

Sygn. akt: KIO 1482/17

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2017 roku przez wykonawcę mBank Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miasto Kalisz

przy udziale wykonawcy Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1482/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę mBank Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę mBank Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy mBank Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego Miasto Kalisz kwotę 417 zł 90 gr (słownie: czterysta siedemnaście złotych dziewięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Kaliszu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Kalisz - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Wykonywanie bankowej obsługi budżetu Miasta Kalisza*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 maja 2017 roku pod numerem 516172.

17 maja 2017 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 1 i ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący – mBank Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie - wniósł odwołanie od wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w przedmiocie wykonania bankowej obsługi budżetu Miasta Kalisz.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez dokonanie błędnego wyboru oferty Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: PKO BP S.A.) i uznanie jej za najkorzystniejszą w okolicznościach, które wykluczały dopuszczalność oceny takiej oferty albowiem tworzyły podstawę do odrzucenia tej oferty w związku z tym, że złożenie takiej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży usługi poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, tj. czyn z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹;
- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez dokonanie błędnego wyboru oferty PKO BP S.A. i uznanie jej za najkorzystniejszą w okolicznościach, które wykluczały dopuszczalność oceny takiej oferty albowiem tworzyły podstawę do odrzucenia tej oferty w związku z tym, że oferta ta zawierała rażąco niską cenę ofertową (cena: 0,00 zł.), nie przewidywała marży zw. z udzielaniem kredytu (marża: 0,00 %) oraz zawierała wysoki mnożnik oprocentowania środków zgromadzonych na rachunkach bankowych (1,18 %).

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu złożone zostały tylko dwie oferty, a zatem - przy uwzględnieniu podniesionych wyżej zarzutów przeciwko Zamawiającemu w zakresie wyboru oferty PKO BP S.A., w tym zaniechania odrzucenia oferty PKO BP S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy - istnienie interesu w złożeniu

odwołania nie budzi wątpliwości. Odwołujący się w omawianym przypadku ma interes w uzyskaniu zamówienia, będącego przedmiotem przetargu oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, a tym samym może zostać pozbawiony szans na uzyskania zamówienia publicznego. Odwołanie dotyczy przetargu, w którym wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy. Przedmiotem odwołania jest decyzja Zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty PKO BP S.A. związana z zaniechaniem odrzucenia oferty PKO BP S.A. .

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty PKO BP S.A. oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert, złożonych w przetargu.

Odwołujący w sposób następujący uzasadnił swoje stanowisko:

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia opisanym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, opracowaną na potrzeby przeprowadzenia Przetargu (dalej: SIWZ), była obsługa bankowa budżetu Miasta Kalisz, w tym udzielenie kredytu w rachunku bieżącym w wysokości 20.000.000 zł.

Opis sposobu obliczenia ceny.

Zgodnie ze pkt 21.1. SIWZ wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia, zobowiązani zostali do podania w „Formularzu oferty” następujących danych:

- 1) wysokości kwartalnego ryczałtu (opłaty ryczałtowej) w PLN,
- 2) wysokości marży dla kredytu w rachunku bieżącym Zamawiającego,
- 3) wysokości współczynnika dla oprocentowania środków zgromadzonych na rachunkach bankowych.

Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że przez cenę w postępowaniu rozumie się kwotę kwartalnego ryczałtu (opłaty ryczałtowej). Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego opłata ryczałtowa powinna zawierać wszelkie koszty związane z czynnościami przygotowawczymi do realizacji bankowej obsługi budżetu, wszelkie koszty prowadzenia rachunków, jak również operacji wykonywanych dla Zamawiającego, wszelkie inne koszty związane z wykonywaniem operacji będących przedmiotem zamówienia oraz innych usług i dostaw świadczonych w ramach zamówienia, bez pobierania dodatkowych opłat i prowizji (21.3. SIWZ). Analogiczne zapisy dotyczyły drugiego elementu wynagrodzenia wykonawców, a mianowicie oprocentowanie kredytu w rachunku bieżącym a mianowicie (stałej) marży wykonawcy, która powinna zawierać wszelkie koszty związane z uruchomieniem i obsługą kredytu (21.6. SIWZ).

Zgodnie z pkt 21.5. SWIZ Zamawiający ustalił, że środki zgromadzone na rachunkach bankowych oprocentowane będą w oparciu o stopę WIBID ON i stały współczynnik Wykonawcy, przy czym wartość współczynnika musi być większy od wartości „0,40”. Znamienne w ocenie Odwołującego było, że ostateczna ww. wartość współczynnika została wprowadzona na skutek zmiany SIWZ spowodowanej sygnalizacją ze strony jednego z wykonawców, który - w ramach żądania udzielenia wyjaśnień treści SWIZ (pytanie nr 18) - wskazywał Zamawiającemu (odnosząc się do pierwotnej wartości określonej przez Zamawiającego: 0,80), że taka wartość współczynnika „znacznie ogranicza możliwości Wykonawcy związane z oferowaniem oprocentowania i wymusza na Wykonawcy złożenie określonej oferty. Taki wymóg nie jest uzasadniony potrzebami Zamawiającego i nie jest niezbędny do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. (...) Należy mieć na uwadze, że proponowane przez Wykonawcę oprocentowanie ma wpływ na stronę kosztowo - przychodową Wykonawcy podobnie jak np. cena w innych rodzajach zamówień. Dodatkowo, zwracamy uwagę, iż wymóg sformułowany w ten sposób może naruszać naczelne zasady postępowania wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Opis kryteriów wyboru i sposobu oceny ofert.

Zgodnie z pkt 22.1. SIWZ Zamawiający postanowił, że przy wyborze oferty będzie posługiwać się niżej wymienionymi kryteriami:

1) Cena - Kwota kwartalnego ryczału (opłaty ryczałtowej) - waga: 40 %

2) Marża dla kredytu w rachunku bieżącym - waga: 10 %

W celu porównania ofert Zamawiający przyjmie wartość WIBOR IM w wysokości 1,66%.

3) Współczynnik dla oprocentowania środków zgromadzonych na rachunkach bankowych - waga 50 %

Zamawiający zadeklarował, że oferty zostaną sklasyfikowane zgodnie z uzyskaną łączną ilością punktów w przyjętych kryteriach oceny ofert, a oferta która otrzyma największą, łączną ilość punktów zostanie uznana za najkorzystniejszą, o ile nie będzie podlegać odrzuceniu (22.3. SWIZ).

Na podstawie oferty złożonej przez PKO BP S.A., który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzeniem (opłatą ryczałtową) w wysokości 0,00 zł oraz przy uwzględnieniu zaoferowanej przez niego marży w wymiarze „0,00%”, a także oprocentowania środków zgromadzonych na rachunkach bankowych przy zastosowaniu mnożnika w wysokości 1,18, czyli na poziomie o 0,78 wyższym od wymaganego przez Zamawiającego oraz 0,23 od zaoferowanego przez Odwołującego, Odwołujący stwierdził, że zaoferowana przez PKO BP S.A. cena - nawet bez szczegółowej analizy kosztów

i przychodów, związanych z wykonania przedmiotu zamówienia tworzy podstawy do podejrzenia, że oferta PKO BP S.A. zawiera rażąco niską cenę, albowiem PKO BP S.A. nie zabezpieczył sobie możliwości rekompensowania braku wynagrodzenia (opłaty ryczałtowej jako ekwiwalentu, za stałą obsługę bankową oraz marży bankowej jako ekwiwalentu z tytułu obsługi kredytowej w okresie 5 lat obowiązywania umowy) odpowiednim mnożnikiem/ współczynnikiem oprocentowania środków zgromadzonych na rachunkach bankowych. Tym samym złożenie oferty przez PKO BP S.A. tworzy ryzyko poniesienia straty finansowej przez PKO BP S.A. w wyniku realizacji umowy w przypadku jej zawarcia.

W przypadku kalkulacji ceny w ofercie na obsługę bankową, w tym udzielenie kredytu w rachunku bieżącym zasadnicze znaczenie mają dwie wartości, a mianowicie koszty kredytu w rachunku bieżącym oraz przychody ze zdeponowanych środków na rachunkach bankowych (tzw. przychody z osadów).

Odwołujący podniósł, że:

- przy uwzględnieniu aktualnie obowiązujących stawek rynkowych opłat bankowych, w tym rozróżnieniu stawek minimalnych i maksymalnych, należy przyjąć, że roczny koszt obsługi transakcyjnej (nie uwzględnia kosztów kredytu) Miasta Kalisz, (który powinien uwzględnić PKO BP S.A. w swojej kalkulacji) mieści się w granicach od 53 233,13 zł do 95 232,71 zł. (netto),
- przy założeniu, że Miasto Kalisz będzie w dalszym ciągu prowadzić zbliżoną politykę finansową, co skutkować będzie niewysokim wykorzystaniem przydzielonego kredytu, roczny koszt obsługi kredytowej należy szacować w wysokości 12 000 zł. (netto),
- roczna strata poniesiona przez PKO BP S.A. na realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie przychodów odsetkowych wyniesie 76 005,86 zł.

Uwzględniając koszt obsługi bankowej oraz gotowości do udzielenia kredytu, łączna roczna strata poniesiona przez PKO BP S.A. wyniesie od 141 238,99 zł do 183 238,57 zł. Szczegółową (szacowaną) kalkulację kosztów i przychodów, związanych ze sporządzeniem oferty w przetargu, przy uwzględnieniu warunków zaoferowanych przez PKO BP S.A., Odwołujący przedstawiał w Załączniku do odwołania.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z orzecznictwem KIO „złożenie oferty zawierającej cenę nie pokrywającą wszystkich kosztów realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi

czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2017 r., KIO 102/17; KIO 110/17, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2013 r, KIO 1515/13).

Odwołujący wskazał, że przy uwzględnieniu statusu PKO BP S.A. oraz skali prowadzonej przez niego działalności bankowej, a także sposobie kalkulowania ceny w ostatnim okresie (vide: Załącznik do niniejszego odwołania) nie ulega wątpliwości, że jego działanie aktualnie jest ukierunkowane na eliminowanie konkurentów.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 lipca 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 10 lipca 2017 roku (poniedziałek) oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem. Zgodnie z art. 185 ust. 8 ustawy jeżeli koniec terminu do wykonania czynności, w tym wypadku wniesienie odwołania, przypadał na sobotę – a z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie – to termin upływał dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Izba nie uwzględniła również wniosku Zamawiającego zgłoszonego w piśmie procesowym z dnia 20 lipca 2017 roku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy, bowiem – co znalazło wyraz z orzeczeniu z dnia 13 czerwca 2017 roku sygn. akt KIO 1077/17 - Izba wzięła pod uwagę wynik kontroli instancyjnej Sądów Okręgowych właściwych dla siedzib Zamawiających, które z mocy art. 198 a ust. 1 ustawy sprawują nadzór instancyjny nad orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Izba uwzględniła stan znany Izbie z urzędu odnośnie wydanych przez Sądy Okręgowe orzeczeń uwzględniających skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz w świetle wyniku kontroli instancyjnej Izba podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażany przez Sądy Okręgowe, że pojęcie wyboru oferty najkorzystniejszej musi być rozumiane jako składowa czynności i zaniechań Zamawiającego zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej pod względem materialnym tj. złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania i oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu jak również zawarte w pismach złożonych przez:

- Zamawiającego – pismo z dnia 1 sierpnia 2017 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*, oraz
- uczestnika postępowania odwoławczego Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: PKO BP S.A.) z dnia 1 sierpnia 2017 roku *Pismo procesowe przystępującego po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego*.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany w trakcie rozprawy przez Odwołującego (dowód nr 1) - tj. informacje z otwarcia ofert w postępowaniach wymienionych w zestawieniu załącznika do odwołania (str. 6 załącznika).

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie oddaliła.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba, działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Ustawa Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”):

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zm.; dalej ustawa z.n.k.):

- art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z.n.k. – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*.

III.

W zakresie zarzutów odwołania.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów jakie zostały określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ustępie 2 ww. artykułu ustawodawca wskazał otwarty katalog kryteriów oceny ofert jakimi może posłużyć się Odwołujący w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Zaznaczyć należy, że wskazane w przepisie kryteria mają jedynie charakter przykładowy. Zgodnie z brzmieniem ustawy to Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego

potrzebom Zamawiającego. Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje Zamawiający muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 ustawy). Wskazać należy, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku, jak również nowelizacji z 28 sierpnia 2014 roku, w wyniku których o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Obecnie Zamawiający będą poszukiwać różnych rozwiązań, które z jednej strony pozwolą im na określenie kryteriów oceny ofert zgodnie z wymaganiami ustawy, a jednocześnie będą pozwalały na określenie realnych wymagań pozwalających na zmaksymalizowanie dokonania wyboru oferty odpowiadającej potrzebą w zakresie przedmiotu zamówienia. Określone przez Zamawiającego wymagania w przedmiocie zamówienia to w zasadzie niekończąca się możliwość doboru kryteriów, bowiem to przedmiot zamówienia, jego charakter i potrzeby Zamawiającego wskazane w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kreują budowę kryterium oceny ofert, którego kształt i charakter zdeterminowane są w szczególności rodzajem zamówienia. Poszukiwanie przez Zamawiających kryteriów oceny ofert winno stanowić stały element postępowań, bowiem każde z zamówień w zasadzie jest inne, jak również inne są potrzeby każdego Zamawiającego. Podkreślenia wymaga także, że ustawowe wymagania co do kryteriów pozacenowych są szersze, czego efektem mogą być ukształtowane przez Zamawiających kryteria oceny ofert nieznanne, niestosowane dotychczas. W tym miejscu warto wskazać jako przykład rozwoju kształtowania kryteriów oceny ofert kryterium – termin płatności, którego dopuszczalność została potwierdzona w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 roku sygn. akt III CZP 52/02.

Izba ustaliła, że w rozpoznawanej sprawie, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający określił trzy kryteria oceny ofert (pkt 22.1 SWIZ)

- 1) Cena - Kwota kwartalnego ryczałtu (opłaty ryczałtowej) – waga 40%, wysokość kwoty kwartalnego ryczałtu (opłaty ryczałtowej) należało podać w PLN;

Izba ustaliła również, że w zakresie kryterium Cena, we wzorze matematycznym, zarówno w mianowniku jak i liczniku Zamawiający przewidział dodanie do zaoferowanej kwoty wartości 0,01;

- 2) Marża dla kredytu w rachunku bieżącym – waga 10%, wysokość marży należało podać w % (procentowo);
- 3) Współczynnik dla oprocentowania środków zgromadzonych na rachunkach bankowych – waga 50%, wysokość współczynnika miała być większa od wartości „0,40”.

Izba ustaliła, że w SWIZ w pkt 21.2 Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że *przez cenę w niemniejszym postępowaniu rozumie się kwotę kwartalnego ryczałtu (opłaty ryczałtowej)*.

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty oraz, że zarówno Odwołujący jak uczestnik postępowania odwoławczego w dwóch pierwszych kryteriach zaoferowali identyczne wartości tj.: w kryterium *Cena - Kwota kwartalnego ryczałtu (opłaty ryczałtowej)* – 0,00 zł oraz w kryterium *Marża dla kredytu w rachunku bieżącym* – 0 %. Tym samym oferty wykonawców różniły się w kryterium *Współczynnik dla oprocentowania środków zgromadzonych na rachunkach bankowych*, gdzie Odwołujący zaoferował współczynnik na poziomie 0,95% natomiast uczestnik postępowania odwoławczego na poziomie 1,18 %.

Zamawiający określił w sposób jednoznaczny kryteria oceny ofert, którymi będzie posługiwał się przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Z postanowień SWIZ jak również samej istoty kryterium wynika, że kryterium cenowym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest pierwsze wskazane przez Zamawiającego kryterium tj. *Cena*. Izba zaznacza, że sytuacja obu podmiotów w zakresie tego kryterium oceny ofert, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego była jednakowa. Co więcej, i co należy mieć również na uwadze, oferowanie ceny na poziomie zero złotych w postępowaniach na realizację usług bankowych nie jest niczym szczególnym ze względu na specyfikę takich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże fakt, że tak oferowana cena usługi (0,00 zł) nie jest niczym zaskakującym nie uzasadnia pominięcia przy dokonywanych ocenach złożonych ofert innych wartości – w przypadku rozpoznawanej sprawy, zaoferowanego współczynnika dla oprocentowania środków zgromadzonych na rachunku bankowym – ponieważ wartość opłaty ryczałtowej, która zgodnie z postanowieniami SWIZ powinna zawierać wszelkie koszty związane z czynnościami przygotowawczymi do realizacji bankowej obsługi budżetu, wszelkie koszty prowadzenia rachunków, jak również operacji wykonywanych dla Zamawiającego, wszelkie inne koszty związane z wykonywaniem operacji będących przedmiotem zamówienia bez pobierania dodatkowych opłat i prowizji nie obejmowała całości kosztów jakie generować będzie po stronie wykonawcy świadczenie

usługi, co było dla stron postępowania oraz uczestnika postępowania oczywistym stanem rzeczy. Dlatego też w ocenie Izby w czasie oceny ofert Zamawiający winien uwzględniać w takiej sytuacji pozostałe pozycje choć wyrażone w wartościach procentowych.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie prowadził procedury z art. 90 ust. 1 ustawy – czyli wyjaśnienia wyliczenia ceny ofert. Zgodnie z ww. przepisem jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Ustawodawca wskazał przykładowy zakres elementów jakie mogą podlegać wyjaśnieniu w postępowaniu, ale to przedmiot zamówienia determinuje katalog informacji jaki podlegać powinien wyjaśnieniom w przypadku korzystania z procedury z art. 90 ust. 1 ustawy. Podkreślenia wymaga również w tym miejscu, o czym stanowi regulacja art. 90 ust. 3 ustawy, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga, że każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji, należy pamiętać, że obecnie Zamawiającemu musi „wydawać się”, że zaoferowana cena jest rażąco niska i jednocześnie musi „budzić wątpliwość” Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za tą zaoferowaną cenę. Pierwszą z przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia Zamawiającego, jednakże uprawnienia, z którego Zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienie rozpoznawanego w danych realiach rynkowych, to nie może „wydawać się” Zamawiającemu pozornie co do istnienia, bądź pozornie nie „wydawać się”. Pierwsza z przesłanek stanowiących podstawę zwrócenia się Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie zaoferowanej ceny oferty zaistnieć musi wespół z drugą przesłanką tj. zaoferowana cena musi budzić wątpliwości Zamawiającego tzn.: że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w SIWZ, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa jak również, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej np.: przy użyciu odpowiednich

nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych z zachowaniem określonych standardów. Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego innych wykonawców działania Zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie brak jest postawienia przez Odwołującego w odwołaniu zarzutu zaniechania wezwania uczestnika postępowania odwoławczego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Podkreślić należy, że zarzut niewezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w postępowaniu w trybie art. 90 ustawy jest innym zarzutem niż zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednakże sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, których celem jest ustalenie poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – art. 90 ustawy (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 8 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 59/09 *Skorzystanie z określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. sankcji musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 p.z.p.*) co w orzecznictwie sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej znajduje szerokie uzasadnienie. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta o czym stanowi również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jest zarzutem przedwczesnym, który to nie może zostać rozpoznany w tym postępowaniu odwoławczym z uwagi na brak przeprowadzenia procedury z art. 90 ust. 1 ustawy.

Jak już wyżej to zostało zaznaczone innym zarzutem jest zarzut niewezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w postępowaniu w trybie art. 90 ustawy, a innym zarzutem zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Podkreślić również należy, że na istnienie odrębności zarzutów wskazują także przepisy odnoszące się do postępowania odwoławczego, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. Natomiast w przypadku zarzutu dotyczącego procedury z art. 90 ust. 1 ustawy to na Odwołującym, zgodnie z ogólną regułą, spoczywa ciężar dowodowy,

a wykonawca winien wykazać ze zachodzą przesłanki określone w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy oraz uzasadnić swoje stanowisko. Izba podkreśla, że każdorazowo, zakres rozstrzygnięcia – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań. Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12 wskazał, że „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący w żaden sposób nie wskazywał na konieczność zastosowania procedury wyjaśnienia przez Zamawiającego elementów ceny oferty w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W żadnym miejscu odwołania nie podnosił, że Zamawiający zaniechał czynności, nie uzasadniał przesłanek jakich ziszczenie byłoby podstawą do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jak również Odwołujący nie zbudował wniosku o przeprowadzenie procedury wyjaśnienia wyliczenia ceny oferty.

W zakresie podnoszonego naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z.n.k. - Izba na wstępie wskazuje, że niezmiennie, jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada uczciwej konkurencji. Celem tej zasady jest chronienie sprawnie funkcjonującego rynku, „ma ona na celu zapobieżenie ograniczeniu swobody dostępu do rynku i przeciwdziałania wykorzystywaniu pozycji monopolistycznej na rynku, sprzyjające efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych. Konkurencja realnie sprzyja tworzeniu warunków do wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty i pobudza uczestników

do wzajemnego konkurowania. Gwarantuje podmiotom działającym na rynku zamówień publicznych najszerszą z możliwych swobodę działania i dokonywania wyboru”. (Przemysław Szustakiewicz Zasady prawa zamówień publicznych str. 135). Zaznaczyć należy w tym miejscu, że uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26).

Zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty jeżeli jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji, na którego zaistnienie wskazywał w tym postępowaniu Odwołujący, jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Izba wskazuje i podkreśla, że odrzucenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o wskazaną przez Odwołującego podstawę (art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy) musi zostać udowodnione i nie jest wystarczające skonkretyzowanie, podanie jedynie danych przepisów ustawy. Sam Odwołujący w trakcie rozprawy podał, że *w odwołaniu wbrew twierdzeniom przystępującego zawartych w piśmie wskazał na czyn nieuczciwej konkurencji przez odniesienie się do art. 15 ust 1 pkt 1 uznk, a nie ogólne odniesienie się do art. 3 ust 1 tejże ustawy.* Taka argumentacja nie może zostać uznana za wystarczającą w celu wykazania, udowodnienia, że dany wykonawca naruszył zasady uczciwej konkurencji przez utrudnienie innym przedsiębiorcą dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał również przedstawioną przez siebie w załączniku do odwołania argumentacją, którą uszczegółowił w trakcie rozprawy, że zaoferowany współczynnik dla oprocentowania środków zgromadzonych na rachunkach bankowych – oczywiście w kontekście pozostałych elementów, danych w kryteriach oceny ofert, podlegających ocenie Zamawiającego - został zaoferowany na poziomie 1,18% w celu utrudnienia innym wykonawcom dostępu do rynku, co miałyby prowadzić do eliminacji tych przedsiębiorców z rynku. Podkreślenia wymaga, że w doktrynie przedmiotu podnosi się również, że określenie „utrudnianie” oraz „w celu” (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z.n.k) wskazuje, że „czyn określony tym przepisem musi być przez sprawcę dokonany świadomie”, co więcej „dostęp do rynku” określony we wskazanym przez Odwołującego przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy rozumieć szeroko, czyli jako utrudnianie

prowadzenia działalności gospodarczej („Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz” Ewa Nowińska, Miachał du Vall, Wydanie 5 str. 218 i następne). Warto zaznaczyć, że czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż poniżej kosztów własnych poniesionych przez przedsiębiorcę (sprawcę czynu), przy czym jak wskazano w ww. komentarzu nie ma mają w tym kontekście żadnego znaczenia koszty przeciętne, ponoszone przez konkurentów, czy też koszty ponoszone przez przedsiębiorcę dotkniętego tym czynem. Podkreślenia wymaga, że udowodnienie sprzedaży poniżej kosztów jest trudne. Odwołujący w trakcie rozprawy sam wyjaśnił, że swoją argumentację oparł na „wartościach eksperckich” czyli ustalonych przez ekspertów Odwołującego danych dla każdej ze wskazanych w tabelach 1.1 oraz 1.2 załącznika do odwołania oraz przy przyjęciu *do porównania opłacalności tego kontraktu stawki, po której banki pożyczają sobie pieniądze tj. WIBOR*. Odwołujący w trakcie rozprawy wielokrotnie podnosił, że *wskazał tę stawkę w celu wykazania rzędu wartości oprocentowania jakie powinno być przyjęte do oprocentowania pieniędzy zgromadzonych na koncie miasta Kalisz i udzielonego kredytu, na dzień ogłoszenia postępowania jest to 1,66%*. Słusznie natomiast zauważył uczestnik postępowania odwoławczego, że Zamawiający w SIWZ nie wskazał w jaki sposób wykonawca ma kalkulować współczynnik dla oprocentowania środków zgromadzonych na rachunkach bankowych, tym bardziej nie zostało określone przez Zamawiającego, że wykonawcy mają stosować stawkę opartą o WIBOR. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że argumentacja Odwołującego była budowana w oparciu nie o konkretne dane lecz założenia, które poczynił sam Odwołujący. Odwołujący jednocześnie w trakcie rozprawy nie wykazał, nie udowodnił, a co jest konieczne zarzucając przedsiębiorcy czyn nieuczciwej konkurencji, że uczestnik postępowania odwoławczego *może pożyczyć pieniądze zdeponowane na koncie przez miasto Kalisz z oprocentowaniem 8,5%*. Odwołujący nie wykazał, że tych pieniędzy nie można pożyczyć osobą fizycznym np. przy wykorzystaniu produktów, które sprzedaje uczestnik postępowania odwoławczego takich jak: kredyt odnawialny dla posiadaczy rachunków oszczędnościowo – rozliczeniowych, który oprocentowany jest stopą procentową w wysokości 10% w skali roku, albo produktu o nazwie „miniratka”, którego rzeczywista roczna stopa oprocentowania wynosi 16,44%. Co istotne, sam Odwołujący w swojej ofercie posiada produkt „Pożyczka gotówkowa”, którego rzeczywista roczna stopa oprocentowania wynosi 16,15%. Stawkę oprocentowania na poziomie 8,5 % potwierdza również przedstawiona przez uczestnika postępowania odwoławczego przy piśmie procesowym tabela nr 2 zawierająca informację z NBP odnośnie średniego oprocentowania nowych i renegecjowanych umów złotych. Uczestnik postępowania wskazał, co nie było kwestionowane przez Odwołującego, że również pozycja rynkowa uczestnika ma znaczenie, bowiem liczba klientów w segmencie detalicznym wynosi 9,2 mln, podawcza gdy u Odwołującego 4,1 mln. Również uczestnik prowadzi obsługę

rachunków ZUS co powoduje obniżenie kosztów uczestnika w stosunku do ponoszonych kosztów obsługi przelewów przez Odwołującego. Podkreślić należy, że również uczestnik posiada na terenie Miasta Kalisz 10 bankomatów własnych, co jak podał na rozprawie w przypadku jednej wypłaty w bankomacie oszacowane zostało przez specjalistów uczestnika postępowania na poziomie 0,10 zł, natomiast Odwołujący nie był w stanie podać takiej kwoty, a wskazany w tabelach 1.1 i 1.2 załącznika do odwołania koszt realizacji jednej transakcji szacuje przez swoich specjalistów na poziomie od 1,20 zł do 1,50 zł i dotyczy on realizacji wypłaty z bankomatów, które nie są własnością banku. Odwołujący wskazał w ww. tabelach również na koszt realizacji przelewów krajowych ELIXIR na poziomie od 0,05 zł do 0,07 zł (jednostkowy koszt) jednakże należy mieć na uwadze, że wartości te zostały wyliczone przez ekspertów Odwołującego. Odwołujący nie odniósł się do stanowiska uczestnika, że koszt jednostkowy jaki został przyjęty przez Odwołującego w przypadku przelewów krajowych ELIXIR określony został z uwzględnieniem ok. 4 mln transakcji wykonanych przez bank – Odwołującego. Jak również nie odniósł się Odwołujący do argumentu, że uczestnik postępowania ma ponad 9,2 mln klientów detalicznych co powoduje, że koszt jednostkowy takiego przelewu jest co najmniej 4 – krotnie niższy. Zarówno Odwołujący jak i uczestnik postępowania przedstawili informacje z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, z których w ocenie Izby wynika, że oferowane wskaźniki są na różnym poziomie a wpływ na taki stan rzeczy ma nie tylko okres na jaki są zawierane umowy, ale także zakres umowy (w tym obsługa kasowa), ale także budżety poszczególnych jednostek obsługiwanych przez bank, oferowane inne wskaźniki czy kwoty obsługi ryczałtowej i inne – tym samym wartość poszczególnych informacji można byłoby ocenić jedynie po szczegółowej analizie każdego przypadku z odniesieniem do przedmiotowego zamówienia. Natomiast brak tej analizy powoduje, że dane te stanowią jedynie o tym, że w różnych postępowaniach oferowane są wskaźniki na różnym poziomie. Odwołujący w swojej argumentacji skupił się na poszczególnych elementach, które w jego ocenie i w oparciu o jego wyliczenia poczynione na podstawie ustalonych przez Odwołującego (jego ekspertów) wartości stanowiły o wskazanym na wstępie naruszeniu przepisów prawa. Odwołujący nie zakwestionował realności zaoferowanego współczynnika dla oprocentowania środków zgromadzonych na rachunkach bankowych przez przedstawienie faktycznych dowodów poza podniesieniem w trakcie rozprawy, że *można oprocentować konto stawką 8,5% ale jest to niespotykane na rynku, byłaby to piramida finansowa*. W ocenie Izby, przy braku dowodów w tym zakresie oraz uwzględniając argumentację uczestnika przedstawioną powyżej, a dotyczącą ilości klientów w segmencie klientów detalicznych, co do której nie odniósł się Odwołujący, faktu średniego oprocentowania nowych i renegocjowanych umów złotych kredytów konsumpcyjnych oraz produktów jakie posiada w ofercie uczestnik postępowania, głośowna argumentacja

Odwołującego nie znajduje uzasadnienia. Należy również przypomnieć, że swoje stanowisko Odwołujący budował w oparciu o własne założenia, że należy wykorzystać stawkę opartą o WIBOR, a co nie znajdujące żadnego źródła w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia jak również nie wynika z żadnych uregulowań, którym powinni poddać się wykonawcy.

W ocenie Izby Odwołujący nie podołał ciężarowi dowodowemu wykazania, że uczestnik postępowania odwoławczego sprzedaje usługę poniżej kosztów własnych, w ocenie Izby Odwołujący opierając swoją argumentację na własnych wyliczeniach i założeniach nawet nie uprawdopodobnił takiego stanu rzeczy. Natomiast co należy podkreślić, konieczność udowodnienia sprzedaży usługi poniżej kosztów własnych do zakwalifikowania danego czynu jako czynu nieuczciwej konkurencji nie jest jedynym wymaganym elementem w obliczu regulacji art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z.n.k, bowiem konieczne jest ponad to również wykazanie, że doszło do takiego stanu rzeczy w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co również należało udowodnić (Komentarz j.w str. 225). W rozpoznawanej sprawie Odwołujący w ogóle w tym zakresie nie zajął stanowiska. Odwołujący nie wykazał, że działania uczestnika postępowania odwoławczego miały na celu eliminację Odwołującego, bowiem Odwołujący nie powołał, nie wskazał konkretnych okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby celowe działania uczestnika postępowania odwoławczego w celu eliminacji Odwołującego z postępowania o zamówienie.

Izba nie dopuściła dowodu z opinii biegłego, który to dowód został zawnioskowany przez Odwołującego *na okoliczność wykazania jakie są stawki rynkowe kosztów jednostkowych przelewów krajowych elixir i sorbnet oraz jaki musi być współczynnik dla oprocentowania środków zgromadzonych na rachunkach bankowych, aby pokryć koszty realizacji tego zamówienia.* W ocenie Izby po pierwsze wniosek dowodowy nie jest pełny, nie zawiera wskazania specjalności biegłego, który miałby sporządzić opinię, nie zawiera również zestawienia pytań oraz wskazania materiału jaki miałyby być podstawą sporządzenia opinii biegłego albo co oznacza stawka rynkowa. Wniosek o powołanie biegłego nie wskazuje przy założeniu jakich innych współczynników czy wartości miałyby być określony współczynnik dla oprocentowania zgromadzonych na rachunkach bankowych, aby pokryć koszty realizacji zamówienia, a jednocześnie nie odnosi się do danych zaferowanych w ofertach złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie w ocenie Izby wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego został powołany jedynie dla zwłoki, bowiem należy mieć na uwadze, że Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu zaniechania przeprowadzeni procedury z art. 90 ust. 1 ustawy, a zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 jest przedwczesny z uwagi na nieprzeprowadzoną procedurę wyjaśnień elementów ceny oferty, które mają wpływ na jej wysokość, ponadto w zakresie

naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z.n.k. Odwołujący nie wykazał, że działania jakie podejmował uczestnik postępowania odwoławczego w czasie szacowania wartości zamówienia na tym poziomie poczynione zostały przez tego przedsiębiorcę w celu eliminacji Odwołującego z postępowania. W tym miejscu należy również wskazać, że Odwołujący nie podniósł na wykazanie zasadności którego z postawionych w odwołaniu zarzutów wniosk o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

W zakresie podnoszonego naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 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 ze zmianami).

Przewodniczący: