

WYROK
z dnia 8 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2011 r. przez wykonawcę **BRE Bank SA, 00-950 Warszawa, ul. Senatorska 18** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3/5**

przy udziale wykonawcy **Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A. I Regionalny Oddział Korporacyjny w Warszawie I Centrum Korporacyjne, 00-950 Warszawa, ul. Nowogrodzka 35/41** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę BRE Bank SA i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 **zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BRE Bank SA** 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, Departament Zamówień Publicznych prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest otwarcie i prowadzenie rachunków skonsolidowanych funduszy w ramach FUS, FEP oraz rachunków ZUS i realizację płatności masowych dotyczących wypłaty świadczeń. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 września 2011 roku.

W dniu 28 listopada 2011 roku, odwołujący – BRE Bank S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym podniósł naruszenie:

1. art. 7 ustawy pzp przez zaniechanie jego zastosowania, powodujące nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji,
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez PKO Bank Polski S.A., która to oferta nie zawierała ceny, a tym samym zaniechaniu odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą,
3. art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty, złożonej przez PKO Bank Polski S.A., która nie zawierała ceny, a tym samym zaniechaniu odrzucenia oferty niezgodnej z postanowieniami siwz.

Z ostrożności procesowej, odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy pzp, bowiem w przypadku uznania, że doszło do złożenia oferty, która niepodległa odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy pzp – zaniechaniu odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał na posiadany interes w uzyskaniu zamówienia (aktualnie zajmuje drugą pozycję w rankingu wykonawców), oraz na możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a tym samym na możliwość pozbawienia szans na uzyskanie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórzenia czynności badania o oceny ofert oraz
2. przyznanie odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył podstawową zasadę równości i uczciwej konkurencji, nie dokonując rzetelnego badania i oceny, w tym porównania ofert. Wykonawcy w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia zobowiązani zostali do zawarcia w ofercie ceny brutto za cały okres obowiązywania umowy (cztery lata), jaką należało podać w PLN (rozdział V siwz). Zdaniem odwołującego, określone przez zamawiającego zasady oceny ofert w żadnym stopniu nie zwalniały wykonawców, biorących udział w przetargu z obowiązku uwzględnienia, że wszystkie ceny jednostkowe zawarte w ofercie winny zostać podane w PLN z dokładnością do trzech miejsc (w przypadku ceny jednostkowej za przelew) oraz dwóch (w przypadku ceny całkowitej) miejsc po przecinku. Interpretacja przeciwna jest niedopuszczalna w świetle przepisów ustawy, a w szczególności pozostaje w sprzeczności z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach, który określa, że cena oznacza wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Zamawiający zdecydował, że jedynym kryterium oceny ofert będzie cena, przedstawiając jednocześnie sposób obliczenia ceny oferty. Uwzględniając ustalony przez zamawiającego sposób rozliczenia za obsługę bankową oraz powszechnie obowiązujące przepisy prawa, odwołujący stwierdził, że wykonanie tego zobowiązania jest niemożliwe. Zgodnie z art. 31 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o Narodowym Banku Polskie znakami pieniężnymi RP są banknoty i monety opiewające na złote i grosze. Ponadto ustawa z dnia 7 lipca 1994 roku o denominacji złotego wskazuje, że złoty dzieli się na 100 groszy. Aktualnie w przypadku rozliczeń bezgotówkowych nie jest możliwe operowanie kwotami o wartościach mniejszych niż 1 grosz. Odwołujący podniósł, że cena stanowi niezbędny element oferty, wymagany przez ustawę, gdyż cena jest zawsze obligatoryjnym kryterium oceny ofert (art. 91 ust. 2 ustawy pzp), tym samym obowiązkiem wykonawcy jest podanie ceny w jednostkach pieniężnych za przedmiot zamówienia. Stosowanie do art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę jeśli jest niezgodna z ustawą lub uchybia przepisom aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie.

Odwołujący, wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 podniósł, że przychody ujęte w wyjaśnieniach PKO Banku Polskiego S.A. z dnia 3 listopada 2011 roku dotyczących rażąco niskiej ceny, w żaden sposób nie są wynikiem zawarcia umowy z ZUS. Wyjaśnienie wskazuje, że kalkulacja opiera się na nieuzasadnionej alokacji przychodu do tej umowy.

Zdaniem odwołującego PKO Bank Polski S.A. zastosował cenę rażąco niską, nie znajdującą uzasadnienia w przepisach ustawy a złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem uniemożliwia wejście na rynek usług w zakresie wyznaczonym przedmiotem zamówienia.

