

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **ING Bank Śląski S.A., ul. Mickiewicza 3, 40-092 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice**

przy udziale wykonawcy **Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A., ul. Damrota 23, 40-022 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ING Bank Śląski S.A., ul. Mickiewicza 3, 40-092 Katowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ING Bank Śląski S.A., ul. Mickiewicza 3, 40-092 Katowice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Katowicach.

Przewodniczący:

1

Sygn. akt KIO 778/15

UZASADNIENIE

Miasto Katowice, 40-098 Katowice, ul. Młyńska 4 zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Bankową obsługę budżetu Miasta Katowice”.

W dniu 10 kwietnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty ING Banku Śląskiego S.A na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca ten – dalej „Odwołujący” w dniu 15 kwietnia złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od takiej czynności Zamawiającego, stwierdzając, że gdyby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z ustawą Pzp to oferta złożona przez Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i zażądał: uznania za nieważną czynność Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że Zamawiający w Informacji o rozstrzygnięciu postępowania, w której dokonał czynności odrzucenia oferty ING Banku Śląskiego S.A podniósł, iż formalną podstawą dla odrzucenia oferty jest przepis art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp gdyż w ocenie Zamawiającego oferta ING jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Podał, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (m.in. § 8 ust. 1 Załącznika Nr 9 do SWZ), formą wynagrodzenia za przedmiot zamówienia jest wynagrodzenie ryczałtowe za całość zamówienia, przy czym wynagrodzenie to stanowią:

- a) opłata za realizację przedmiotu zamówienia,
- b) koszt obsługi wypłat świadczeń rodzinnych przez Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej za pomocą przedpłaconych kart debetowych o ważności 3 lat,
- c) koszt obsługi kredytów bankowych.

Na opłatę za realizację przedmiotu zamówienia składa się: koszt obsługi rachunku podstawowego i rachunków walutowych Miasta Katowice oraz rachunków jednostek budżetowych, oraz koszt obsługi bankowej zakładów budżetowych Miasta, tj. Zakładu Targowisk Miejskich oraz Katowickich Cmentarzy Komunalnych.

Zgodnie z odpowiedzią z dnia 23 marca 2015 r. Zamawiający potwierdził, iż „cena za wykonanie zamówienia stanowi sumę: opłaty ryczałtowej za realizację przedmiotu zamówienia określonego w Części V ust. 20 pkt 2, kosztu obsługi wypłaty świadczeń rodzinnych (karty debetowe) i kosztu obsługi kredytu w rachunku bieżącym”.

2

Stwierdził, że w żadnym z punktów SIWZ nie zostało wskazane przez Zamawiającego, iż cena oferty musi być podana z dokładnością do 1 grosza (tj. do 2 miejsca po przecinku), zaznaczono tylko, że wynagrodzenie ryczałtowe powinno być różne od „0”.

Jedynym formalnym kryterium oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, w świetle zapisów zawartych w SIWZ, została ustanowiona najwyższa ilość punktów, którą Wykonawca otrzyma w formule addytywnej za cenę obsługi bankowej budżetu Miasta (50%) na którą składają się następujące elementy:

- a) opłata ryczałtowa za realizację przedmiotu zamówienia, której przyznano wagę 35%,
- b) koszt obsługi wypłaty świadczeń rodzinnych (karty debetowe) któremu przypisano wagę 5%,
- c) koszt obsługi kredytów, któremu przyznano wagę 10 %, oraz opłacalności oprocentowania wolnych środków (50%) na którą składają się następujące elementy:

- a) oprocentowanie środków znajdujących się na rachunkach bieżących i pomocniczych, któremu przypisano wagę 48%,

- b) oprocentowanie środków na rachunkach walutowych, któremu przypisano wagę 2%.

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w Części VI SIWZ postanowiono, że za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta z najwyższą ilością uzyskanych punktów.

Zgodnie z podanymi w Części VI pkt 24 zasadami oceny ofert wg ustalonych kryteriów, wynagrodzenie ryczałtowe za realizację przedmiotu zamówienia (Ad.I.1) powinno być różne od zera, podobnie jak koszt obsługi wypłaty świadczeń (Ad 1.2) oraz koszt obsługi kredytów (Ad.1.3).

Dodał, że w Załączniku Nr X do SIWZ (Wyliczenie danych ofertowych) opłata ryczałtowa za realizację przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ Część V ust. 20 pkt 2 stanowi sumę (w rozumieniu matematycznym) kosztu obsługi rachunku podstawowego i rachunków walutowych Miasta Katowice oraz rachunków jednostek budżetowych (pkt 1a), oraz kosztu obsługi bankowej zakładów budżetowych Miasta, tj. Zakładu Targowisk Miejskich i Katowickich Cmentarzy Komunalnych (pkt 1 ,b) i wyrażoną jest w PLN. W treści tego formularza zawarto nadto informację, iż *Zamawiający nie dopuszcza, aby wynagrodzenie dotyczące opłaty za wykonanie przedmiotu zamówienia **i/lub** ceny jednostkowe za kartę debetową wynosiło 0 złotych.* W przypadku zaoferowania ceny w wysokości 0 złotych oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący, ING Bank Śląski SA zaoferował:

- a) opłatę ryczałtową za realizację przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ Część V ust. 20 pkt 2 ppkt 1 a i b - w wysokości brutto 0,0001 PLN

3

b) koszt obsługi wypłaty świadczeń rodzinnych (karty debetowe) w wysokości brutto 158,0000 PLN

c) koszt obsługi kredytu w rachunku bieżącym w wysokości brutto 0,0001 PLN (gdzie prowizja w % wynosi 0,53990000004% a marża Banku to minus 2,4999%)

d) oprocentowanie środków znajdujących się na rachunkach bieżących i pomocniczych w wysokości 0,3601%

e) oprocentowanie środków znajdujących się na rachunkach walutowych w wysokości 0,0110%.

Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty powołując się na definicję ceny, zawartą w *Ustawie z dn. 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. 2014, poz. 915)* oraz w oparciu o przepisy Ustawy Pzp jak również ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku o denominacji złotego przyjął, że cena musi być wyrażona w jednostkach pieniężnych, tj. w złotych, przy czym Zamawiający przyjął, że chodzi mu takie wyrażenie jednostki pieniężnej jak ma to miejsce w odniesieniu do pieniądza obiegowego (banknotów emitowanych przez Narodowy Bank Polski i monet), gdzie 1 złoty dzieli się na 100 groszy, nie zauważając i nie uwzględniając przy tym innych rodzajów pieniądza w tym w szczególności pieniądza elektronicznego w formie elektronicznych instrumentów płatniczych emitowanych m.in. przez banki i rozliczanego w obrocie bankowym na podstawie odrębnej *Ustawy z dnia 12 lipca 2013 r. o zmianie ustawy o usługach płatniczych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1036, ze zm.)*. Ponadto podniósł, iż zgodnie z SIWZ Zamawiający zastrzegł, iż „nie dopuszcza, aby wynagrodzenie dotyczące opłaty za wykonanie przedmiotu zamówienia i/lub ceny jednostkowe za kartę debetową wynosiło 0 złotych W przypadku zaferowania ceny j. w wysokości 0 zł oferta zostanie odrzucona

Według Zamawiającego zaproponowana przez Odwołującego kwota 0,0001 PLN nie będzie mogła być ujęta w księgach rachunkowych, nawet jeśli dopuszczalna prawnie będzie możliwość dokonania potrącenia, zauważając przy tym jednak, że z umowy generalnej wynika, że za czynności i usługi bankowe (o których mowa w § 8 ust.1 umowy) kwotą j.w w wysokości 0,0001 PLN, ma zostać obciążony rachunek UM Katowice, czyli operacja ta ostatecznie zostanie zrealizowana na poziomie systemu operacyjno-rozliczeniowego banku. Ponadto Zamawiający bezprawnie i całkowicie błędnie przyjął, że kwoty obciążeń dla celów analizy ofert „zaokrągliła się do pełnych groszy”, podczas gdy to nie Zamawiający, lecz Odwołujący się dokonuje rozliczeń w bankowym systemie pieniądza elektronicznego i wprowadza w nim kwoty zgodnie z formatem danych, a operacje bilansowania sald analityki i rozliczenia rachunków przeprowadzane są z dokładnością wymaganą przez wewnętrzne procedury bankowe zapobiegające utracie choćby najmniejszych wartości pieniężnych (na dowód czego Odwołujący przedstawi wydruk z systemu ING Banku Śląskiego SA) . To co jest akceptowalne i oczywiste w praktyce Zamawiającego (rozliczenia w pieniądzu

4

obiegowym) nie musi jednak pokrywać się z wymogami współczesnego systemu rozliczeń emitowanego przez bank pieniądza elektronicznego, dla którego zarówno dopuszczalna jak i wymagana jest znacznie większa dokładność (do 4 lub nawet 6 miejsc po przecinku); analogicznie postępują firmy telekomunikacyjne w rozliczeniach taryf, co dopuszczalne jest prawem i na co zwracała uwagę Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dn. 15 lutego 2011 roku (sygn akt. KIO 194/11).

Odnosząc się do powyższego stanu faktycznego podał, że należy uznać za bezprawne i nieuzasadnione względami faktycznymi przyjęcie przez Zamawiającego, że oferty opiewające na kwoty wyrażone w 4 miejscach po przecinku z automatu należy zaokrąglić do zera „bo w praktyce księgowej Zamawiającego takie kwoty nie występują”, co innego jednak w praktyce analityczno-rozliczeniowej Odwołującego przy czym należy wyraźnie podkreślić, że warunki określone zostały w SIWZ ze ścisłością matematyczną i pozwalają na rzeczywiste wyliczenie wartości punktowej oferty Odwołującego, bez potrzeby wcześniejszego zaokrąglania (na tę okoliczność Odwołujący powołuje się na specjalistyczną opinię Instytutu Matematyki Uniwersytetu Śląskiego podpisaną przez wybitnego matematyka Prof, dr hab. M. S.), który w opinii stwierdził, że *za niedopuszczalne w świetle SIWZ należy uznać zatem jakiegokolwiek manipulowanie danymi wejściowymi branymi do wzorów służących do wyliczenia punktacji ofert, w tym w szczególności dokonanie a priori i arbitralnie przez Zamawiającego zaokrągleń kwot ofertowych, co miało wyłącznie na celu wyeliminowanie oferty z postępowania.*

Podniósł dodatkowo w treści uzasadnienia odwołania zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp stwierdzając, że takie ww. postępowanie Zamawiającego narusza reguły bezstronnego działania Zamawiającego i zasadę równego traktowania oferentów.

Podsumowując uzasadnienie podniesionego zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego podał, że w żadnym punkcie w SIWZ Zamawiający nie zastrzega iż wynagrodzenie ryczałtowe (co jest bezsporne) za wykonanie obsługi bankowej budżetu

Miasta Katowice, stanowić miałyby „cenę w rozumieniu ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług”. W to miejsce Zamawiający zastrzega jedynie, że nie dopuszcza, aby wynagrodzenie ryczałtowe wynosiło zero złotych (a dokładnie „było różne od zera”), nie ograniczając przy tym również możliwości ujemnej wartości tego wynagrodzenia.

Odwolujący podkreślił także, że istotne w tym postępowaniu jest wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy za całość zamówienia, zaś opłata ryczałtowa za realizację przedmiotu zamówienia wyrażona w kwocie 0,0001 PLN jest tylko jednym z elementów ceny holistycznej. Podane w formularzu ofertowym kwoty opłat jednostkowych mają, w ramach całego postępowania, jedynie znaczenie kalkulacyjne, służą do odpowiedniego obliczenia wynagrodzenia za wykonana usługę. Zatem nawet biorąc pod uwagę wspomniany przepis

5

art. 3 ust.1 pkt 1 Ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług, do której bezpośrednio odsyła przepis art. 2 pkt 1 ustawy Pzp regulację tę należy odnosić do całkowitej ceny zawartej w ofercie a nie poszczególnych składników, które się na nią składają.

Ponadto Odwołujący dla podkreślenia prezentowanego stanowiska wskazał, że podane w ofercie kwoty pieniężne z dokładnością do 4 miejsc po przecinku funkcjonują rzeczywiście w praktyce bankowej ING Banku Śląskiego SA, wskazał na wymiar cen walut stosowany przy transakcjach wymiany walutowej (przewalutowaniach), w tym także w rozliczeniach z Zamawiającym, stąd nie znajduje potwierdzenia w faktach i nie jest prawdą, że Zamawiający nie ma wiedzy, że system operacyjno-rozliczeniowy banku akceptuje ww dokładność rozliczeń pieniężnych.

Stwierdził również, że ustalenie wartości jednego z komponentów holistycznej ceny ofertowej na poziomie 0,0001 PLN nie narusza przepisów Ustawy Prawo zamówień publicznych, nie stanowi też istotnego braku technicznego Oferty ponieważ spełnione są wymogi SIWZ w postaci przedstawienia w niej danych koniecznych do wyliczenia nieujemnej ceny całkowitej dla kompleksowej usługi bankowej co z kolei stanowi o zgodności treści złożonej Oferty z wymogami formalnymi.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i podał, że zgodnie z częścią V ust. 20 pkt 2 SIWZ wynagrodzenie za wykonanie bankowej obsługi budżetu Miasta stanowią zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 20 marca 2015r. cenę za wykonanie zamówienia na która składa się:

1. opłata ryczałtowa za realizację przedmiotu zamówienia określonego w Części V ust. 20 pkt 2
2. koszt obsługi wypłaty świadczeń rodzinnych (karty debetowe)
3. koszt obsługi kredytu w rachunku bieżącym."

Według Zamawiającego cena powinna być wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą Zamawiający jest obowiązany zapłacić za wykonanie zamówienia. Materialnym nośnikiem jednostek pieniężnych jest znak pieniężny, tj. banknoty i monety opiewające na złote i grosze. Stanowią one prawny środek płatniczy na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej. Skoro zatem cena za wynagrodzenie stanowi sumę trzech składników { opłaty ryczałtowej, kosztu obsługi świadczeń rodzinnych i kosztu obsługi kredytu) - to składniki sumy powinny być wyrażone również w złotych i groszach. Grosz - zgodnie z zapisem art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o denominacji złotego stanowi jedną setną złotego a zatem powinien być wyrażony w dokładnością dwóch miejsc po przecinku wyrażającego. Z uwagi na fakt uregulowania tych zagadnień w prawie obowiązującym w RP - Zamawiający nie zamieszczał w SIWZ dodatkowych warunków dotyczących dokładności określenia ilości miejsc po przecinku ceny wyrażonej w PLN.

Natomiast w ofercie ING BANK ŚLĄSKI ujęto:

6

1. opłatę ryczałtową za realizację przedmiotu zamówienia określonego w Części V ust. 20 pkt 2 SIWZ cenę brutto 0,0001 PLN

2. koszt obsługi wypłaty świadczeń rodzinnych (karty debetowe) brutto 158,00 PLN

3. koszt obsługi kredytu w rachunku bieżącym brutto 0,0001 PLN

Wysokość wynagrodzenia wynikająca z oferty została ustalona na kwotę 158,0002 PLN.

Stwierdził, że tak zaoferowana wielkość czy to wyrażona jako suma czy jako składnik dodawania (poz. 1 i poz. 3) nie jest ceną możliwą do zapłaty, bo cenę wyraża się w jednostkach pieniężnych obowiązujących w RP, czyli w złotych, które dzielą się na grosze a

nie dziesiątne czy setne części grosza. Podał, że przed odrzuceniem oferty rozważał możliwość poprawy tak wskazanej ceny jako omyłki pisarskiej, lecz biorąc pod uwagę fakt, że skoro Odwołujący w ofercie podał słownie cenę: zero złotych jedna setna część grosza - to nie można uznać tego za omyłkę. Zamawiający podał, że nie zgadza się z opinią Prof. dr hab. M. S., który prezentuje swoje stanowisko tylko z matematycznego punktu widzenia nie uwzględniając przepisów ustaw mających zastosowanie w postępowaniu.

Z drugiej strony poprawienie oferty w sposób wynikający z ustawy o podatku od towarów i usług spowodowałoby, że Zamawiający musiałby przyjąć, że zaproponowana cena to „0” zł a w takiej sytuacji nie można byłoby zastosować podanego w SIWZ sposobu obliczenia punktów w kryterium cena obsługi bankowej budżetu Miasta, ponieważ nie można byłoby przyznać punktów w podkryteriach: opłata ryczałtowa za realizację przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ Część V ust. 20 pkt 2 ppkt 1 a i b oraz kosztu obsługi kredytu w rachunku bieżącym. Zamawiający zgadza się z opinią profesora dr hab. M. S., że „0” jest liczbą przez którą nie można dzielić.

Odnosząc się do poruszanej w odwołaniu kwestii tzw. pieniądza elektronicznego w formie elektronicznych Instrumentów płatniczych emitowanych przez banki i rozliczanego w obrocie bankowym na podstawie odrębnej ustawy z dnia 12 lipca 2013r. i Dz. U. z 2013r. poz. 1036) stwierdził, że zarzut jakoby Zamawiający nie uwzględniał innych rodzajów pieniądza w tym w szczególności pieniądza elektronicznego w formie elektronicznych instrumentów płatniczych jest bezzasadny z uwagi na fakt korzystania z takiej formy rozliczeń przez Miasto.

Zamawiający podkreślił, że zastosowanie pieniądza elektronicznego w realizacji niniejszego zamówienia może mieć miejsce tylko w zakresie wykazanym powyżej i nie może dotyczyć rozliczeń transakcji innych niż wskazane w SIWZ. Stwierdził nadto, że pieniądz elektroniczny przechowywany na kartach debetowych dla obsługi świadczeń rodzinnych oraz na kartach obciążeniowych również nie może być wyrażony z dokładnością do czterech miejsc po przecinku, albowiem zarówno wypłacane przez MOPS świadczenia rodzinne jak i płatności z tytułu delegacji służbowych, dokonywane są w PUM z dokładnością dwóch miejsc po przecinku. Zarzut Banku o braku stosowania pieniądza elektronicznego w formie

7

elektronicznych instrumentów płatniczych nie może być odnoszony w stosunku do zamówienia jako całości, gdyż dotyczy tylko wąskiego zakresu przedmiotu zamówienia na bankową obsługę budżetu Miasta, a ten został precyzyjnie zdefiniowany. Zarzut ten sugeruje, iż w rozliczeniach bankowych banki stosują tajemną wiedzę dotyczącą pieniądza elektronicznego, mającego niewiele wspólnego z rozliczeniami bezgotówkowymi wyrażonymi w obowiązujących jednostkach pieniężnych - czyli polskich złotych i groszach.

Zamawiający podkreślił, że wymagał jedynie, aby rozliczenia bezgotówkowe i gotówkowe określone w przedmiocie zamówienia dokonywane były w wielkościach określonych w zleceniach Zamawiającego (z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku) zgodnie z prawem polskim i wymaga, aby zapisy na kontach bankowych były zgodne ze zleceniami Zamawiającego. Dlatego też zdaniem Zamawiającego przywoływanie dla wyceny oferty pieniądza elektronicznego jest w tym przypadku nadużywane, bowiem definicja pieniądza elektronicznego jest wyraźnie określona przez prawo i dotyczy zasobu pieniężnego w konkretnym urządzeniu technicznym (niezależnie od formy tego urządzenia, np. karty, breloczki). Zamawiający nie akceptuje stanowiska Odwołującego w zakresie możliwości zaokrąglenia kwoty 0,0001 PLN do kwoty z dwoma miejscami po przecinku, tj. do postaci umożliwiającej ujęcie wynagrodzenia w księgach rachunkowych Miasta Katowice, zgodnie z obowiązującym w tym zakresie prawem, a także w zakresie możliwości potrącenia powyższego wynagrodzenia w wysokości 0,0001 PLN z należnymi odsetkami bankowymi stanowiącymi dochód budżetu Miasta.

Propozycja ujmowania kosztu wynagrodzenia z dokładnością większą aniżeli dwa miejsca po przecinku nie może mieć miejsca w rachunkowości prowadzonej zgodnie z prawem polskim, a zapisy na koncie bankowym muszą być zgodne z zapisami wynikającymi z dokonywanych operacji bankowych przez bank obsługujący Jednostkę Samorządu Terytorialnego.

Zamawiający nie kwestionuje że możliwe są takie rozliczenia, gdzie dopuszcza się nawet 6 miejsc po przecinku, ale całość opłaty wynikająca z wyceny oferty winna być zgodna z polskim porządkiem prawnym. Tak więc abyśmy mogli mówić o cenie (opłacie ryczałtowej) za realizację przedmiotu zamówienia, której przyznano wagę 35%, oraz cenie za (koszcie)

obsługę kredytu w rachunku bieżącym której przyznano wagę 10%, to musi być wyrażona do dwóch miejsc po przecinku

Podane w poz 1-3 ceny nie mają jedynie - jak twierdzi Odwołujący znaczenia kalkulacyjnego. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia pkt 24 „zasady oceny ofert wg ustalonych kryteriów” w kryterium cena ofertowa nie oblicza się ceny jako całości tylko ocenia się poszczególne składniki tej ceny.

Przystępujący do postępowanie odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A., ul. Damrota 23, 40-022

8

Katowice poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zostaje oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła również, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie dotyczącym zaniechania czynności odrzucenia oferty Przystępującego, oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest kompleksowa obsługa budżetu miasta Katowic obejmująca zakres wskazany w SIWZ.

Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że wobec zaferowania ceny ryczałtowej za realizację przedmiotu zamówienia określonego w Części V ust. 20 pkt 2 SIWZ oraz kosztu obsługi kredytu w rachunku bieżącym ustalonych na kwoty po 0,0001 PLN nastąpiła sprzeczność treści złożonej oferty z treścią SIWZ.

Odnosząc się do ustalenia wystąpienia przesłanek w zakresie niezgodności treści oferty z SIWZ Izba stwierdza, że Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Interpretując normę prawną wynikającą z tego przepisu wskazać należy, że aby mogło nastąpić odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ to ta rzeczona niezgodność ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Ponadto niezgodność ta winna dotyczyć sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy. Odrzucenie takie jest możliwe po wskazaniu na czym konkretnie niezgodność ta polega, co konkretnie w złożonej ofercie nie jest zgodne z konkretnym postanowieniem SIWZ.

W zakresie podstaw odrzucenia przedmiotowej oferty wskazać należy, że Zamawiający wymagał, aby wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ w Części V ust. 20 pkt 2 miało charakter ryczałtowy, stanowiło sumę trzech cen jednostkowych

9

zadań z których każda winna być oddzielnie wyceniona, co potwierdzają postanowienia SIWZ w tym także treść projektu Umowy o udzielenie zamówienia.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest fakt, że Odwołujący zaferował za realizację dwóch elementów przedmiotu zamówienia cenę w wysokości po 0,0001 grosza. W tym zakresie Odwołujący podnosił również zarzut, że zaferowaną cenę w ofercie należy odnosić wyłącznie do całkowitej ceny zawartej w ofercie a nie poszczególnych składników, które się na nią składają. Odnosząc się do tej kwestii Izba stwierdza, że takie stanowisko zamawiającego być może byłoby zasadne gdyby Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego np. z powodu rażąco niskiej ceny jego oferty. Natomiast w sytuacji kiedy Zamawiający w sposób jednoznaczny wymagał w SIWZ podania ceny ofertowej jako sumy trzech

zasadniczych elementów zamówienia(oddzielnie wycenionych) to każdy z tych elementów składowych winien być prawidłowo wyceniony.

W tej materii należy stwierdzić, że aby ocenić prawidłowość ustalenia ceny całkowitej za wykonanie zamówienia, to Zamawiający zasadnie winien był odnieść się do podanych w niej składników cenotwórczych, bowiem to poszczególne ceny jednostkowe kształtują cenę oferty, przesadzając tym samym o jej wysokości i prawidłowości /podobnie wyrok SO w Częstochowie sygn. akt: VI Ca 464/05 , wyrok KIO 2295/12 i następn./

Zgodnie z SIWZ pkt 24 „zasady oceny ofert wg ustalonych kryteriów” w kryterium cena ofertowa nie oblicza się ceny jako całości, tylko ocenia się poszczególne składniki tej ceny, gdyż zgodnie z postanowieniem SIWZ składają się na nią trzy komponenty zamówienia, które ze względu na odrębność będą przez Zamawiającego księgowane na osobnych księgowych kontach rodzajowych.

Zwrócenia uwagi wymaga przede wszystkim fakt, że Zamawiający wymagał, aby wartość – cena za usługę była wyższa niż kwota zero. Odwołujący zaoferował cenę, co do dwóch pozycji rodzajów usług na poziomie 0,0001 zł. Odnosząc się do tej wielkości należy przyjąć, że z matematycznego punktu widzenia wielkość ta jest wyższa od wartości „0” (zero). Jednakże nie należy tracić z pola widzenia faktu, że wielkość ta miała dotyczyć nie wartości matematycznej, lub jak dodaje Odwołujący miała być elementem ceny holistycznej, lecz konkretnej wartości wyrażonej w walucie polskiej mających stanowić wycenę trzech komponentów wchodzących w skład tego zamówienia.

Jak wyżej wskazano 1 grosz jest najmniejszą jednostką monetarną w systemie pieniężnym RP i nie jest możliwe wyliczenie ceny końcowej za usługę, jeśli podana wartość jest mniejsza od 1grosza. Wartości kwotowe ujęte jako wielkości matematyczne znajdujące się na trzecim i kolejnym miejscu po przecinku powodują, że dana wartość jest większa od zera, jednakże taka wartość w odniesieniu do nieistniejącej wielkości w polskim systemie monetarnym powoduje, że tak wyrażona cena usługi dla powszechnego obrotu gospodarczego jest wielkością zerową. Nie można kogoś realnie zobowiązać do zapłaty na

10

jego rzecz, kwoty niższej niż jeden grosz. Inną od potrzeby wyceny oferty jest kwestia potrzeby ewidencjonowania kosztów jednostkowych, które w różnych dziedzinach gospodarki mogą mieć wartość poniżej jednego grosza. Jednakże dla ustalenia w tym postępowaniu ceny realizacji całego zamówienia, niezbędne było podanie ceny końcowej składającej się z konkretnie wyliczonych trzech cen jednostkowych. Cena za wykonanie określonej części czy rodzaju zamówienia przedstawiona w ofercie może być tylko wyrażona w setnych częściach złotego tj. do drugiego miejsca po przecinku, czyli nie mniej niż 1 grosz. Skalkulowanie ceny na poziomie „0” należy traktować jako brak ustalenia opłaty za daną usługę. Potwierdzeniem tego stanowiska jest między innymi fakt, że Odwołujący wycenił wartość oferty na kwotę 158,0002 zł, jednakże w ofercie wskazał tylko cenę 158,00 zł, gdyż z powodu braku możliwości wyrażenia całej ww. ceny wg. zasad polskiego systemu monetarnego to pominął on w ustaleniu ceny końcowej wycenę 1 i 3 komponentu, a tym samym nie zostały one wzięte pod uwagę przy wycenie oferty.

Zupełnie inną kwestią jest podnoszona przez Odwołującego kwestia

pieniądza ewidencjonowania kosztu

obrotów międzybankowych przy pomocy tzw.

elektronicznego. Kategoria ta jest określona przez prawo i dotyczy zasobu pieniężnego w konkretnym urzędzeniu technicznym, który może być wykorzystywany do dokonywania płatności na rzecz określonych podmiotów, nawet z pominięciem konkretnego rachunku bankowego. Ta sfera nie ma zastosowania do ustalenia ceny za wykonanie tego zamówienia, a fakt występowania takiego rodzaju pieniądza w obrocie międzybankowym nie jest kwestionowany i nie był podstawą odrzucenia oferty odwołującego. Kwoty ustalone z dokładnością np. do 4 miejsca po przecinku występują w praktyce analityczno-rozliczeniowej banku, natomiast w tym odwołaniu rozpatrywany jest zarzut prawidłowość wyceny usług banku dla złożenia oferty Zamawiającemu.

Dlatego też za wyrokiem SO w Warszawie 3 czerwca 2013 roku sygn. akt V Ca 533/13 należy stwierdzić, że niezasadnym jest przywoływanie dla rozstrzygnięcia sprawy kwestii nie ujętych w postanowieniach SIWZ. Zawsze decydujące znaczenie ma analiza sformułowań zawartych w SIWZ. Dlatego też kwestia ewidencjonowania i rozliczania kosztów obrotów międzybankowych, a także ustalania wartości kursów walutowych nie jest przedmiotem tego zamówienia i powoływanie argumentów w tym zakresie jest neutralne dla

rozstrzygnięcia zarzutów tego odwołania.

Kolejnego odniesienia Izby wymaga istotne dla rozstrzygnięcia tego odwołania (str.5) stanowisko Odwołującego, iż „Zamawiający nie zastrzega bowiem, iż wynagrodzenie ryczałtowe (co jest bezsporne) za wykonanie obsługi bankowej budżetu Miasta Katowice, stanowić miałyby „cenę w rozumieniu ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług”. W to miejsce Zamawiający zastrzega jedynie, że nie dopuszcza, aby wynagrodzenie ryczałtowe wynosiło zero złotych (a dokładnie „było różne od zera”), nie ograniczając przy tym również

11

możliwości ujemnej wartości tego wynagrodzenia”. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że uszło uwadze Odwołującego, że do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istotne znaczenie ma tzw. „słowniczek wyrażeń ustawowych” zawarty w art. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z ust. 1 tegoż artykułu, jeśli w ustawie (Pzp) jest mowa o cenie to należy przez to rozumieć cenę wg. definicji z art. 3 ust.1 pkt 1 i ust.2 ustawy z dn 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U poz. 915). Tym samym brak jest podstaw aby Zamawiający w SIWZ powoływał się na przepisy tejże ustawy, gdyż ta ustawa do zamówień publicznych stosowana jest *ex lege*. Jednakże zauważyć należy, że w każdym przypadku kiedy jest w SIWZ mowa o wycenie kosztu wykonania jakiegoś komponentu zamówienia to Zamawiający posługuje się określeniem cena. Potwierdza to między innymi postanowienie ze str 31 SIWZ gdzie Zamawiający podaje, że „nie dopuszcza się aby wynagrodzenie dotyczące opłaty za wykonanie przedmiotu zamówienia **i/lub** ceny jednostkowe za kartę debetową wynosiło „0” zł., a także postanowienia ze str 17 pkt 24 SIWZ, str 13 ogłoszenia, str 3 pkt 9 SIWZ, gdzie jednoznacznie wskazano, że rozliczenia między zamawiającym, a wykonawcą będą prowadzone w polskich złotych.

Podobnie niezasadny jest zarzut jakoby wynagrodzenie ryczałtowe *mogło mieć nawet wartość ujemną*. W tym zakresie należy także przywołać przepis ww. art. 2, gdzie w ust.13 ustala się, że *przez zamówienia publiczne* należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Taka definicja zamówień publicznych jest spójna z definicją zawartą w art. 1 ust. 2 lit. a dyrektywy 2004/18/WE. Również na gruncie prawa wspólnotowego i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości uznaje się, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter odpłatny, jeżeli zamawiający zobowiązany jest do świadczenia wzajemnego względem wykonawcy, w zamian za świadczenia, które ten ma wykonać. Przedmiotem umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zatem ekwiwalentna wymiana świadczenia pieniężnego zamawiającego za dostawę, usługę lub robotę budowlaną świadczone przez wykonawcę. Dlatego też twierdzenie jakoby za wykonanie zamówienia możliwe było ustalenie wynagrodzenia ujemnego jest sprzeczne z istotą i zasadą zamówień publicznych.

Oceniając powyższe można zauważyć, że Odwołujący miał trudności z interpretacją postanowień SIWZ. Takim sytuacjom ma przeciwdziałać możliwość zadawania pytań Zamawiającemu przez wykonawców. Kwestia potrzeby zadawania pytań Zamawiającemu winna być postrzegana przez pryzmat obowiązku wykonawcy należytego wykonania zamówienia i co się z tym wiąże złożenia ważnej oferty. Po wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r. w sprawie o sygnaturze IV CSK 626/2013, tracą na ostrości prezentowane poglądy, które opierały się na założeniu, że ryzyko wątpliwości wynikających z

12

niejasnych postanowień SIWZ, nie dających usunąć się w drodze wykładni dokonywanej przez wykonawcę powinna bowiem ponieść strona, która ten SIWZ zredagowała, czyli Zamawiający. Sąd Najwyższy w ww. wyroku w sposób odmienny ocenił pogląd, że zadawanie pytań zwykło się uważać jedynie za uprawnienie wykonawcy. Z literalnego brzmienia przepisu art. 38 Pzp wynika bowiem, że wykonawca może skierować zapytanie o wyjaśnienie treści SIWZ, lecz wcale nie musi tego robić. SN wskazał na znaczenie art. 38 Pzp w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego wyznaczających ogólne reguły wykonywania zobowiązań. Zgodnie z omawianym wyrokiem art. 38 Pzp w związku z art. 354 § 2 k.c. w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego nie tylko daje wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia

wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 k.c., Sąd wskazał także, że od profesjonalisty w danej dziedzinie uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ celem przygotowania takiej oferty aby możliwe było prawidłowe wykonanie zamówienia.

Zauważenia wymaga, że wskazanie ceny przez Odwołującego co do dwóch komponentów wchodzących w zakres zamówienia dawało Odwołującemu znaczną przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami, gdyż dokonując wyceny tych części ofert w kryterium ceny wykonawca który zaoferował minimalną możliwą cenę czyli 1 grosz otrzymywał przy cenie Odwołującego tylko 0,35 pkt, natomiast Odwołujący oferując 0,0001 zł otrzymywał aż 35 punktów. Tym samym takie ustalenie oferowanej ceny było niewątpliwie nakierowane na uzyskanie znacznej przewagi konkurencyjnej w tym postępowaniu, ocierającym się o czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż konkurencja wykraczała poza wskazane w SIWZ kryteria. Zauważyć należy, iż Odwołujący stwierdzał, że cena ofertowa jest odniesieniem kosztu i tym samym została w sposób prawidłowy ustalona na poziomie 0,0001 zł. W tym zakresie Izba stwierdza, że cena ofertowa nie jest bezpośrednim odniesieniem do kosztu wykonania zamówienia, gdyż koszt jest zwyczajowo pojęciem węższym niż cena, np. koszt nie obejmuje kwoty zysku.

Tym samym cena ofertowa w zamówieniach winna być wyrażona w jednostkach pieniężnych i nie można uznać, że cena mająca być wyrażona w walucie polskiej może być wyrażona w kwocie poniżej 1 grosza.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

13

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący

14