

Sygn. akt: KIO 1297/14

WYROK
z dnia 9 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **23 czerwca 2014 r.** przez wykonawcę **mBank S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Al. Raclawicka 14, 20-850 Lublin**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **mBank S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa**

i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **mBank S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984, poz. 1047 i poz. 1473) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Al. Raclawickie 14 20-950 Lublin wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Usługa kompleksowej obsługi bankowej wraz z udzieleniem kredytu w rachunku bieżącym dla Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **07.02.2014 r.** pod nrem **2014/S 027-043254**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Wykonawca **mBank S.A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, wniósł **23.06.2014 r.** do Prezesa KIO odwołanie na **czynność unieważnienia postępowania**.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** przez przyjęcie, że przetarg jest obarczony wadą **uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego**, czyli wadą polegającą na nieprecyzyjnym i pozostawiającym dowolność interpretacyjną ustaleniu sposobu oceny ofert przez zamawiającego w kryterium pn. „opłata ryczałtowa brutto za obsługę bankową za cały okres obowiązywania umowy”, w tym nie wprowadzeniu do treści ogłoszenia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) zastrzeżenia, że oferowana wartość opłaty nie może być liczbą ujemną.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia przetargu;
- 2) dokonanie badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) przyznanie odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący w toku przetargu – przed upływem terminu składania ofert – złożył ofertę zawierającą cenę ofertową, która – przy uwzględnieniu kryteriów oceny ofert określonych

przez zamawiającego – okazała się ofertą plasującą się na pierwszym miejscu w rankingu ofert złożonych przez wykonawców, biorących udział w przetargu.

Przedmiot przetargu obejmował usługę kompleksowej obsługi bankowej wraz z udzieleniem kredytu w rachunku bieżącym w wysokości 21.000.000,00 zł. Zgodnie z rozdz. XII SIWZ, zamawiający – dokonując opisu sposobu obliczenia ceny oferty – postanowił, że cena ofertowa będzie obejmować trzy komponenty tj.

- 1) opłatę ryczałtową za obsługę bankową,
- 2) współczynnik korygujący stawkę WIBID O/N dla oprocentowania środków na rachunkach PLN objętych zamówieniem i
- 3) oferowaną wysokość marży na WIBOR IM dla oprocentowania kredytu w rachunku bieżącym, z zastrzeżeniem, że (zaoferowane ceny cząstkowe) nie będą podlegały zmianom przez cały okres obowiązywania umowy (pkt 2).

Jednocześnie w rozdz. XIII SIWZ, określone zostały trzy kryteria oceny ofert pierwotnie odpowiadające nazwie wyodrębnionych komponentów, przy czym zamawiający przypisał im poszczególne wagi – odpowiednio 45%, 10% i 45%. Na skutek wprowadzonych zmian w SIWZ, w opisie kryteriów oceny ofert, zamawiający zdecydował ostatecznie, że trzeci z ww. komponentów, a zarazem trzecie kryterium oceny ofert będzie określać „oprocentowanie kredytu w rachunku bieżącym”, z zastrzeżeniem, że „dla celów porównania ofert zamawiający będzie brał pod uwagę oprocentowanie kredytu w rachunku bieżącym liczone w oparciu o stawkę WIBOR IM z dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej tj. z dnia 07.02.2014 r. plus zaoferowana przez Wykonawcę marża wyrażona w punktach procentowych z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. W odpowiedzi na pytania wykonawców, zamawiający wskazał, że kredyt będzie wykorzystywany przez 12 miesięcy w każdym roku obowiązywania umowy (Wyjaśnienia treści SIWZ dot. pytania nr 18 z dnia 24 marca 2014 r.).

Ostatecznie odwołujący złożył ofertę zawierającą następujące ceny cząstkowe:

- 1) – 60,00 zł [minus sześćdziesiąt zł] z tytułu opłaty lub dopłaty ryczałtowej za obsługę bankową za cały okres obowiązywania umowy,
- 2) 0,50 – jako oferowany współczynnik korygujący stawkę WIBID O/N, stosowany przez Wykonawcę do ustalenia oprocentowania środków zgromadzonych przez zamawiającego na wszystkich rachunkach PLN objętych zamówieniem,
- 3) 4,11% – jako oprocentowanie kredytu w rachunku bieżącym, które – przy uwzględnieniu kwoty kredytowania (21.000.000,00 zł) oraz okresu kredytowania – pozwalało określić koszty udzielenia kredytu w kwocie 4.315.500,00 zł z tytułu oprocentowania udzielonego kredytu (przy założeniu pełnego wykorzystania kwoty kredytu w okresie obowiązywania umowy).

Przy uwzględnieniu cen ofertowych pozostałych wykonawców oraz postanowień specyfikacji stwierdzić należy, że oferta odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Znamienne, że cena ofertowa odwołującego nie przekraczała kwoty (4.711.300,00 zł), jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie wykonania zamówienia (kwoty jaką zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert).

12.06.2014 r. zamawiający powiadomił odwołującego o unieważnieniu przetargu na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp**. W uzasadnieniu faktycznym przedmiotowej decyzji, zamawiający wskazał, że ujawnił wadę postępowania, polegającą na nieprecyzyjnym i pozostawiającym dowolność interpretacyjną ustaleniu w SIWZ sposobu oceny ofert. Zdaniem zamawiającego, w kryterium oceny ofert pn. „opłata ryczałtowa brutto za obsługę bankową za cały okres obowiązywania umowy” nie zostało wprowadzone zastrzeżenie, że oferowana wartość opłaty nie może być liczbą ujemną. Ostatecznie, zdaniem zamawiającego, istniejące postanowienie w SIWZ, umożliwiło wykonawcom zaproponowanie ujemnej wartości opłaty. Okoliczność ta nie została przez zamawiającego uwzględniona przy określeniu wzoru obliczania punktów oferty. W ocenie zamawiającego, ustalone w SIWZ kryteria oceny ofert nie pozwalają na wybór oferty najkorzystniejszej. Dodatkowo w uzasadnieniu prawnym przedmiotowej decyzji zamawiający uznał, że ujawniona wada postępowania

- 1) jest wynikiem naruszenia przepisów Ustawy przez zamawiającego, a mianowicie:
- 2) ma charakter nieusuwalny,
- 3) naruszenie przepisów Ustawy powoduje niemożność zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem zamawiającego, z uwagi na fakt, że wada postępowania dotyczy opisu kryteriów oceny ofert, będzie miała niewątpliwie wpływ na wynik postępowania. W ocenie zamawiającego nieprecyzyjne określenie postanowień SIWZ pozostaje także w sprzeczności z przepisem art. 29 ust. 1 Pzp, nakładającym obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ostatecznie zamawiający przyznał, że opisując kryteria oceny ofert w SIWZ, naruszył zasadę uczciwej konkurencji, co w efekcie wpływa na wynik postępowania i nie pozwala na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego niepodlegającej unieważnieniu.

Tymczasem z treści SIWZ nie wynika, aby zamawiający błędnie określił kryteria oceny ofert lub nie dość jasno sprecyzował opis sposobu obliczania ceny. Zamawiający na skutek zapytań wykonawców – identyfikował ryzyko złożenia ofert zawierających marżę równą zero lub marżę ujemną. W konsekwencji w tym zakresie wprowadził zabezpieczenie w

określonym wzorze na wyliczenie liczby punktów przyznanych w ramach tego kryterium w przypadku podania przez wykonawców marży równej zero. Zamawiający nie wprowadził natomiast takiego zastrzeżenia w zakresie opłaty ryczałtowej, chociaż mógł to uczynić analogicznie jak w przypadku wysokości marży.

W ocenie odwołującego – wbrew twierdzeniom zamawiającego – kryteria oceny ofert jak i sposób obliczenia ceny zostały określone w SIWZ wyjątkowo precyzyjnie i nie pozostawiały jakiegokolwiek pola do odmiennej interpretacji. Każdy z wykonawców, biorących udział w przetargu, mógł zaoferować ujemną cenę z tytułu opłaty ryczałtowej za obsługę bankową, chociaż ostatecznie uczynił to tylko odwołujący. W tym miejscu podkreślenia wymaga fakt, że aktualnie – w wyniku zaostrzenia konkurencji – stosowane w branży bankowej „dopłaty” do prowadzenia rachunku bankowego stały się już zjawiskiem powszechnym. W konsekwencji trudno zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że określone przez niego kryteria oceny ofert lub sposób obliczenia ceny naruszały zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 Pzp).

Jedynie na marginesie odwołujący zaznacza, że twierdzenia zamawiającego w zakresie naruszenia przez niego przepisu art. 29 ust. 1 Pzp (opis przedmiotu zamówienia) oraz przywołane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej są bezpodstawne, w tym pozbawione uzasadnienia faktycznego. Uwzględniając natomiast moment, unieważnienia przetargu, (unieważnienia dokonano przed oceną ofert oraz wyborem najkorzystniejszej oferty), uzasadnienie prawne, przedstawione w zawiadomieniu o unieważnieniu, odnoszące się do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, jest nieadekwatne albowiem przepis ten dotyczy etapu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zwraca szczególną uwagę na fakt, że unieważnienie postępowania traktowane jest jako instytucja wyjątkowa. W konsekwencji ustawodawca określił katalog zamknięty (numerus clausus) przesłanek umożliwiających unieważnienie postępowania, jak i przyznał kompetencję do unieważnienia postępowania wyłącznie zamawiającemu. Taki sposób uregulowania tej instytucji jest wyrazem dbałości ustawodawcy o trwałość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdza to również obowiązująca wykładnia, że unieważnienie może być stosowane wyłącznie w przypadkach oczywistych, niepoddających w wątpliwość ziszczenia się przesłanek ustawowych. Wyjątek od zasady trwałości postępowania nie może przyjmować interpretacji rozszerzającej.

W ocenie odwołującego – w zakresie przygotowania SIWZ – nie doszło do naruszenia przez zamawiającego jakiegokolwiek przepisu Ustawy, a tym bardziej do naruszenia przepisu, które miało wpływ na wynik postępowania i powodowało, że zawarta – w wyniku przeprowadzenia przetargu – umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **23.06.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **23.06.2014 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

27.06.2014 r. wykonawca **Polska Kasa Opieki SA Lubelskie Centrum Korporacyjne, ul. Lubomelska 1-3, 2-0-072 Lublin** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp), jednak przystępujący nie wykazał posiadania interesu w rozpoznaniu odwołania na korzyść strony, do której zamierzał przystąpić.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp** – przez przyjęcie, że przetarg jest obarczony wadą **uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego**, czyli wadą polegającą na nieprecyzyjnym i pozostawiającym dowolność interpretacyjną ustaleniu sposobu oceny ofert przez zamawiającego w kryterium pn. „opłata ryczałtowa brutto za obsługę bankową za cały okres obowiązywania umowy”, w tym niewprowadzeniu do treści ogłoszenia lub specyfikacji

zastrzeżenia, że oferowana wartość opłaty nie może być liczbą ujemną – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił 3 kryteria oceny ofert i przypisał tym kryteriom znaczenie przy wyborze oferty:

- 1) opłata ryczałtowa za obsługę bankową za cały okres obowiązywania umowy, waga 45%;
- 2) oprocentowanie kredytu w rachunku bieżącym, waga 45%;
- 3) współczynnik korygujący stawkę WIBID O/N stosowany przez wykonawcę do ustalenia oprocentowania środków zgromadzonych przez zamawiającego na wszystkich rachunkach PLN objętych zamówieniem, waga 10%.

Do wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający ustanowił wzory powszechnie stosowane przez zamawiających:

$P1 \text{ i } P3 = (C \text{ min} / C \text{ oferty badanej}) \times 100 \times 45\%$, gdzie zamawiający premiował najniższą wartość oferty i

$P2 = (W \text{ oferty badanej} / W \text{ max}) \times 100 \times 10\%$, gdzie zamawiający premiował najwyższą wartość oferty.

Jednocześnie zamawiający zastrzegł, że cyt. »W przypadku, gdy opłata ryczałtowa, współczynnik korygujący stawkę WIBID O/N najwyższy spośród wszystkich złożonych ofert lub marża w badanej ofercie będzie wynosiła 0,00, to do celów obliczeniowych zostanie przyjęta wartość 0,01«. Jednak zamawiający nie przewidział w specyfikacji możliwości zaoferowania opłaty ryczałtowej za obsługę bankową za cały okres obowiązywania umowy wynoszący 5 lat o wartości ujemnej. Okoliczność ta również nie była brana pod uwagę przy określaniu wzoru do obliczenia punktacji podczas oceny ofert. Istota braku przewidzenia takiej okoliczności ujawniła się w rozpoznawanym postępowaniu po otwarciu ofert, gdy jedna z ofert opiewała w czynniku pierwszym na wartość ujemną, czyli nie na pobieranie ceny od zamawiającego za świadczenie usługi przez wykonawcę, ale wykonawca oferował dopłatę w wysokości 60 zł („cena” minus 60 zł). Inni wykonawcy oferowali wartość 72 zł i w dwóch przypadkach zerowe wartości, także na okres 5 lat obowiązywania umowy.

Brak przewidzenia wartości ujemnej zamawiający również wykazał w rozdz. XII ust. 1 specyfikacji, że cyt. »Pojęcie „cena” rozumiane jest zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. 907) oraz art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.)« [pisownia oryginalna]. W związku z tym postanowieniem specyfikacji wykonawcy powinni rozumieć, że zamawiający pod pojęciem cena rozumie i będzie wymagał od wykonawców rozumienia tego pojęcia zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, który to przepis brzmi »Użyte w ustawie określenia oznaczają [...] cena – **wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy**

za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym».

Odwołujący powołał się na obecnie stosowane dopłaty do pewnych transakcji bankowych. Jednak nie noszą nazwy ceny, a np. „premia”. Odwołujący nie wykazał, że niektóre banki ustanawiają cenę ujemną na niektóre swoje usługi, mimo takiego stwierdzenia podczas rozprawy. Zamawiający powinien przewidzieć w specyfikacji możliwie najszerszy zakres możliwości propozycji ofertowych, które mogą pojawić się na rynku. Jedną z takich możliwości to premie czy dopłaty stosowane dla swoich klientów przez banki.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że zaoferowanie przez odwołującego, w ostatecznym efekcie, ceny mniejszej od zera nie może być karane przez zamawiającego odrzuceniem oferty, skoro oferta została sporządzona prawidłowo i nie naruszała żadnych postanowień specyfikacji. Jednak przyjęcie takiej oferty spowodowałoby to, że inne oferty, również sporządzone prawidłowo otrzymałyby ujemne punkty, w trakcie oceny ofert, co nie było przewidziane w specyfikacji, czyli wykonawcy byłiby niejako karani za prawidłowo wniesione oferty opiewające na właściwie zaoferowane wartości. Skład orzekający Izby podkreśla, że wykonawca składając ofertę sporządzoną zgodnie z wymogami specyfikacji nie może być narażony na negatywne konsekwencje braku przewidzenia przez zamawiającego w specyfikacji jakiejś sytuacji, którymi to brakami były w rozpoznawanym postępowaniu braki przewidzenia możliwości złożenia przez jednego z wykonawców oferty z ceną niższą od zera.

Również skład orzekający Izby stwierdza, że po upływie terminu składania ofert nie jest możliwe zmienienie specyfikacji, co wynika z art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi: »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Dlatego zamawiający napotykać się na tak poważną wadę specyfikacji musi unieważnić postępowanie, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przepis ten brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego«.

Ponadto zamawiający może udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Wynika to z art. 7 ust. 3 Pzp, który brzmi »Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy«. Dokonanie prawidłowej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie wadliwego zestawu kryteriów oceny ofert zawartego w specyfikacji jest niemożliwe i odbyłoby się z naruszeniem zasady zamówień publicznych wyrażonej w zacytowanym wyżej art. 7 ust. 3 Pzp.

O faktycznej i niepodlegającej możliwości wyrugowania wadzie specyfikacji (braku przewidzenia możliwości składania ofert z wartościami ujemnymi) zamawiający uświadomił sobie, gdy wstępnie analizował oferty złożone w postępowaniu. W związku z tym zamawiający unieważnił postępowanie po upływie terminów składania i otwarcia ofert. Zdaniem składu orzekającego Izby dokonał właściwie unieważnienia postępowania, bo doprowadzenie do wyboru oferty i zawarcia umowy byłoby sprzeczne z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu odwołującego.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....