W oparciu o dokumentację postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest otwarcie i prowadzenie rachunków skonsolidowanych: funduszy w ramach Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (FUS), Funduszu Emerytur Pomostowych (FEP) oraz rachunków Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (ZUS) i realizacja płatności masowych dotyczących wypłaty świadczeń. W ramach zamówienia Wykonawca będzie zobowiązany do prowadzenia w okresie czterech lat skonsolidowanego rachunku obejmującego odrębne struktury rachunków funduszy emerytalnego, rentowego, chorobowego, wypadkowego (w ramach FUS), rachunków FEP oraz skonsolidowanego rachunku Zakładu, a także innych rachunków, w tym niepodlegających konsolidacji (np. Zakładowy Fundusz Świadczeń Socjalnych - ZFŚS), odrębnie dla Centrali i Oddziałów Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz realizacji płatności masowych w ciężar rachunków skonsolidowanych.

W rozdziale V zamawiający podał „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, gdzie wymagał, aby wszystkie wartości były podane w złotych polskich. Cena jednostkowa za przelew oraz cena całkowita oferty powinny być wyrażone liczbowo, przy czym cena jednostkowa za przelew powinna być podana z trzema miejscami po przecinku, a cena całkowita z dwoma miejscami po przecinku. Cena całkowita oferty powinna być wyrażona również słownie. Cena całkowita podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia (w tym również ewentualne podatki i inne ewentualne obciążenia), a także ewentualne upusty i rabaty, które muszą wynikać z ceny jednostkowej. W pkt V załącznika nr 2 zamawiający określił formularz cenowy, w którym podał szacunkową liczbę przelewów wynoszącą 276.996.000 szt. Cenę całkowitą oferty miał stanowić iloczyn liczby przelewów pomnożony przez cenę jednostkową. Cena jednostkowa oraz całkowita cena oferty są ostateczne, zawierają wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia i nie będą podlegały zwiększeniu w okresie obowiązywania umowy. Cenę jednostkową za przelew należy podać z trzema miejscami po przecinku, natomiast cenę całkowitą z dwoma miejscami po przecinku.

Zamawiający ustalił, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena. W dziale III siwz, zamawiający wskazał, że ocena ofert dokonywana będzie według następującego wzoru:

$$C = \frac{\text{najniższa cena całkowita}^* + 0,01}{\text{cena całkowita oferty badanej}^* + 0,01} \times 100 \text{ (waga kryterium)}$$

Do upływu terminu składania ofert, wpłynęły cztery oferty:

1. Konsorcjum: Bank Handlowy w Warszawie S.A. i Bank Poczty S.A. - cena całkowita 18 281 736,00 zł, liczba otrzymanych punktów - 0,000000054 pkt,
2. BRE Bank S.A. - cena całkowita 2 215 968,00 zł, liczba otrzymanych punktów – 0,000000451pkt,
3. Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna - cena całkowita 0,00 zł, liczba otrzymanych punktów - 100 pkt,
4. Bank Polska Kasa Opieki S.A. - cena całkowita 55 399 200,00 zł, liczba otrzymanych punktów - 0,000000018 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uznała, że odwołujący jako podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia, legitymuje się niewątpliwie interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp uprawniającym go do wniesienia odwołania.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zamawiający, określając wzór wg. którego dokona oceny ofert przez dodanie w liczniku i mianowniku wartości 0,01 przewidział i dopuszczał możliwość otrzymania oferty z ceną 0 zł. Przez tą czynność zapobiegł ewentualnej niemożliwości wykonania działań arytmetycznych, to jest dzielenia przez 0.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że w zaistniałych okolicznościach sprawy, zachodzi konieczność odrzucenia oferty złożonej przez PKO Bank Polski S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 z uwagi na to, że nie zawiera ona ceny.

Izba zwraca uwagę na odmiennosc pojęć: cena – użyte w prawie zamówień publicznych oraz opłata i prowizja, do których pobierania zgodnie z art. 110 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku prawo bankowe (Dz.U. z 2002 Nr 72 poz. 665 ze zm.) uprawniony jest bank. Zdaniem Izby pojęć tych nie można utożsamiać, a przeniesienie na grunt zamówień publicznych pojęć opłata czy prowizja, w sytuacji gdy ustawa pzp wymaga aby obligatoryjnym kryterium oceny ofert była cena, wywołuje, tak jak w zaistniałym stanie faktycznym, liczne problemy interpretacyjne.

W ocenie Izby, ewentualna umowa zawarta z PKO Bank Polski S.A., w której bank zobowiązuje się do prowadzenia rachunków i przeprowadzania rozliczeń pieniężnych za 0 zł, będzie umową odpłatną, wzajemną o charakterze majątkowym. Ocena odpłatnego charakteru umowy, winna być dokonywana z uwzględnieniem reguł właściwych dla umów prawa cywilnego, zgodnie z dyspozycją art. 139 ust. 1 ustawy pzp. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że przez umowę odpłatną należy rozumieć umowę, na mocy której strona dokonująca przysporzenia na rzecz drugiej strony otrzymuje w zamian korzyść majątkową. Jednocześnie wskazać należy, że w doktrynie istnieje spór, czy w przypadku umów o udzielenie zamówienia publicznego korzyść majątkowa obligatoryjnie musi mieć charakter pieniężny, czy też może przybrać postać świadczenia niepieniężnego. Zgodnie z ostatnim poglądem odpłatność obejmuje każdy rodzaj korzyści, które przedstawia wartość pieniężną, z tym jednak zastrzeżeniem, iż korzyść, wynikająca z umowy nie musi być uiszczana w postaci pieniężnej. Zdaniem Izby, pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko i obejmuje ono nie tylko świadczenia pieniężne, lecz również każdy rodzaj korzyści, które zamawiający akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na rozpatrywany stan faktyczny, Izba wskazuje, że bank przewiduje uzyskać z tytułu realizacji umowy korzyści wynikające przede wszystkim z faktu uzyskania depozytów bieżących, czyli środków pieniężnych gromadzonych na rachunkach oszczędnościowo - rozliczeniowych osób fizycznych, będących świadczeniobiorcami Zakładu Ubezpieczeń Społecznych a także ze środków pieniężnych zgromadzonych na rachunkach funduszy Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Uprawnienie banku do obracania środkami klienta, w czasie gdy są one zgromadzone na jego rachunku wynika wprost z treści art. 726 k.c. Ponadto bank przewiduje uzyskać przychód z tytułu realizacji świadczeń zagranicznych, wynikający z kursu wymiany walut. Przystępujący wykazał, że przyjęta przez bank kalkulacja, przy zaoferowaniu ceny jednostkowej 0 zł za przelew zapewnia bankowi godziwy dochód w wysokości nie mniejszej niż 5 mln złotych. Z drugiej strony zamawiający uzyska korzyści polegające na obsłudze rachunków poszczególnych funduszy ZUS i dokonywaniu przelewów.

W kontekście powyższego należy uznać, że przedmiotowa umowa jako umowa odpłatna o charakterze majątkowym zawierana między zamawiającym a wykonawcą spełnia przesłanki definicji zamówienia publicznego, określone w art. 2 pkt 13 pzp.

Izba wzięła pod uwagę także specyfikę przedmiotu zamówienia, jakim jest świadczenie usług bankowych polegających na otwarciu i prowadzeniu rachunków oraz dokonywaniu przelewów a także to, że ze względu na aktualne realia rynkowe, powszechnie przyjętą praktyką staje się to, że usługi tego rodzaju realizowane są bezpłatnie. Sytuacja ta ma miejsce szczególnie w odniesieniu do podmiotów, gromadzących duże środki finansowe.

Usługi bankowe są bowiem szczególnym rodzajem usług, w których wynagrodzenie z tytułu ich świadczenia, nie jest jedynym źródłem przychodów uzyskiwanym przez bank. Opłaty związane z prowadzeniem rachunków bankowych i dokonywaniem przelewów stanowią znikomą, a w dobie aktualniejszej konkurencji rynkowej wręcz zerową, część przychodu banku w stosunku do korzyści wynikających z całości relacji z danym klientem. Zgodnie z treścią art. 725 kodeksu cywilnego przedmiotem umowy rachunku bankowego jest zobowiązanie się banku do przechowywania środków pieniężnych posiadacza rachunku oraz, jeżeli umowa tak stanowi, do przeprowadzania na jego zlecenie rozliczeń pieniężnych. Zatem pobieranie opłat, prowizji nie należy do elementów przedmiotowo istotnych (*essentialia negotii*) umowy o prowadzenie rachunku bankowego. Polecenie przelewu to udzielona bankowi, dyspozycja dłużnika obciążenia jego rachunku określoną kwotą i uznania tą kwotą rachunku wierzyciela. Bank wykonuje dyspozycję dłużnika w sposób przewidziany w umowie rachunku bankowego, co oznacza, że polecenie przelewu nie jest samodzielną instytucją prawa bankowego, lecz narzędziem, z wykorzystaniem którego posiadacz rachunku realizuje przewidziane w umowie prawo przeprowadzania rozliczeń pieniężnych.

Zdaniem Izby, zaoferowanie prowadzenia rachunku i dokonywania przelewów bez pobierania opłat i prowizji, szczególnie dla instytucji publicznej, która dysponuje dużymi środkami pieniężnymi, jak Zakład Ubezpieczeń Społecznych, jest przejawem istniejących realiów rynkowych, dużej konkurencji na rynku usług finansowych i przyjętej przez bank strategii gospodarczej.

Izba wskazuje także na fundamentalną zasadę systemu zamówień publicznych, jaką jest wydatkowanie środków publicznych w sposób oszczędny, celowy z uzyskaniem najlepszych efektów z poniesionych nakładów.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do nakazania odrzucenia oferty złożonej przez PKO Bank Polski S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp.

Wobec wycofania przez odwołującego w trakcie rozprawy zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący: