez przedsiębiorcę.

W toku rozprawy Odwołujący skorygował zarzut, podnosząc, że nieprawdziwe były informacje przedstawione wyjaśnieniach. Do potwierdzenia zarzutu nie jest jednak wystarczające zakwestionowanie treści wyjaśnień złożonych przez BRE Bank na wezwanie Zamawiającego. Nawet jeśli przyjąć, że – jak twierdził Odwołujący – BRE Bank uzyska mniejsze przychody czy oszczędności kosztów z okoliczności opisanych w wyjaśnieniach (czego jednak nie udowodniono), to jest to ryzyko ekonomiczne Przystępującego jako

przedsiębiorcy, nie zaś nieprawdziwa informacja, która miałaby skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie należało oddalić.

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

**Skład orzekający Izby:**

.....