

Sygn. akt KIO/UZP 888/09

WYROK
z dnia 24 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Małgorzata Stręciwiłk
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie w dniu **23 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bank BPH S. A., Al. Pokoju 1, 31-548 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Krajowy Fundusz Kapitałowy S. A., ul. Krucza 16/22, 00-526 Warszawa** protestu z dnia **19 czerwca 2009 r.**

~~przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX – po stronie zamawiającego*.~~

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Bank BPH S. A. , Al. Pokoju 1, 31-548 Kraków
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Bank BPH S.A., Al. Pokoju 1, 31-548 Kraków,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Bank BPH S. A., Al. Pokoju 1, 31-548 Kraków** na rzecz **Krajowy Fundusz Kapitałowy S. A., ul. Krucza 16/22, 00-526 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Bank BPH S. A. , Al. Pokoju 1, 31-548 Kraków.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „Świadczenie usług powierniczych polegających w szczególności na otwarciu i prowadzeniu oprocentowanego rachunku powierniczego służącego do obsługi projektu „Wspieranie funduszy kapitału podwyższonego ryzyka w ramach działania 3.2 osi priorytetowej 3. „Kapitał dla innowacji” Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 - 2013”, zostało wszczęte przez Krajowy Fundusz Kapitałowy S. A., ul. Krucza 16/22, 00-526 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 130246-2009 z dnia 30.04.2009 r.

W dniu 16.06.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty Banku Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie oraz o odrzuceniu m.in. oferty Banku BPH S.A., Al. Pokoju 1, 31-548 Kraków; adres do korespondencji: Bank BPH S.A., Departament Dużych Firm, ul. Towarowa 25a, 00-958 Warszawa zwany dalej: „Bankiem BPH S.A.” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”. Zamawiający wyjaśnił, że oferta Wykonawcy Banku BPH SA została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 2 w związku z art. 144 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp”. Wskazał, że zaproponowana przez

Wykonawcę cena -100 PLN, traktowana przez Wykonawcę jako bonus/premia (zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 15.06.2009 r.) wymagałaby zmiany umowy rachunku powierniczego, która miałaby być zawarta w niniejszym postępowaniu stanowiącej załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w zakresie nie przewidzianym w SIWZ i samej umowie, bowiem umowa rachunku nie przewiduje świadczeń pieniężnych ze strony Wykonawcy na rzecz Zamawiającego innych niż odsetki, a co za tym idzie umowa ta wymagałaby wprowadzenia do niej zapisów dotyczących:

- a) podstawy wpłaty przez Wykonawcę jako osobę trzecią zaproponowanej premii na rachunek powierniczy; bowiem zgodnie z umową i SIWZ tylko Ministerstwo Gospodarki może dokonywać wpłat na przedmiotowy rachunek powierniczy,
- b) podstawy i sposobu dysponowania przez Zamawiającego premią zdeponowaną na tym rachunku.

W dniu 19.06.2009 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie art. 180 ust. 1, 2 i 8 Pzp Bank BPH S.A. złożył protest dotyczący czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty. Uznał zarzuty stanowiące podstawę odrzucenia oferty za nietrafne, a odrzucenie oferty jako naruszające art. 89 ust.1 pkt 1 i pkt 2 oraz art. 91 ust.1 i 2 Pzp.

Wnosił w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp o unieważnienie przedmiotowego postępowania, bowiem obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Protestujący wskazał w ramach uzasadnienia, że motywy odrzucenia oferty są niezasadne z następujących względów.

Po pierwsze, bonus 100 zł jest elementem ceny uwzględnionym w kalkulacji ceny według wzoru wskazanego w SIWZ. Bonus ten nie jest niczym nadzwyczajnym, a powszechnie stosowanym przez banki celem pozyskania klienta. Bank w pismach składanych w trakcie postępowania wyjaśnił, że tego rodzaju kalkulacja ceny jest dla Banku w efekcie, ekonomicznie opłacalna.

Po drugie, przyjęcie tego rodzaju bonusu nie wymaga, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zmiany przyjętego w SIWZ wzoru umowy rachunku, a jedynie uzupełnienie w § 13 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy poprzez dodanie zdania: *„Bank zapłaci Powiernikowi kwotę 100,00 zł na Rachunek z tytułu premii za otwarcie rachunku”*. Są to więc zmiany wynikające z przyjęcia określonej ceny zaproponowanej w ofercie, korzystne dla Zamawiającego i nie wykraczają w żadnym razie poza zapisy SIWZ, ani nie są z tymi zapisami sprzeczne.

Po trzecie, nie sposób podzielić poglądu, iż przeszkodą w zapłacie bonusu na rachunek powierniczy jest okoliczność, że tylko Minister Gospodarki może takich wpłat dokonywać. Zapłata bonusu jest *stricto* związana z prowadzonym rachunkiem i jest to bonus od banku prowadzącego ten rachunek, a nie od osoby trzeciej. Zatem w danych

okolicznościach wpłata bonusu na rachunek powierniczy jest zgodna z umowa i SIWZ.

Po czwarte, z chwilą przekazania bonusu na rachunek powierniczy podlega on dysponowaniu zgodnie z zasadami dysponowania rachunkiem. Bank proponował, aby to Zamawiający wybrał formę przekazania bonusu według swego uznania.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 25.06.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie, uznając za spełnione przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 144 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, a tym samym Zamawiający, w jego ocenie, nie naruszył art. 91 ust 1 Pzp. Podniósł, że jego zdaniem, Protestujący nie wskazał na czym miałyby polegać naruszenie przez niego przywołanych w proteście przepisów. Ponadto, ponowił argumentację z zawiadomienia o odrzuceniu oferty Protestującego podkreślając, że na przedmiotowy rachunek powierniczy wpływają wyłącznie środki pieniężne należne Powiernikowi (KFK) z tytułu umowy o dofinansowanie, a więc umowy którą Powiernik (KFK) zawarł z Powierzającym (Ministrem Gospodarki).

W dniu 30.06.2009 r. (data nadania u publicznego operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzut niezasadności odrzucenia jego oferty. Wnosząc o:

1. unieważnienie czynności dokonania odrzucenia oferty Odwołującego i uznania, iż jego oferta jest ważna;
2. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. ponowne porównanie ofert złożonych w toku postępowania z uwzględnieniem oferty Odwołującego i uznanie jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający ogłosił przetarg na świadczenie usług powierniczych polegających w szczególności na otwarciu i prowadzeniu oprocentowanego rachunku powierniczego w rozumieniu art. 58 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo Bankowe (t.j. Dz. U. z 2002 r., nr 72, poz. 665 z późn.) zwanej dalej: „*Prawem Bankowym*”. W dniu 8.06.2009 r. złożył on swoją ofertę, w której zaproponował opłatę za otwarcie rachunku w kwocie - 100 zł (minus 100 zł). Opłata ta jest częścią składową ceny opisanej w pkt 9.3 SIWZ i stanowiła ona wyłączne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty (pkt 9.1 SIWZ). Całkowita cena za usługę prowadzenia rachunku po przeliczeniu zgodnie z kalkulacją (pkt 9.3 SIWZ) wyniosła - 100 zł (minus 100 zł). Podniósł, że ponieważ jest to umowa rachunku powierniczego z kalkulacji ceny wynikało, iż *de facto* nastąpi uznanie rachunku prowadzonego na rzecz Zamawiającego kwotą 100 zł. Odwołujący, jak wskazał, w dokumencie stanowiącym tajemnice przedsiębiorstwa (załącznik do Formularza cenowego) - wyjaśnił, iż w przypadku uznania jego oferty nastąpi uznanie rachunku powierniczego przez Bank jednorazową kwotą 100 zł ostatniego dnia miesiąca, w którym

rachunek zostanie otwarty. Był to techniczny opis rozwiązania problemu rozliczenia kwoty - 100 zł (minus 100 zł). Niewątpliwie oferta Odwołującego, w jego ocenie, w przypadku nieodrzućenia jej przez Zamawiającego, byłaby najkorzystniejsza w ogłoszonym przetargu, gdyż całkowite ceny oferowane przez konkurentów zawierały się w przedziale od - 1 (minus jeden) do 990 (dziewięćset dziewięćdziesiąt) zł. Ponieważ Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego oraz Banku PEKAO S.A., za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę złożoną przez Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie, który zaproponował całkowitą cenę w wysokości 0 (zero) zł. Po przedłożeniu oferty, Zamawiający zwrócił się do Odwołującego, o wskazania sposobu i tytułu wpłaty kwoty minus 100 zł, zasad jej otrzymania, dysponowania i wypłaty oraz o wskazania tytułu prawnego do kwoty - 100 zł. W wyjaśnieniach z dnia 15.06.2009 r. Odwołujący wyjaśnił, iż będzie to forma uznania rachunku w formie bonusu/premii (określenie potoczne użyte w celu lepszego zrozumienia koncepcji oferty Banku) oraz iż kwota - 100 zł (minus 100 zł) spełnia wymogi ceny w rozumieniu Pzp. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że podniósł, iż cena w wysokości - 100 zł (minus sto złotych) może być traktowana jako „*inny przychód zamawiającego*” na podstawie art. 6 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 4 marca 2005 r. o Krajowym Funduszu Kapitałowym (Dz. U. z 2005 r. Nr 57, poz. 491 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Ustawą o Krajowym Funduszu Kapitałowym*”, tak więc takie świadczenie jest dopuszczalne przez prawo i może być przez Zamawiającego przyjęte.

Odwołujący stwierdził, że uznaje argumenty Zamawiającego jako całkowicie bezzasadne i pozbawione podstaw w przepisach prawa. Podniósł, że jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była cena. Odwołujący zgłosił w formie formularza cenowego swoją ofertę wyliczając cenę zgodnie z wzorem przedstawionym przez Zamawiającego. W przetargu przy wyborze Zamawiający kierował się wyłącznie kryterium ceny (pkt 9.1. SIWZ). Zgodnie zaś z art. 2 ust. 1 Pzp: „*Ilekcroć w ustawie jest mowa o cenie - należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.)*”. We wskazanej ustawie ustawodawca wprowadził, w ocenie Odwołującego, następującą definicję ceny, jako wartości wyrażonej 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 (art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach zwanej dalej: „*ustawą o cenach*”). Zgodnie z art. 2 ustawy o cenach, strony mogą ustalać ceny dowolnie. Jedyne ograniczenie w sprawie jej ustalania zawiera art. 2 ust. 2, który ograniczenia swobodę uzgadniania cen w przypadkach przewidzianych jedynie w art. 4, 5 i 8 niniejszej ustawy. Z żadnym z takich przypadków nie mamy doczynienia w niniejszej sprawie. Odwołujący wskazał, że niniejszy pogląd jest wyrażony

m.in. przez Mariusza Chudzik - komentarz, LEX/el. 2003 Komentarz do ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach: „Zasada stanowiąca fundament omawianej ustawy - zasada swobody ustalania ceny została wyrażona w przepisie art. 2 komentowanej ustawy. Zgodnie z tym przepisem ceny towarów i usług uzgadniają strony zawierające umowę. Ograniczenia tej zasady, w zakresie objętym działaniem ustawy, mogą być wprowadzone jedynie na podstawie przepisów omawianej ustawy, a mianowicie przepisów art. 4, 5, 8”.

W ocenie Odwołującego, nie podlega wątpliwości, iż zaproponował cenę najniższą, ze wszystkich uczestników przetargu oraz, iż cena zaproponowana spełnia wymagania określone w Pzp.

Bez znaczenia dla postępowania miały więc inne okoliczności na podstawie których Zamawiający odrzucił ofertę, gdyż zaproponowana cena nie wymagała zmiany postanowień umowy, SIWZ, ani też żadnych powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Nie zgodził się również z argumentem, iż wyrażona cena nie miała by podstawy prawnej i konieczne jest je usankcjonowanie w umowie. Należność zaoferowana jest jednorazową opłatą za otwarcie rachunku i ma swoje oparcie w § 13 ust. 1 pkt. 1 umowy rachunku, tak więc jest usankcjonowana przez umowę oraz nie narusza w żadnym przypadku postanowień SIWZ. Oferowana cena w wysokości minus 100 zł., z uwagi na korzyści ekonomiczne z tytułu posiadania znacznej lokaty terminowej, nie jest rażąco niska i ma swoje uzasadnienie w rachunku ekonomicznym.

Zamawiający dysponuje, w ocenie Odwołującego, dodatkowymi przychodami w sposób uregulowany w ustawie o Krajowym Funduszu Kapitałowym. Tak więc takie świadczenie w kwocie minus 100 zł, które wynika z przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania przetargowego jest dopuszczalne przez prawo i może być przez niego przyjęte.

Opłata z tytułu prowadzenia rachunku jest uwzględniona w umowie, fundusz może swobodnie nią dysponować i nie jest ona świadczeniem nienależnym w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego.

Dodatkowym argumentem za uznaniem zasadności niniejszego odwołania jest fakt, iż Zamawiający dopuszcza uregulowanie niektórych kwestii związanych z umową w regulaminie właściwym dla Banku. Zgodnie z wzorem umowy strony ustalają (§ 2 ust. 4 umowy), że w kwestiach uregulowanych w regulaminie w sposób odmienny niż ten, w jaki kwestie te zostały uregulowane w umowie - pierwszeństwo mają zapisy umowy oraz, iż w kwestiach nieuregulowanych w niniejszej umowie, zastosowanie mają przepisy regulaminu. Tak więc można było doprecyzować sposób przekazania kwoty 100 zł w sposób odmienny niż proponował Odwołujący jednocześnie wybierając ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą.

Wobec powyższego, wbrew twierdzeniom Zamawiającego podana przez oferenta cena nie wymaga zmiany umowy oraz nie można uznać, iż brakowało dla niej tytułu prawnego do dysponowania nią przez Zamawiającego.

Kopie treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni).

W toku tak postępowania protestacyjnego, jak i odwoławczego nie miały miejsca żadne przystąpienia innych uczestników postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

W dniu 16.07.2009 r. (wpływ bezpośredni) do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie. Wnosząc o oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność podniesionych w nim zarzutów. Zamawiający w ramach uwag ogólnych podniósł, że nieprawdą jest stwierdzenie Odwołującego, że Zamawiający ogłosił przetarg na świadczenie usług powierniczych polegających w szczególności na otwarciu i prowadzeniu oprocentowanego rachunku powierniczego w rozumieniu art. 58 Prawa Bankowego. Niniejszy artykuł stanowi bowiem, że: *„Małoletni posiadacz rachunku oszczędnościowego, rachunku oszczędnościowo-rozliczeniowego lub rachunku terminowej lokaty oszczędnościowej może po ukończeniu trzynastu lat swobodnie dysponować środkami pieniężnymi zgromadzonymi na tych rachunkach, o ile nie sprzeciwi się temu na piśmie jego przedstawiciel ustawowy.”* Zamawiający ogłosił przetarg precyzując w opisie przedmiotu zamówienia, że usługa polega: *„w szczególności na otwarciu i prowadzeniu oprocentowanego rachunku powierniczego w rozumieniu art. 59 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72 poz. 665 z późn. zm.).”*

Ponadto, Odwołujący złożył ofertę poprzedzoną prowadzonymi z Zamawiającym negocjacjami, w której określił opłatę za otwarcie rachunku powierniczego na kwotę -100,00 zł. (słownie: minus sto złotych). Opłata za otwarcie rachunku była częścią składową ceny za wykonanie zamówienia określonej w ofercie przez Odwołującego w wysokości -100,00 zł. (słownie: minus sto złotych). Zamawiający zwrócił się do Odwołującego pismem o wskazanie sposobu i tytułu wpłaty kwoty -100,00 zł. podanej w ofercie, zasad jej otrzymania, dysponowania i wypłaty przez Zamawiającego oraz wskazania tytułu prawnego do kwoty -100,00 zł. dla Zamawiającego. W odpowiedzi Odwołujący podał, że będzie to forma uznania rachunku w formie bonusu/premii ostatniego dnia miesiąca, w którym rachunek zostanie otwarty, ponadto ma ona charakter jednorazowy i nie podlega zwrotowi, od wypłaconej przez odwołującego kwoty na rachunek powierniczy Zamawiającego będą naliczane odsetki od osadów pieniężnych podobnie jak dla reszty środków zgromadzonych na tym rachunku.

Zamawiający dodatkowo podkreślił, iż Odwołujący w proteście wystąpił z żądaniem: *„Wnosimy, zatem w oparciu o art. 93 ust 1 pkt 7) o unieważnienie przedmiotowego*

postępowania, bowiem obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego".

Zakres żądań wskazanych w odwołaniu nie tylko nie pokrywa się z żądaniem wskazanym w proteście, ale wręcz je neguje, wskazując wprost na właściwe rozpatrzenie protestu przez Zamawiającego.

Zamawiający w ramach zarzut braku konieczności zmiany umowy rachunku powierniczego wskazał, co następuje. Na podstawie art. 59 Prawa Bankowego na rachunku powierniczym mogą być gromadzone wyłącznie środki pieniężne powierzone posiadaczowi rachunku (tu KFK) na podstawie odrębnej umowy przez osobę trzecią (tu Ministerstwo Gospodarki na podstawie umowy z dnia 26.03.2006 r. dot. projektu pod nazwą „Wspieranie funduszy kapitału podwyższonego ryzyka" realizowanego w ramach działania 3.2 osi priorytetowej 3. „Kapitał dla innowacji" Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013"). Zgodnie zaś z art. 59 ust. 3 Prawa Bankowego umowa rachunku powierniczego określa warunki, jakie powinny być spełnione, aby środki pieniężne osób trzecich (tu MG) wpłacone na rachunek mogły być wypłacone posiadaczowi rachunku lub aby jego dyspozycje w zakresie wykorzystania tych środków mogły być zrealizowane. Podmiotem, który ma prawo do gromadzenia środków na rachunku powierniczym, który jest przedmiotem niniejszego postępowania w sprawie zamówienia publicznego jest wyłącznie Ministerstwo Gospodarki, a tym samym deponowanie wszelkich innych środków pochodzących od podmiotów trzecich na tym rachunku jest niedopuszczalne w świetle Prawa Bankowego, SIWZ, Umowy Rachunku Powierniczego oraz Pzp.

Według stanowiska Odwołującego przyjęcie tego rodzaju świadczenia (ceny -100 zł) nie wymaga od Zamawiającego zmiany SIWZ oraz przyjętego wzoru umowy, co stoi w sprzeczności z pkt 2 uzasadnienia protestu: *„2/Przyjęcie tego rodzaju bonusu nie wymaga - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - zmiany przyjętego w SIWZ wzoru umowy rachunku, a jedynie uzupełnienia w par. 13 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy poprzez dodanie zdania: Bank zapłaci Powiernikowi kwotę 100,00 zł na Rachunek z tytułu premii za otwarcie rachunku. (...)"*. Oczywistym jest, iż każde uzupełnienie umowy, w ocenie Zamawiającego, oznacza jej zmianę.

Ponadto, wskazane stanowisko Odwołującego jest błędne, z następujących względów. W przyjętym wzorze Umowy Rachunku Powierniczego, który jest integralną częścią SIWZ, strony przewidziały jedynie możliwość pobierania przez bank opłat i prowizji za czynności i usługi związane z realizacją postanowień Umowy Rachunku Powierniczego. Nie przewidziały natomiast pobierania opłat przez Zamawiającego. Tym samym wszelkie płatności banku na rzecz Zamawiającego musiałyby być uregulowane w Umowie Rachunku Powierniczego, gdyż tego typu świadczeń Umowa Rachunku Powierniczego w ogóle nie

przewiduje. Jeżeli Zamawiający wybrałby ofertę Odwołującego to następujące postanowienia Umowy Rachunku Powierniczego musiałyby zostać zmienione:

Po pierwsze, § 1 ust. 3 w zakresie określenia powierzającego - instytucji z której środków zostanie zasilony rachunek. Zgodnie z Umową Rachunku Powierniczego na rachunek powierniczy przekazywane są wyłącznie środki z tytułu realizacji umowy zawartej pomiędzy Ministrem Gospodarki a Krajowym Funduszem Kapitałowym, o czym precyzyjnie stwierdza postanowienie § 1 ust. 3 Umowy Rachunku Powierniczego: „*Na Rachunku będą gromadzone wyłącznie środki pieniężne powierzone Powiernikowi przez Powierzającego w związku z zawartą Umową o dofinansowanie*”.

Po drugie, § 5 ust. 1 w zakresie źródła pochodzenia środków na rachunku. Zgodnie bowiem z wskazanym paragrafem: „*Na Rachunek będą wpływały wyłącznie środki pieniężne należne Powiernikowi z tytułu Umowy o dofinansowanie*”. Nie istnieje zatem możliwość gromadzenia na przedmiotowym rachunku jakichkolwiek innych środków finansowych, nawet jeżeli jest to 100 zł.

Po trzecie, § 6 w zakresie procedury uwalniania środków z rachunku poprzez dopuszczenie wypłaty środków pochodzących od Odwołującego. Bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego, że z chwilą przekazania bonusu na rachunek powierniczy podlega on dysponowaniu zgodnie z zasadami dysponowania rachunkiem, bowiem procedura dysponowania środkami jest określona w Umowie Rachunku Powierniczego w § 6 i nie przewiduje ona dysponowania kwotami pochodzącymi od Odwołującego ani innych podmiotów. Tym samym bezprawne jest również twierdzenie Odwołującego, że „*bank proponował Zamawiającemu aby wybrał formę przekazania bonusu według swego uznania*”, gdyż formy przekazania środków finansowych, zasad ich przechowywania i dysponowania nimi ściśle i precyzyjnie określa Umowa Rachunku Powierniczego i Zamawiający nie ma prawa niczego innego wskazywać.

Nawet jeżeli cena ujemna byłaby dopuszczalna w Pzp i Odwołujący zamierzał złożyć ofertę z ceną ujemną powinien był zaproponować stosowne zmiany do Umowy Rachunku Powierniczego na etapie negocjacji warunków umowy zgodnie z trybem negocjacji z ogłoszeniem.

Argumentacja Odwołującego, w ocenie Zamawiającego, nie znajduje uzasadnienia ani w przepisach prawa, ani w orzecznictwie, ani w doktrynie, co wydaje się potwierdzać sam Odwołujący nie podając żadnych merytorycznych argumentów świadczących za słusnością swoich zarzutów. Z oczywistych względów jest to niewykonalne, gdyż ani Umowa Rachunku Powierniczego, ani SIWZ ani Pzp, nie uprawniają do wprowadzania zmian z przyjętym przez strony wzorze umowy.

Za przedstawionym powyżej stanowiskiem przemawia orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 27.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1105/08: „*Sprzeczność*”

treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów, mających wpływ na kształt przyszłej umowy, tj. zakresu przedmiotowego i podmiotowego zobowiązania, przedmiotu świadczonej usługi, warunków płatności, terminów realizacji usługi, wynagrodzenia oraz innych istotnych składników przyszłej umowy pomiędzy stronami, ujętych w istotnych postanowieniach umowy mającej wiązać strony."

Z uwagi na powyższe, wszelkie próby argumentacji ze strony Odwołującego, że cena podana w ofercie w wysokości -100,00 zł. nie wymagałaby zmiany umowy, są w ocenie Zamawiającego, bezpodstawne.

Ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów Odwołującego, Zamawiający wskazuje co następuje:

Odwołujący pisze, że kwota określona jako bonus, jest jedynie elementem ceny. Nie zmienia to faktu, że cena podana przez Odwołującego za wykonanie całości zamówienia również wynosi -100,00 zł. (minus sto złotych). Stanowisko Odwołującego, że przedstawiona cena nie jest niczym nadzwyczajnym, a powszechnie stosowaną przez banki praktyką, a ponadto jest opłacalna dla Odwołującego, jest w przypadku niniejszego postępowania bezprzedmiotowe, gdyż specyfika rachunku powierniczego zdecydowanie różni się od rachunku bieżącego (rozliczeniowego/zwykłego), co czyni cenę przedstawioną przez Odwołującego niedopuszczalną w świetle przedmiotowego postępowania.

Zamawiający uznał argumentacji Odwołującego dotyczącej ceny ze stronie 6 odwołania za bezprzedmiotową i nie mającą znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Zwraca przy czym uwagę, że Odwołującym, że cena to wartość, którą kupujący jest obowiązany zapłacić za towar lub usługę, a nie odwrotnie oraz ewentualne opłaty za otwarcie rachunku powierniczego mogą być uiszczane przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy, a nie według konstrukcji, w której Wykonawca płaci za usługę na rzecz Zamawiającego, pomimo że odbiorcą usługi jest Zamawiający.

Wskazany przez Odwołującego argument dotyczący zastosowania przepisów regulaminu banku, jest również bez znaczenia dla sprawy bowiem, w ocenie Zamawiającego, niezależnie od jego zapisów, umowa rachunku powierniczego w sposób bardzo szczegółowy i precyzyjny określiła zasady jego funkcjonowania, w tym zasady wpłaty, wypłaty i źródeł z których środki finansowe zostaną przekazane na rachunek powierniczy.

Reasumując Zamawiający podkreślił, że negocjacje z ogłoszeniem dawały wykonawcom możliwość negocjacji warunków umowy, wobec powyższego jeżeli Odwołujący, przewidywał możliwość zgłoszenia ceny minusowej miał możliwość zaproponowania takich modyfikacji wzorca umowy, które dałoby mu uprawnienie do złożenia oferty z ceną minusową.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, w tym wzoru umowy, protokołem z negocjacji z dnia 27.05.2009 r. (protokół nr 3/2009), wyjaśnieniami Zamawiającego do SIWZ z dnia 05.06.2009 r., treścią oferty Odwołującego, wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 15.06.2009 r., przedłożonym na rozprawie przez Odwołującego wyciągiem uzasadnienia projektu ustawy o Krajowym Funduszu Kapitałowym, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), podczas gdy cenowo, zgodnie z wzorem matematycznym na obliczenie ceny - pkt 9.2 SIWZ, była najniższa, miał interes prawny w złożeniu tak protestu, jak i odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania, w następstwie potwierdzenia się podnoszonych w odwołaniu zarzutów i unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że przesłanki odrzucenia przewidziane w tym przepisie w ogóle nie wystąpiły, Izba uznała za niezasadny. Jednocześnie, Izba uznała, że brak było podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp, przy czym z uwagi na potwierdzenie się zasadności odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, uznała że naruszenie art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp przez Zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania (art. 191 ust. 1a Pzp).

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w pkt 3. Opis przedmiotu zamówienia określił, że: „3.1. Świadczenie usług powierniczych polegających w szczególności na otwarciu i prowadzeniu oprocentowanego rachunku powierniczego w rozumieniu art. 59 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72 poz. 665 z późn. zm.) i dokonywania przez Wykonawcę płatności z rachunku powierniczego powiernika (KFK), po akceptacji powierzającego (Minister Gospodarki). Rachunek służyć będzie do obsługi projektu pod nazwą „Wspieranie funduszy kapitału podwyższonego ryzyka” realizowanego w ramach działania 3.2 osi priorytetowej 3. „Kapitał dla innowacji” Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 - 2013”. 3.2. Na rachunek powierniczy będą przekazane środki finansowe w maksymalnej wysokości (...). Powierzający (Minister Gospodarki) będzie przekazywał środki finansowe na rachunek powierniczy w transzach. 3.3. (...). Zamawiający zobowiązany będzie do pokrycia opłat za otwarcie i prowadzenie rachunku powierniczego, opłat za dokonywanie wypłat środków pieniężnych z tego rachunku. 3.4. Oprocentowanie rachunku: zmienna stopa procentowa, ustalana w oparciu o stawkę WIBID 1M wraz ze współczynnikiem korygującym, odrębnie dla każdego miesiąca”. Ponadto, zgodnie z pkt 6. Opis sposobu przygotowania ofert Zamawiający wskazał, że: „6.2. Oferta powinna zostać przygotowana zgodnie z wymogami zawartymi w niniejszej SIWZ (...)”. Zaś: „6.11. Zaleca się sporządzenie oferty na Formularzu Ofertowym, którego wzór stanowi załącznik nr 2 do SIWZ lub zawarcie wszystkich informacji i oświadczeń określonych we wzorze Formularza Ofertowego”. Zamawiający stwierdził także w pkt. 9 Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, że: „9.1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierować się wyłącznie kryterium ceny. 9.2. Cenę należy wyznaczyć zgodnie z (...) wzorem, podając jednocześnie wszystkie jej składowe (...). 9.3. Cenę należy zamieścić zgodnie z Załącznikiem nr 3 formularz cenowy. 9.4. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę”. Z kolei w pkt 10. Wzór umowy oraz informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający stwierdził, że: „10.1. Umowa zostanie podpisana zgodnie ze wzorem umowy stanowiącym Załącznik nr 1”.

Natomiast w pkt 11. Warunki zmian w umowie o udzielenie zamówienia (art. 144 ust. 1 Pzp) Zamawiający uregulował, że: „(..) dopuszcza zmiany postanowień zawartej umowy o udzielenie zamówienia w następujących przypadkach:

- W przypadku zmiany wysokości stopy rezerwy obowiązkowej i/lub zmiany stawek (zasad) wyznaczania stóp na rynku międzybankowym dotyczących w szczególności stawki WIBID 1M w zakresie wyznaczania oprocentowania rachunku powierniczego.
- W przypadku wprowadzenia zmian podatkowych dotyczących składowych ceny w zakresie niezbędnym do uwzględnienia tych zmian.

- W przypadku zmiany waluty - zmiany dotyczące waluty, w której dokonywane są rozliczenia.
- W przypadku zmian zasad obsługi płatności wynikających ze zmian Umowy o dofinansowanie Projektu „Wspieranie funduszy kapitału podwyższonego ryzyka przez Krajowy Fundusz Kapitałowy” w ramach działania 3.2 „Wspieranie Funduszy Kapitału podwyższonego ryzyka” osi priorytetowej 3. „Kapitał dla innowacji” Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 - 2013 zawartej dnia 26 marca 2009 r. w zakresie niezbędnym do wprowadzenia tych zmian.
- W przypadku zmiany numerów rachunków bankowych wskazanych w umowie rachunku powierniczego oraz załącznikach do tej umowy, w zakresie rachunków bankowych”.

Zgodnie załącznikiem nr 1 do SIWZ, tj. umową rachunku powierniczego w ramach preambuły stwierdza się, że: „Zważywszy, że: (...) 3) na mocy Umowy o dofinansowanie, Powierzający uprawniony jest do udziału w negocjacjach niniejszej Umowy i akceptacji jej treści, Strony zawierają Umowę następującej treści przy udziale Powierzającego (...)”.

Ponadto w jej §1 ust. 1 - 3 jest wskazane, że: „Na podstawie zawartej Umowy o dofinansowanie, Powiernik i Powierzający uzgodnili, że rozliczenia z tytułu transakcji wynikającej z zawartej Umowy o dofinansowanie będą miały miejsce z wykorzystaniem rachunku powierniczego w rozumieniu art. 59 (Prawa Bankowego - dopisek autora), otwartego w Banku (...). Strony Umowy postanawiają że Rachunek będzie wykorzystany wyłącznie w sposób opisany w treści niniejszej Umowy, tj. wyłącznie w celu przechowania i wypłacania środków pieniężnych, które mają być na Rachunek wpłacane zgodnie z niniejszą Umową oraz że nie będzie służył jakimkolwiek innym celom (...). Na Rachunku będą gromadzone wyłącznie środki pieniężne powierzone Powiernikowi przez Powierzającego w związku z zawartą Umową o dofinansowanie”.

Z kolei w § 2 ust. 1, 4 i 5 wzoru umowy określono, że: „(..)Zasady otwierania i prowadzenia przez Bank Rachunku określa stosowny regulamin właściwy dla Banku (...), stanowiący integralną część niniejszej Umowy. (...). Strony ustalają że w kwestiach uregulowanych w Regulaminie w sposób odmienny niż ten, w jaki kwestie te zostały uregulowane w Umowie - pierwszeństwo mają zapisy Umowy. (...). Strony ustalają że w kwestiach nieuregulowanych w niniejszej Umowie, mają zastosowania postanowienia Regulaminu”. Na mocy § 3 ust. 4: „Bank zobowiązany jest do pokrycia rzeczywistej szkody udokumentowanej przez Powiernika oraz uzasadnionych utraconych korzyści”.

§ 4 ust.1, 2, 5 i 6 wzoru umowy stanowi, że: „(..) Strony Umowy ustalają że Powiernik nie może przekazać środków zdeponowanych na Rachunku na rachunek lokaty terminowej oraz inwestować w żaden inny sposób niż wskazany w Umowie o dofinansowanie. (...). Środki pieniężne zgromadzone na Rachunku są oprocentowane według zmiennej stopy

procentowej (.....). Odsetki od kwoty środków zdeponowanych na Rachunku naliczane są codziennie począwszy od dnia pierwszego uznania Rachunku i kapitalizowane są w okresach miesięcznych. (...). Odsetki naliczone na Rachunku zostaną zaksięgowane na tym Rachunku". Natomiast § 5 ust. 1 wskazuje, że: „Na Rachunek będą wpływały wyłącznie środki pieniężne należne Powiernikowi z tytułu Umowy o dofinansowanie”. Zaś § 6 określa zasady uruchomienia oraz zwrotu środków pieniężnych z rachunku.

Dodatkowo w §13 ust. 1-5 wzoru umowy Zamawiający określił, że: „(..) Za czynności i usługi związane z realizacją postanowień niniejszej Umowy Bank pobiera wyłącznie następujące opłaty i prowizje: 1) jednorazową opłatę za otwarcie Rachunku (...); 2) miesięczną opłatę za prowadzenie Rachunku (...); 3) jednostkową opłatę za każdorazową operację obciążeniową (polecenie przelewu) z Rachunku (...) za operację. (...). Opłaty i prowizje, o których mowa w ust.1 będą pobierane wyłącznie ze środków zgromadzonych na Rachunku, ostatniego dnia roboczego danego miesiąca. (...). Powiernik upoważnia Bank do pobrania z Rachunku opłat i prowizji, o których mowa w ust. 1 powyżej, a Powierzający niniejszym wyraża na to zgodę. (...). Bank nie będzie pobierał żadnych innych prowizji i opłat poza wskazanymi w ust. 1 powyżej. (...). Powierzający zapewnia środki na Rachunku w celu pokrycia opłat i prowizji, o których mowa w ust.1”.

Odwołujący w ramach złożonej oferty złożył oświadczenie (str. 2 formularza ofertowego), że w pełni akceptuje warunki podane w SIWZ, w szczególności umowę rachunku powierniczego, która stanowi załącznik nr 1 do SIWZ. Jednocześnie w ramach formularza cenowego zaoferował opłatę za otwarcie rachunku w kwocie – 100 zł (minus 100 zł). Z uwagi na to, że w odniesieniu do miesięcznej opłaty za prowadzenie rachunku oraz opłaty za operacje obciążeniowe (polecenie przelewu) zaoferował kwotę 0 zł. Cena podana przez Odwołującego w jego ofercie, zgodnie ze wzorem z pkt 9.2 SIWZ wyniosła – 100 zł (minus 100 zł). Dodatkowo Odwołujący dołączył załącznik do Formularza cenowego, stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa, w którym określił, iż w przypadku uznania jego oferty nastąpi uznanie rachunku powierniczego przez bank jednorazową kwotą 100 zł ostatniego dnia miesiąca, w którym rachunek zostanie otwarty.

W dniu 10.06.2009 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących złożonej oferty. Prosząc o wskazanie sposobu i tytułu wpłaty kwoty 100 złotych (w formularzu ofertowym kwota wskazana jest jako element ceny - opłata za otwarcie rachunku), zasad jej otrzymania, dysponowania i wypłaty, a nadto tytułu prawnego do kwoty 100 zł.

W wyjaśnieniach z dnia 15.06.2009 r. Odwołujący poinformował, co następuje. Po pierwsze, kwota -100,00 PLN stanowi bonus/premię, jaką bank zapłaci posiadaczowi tego rachunku z tytułu wyboru Banku BPH S.A. na prowadzącego rachunek powierniczy. Bonus/premia jest elementem składowym ceny zgodnie ze wzorem określonym w SIWZ. Po

drugie, kalkulując ofertę cenową bank miał przede wszystkim na uwadze korzyści, jakie osiągnie prowadząc rachunek dla Krajowego Funduszu Kapitałowego, na którym zdeponowane będą środki finansowe znacznej wartości. Oceniając więc realne korzyści banku w skali makroekonomicznej, podjęto decyzję o przyznaniu jednorazowo bonusu/premii dla Zamawiającego w kwocie 100,00 PLN i podanie jej jako składowej ceny. Z gospodarczego punktu widzenia banku, tego typu cena za otwarcie i prowadzenie rachunku jest ekonomicznie uzasadniona. Po trzecie, w świetle powyższego przyznany bonus/premia jako element składowy ceny spełnia wymogi ceny w rozumieniu Pzp. Po czwarte, odnośnie sposobu przekazania przez bank bonusu/premii - rachunek powierniczy zostanie uznany przez bank jednorazowo kwotą 100,00 PLN ostatniego dnia miesiąca, w którym rachunek zostanie otwarty. Po piąte, bonus/premia ma charakter jednorazowy i nie podlega zwrotowi. Z chwilą uznania przez bank rachunku powierniczego kwotą bonusu/premii, środki te stanowią własność posiadacza rachunku. Po szóste, wypłacona przez bank kwota bonusu/premii, podobnie jak naliczane przez bank w całym okresie prowadzenia rachunku odsetki od środków pieniężnych gromadzonych na rachunku powierniczym, stanowi dla Funduszu przychód rozumiany jako jedno ze źródeł przychodu (art. 6 pkt 3 ustawy o Krajowym Funduszu Kapitałowym).

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wbrew stanowisku Zamawiającego, przy rozpoznawaniu odwołania, jest związana zarzutami, a nie żądaniem Odwołującego (art. 191 ust. 3 Pzp).

W ocenie Izby, zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp i nie było podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdza, że stanowisko Odwołującego, iż zaoferowanie ceny w kwocie - 100 (minus 100 zł) jest zgodne z SIWZ, a zwłaszcza wzorem umowy, nie znajduje podstaw w tych dokumentach. W ocenie Izby, nie chodziłoby bowiem tylko i wyłącznie o swoiste odzwierciedlenie zaoferowanej ceny w umowie (za taką Odwołujący uważa swoją propozycję dodania pkt 4 do ust.1 § 13 wzoru umowy), ale wymagana byłaby jej gruntowna przebudowa. Zmianie wymagałyby nie tylko paragrafy wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, czyli § 1 ust. 3, § 5 ust. 1, czy też § 6, ale także § 1 ust. 1 i 2, ewentualnie § 2 ust. 1, 4 i 5, czy też § 4 i 13 wzoru umowy. Na obecnym etapie wszelka zmiana wzoru umowy jest niedopuszczalna. Należy w tej mierze wskazać pkt 10.1 SIWZ, który wyraźnie reguluje tą kwestię. Zaś okoliczności dopuszczające zmianę umowy były określone w pkt 11 SIWZ w odniesieniu do art. 144 ust. 1 Pzp.

Stanowisko Odwołującego, że zapisy SIWZ w tym wzoru umowy pozwalały na złożenie oferty z ceną w kwocie - 100 (minus 100 zł) Izba uznała za nieuprawnione.

Nie tylko bowiem jednoznaczność zapisów wzoru umowy, które należałoby zmienić o tym świadczą, ale także kalkulacja ceny z której, jak sam w odwołaniu przyznał Odwołujący, wynikało, iż *de facto* nastąpi uznanie rachunku prowadzonego na rzecz Zamawiającego kwotą 100 zł.

Bezspornie ten, jak stwierdził w odwołaniu Odwołujący: „*techniczny opis rozwiązania problemu rozliczenia kwoty - 100 zł (minus 100 zł)*”, stanowił treść oferty. Niedopuszczalne jest wobec tego dążenie Odwołującego do zmiany złożonej przez siebie oferty. Stanowisko w ofercie było jednoznaczne i nie może być uznawane, jak stwierdził w proteście, czy też na rozprawie Odwołujący: „*za propozycje, która mogła być zmieniona przez Zamawiającego*”. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z 15.06.2009 r. z jednej strony stwierdza, że: „*kwota -100,00 PLN stanowi bonus/premię, jaką Bank zapłaci posiadaczowi tego rachunku z tytułu wyboru Banku BPH S.A. na prowadzącego rachunek powierniczy*”, z drugiej przywołuje ponownie treść wskazanego powyżej załącznika do Formularza cenowego. Takie działanie, które w proteście Odwołujący określił jako proponowanie, aby to Zamawiający wybrał formę przekazania bonusu według swego uznania, jest niezgodne z Pzp, gdyż Zamawiający jest związany treścią złożonej oferty, w tym treścią załącznika do Formularza cenowego i nie może negocjować treści oferty na tym etapie, czyli po jej złożeniu (art. 87 ust. 1 Pzp). Nie zmienia tego przyjęty negocjacyjny trybu postępowania przez Zamawiającego. Uelastycznienie (zmiana) oferty przez Odwołującego po jej złożeniu jest niedopuszczalne; prowadziłoby do wariantowości samej oferty, co nie zostało przez Zamawiającego przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w SIWZ. W skrajnym zaś wypadku prowadziłoby do złożenia dwóch ofert, co naruszałoby przepis art. 82 ust. 1 Pzp., a w konsekwencji art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp.

Wobec powyższego argumentację Odwołującego przywołującą art. 6 pkt 3 ustawy o Krajowym Funduszu Kapitałowym i kwestie innych przychodów, Izba uznała za nietrafną. Z tych względów Izba nie brała pod uwagę wyciągu uzasadnienia projektu ustawy o Krajowym Funduszu. Czym innym jest bowiem bieżący rachunek oszczędnościowo - rozliczeniowy, na którym gromadzone są także inne przychody Funduszu w rozumieniu przywołanego przepisu, a czym innym rachunek powierniczy, którego charakter był wyraźnie w SIWZ wskazany. Ewentualne księgowanie bonusu/premii na bieżącym rachunku oszczędnościowo - rozliczeniowym wymagałoby zmiany oferty.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 59 ust. 1-3 Prawa Bankowego na rachunku powierniczym mogą być gromadzone wyłącznie środki pieniężne powierzone posiadaczowi rachunku – na podstawie odrębnej umowy – przez osobę trzecią. Stronami umowy rachunku powierniczego są bank i posiadacz rachunku (powiernik). Umowa, o której mowa w ust. 2, określa warunki, jakie powinny być spełnione, aby środki pieniężne osób trzecich wpłacane na rachunek mogły być wypłacone posiadaczowi rachunku lub, aby jego dyspozycje

w zakresie wykorzystania tych środków mogły być zrealizowane. Z tych także względów Zamawiający, jak wskazał na rozprawie, wybrał negocjacyjny tryb postępowania. Zakres w jakim Odwołujący, w przedmiotowym stanie faktycznym, skorzystał z przysługującego mu prawa do negocjacji warunków umowy był jego własnym wyborem, a konsekwencje z tego wynikające nie mogą być przerzucane na Zamawiającego.

W ramach argumentacji na rozprawie Odwołujący podnosił, iż żaden zapis SIWZ nie wskazywał na możliwość udostępnienia uczestnikom postępowania przez Zamawiającego umowy o dofinansowanie będącej podstawą powierzania Odwołującemu w ramach rachunku powierniczego środków finansowych. Izba przeanalizowała kopie dokumentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i wskazuje, że takie stanowisko jest błędne. W tej materii bowiem nie jest decydujące, jak podnosił na rozprawie Zamawiający, że podczas negocjacji w dniu 27.05.2009 r. (protokół nr 3/2009) Odwołującego interesowały przede wszystkim aspekty terminów dokonywanych transz, ale okoliczność tego rodzaju, iż w ramach wyjaśnień do SIWZ udzielonych w dniu 05.06.2009 r. Zamawiający wyraźnie taką możliwość dopuścił. Wskazując, że w przypadku wątpliwości odnośnie interpretacji zapisu § 4 ust.1, wykonawca będzie miał wgląd do umowy o dofinansowanie (odpowiedź ad. pkt 2). W ocenie Izby, z zapisu niniejszego wynika, że taka możliwość w ramach wniosku *argumentum a minori ad maius* była dopuszczalna także w innych sytuacjach. W następstwie niniejszych wyjaśnień Zamawiający przedłużył także termin składania ofert (powyższe miało miejsce po negocjacjach), co dawało uczestnikom czas na ewentualny wgląd do umowy o dofinansowanie.

Odnosząc się do kwestii zaoferowanej ceny przez Odwołującego, Izba wskazuje, że wyznaczona przez niego cena w ofercie, zgodnie ze wzorem z pkt 9.2 SIWZ wyniosła – 100 zł (minus 100 zł). W konsekwencji nie można uznać kwoty – 100 zł (minus 100 zł) za tylko i wyłącznie opłatę za otwarcie rachunku, czyli za element dodatkowy nie wpływający na ofertę. Bezsprzecznie bowiem wskazana kwota ma wymierne przełożenie na zaoferowaną cenę, a w konsekwencji na kryterium oceny ofert, czyli wynik postępowania. Z tych względów także zasady jej przekazywania nie są bez znaczenia w przedmiotowym postępowaniu.

Z uwagi na powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, z uwagi na nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 91 ust.1 i 2 Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, zgodnie z rachunkiem złożonego do akt sprawy, skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....