

WYROK

z dnia 10 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2014 r.

przez wykonawcę: **Bank Handlowy w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Bankowa obsługa budżetu Miasta Jaworzna oraz jednostek organizacyjnych Miasta Jaworzna w latach 2015 - 2019* (nr postępowania BZ.271.31.2014)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Miasta Jaworzno**

przy udziale wykonawcy: **Getin Noble Bank S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie odrzucenia oferty Banku Handlowego w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, a także powtórzenie z uwzględnieniem tej oferty czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Gminę Miasta Jaworzno** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Bank Handlowy w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **zamawiającego – Gminy Miasta Jaworzna** na rzecz **odwołującego – Banku Handlowego w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

1

Sygn. akt KIO 1339/14

publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. 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:

2

Sygn. akt KIO 1339/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasta Jaworzno – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Bankowa obsługa budżetu Miasta Jaworzna oraz jednostek organizacyjnych Miasta Jaworzna w latach 2015 - 2019* (nr postępowania BZ.271.31.2014).

12 maja 2014 r. ogłoszenie tym o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 100947-2014, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie

internetowej {www.bip.jaworzno.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 800.000,00 zł, co stanowi równowartość 189.353,59 euro.

25 czerwca 2014 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Bankowi Handlowemu w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie {spółce dalej zwanej również w skrócie „Bank Handlowy”} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Getin Noble Bank S.A. z siedzibą w Warszawie {spółce dalej zwanej również w skrócie „Getin Noble”}, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

30 czerwca 2014 r. Odwołujący wniósł (w formie pisemnej) odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – przez uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności oceny ofert.
2. Powtórzenia czynności oceny złożonych ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący sprecyzował zarzut przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający uzasadnił odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jako nieodpowiadającej treści SIWZ powołując się

Sygn. akt KIO 1339/14

na następujące okoliczności.

1. W postępowaniu złożone zostały trzy oferty, w tym oferta Odwołującego.
2. Wymogi Zamawiającego, wskazanym w części II ust. 7 pkt 4 SIWZ było, aby wykonawca posiadał oddział/filię/placówkę Banku na terenie Jaworzna na dzień złożenia oferty tj. na dzień 6 czerwca 2014 r.
3. Odwołujący w formularzu ofertowym wskazał, iż *usługi będące przedmiotem zamówienia będą świadczone w placówce Urzędu Poczтового Jaworzno 1 z siedzibą w Jaworznie przy ul. Poczтова 9a, 43-600 Jaworzno.*
4. Z posiadanych przez Zamawiającego informacji wynika, iż na dzień składania ofert w ww. placówce urzędu pocztowego znajduje się jedynie placówka Banku Poczowego S.A., brak zaś placówki Wykonawcy.
5. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 pzp dotyczących treści złożonej oferty.
6. Pismem z 10 czerwca 2014 r. Bank wskazał, iż w ramach outsourcingu bankowego, w miejsce własnych placówek bankowych korzysta z podwykonawstwa Poczty Polskiej w tym zakresie (w związku z tym stosowna informacja została umieszczona w cytowanym wyżej zapisie formularza ofertowego, a stosowna informacja o podwykonawstwie znalazła się w pkt. 4 złożonej przez Odwołującego oferty).
7. Zamawiający uznał, że proponowane przez Bank rozwiązanie nie jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów prawa, jednakże jest ono niezgodne z treścią SIWZ, gdyż Zamawiający wymagał, aby na dzień złożenia oferty wykonawca posiadał na terenie Jaworzna oddział/ filię/ placówkę Banku. Treść SIWZ jednoznacznie określała wymagania w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, a żaden z wykonawców nie wnosił o zmianę zapisów SIWZ lub udzielenie wyjaśnień w tym zakresie.
8. Zamawiający uznał w związku z tym, że nie może skorzystać z dyspozycji zawartej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, tj. poprawić w ofercie omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, wobec czego odrzucił ofertę Odwołującego.
9. Spośród pozostałych ofert Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty (oferta nr 2 Getin Noble Bank S.A.).

Odwołujący zakwestionował i przyjętą przez Zamawiającego argumentację. W ocenie Odwołującego złożone przez niego oferta odpowiadała treści SIWZ z następujących

powodów:

1. Znaczenie pojęcia „placówka Banku” oraz „posiadanie placówki”.

W przepisach prawa brak jest definicji „filii” czy „placówki” banku. W praktyce banki w Polsce świadczą usługi za pomocą placówek, które z samym bankiem łączą różnego

4

Sygn. akt KIO 1339/14

rodzaju umowy, najczęstszymi są placówki agencyjne, placówki prowadzone na podstawie umów franchisingowych, funkcjonuje także szereg innych rozwiązań prawnych, jak prowadzenie placówek przez zewnętrzny podmiot prawny będący własnością banku lub banku i partnera technologicznego lub firmy specjalizującej się w zarządzaniu gotówką. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wprowadził w przedmiotowym postępowaniu żadnych ograniczeń dotyczących tego jaka relacja prawna ma łączyć wykonawcę z oczekiwanym „oddziałem”, „filia” czy „placówką” banku. Zamawiający oczekiwał, iż wykonawca będzie „posiadał” na terenie Jaworzna placówkę opisaną w SIWZ jako „oddział” lub „filia” lub „placówka”. Wobec faktu, że przepisy prawa nie definiują tych pojęć, nie definiują także pojęcia „posiadania placówki”, istotne jest potoczne znaczenie językowe (poparte ustaloną praktyką rynkową). „Oddział” traktowany ściśle, należałoby odnosić do oddziałów rejestrowych banku, jednak powszechną praktyką jest nazywanie „oddziałami” przez banki również placówek nieujawnionych w Krajowym Rejestrze Sądowym i funkcjonujących na podstawie, jak wyżej wskazano, różnych relacji prawnych z macierzystym bankiem. „Filia” jest również pojęciem niedookreślonym i szerszym niż „oddział”. „Placówka Banku” jest natomiast pojęciem najszerszym i w ocenie Odwołującego pod tym pojęciem należy rozumieć każdą fizycznie istniejącą placówkę, która w imieniu i na ryzyko banku świadczy usługi w danym zakresie, i która wykonuje wymagane w SIWZ usługi na rzecz konkretnego Zamawiającego. Za pojęciem „posiadania placówki” przez bank, kryje się natomiast dowolna z punktu widzenia SIWZ relacja prawna, która powoduje, iż dany bank może zapewnić świadczenie oczekiwanych usług w danej placówce. Wskazana placówka Poczty Polskiej spełnia zatem wymogi „posiadanej przez Bank placówki”.

2. Podwykonawstwo.

Zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający nie wprowadził w przedmiotowym postępowaniu ograniczeń dotyczących dopuszczalnego zakresu podwykonawstwa. Bank, co potwierdza Zamawiający, wskazał, iż w wykonaniu zamówienia korzystał będzie z podwykonawstwa w zakresie: *prowadzenia punktu obsługi kasowo-bankowej*. Bank opisując zakres podwykonawstwa starał się użyć pojęcia możliwie precyzyjnego, co, jak wyżej wskazano, wobec braku definicji „placówki Banku” oraz wobec szerokiej kategorii pojęciowej zastosowanej w SIWZ, było utrudnione. Bank przyjął założenie, że istotne jest z punktu widzenia wymogów ustawy pzp określenie nie tyle formy prawnej proponowanej placówki, czy też określenie stosunku prawnego jaki będzie łączyć Bank z podwykonawcą, ale wskazanie części (elementów) zamówienia powierzanych podwykonawcy.

5

Sygn. akt KIO 1339/14

3. Outsourcing bankowy.

W wyjaśnieniach skierowanych do Zamawiającego Bank wskazał, że: *w ramach tzw. outsourcingu bankowego, w miejsce własnych punktów bankowych, Bank korzysta z podwykonawstwa Poczty Polskiej SA w tym zakresie. W związku z tym w pkt 3. oferty Banku, zapis „Usługi będące przedmiotem zamówienia, będą świadczone w Oddziale Banku”, zastąpił zapisem „Usługi będące przedmiotem zamówienia, będą świadczone w placówce Urzędu Poczтового”, a w pkt 4 oferty wskazał zakres podwykonawstwa. Przyjęte przez Bank powyższe rozwiązanie, wynika z możliwości korzystania przez wykonawców przedmiotu zamówienia z podwykonawstwa. W przypadku banków podwykonawstwo zazwyczaj przybiera formę outsourcingu. Zgodnie z art. 6a - 6d ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe banki mogą powierzać, w drodze umowy*

zawartej na piśmie, przedsiębiorcy zewnętrznemu wykonywanie określonych czynności bankowych (tzw. „outsourcing bankowy”). Bank Handlowy w Warszawie S.A. wiąże umowa z Poczta Polska na wykonywanie wspomnianych usług. W związku z powyższym Bank będzie świadczył obsługę kasową za pośrednictwem PP w Urzędzie Pocztownym Jaworzno 1 przy ul. Pocztovej 9 A, co na gruncie zapisów SIWZ gwarantuje prawidłowe wykonanie zamówienia i jest, z punktu widzenia obowiązujących przepisów, dopuszczalne.

4. Wymóg posiadania placówki.

W treści, w odniesieniu do wymogu posiadania oddziału/ filii/ placówki Banku na terenie Jaworzna, Zamawiający umieścił jedynie następujące zapisy: *4) Realizacja poleceń przelewów. Wykonawca zapewni wysyłanie, odbieranie i księgowanie trzech sesji międzybankowych tego samego dnia. Wykonawca jest zobowiązany posiadać oddział/ filię/ placówkę Banku na terenie Jaworzna na dzień złożenia oferty (...)*. Cytowany zapis umieszczony został w części SIWZ dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, w punkcie dotyczącym tego jak realizowane mają być polecenia przelewów dla Zamawiającego.

Przedstawione przez Bank rozwiązanie zapewnia Zamawiającemu wymaganą funkcjonalność. Zamawiający w ramach usług objętych zamówieniem oczekuje, iż polecenia przelewu będą wykonywane w określony sposób i Odwołujący (za pomocą między innymi placówki podwykonawcy) taki zakres usług zapewnią.

W związku z powyższym Odwołujący podsumował, że jego oferta odpowiada przyjętym w SIWZ założeniom i zapewnia Zamawiającemu pełen zakres oczekiwanych usług. W szczególności wobec faktu niewykluczenia przez Zamawiającego podwykonawstwa w odniesieniu do usługi polegającej na świadczeniu usług w placówce banku na terenie Miasta Jaworzna, oferta zakładająca takie podwykonawstwo jest zgodna z SIWZ.

Sygn. akt KIO 1339/14

7 lipca 2014 r. Zamawiający przesłał do Izby faksem oraz drogą elektroniczną odpowiedź na odwołanie {pismo z 4 lipca 2014 r.}, w której wniósł o jego oddalenie z następujących powodów {poniższe śródtytuły *nie pochodzą z odpowiedzi na odwołanie, a układ jej treści również został zmieniony dla zwiększenia przejrzystości wywodów*}.
{ogólne deklaracje Zamawiającego}

Zamawiający oświadczył, że w trakcie procedury postępował zgodnie z obowiązującymi jego i wykonawców przepisami prawa, gdyż: po pierwsze – określił wymagania w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców, którzy byliby zainteresowani uzyskaniem zamówienia; po drugie – określił dla wszystkich taki sam sposób potwierdzenia spełniania wymagań; po trzecie – przez porównanie złożonych przez wykonawcę informacji i dokumentów z wymaganiami rozstrzygnął, czy wykonawcy spełniają wymagania; po czwarte – stosownie do wyników tej oceny podjął decyzje dotyczące rozstrzygnięcia postępowania; po piąte – nie dokonał wyboru oferty, której treść w sposób istotny odbiega od warunków zamówienia. W innym miejscu Zamawiający dodał, że przygotowując postępowanie określił w warunkach zamówienia swoje wymagania odnoszące się do: przedmiotu zamówienia (przedmiotowe), sposobu realizacji zamówienia (kontraktowe) oraz osoby wykonawcy (podmiotowe), a także określił, w jaki sposób wykonawcy powinni potwierdzić spełnianie tych wymagań.

{treść wymagań Zamawiającego zawartych w s.i.w.z.}

Zamawiający wskazał, że wymóg *posiadania oddziału/ filii/ placówki Banku* na terenie Jaworzna zawarto wprost w części II ust. 7 pkt 4 SIWZ. Ponadto w części II ust. 7 pkt 6 SIWZ zawarto wymóg przyjmowania wpłat gotówkowych podatków na wszystkie rachunki bankowe zamawiającego w oddziałach/ filiach/ placówkach na terenie Jaworzna bez obciążania podatków opłatami i prowizjami.

{ogólne uzasadnienie i szczegółowy cel wprowadzenia wymagań}

Zamawiający podniósł, że obsługa bankowa jednostki samorządowej jest uzależniona od zapewnienia dostępności wybranych usług, w szczególności usług kasowych. Każda niemal gmina, która ogłasza przetarg na obsługę bankową wymaga od banku-wykonawcy posiadania w jej granicach oddziału, filii lub co najmniej placówki, w której świadczone byłby podstawowy zakres obsługi bankowej. Samorządy oczekują od banku-wykonawcy posiadania placówek, w których zarówno interesanci, jak i reprezentanci samorządu mogliby

bezpłatnie dokonywać operacji bankowych, wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający oczekiwał, aby oddział/ filia/ placówka banku przyjmowała wpłaty podatników bez prowizji.

7

Sygn. akt KIO 1339/14

Zamawiający oświadczył, że zawarł w SIWZ wymóg posiadania oddziału/filii/ placówki banku w Jaworznie na dzień złożenia oferty, aby – w trosce o zapewnienie wysokiej jakości świadczonych usług m.in. dla dokonujących wpłat podatków mieszkańców gminy – sprawdzić w ten sposób warunki prowadzonego oddziału/ filii/ placówki, a także, aby być pewnym, że pobierane i przetrzymywane środki publiczne są bezpieczne. Zamawiający dodał, że w obsłudze bankowej budżetu gminy liczy się skala działania (np. konieczność szybkiego przeszkolenia dziesiątek przyszłych użytkowników bankowości elektronicznej) i sprawność organizacyjna (np. zdolność do szybkiego otwierania i zamykania znacznej liczby rachunków bankowych, realizacja miesięcznie kilkudziesięciu tysięcy przelewów). Zdaniem zamawiającego zaproponowane przez Bank rozwiązanie jest sprzeczne z zapisami SIWZ i nie gwarantuje prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

{adekwatność wymagania w kontekście zasad opisu przedmiotu zamówienia}

W ocenie Zamawiającego określone przez niego warunki przedmiotowe nie są wygórowane, gdyż liczba podmiotów na rynku zajmujących się obsługą bankową o rozbudowanej strukturze organizacyjnej jest ogromna, a posiadanie oddziału/filii/placówki banku na terenie Jaworzna na dzień złożenia oferty nie stanowi problemu dla co najmniej kilkunastu podmiotów z sektora bankowego. Zamawiający oświadczył, że ma prawo wymagać, aby świadczona na jego rzecz usługa miała pożądane cechy, gwarantujące utrzymanie pożądanych przez niego standardów, już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający powołał się na to, że w przypadku oceny zarzutów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia winno dojść do wypracowania pewnego rodzaju kompromisu pomiędzy naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych a uzasadnionymi potrzebami podmiotu zamawiającego *{wyrok KIO 1122/10}*.

W innym miejscu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wywiódł, że uczciwa konkurencja oznacza możliwość uzyskania zamówienia przez wielu odpowiednio wykwalifikowanych wykonawców, którzy działając zgodnie z prawem i dobrymi obyczajami mogą złożyć konkurencyjną ofertę. Aby było to możliwe opis przedmiotu sporządzony przez zamawiającego powinien być jednoznaczny i wyczerpujący, aby z kolei umożliwić wykonawcom określenie wszystkich swoich zobowiązań i ryzyka oraz odpowiedzialną kalkulację ceny i innych elementów oferty. Celem opisu przedmiotu zamówienia jest bowiem umożliwienie zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym segmencie rynku *{wyrok KIO 821/11}*.

{adekwatność wymagania dla wyłonienia wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia}

8

Sygn. akt KIO 1339/14

Zamawiający generalnie wywiódł, że publikacja wymogów w ogłoszeniu czy SIWZ nie oznacza, że do złożenia oferty zaproszone są wszystkie podmioty funkcjonujące na rynku. Zamawiający musi zweryfikować wiarygodność wykonawcy pod kątem możliwości należytego wykonania zamówienia. Wymagania te powinny być jednak dostosowane do przedmiotu zamówienia, nie mogą być one ani zbyt wysokie, ani zbyt niskie. Zbyt wysokie warunki prowadzą do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Z kolei zbyt niskie warunki powodują, że na równych zasadach ubiegać się o zamówienie mogą i przedsiębiorcy poważni, wiarygodni, dysponujący niezbędnym potencjałem oraz doświadczeniem, i firmy zbyt małe, aby dawały rękojmię właściwego wykonania zamówienia. Zarówno zbyt wysokie, jak i zbyt niskie warunki są naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

{generalne rozumienie zasady równego traktowania wykonawców}

Zamawiający odwołał się również do rozumienia zasady równego traktowania

wykonawców jako nakazu traktowania podmiotów znajdujących się w takiej samej lub podobnej sytuacji w taki sam sposób. Natomiast podmioty znajdujące się w sytuacji odmiennej należy traktować odmiennie. Przestrzeganie zasady równego traktowania polega przede wszystkim na stosowaniu wobec wszystkich wykonawców jednej miary, czyli stawianiu takich samych wymagań, takiej samej weryfikacji ich spełniania oraz konsekwencji w ich egzekwowaniu {np. wyroki KIO 2272/12, KIO 2333/12, KIO 2349/12, KIO 2350/12}.

{zapewnienie równego dostępu do informacji}

Ponadto z zasady równego traktowania wynika, że wszyscy wykonawcy muszą mieć zapewniony jednakowy, równoczesny dostęp do tych samych informacji o zamówieniu. Równy dostęp do informacji zapewnia przede wszystkim odpowiedni poziom upublicznienia informacji o zamówieniu i warunków zamówienia. {Wybór wykonawcy z zachowaniem zasad równego traktowania, uczciwej konkurencyjności i przejrzystości; Stowarzyszenie na rzecz Rozwoju Rynku Pracy „S-TO-S”; autor: Dariusz Koba}.

W związku z tym Zamawiający podniósł, że jego wymagania zostały udostępnione równocześnie wszystkim zainteresowanym wykonawcom na jego stronie internetowej oraz w jego siedzibie na tablicy ogłoszeń. W trakcie postępowania żaden z wykonawców nie zgłosił zastrzeżeń w stosunku do wymogów opisanych w SIWZ, a dotyczących funkcjonowania oddziału/filii/placówki banku na terenie Jaworzna na dzień złożenia oferty. Żaden z wykonawców nie złożył również stosownego zapytania w tym temacie, które mogłoby sugerować możliwość czy też chęć przyjęcia odmiennego rozwiązania. Według Zamawiającego czytelny i jasny przekaz wynikający z zapisów SIWZ pozwala jednoznacznie stwierdzić, czego oczekiwał od potencjalnych wykonawców przedmiotu zamówienia.

9

Sygn. akt KIO 1339/14

{literalna wykładnia warunków udziału w postępowaniu}

Zamawiający powołał się również na to, że zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga, aby stosować przede wszystkim literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu. Wobec tego przy interpretacji tych postanowień należy kierować się przede wszystkim znaczeniem słów, wyrażeń i zwrotów oraz ich składnią z uwzględnieniem reguł języka polskiego {wyrok KIO 1513/13}.

{ocena stanowiska Odwołującego z punktu widzenia art. 7 pzp}

Według Zamawiającego przyjęcie odmiennych zasad – szczególnie w sposób proponowany przez Odwołującego – weryfikacji posiadania oddziału/filii/placówki banku przez poszczególnych wykonawców, którzy złożyli oferty jest czynnością niedopuszczalną i stanowi naruszenie art. 7 ustawy pzp. Ponieważ Odwołujący nie posiadał oddziału/filii/placówki banku na terenie Jaworzna na dzień złożenia oferty i nadal go nie posiada, Zamawiający nie mógł uznać, że jego oferta odpowiada treści SIWZ. Byłoby to nieuczciwe nie tylko wobec pozostałych wykonawców składających ofertę, którzy takowe placówki posiadają, ale także wobec podmiotów, które nie wzięły udziału w postępowaniu ze względu na niespełnianie wymagań odnośnie realizacji sposobu zamówienia. Naruszeniem zasady równego traktowania jest bowiem różnicowanie wymagań, sposobu ich potwierdzania, sposobu weryfikacji. Niezależnie od tego, czy takie różnicowanie przybiera formę uprzywilejowania czy dyskryminacji – jest zakazane.

{znaczenie terminów „oddział”, „placówka” i „filia” banku}

Zamawiający stwierdził, że wg słownika języka polskiego oddział, placówka, filia to wyodrębniona organizacyjnie część działalności wykonywanej przez przedsiębiorcę; terenowa jednostka organizacyjna mająca swoją lokalizację poza miejscem jednostki głównej, powiązana z nią organizacyjnie i statutowo. Zdaniem Zamawiającego właśnie potoczne znaczenie językowe spornego wyrażenia nakazuje przyjąć, że oczekiwał posiadania jednostki organizacyjnej banku jako takiego, zwłaszcza, iż słowo „Bank” zostało wyrażone z dużej litery.

{weryfikacja spełnienia wymogu przeprowadzona przez Zamawiającego}

Zdaniem Zamawiającego podkreślenia wymaga fakt, że we wskazanej przez Bank placówce Poczty Polskiej, tj. Urzędzie Poczтовым Jaworzno 1 z siedzibą w Jaworznie, przy

Sygn. akt KIO 1339/14

się do ww. placówki pocztowej. Stwierdzili, że w placówce znajduje się jedynie placówka Banku Pocztowego S.A., a żadne ze stanowisk obsługi Poczty Polskiej nie jest oznaczone wizualnie w sposób, który wskazywałby na fakt świadczenia przez tego przedsiębiorcę usług w imieniu i na rzecz Banku Handlowego S.A. Żaden z pracowników, ani też kierownictwa urzędu nie potrafił wskazać, jak miałyby być świadczone w imieniu Banku Handlowego usługi obsługi kasowo-bankowej na rzecz Zamawiającego.

Zamawiający podniósł, że jak wynika z ogólnodostępnej informacji zamieszczonej na stronie internetowej Odwołującego <http://www.citibank.pl/poland/corporate/polisli/7H6.htm>, dotyczącej oferowanych przez niego usług: *Wpłaty PLUS to system umożliwiający wpłaty gotówki na terenie całego kraju, nawet w miejscu, gdzie Citi Handlowy nie ma swoich oddziałów. Usługa ta jest możliwa dzięki współpracy Banku z Poczta Polska. Dzięki takiemu rozwiązaniu Państwa firma może dokonywać wpłat w najbardziej dogodnych lokalizacjach urzędu pocztowego w formie zamkniętej, w godzinach pracy danej jednostki Poczty Polskiej. Urzędy pocztowe będące w systemie Wpłaty Plus przygotowały odpowiednie miejsce do wpłat gotówkowych. Ustalone miejsce w urzędzie pocztowym pozwoli Klientowi wpłacać gotówkę bez konieczności stania w kolejce, w ten sposób oszczędzając jego czas i zwiększając bezpieczeństwo.* Z informacji tej wynika, że w placówkach Poczty Polskiej współpracujących z Odwołującym istnieją już punkty do dokonywania wpłat gotówkowych. We wskazanym przez Odwołującego Urzędzie Pocztowym nie ma przygotowanego miejsca, gdzie miałyby być świadczona obsługa kasowo-bankowa Zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że w złożonych na jego wezwanie wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, iż wiąże go umowa z Poczta Polska na wykonywanie usług, w żaden sposób jednak nie wykazał, iż Urząd Pocztowy 1 w Jaworznie świadczył te usługi na jego rzecz na dzień składania ofert. Zamawiający wywodził, że w sytuacji, gdy treść oferty wzbudza – jak w przedmiotowym postępowaniu – wątpliwości Zamawiającego, Wykonawca przeświadczył, że jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, winien udzielić wyjaśnień w sposób wyczerpujący i poprzeć swoje twierdzenia dostępnymi mu dowodami (np. przesłanie zamawiającemu kopii umowy z Poczta Polska, która wskazywałaby, iż na dzień składania ofert we wskazanym na formularzu ofertowym Urzędzie Pocztowym świadczone były usługi na rzecz i w imieniu Banku). Natomiast w ocenie Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty potwierdziły natomiast jedynie fakt, iż na dzień składania ofert *Bank nie posiadał oddziału/ filii/ placówki na terenie Jaworzna.*

{wpływ wprowadzonego wymagania na cenę oferty}

Zamawiający dodał, że powszechne stosowanie przez samorządy kryterium „dostępności obsługi kasowej” ma fundamentalne znaczenie dla pozycjonowania szans

Sygn. akt KIO 1339/14

banków, które zabiegają o pozyskanie kontraktów na ich bankową obsługę. Według Zamawiającego posiadanie *oddziału/filii/placówki* jest zapewne kosztowne. Koszt prowadzenia, a zwłaszcza ustanowienia placówki ma w tym przypadku fundamentalne znaczenie. Stanowi on składnik ceny obsługi samorządu, który bank musi wliczać w koszty obsługi. Z drugiej strony jest on na tyle wysoki, by przeznaczony na obsługę bankową budżet gminy (a zwłaszcza bankowy zysk z odsetek od depozytów na jej rachunkach bieżących) był w stanie go udźwignąć. Stąd też posiadanie *oddziału/filii/placówki* banku na terenie Jaworzna miało zapewne wpływ na wskaźniki zaoferowane w złożonych ofertach. Większe koszty przedsiębiorcy to wyższa cena świadczenia usługi i mniejsza konkurencyjność oferty. Posiadanie *oddziału/filii/placówki* banku na terenie Jaworzna na dzień złożenia oferty niewątpliwie wpływało na kalkulację ceny ofertowej i pozwoliło Odwołującemu – nieposiadającemu stosownej placówki – obniżyć koszty realizacji zamówienia. W sytuacji, w której doskonale znał on zapisy dokumentacji przetargowej, należałoby wziąć pod uwagę

możliwość naruszenia zasady uczciwej konkurencji przez samego Odwołującego.

{podwykonawstwo w s.i.w.z. i w ofercie Odwołującego}

Zamawiający potwierdził, że nie dokonał zastrzeżenia z art. 36a ust.2 ustawy pzp, a w części VI ust. 2 SIWZ wskazał, że wykonawca, który zamierza wykonać zamówienie przy udziale podwykonawcy, musi wyraźnie w ofercie wskazać jaką część wykonywać będzie w jego imieniu podwykonawca. Należało w tym celu wypełnić odpowiednio stosowny punkt w formularzu ofertowym. Na formularzu ofertowym Wykonawca wskazał, że część zamówienia, którą w jego imieniu będą wykonywać podwykonawcy to *prowadzenie punktu obsługi kasowo-bankowej*. Dodatkowo z treści udzielonych wyjaśnień treści złożonej oferty wynika, iż podwykonawcą tym ma być Urząd Pocztowy 1 z siedzibą w Jaworznie, przy ul. Pocztovej 9a.

{nieuprawniona zmiana treści formularza ofertowego przez Odwołującego}

W części VI ust. 1 SIWZ, którego brzmienie zostało zmienione pismem z 2 czerwca 2014 r. (BZ.271.31.2014) Zamawiający wskazał, że wykonawcy są zobowiązani złożyć *wypełniony formularz ofertowy sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ*. Pkt 4 tego formularza brzmi: *Usługi będące przedmiotem zamówienia, będą świadczone w Oddziale Banku..., z siedzibą w Jaworznie przy ul.* Dodatkowo brzmienie części IX ust. 10 SIWZ stanowi, że: *Wszelkie załączniki do specyfikacji powinny zostać wypełnione przez wykonawcę bez wyjątku i ściśle wg warunków i postanowień specyfikacji. Jeżeli jakaś część dokumentów nie będzie dotyczyła wykonawcy powinien na niej umieścić adnotację „nie dotyczy”. Wykonawca nie może dokonywać żadnych merytorycznych zmian w załącznikach i dostosowywać ich do własnych potrzeb.*

12

Sygn. akt KIO 1339/14

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący dokonał nieuprawnionej zmiany w formularzu ofertowym, którego wzór przedstawił Zamawiający w SIWZ. Odwołujący – przystosowując wymagany formularz ofertowy do własnej sytuacji – dokonał zmiany przedmiotowego załącznika do SIWZ, co wprost wskazał w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach: (...) *w ramach tzw. outsourcingu bankowego, w miejsce własnych punktów bankowych, Bank korzysta z podwykonawstwa Poczty Polskiej w tym zakresie. W związku z tym w pkt.3 Oferty Bank, zapis „Usługi będące przedmiotem zamówienia, będą świadczone w Oddziale Banku...”, zastąpił zapisem „Usługi będące przedmiotem zamówienia będą świadczone w placówce Urzędu Poczтового...”, a w pkt. 4 oferty wskazał zakres podwykonawstwa.*

{niezgodność outsourcingu usług bankowych z treścią s.i.w.z.}

W ocenie Zamawiającego argumentacja powołana przez Odwołującego w pkt 3 argumentacji odwołania, dotycząca dopuszczalności stosowania w polskim systemie prawnym tzw. outsourcingu bankowego, pozostaje bez znaczenia dla sprawy. Zamawiający nie twierdzi, że proponowane przez Bank rozwiązanie jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów prawa, jednakże jest ono niezgodne z treścią SIWZ, gdyż wymagał, aby na dzień złożenia oferty wykonawca posiadał na terenie Jaworzna *oddział/filię/placówkę* banku.

3 lipca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło – w formie pisemnej – zgłoszenie Getin Noble Bank S.A. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba oddaliła zawarty w piśmie z 9 lipca 2014 r. {wniesionym do Izby 10 lipca 2014 r.} i podtrzymany na posiedzeniu przez Przystępującego, a także poparty przez Zamawiającego, wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie 189 ust. 2 pkt 2 pzp jako

Sygn. akt KIO 1339/14

był uprawniony do wniesienia odwołania.

W ocenie Izby, wbrew stanowisku wyrażonemu w piśmie Przystępującego, ustanowienie osoby wskazanej z imienia i nazwiska *pełnomocnikiem Banku Handlowego w Warszawie S.A. w toku postępowania odwoławczego wobec czynności złożenia odwołania przez Bank w przetargu na „Bankową obsługę Miasta Jaworzna oraz jednostek organizacyjnych w latach 2015 - 2019, w tym do reprezentowania Bank Handlowy w Warszawie w toku postępowania odwoławczego*, zawarte w pełnomocnictwie z 27 czerwca 2014 r., jest wystarczające dla uznania, że osoba ta jest umocowana do wniesienia odwołania w imieniu mocodawcy. W szczególności nie ma wątpliwości, że skoro na dzień udzielenia pełnomocnictwa takie odwołanie nie zostało przez mocodawcę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia złożone, powyższe sformułowanie należy odczytać jako ustanowienie pełnomocnika, który ma tej czynności dokonać, a następnie reprezentować Bank Handlowy w dalszym toku postępowania odwoławczego. Zdaniem składu orzekającego przedstawiona w piśmie Przystępującego analiza rozumienia pojęcia „postępowania odwoławczego” w świetle poszczególnych przepisów ustawy pzp i rozporządzenia wykonawczego w sprawie regulaminu rozpatrywania odwołań, wydanego na podstawie delegacji zawartej w art. 198 pkt 1 pzp, jest nieprzydatna dla odczytania woli mocodawcy, która została wyrażona w treści pełnomocnictwa. Z kolei ponieważ nie budzi wątpliwości, że powyżej opisane pełnomocnictwo upoważnia do wniesienia odwołania w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, przywołane w treści pisma orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazujące na konieczność istnienia co najmniej rodzajowego charakteru takiego pełnomocnictwa, jest bezprzedmiotowe.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że z § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U Nr 48, poz. 280, z późn. zm.) wynika, że w przypadku, gdy odwołanie zawiera braki formalne, Prezes Izby wzywa odwołującego do ich uzupełnienia w terminie 3 dni pod rygorem zwrotu odwołania. Z § 13 ust. 2 pkt 1 wynika, że również skład orzekający jest obowiązany, w zależności od poczynionych ustaleń faktycznych, do wezwania odwołującego do uzupełnienia odwołania. W rozstrzyganej sprawie ani Prezes Izby, ani skład orzekający Izby nie dopatryli się braków odwołania w zakresie umocowania do jego podpisania, stąd takie wezwanie nie nastąpiło.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Sygn. akt KIO 1339/14

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, dalszym piśmie Przystępującego z 9 lipca 2014 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która według opisanych w s.i.w.z. kryteriów oceny ofert {cena ryczałtowa za realizację całości przedmiotu zamówienia w okresie trwania umowy oraz opłacalność ekonomiczna rachunku} byłaby najkorzystniejsza. W tych okolicznościach odrzucenie złożonej przez Odwołującego oferty naraża go na szkodę, gdyż uniemożliwia uzyskanie odpłatnego zamówienia

publicznego, na co mógłby – w przeciwnym razie – liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, wezwania do wyjaśnień i udzielonych w odpowiedzi wyjaśnień, zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, wewnętrznego pisma Zamawiającego z 1 lipca 2014 r., a także z protokołu postępowania.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania:

Sekcja II.1.4) ogłoszenia o zamówieniu zawiera następujące określenie przedmiotu oraz zakresu zamówienia: *Przedmiotem zamówienia jest prowadzenie obsługi bankowej budżetu Miasta Jaworzna oraz jednostek organizacyjnych Miasta Jaworzna w latach 2015 - 2019: Przedmiot zamówienia obejmuje: 1) Otwarcie i prowadzenie rachunku bieżącego i rachunków pomocniczych dla budżetu miasta Jaworzna. Wykonawca otworzy i będzie prowadził 1 rachunek bieżący dla budżetu miasta i 70 rachunków pomocniczych w złotych polskich. 2) Prowadzenie rachunku lokat terminowych dla budżetu miasta Jaworzna*

15

Sygn. akt KIO 1339/14

na odrębne zlecenie zamawiającego. 3) Otwarcie i prowadzenie rachunków bieżących i rachunków pomocniczych dla jednostek organizacyjnych miasta Jaworzna. Wykonawca otworzy i będzie prowadził 70 rachunków bieżących dla jednostek organizacyjnych miasta i 100 rachunków pomocniczych w złotych polskich. 4) Realizacja poleceń przelewów. 5) Przyjmowanie przelewów uznających rachunki zamawiającego. 6) Przyjmowanie wpłat gotówkowych na wszystkie rachunki bankowe zamawiającego. 7) Dokonywanie wypłat gotówkowych. 8) Wydawanie i realizacja czeków lub alternatywnych rozwiązań. 9) Zainstalowanie i uruchomienie systemu bankowości elektronicznej oraz przeszkolenie pracowników zamawiającego w tym zakresie. 10) Generowanie dla zamawiającego dziennych elektronicznych wyciągów bankowych. 11) Umożliwienie w ramach systemu bankowości elektronicznej pobierania dziennych elektronicznych wyciągów bankowych, sprawdzania stanów rachunków, składania zleceń i odczytywania historii operacji na rachunkach bankowych. 12) Zapewnienie obsługi systemu masowych płatności. 13) Przyjmowanie płatności na rzecz zamawiającego za pomocą terminali i kart płatniczych. 14) Potwierdzanie zgodności sald na rachunkach bankowych. 15) Wydawanie opinii bankowych oraz zaświadczeń bankowych. 16) Wykonawca w każdym roku obowiązywania umowy udzieli zamawiającemu kredytu krótkoterminowego w rachunku bieżącym budżetu miasta Jaworzna do wysokości wynikającej z uchwały budżetowej na dany rok, na sfinansowanie przejściowego deficytu budżetowego. 17) Wykonawca w ramach umowy winien oprocentować środki gromadzone na rachunku bieżącym i rachunkach pomocniczych budżetu miasta Jaworzna oraz środki na wszystkich rachunkach jednostek organizacyjnych objętych obsługą bankową. 18) Wydawanie i obsługa kart przedpłaconych. 19) Prowadzenie rachunku depozytowego dedykowanego do obsługi wpłat obcych (wadia, zabezpieczenie). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określony został w SIWZ.

Uszczegółowienie poszczególnych punktów znalazło się w rozdziale II ust. 7 s.i.w.z. w pkt od 1 do 19, które odpowiadają systematyce ogłoszenia o zamówieniu. W szczególności pkt 4 i 6 opisu przedmiotu zamówienia z ogłoszenia zostały uszczegółowione w następujący sposób w s.i.w.z.:

4) Realizacja poleceń przelewów.

Wykonawca zapewni wysyłanie, odbieranie i księgowanie trzech sesji międzybankowych tego samego dnia. Wykonawca jest zobowiązany posiadać oddział/ filię/ placówkę Banku na terenie Jaworzna na dzień złożenia oferty. Wykonawca zapewni, że przelewy dyspozycyjne złożone do godz. 15.00 zostaną zrealizowane w dniu złożenia dyspozycji. W razie braku ich realizacji wykonawca zapłaci zamawiającemu odsetki ustawowe od każdego niewłaściwie zrealizowanego zlecenia. W razie awarii systemu bankowości

16

Sygn. akt KIO 1339/14

elektronicznej wykonawca zapewni alternatywne realizowanie przelewów. Wykonawca zapewni import przelewów wystawionych w systemach finansowo-księgowych zamawiającego (format pliku zgodnie z wymogami wykonawcy), w tym między innymi import list płac. Import list płac powinien zautomatyzować czynność wypłaty wynagrodzeń poprzez wgranie pliku przelewów wygenerowanych z systemu księgowego.

6) Przyjmowanie wpłat gotówkowych na wszystkie rachunki bankowe zamawiającego. Wykonawca zapewni przyjmowanie wpłat podatków na wszystkie rachunki bankowe zamawiającego w oddziałach/ filiach / placówkach na terenie miasta Jaworzna bez obciążania podatników. Opłaty i prowizje z tego tytułu wykonawca wkałkuje w opłatę ryczałtową zaoferowaną zamawiającemu.

We wzorze umowy {stanowiącym załącznik nr 8 do s.i.w.z.} w § 2 *Przedmiot umowy*, powtórzono określenie przedmiotu zamówienia zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu. Natomiast żadne ze szczegółowych uregulowań zawartych w części umowy II *Prawa i obowiązki stron* (§ od 3 do 10) nie odzwierciedla postanowienia zdania drugiego ppkt 4 ust 7 rozdziału II s.i.w.z., w § 3 ust. 1 ogólnie określono, że *wykonawca zobowiązuje się świadczyć obsługę bankową dla budżetu miasta Jaworzna i jednostek organizacyjnych wymienionych w załączniku nr 1 do SIWZ na warunkach określonych w ofercie*. Z kolei z § 13 ust. 7 wynika, że integralną częścią umowy są, oprócz tego wykazu, s.i.w.z. (jako załącznik nr 1) oraz oferta banku (jako załącznik nr 2).

Formularz ofertowy {stanowiący załącznik nr 2 do s.i.w.z.} w pkt od 1 do 3 określenie ceny oferty i pozostałych parametrów podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert opisanych w s.i.w.z.

Pkt 4 zawiera następująco sformułowane oświadczenie: *Usługi będące przedmiotem zamówienia, będą świadczone w Oddziale Banku....., z siedzibą w Jaworznie przy ul.....*

Pkt 5 zawiera następująco sformułowane oświadczenie: *Następującą część zamówienia, wykonywać będą w moim imieniu podwykonawcy, pod którym zamieszczono tabelę przeznaczoną do wpisania części zamówienia oraz nazwy firmy podwykonawcy {z zastrzeżeniem, o którym mowa dalej w uzasadnieniu}.*

W rozdziale III s.i.w.z. określono termin wykonania zamówienia jako okres od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2019 r.

17

Sygn. akt KIO 1339/14

W sekcji III.3) ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób określono warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu oceny ich spełniania:

• III. 3.1) *Uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania*

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku

• Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał, iż posiada uprawnienia do wykonywania działalności będącej przedmiotem zamówienia tj. zamawiający wymaga, aby wykonawca był uprawniony do wykonywania czynności bankowych w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2012 r. poz. 1376, z późn. zm.). Ocena spełniania warunku dokonana zostanie zgodnie z formułą *spełnia/nie spełnia* w oparciu o dokumenty wyszczególnione w przedmiotowym ogłoszeniu oraz w SIWZ.

• III.3.2) *Wiedza i doświadczenie*

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku

• Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się należytych wykonaniem lub wykonywaniem w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 usługi polegającej na prowadzeniu obsługi bankowej budżetu jednostki samorządu terytorialnego o budżecie rocznym w wysokości co najmniej 100 mln złotych . Ocena spełniania warunku dokonana zostanie zgodnie z formułą *spełnia/nie spełnia* w oparciu o dokumenty wyszczególnione

w przedmiotowym ogłoszeniu oraz w SIWZ.

• III.3.3) Potencjał techniczny

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku

• Zamawiający nie wyznacza szczególnego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w tym zakresie.

• III.3.4) Osoby zdolne do wykonania zamówienia

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku

• Zamawiający nie wyznacza szczególnego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w tym zakresie.

• III.3.5) Sytuacja ekonomiczna i finansowa

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku

• Zamawiający nie wyznacza szczególnego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w tym zakresie.

Powyżej przywołane postanowienia znalazły swoje odzwierciedlenie w rozdziale IV s.i.w.z.

18

Sygn. akt KIO 1339/14

W sekcji III.6) ogłoszenia o zamówieniu wymieniono w szczególności następujące dokumenty inne niż dokumenty służące potwierdzeniu warunków udziału w postępowaniu lub wykazaniu braku podstaw do wykluczenia:

1. Oświadczenie stwierdzające, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. 2. W przypadku gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, zamawiający wymaga przedłożenia w szczególności pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. 3. Wypełniony formularz ofertowy sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik do SIWZ. 4. Wykonawca, który zamierza wykonać zamówienie przy udziale podwykonawcy, musi wyraźnie w ofercie wskazać jaką część wykonywać będzie w jego imieniu podwykonawca. Należy w tym celu wypełnić odpowiednio stosowny punkt w formularzu ofertowym. W przypadku gdy wykonawca nie zamierza wykonywać zamówienia przy udziale podwykonawców, należy wpisać w formularzu – nie dotyczy – lub inne podobne sformułowanie. Jeżeli wykonawca pozostawi ten punkt formularza nie wypełniony (puste pole), zamawiający uzna, iż zamówienie zostanie wykonane siłami własnymi, bez udziału podwykonawców. 5. W przypadku, gdy wykonawca powołuje się na zasoby podwykonawcy, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, tj. w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wymaga, oprócz wskazania części zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy, podania nazwy (firmy) tego podwykonawcy. (...)

Powyżej przywołane postanowienia znalazły swoje odzwierciedlenie w rozdziale VI s.i.w.z.

Rozdział X s.i.w.z. Opis sposobu przygotowania oferty zawiera w szczególności następujące postanowienia:

1. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, pod rygorem nieważności w formie pisemnej. Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...)

10. Wszelkie załączniki do specyfikacji powinny zostać wypełnione przez wykonawcę bez wyjątku i ściśle wg warunków i postanowień specyfikacji. Jeżeli jakaś część dokumentów nie będzie dotyczyła wykonawcy powinien na niej umieścić adnotację „nie dotyczy”. Wykonawca nie może dokonywać żadnych merytorycznych zmian w załącznikach i dostosowywać ich do własnych potrzeb.

Oferta Banku Handlowego zawiera formularz ofertowy sporządzony na wzorze

19

Sygn. akt KIO 1339/14

załączonym do s.i.w.z., z tym że pkt 4 i 5 z tego wzoru zostały ponumerowane

w wypełnionym formularzu odpowiednio jako pkt 3 i 4.

Pkt 3: *Usługi będące przedmiotem zamówienia, będą świadczone w Oddziale Banku placówce Urzędu Pocztowego Jaworzno 1 z siedzibą w Jaworznie przy ul. Pocztowa 9, 43-600 Jaworzno.*

W pkt 4 Bank Handlowy wskazał jako część zamówienia, którą będą w jego imieniu wykonywać podwykonawcy *prowadzenie punktu obsługi kasowo-bankowej*, bez wskazania nazwy (firmy) podwykonawcy.

Pismem z 10 czerwca 2014 r. Zamawiający wezwał, działając na podstawie art. 87 ust. 1 pzp Bank Handlowy do wyjaśnień {treść wezwania została w pełni odzwierciedlona w późniejszym uzasadnieniu odrzucenia oferty}.

Pismem z 16 czerwca 2014 r. Bank Handlowy udzielił wyjaśnień {których treść została odzwierciedlona w późniejszym uzasadnieniu odrzucenia oferty w zakresie akapitu pierwszego i trzeciego}, których akapit drugi brzmi następująco:

Przyjęte przez Bank powyższe rozwiązanie, wynika z możliwości korzystania przez wykonawców przedmiotu zamówienia z podwykonawstwa. W przypadku banków, podwykonawstwo zazwyczaj przybiera formę outsourcingu. Zgodnie z art. 6a- 6d ustawy z dn. 29.08.1997 r. Prawo bankowe, banki mogą powierzać, w drodze umowy zawartej na piśmie, przedsiębiorcy zewnętrznemu wykonywanie określonych czynności bankowych (tzw. „outsourcing bankowy”). Bank Handlowy w Warszawie SA wiąże umowa z Poczta Polską na wykonywanie wspomnianych usług.

W zawiadomieniu z 25 czerwca 2014 r. Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Banku Handlowego: *art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, który stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

W części II ust. 7 pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zamawiający zawarł wymóg, aby wykonawca posiadał oddział/ filię/ placówkę Banku na terenie Jaworzna na dzień złożenia oferty, tj. na dzień 6 czerwca 2014r.

W formularzu ofertowym wykonawca wskazał, iż „Usługi będące przedmiotem zamówienia, będą świadczone w Oddziale Banku placówce Urzędu Pocztowego Jaworzno 1 z siedzibą w Jaworznie przy ul. Pocztowa 9a, 43-600 Jaworzno”.

Z posiadanych przez zamawiającego informacji wynika, iż na dzień składania ofert w/w placówce Urzędu Pocztowego znajduje się jedynie placówka Banku Pocztowego S.A., brak

20

Sygn. akt KIO 1339/14

zaś placówki wykonawcy. Na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, pismem z dnia 10.06.2014r., zamawiający wezwał wykonawcę do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w przedmiotowej kwestii.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca wskazał, iż w ramach tzw. outsourcingu bankowego, w miejsce własnych punktów bankowych, Bank korzysta z podwykonawstwa Poczty Polskiej w tym zakresie, w związku z czym w formularzu ofertowym zapis „Usługi będące przedmiotem zamówienia będą świadczone w Oddziale Banku...” zastąpił zapisem „Usługi będące przedmiotem zamówienia będą świadczone w placówce Urzędu Pocztowego...”, a w pkt. 4 oferty wskazał zakres podwykonawstwa. Na formularzu ofertowym wykonawca oświadczył, iż w jego imieniu podwykonawcy będą wykonywać następującą część zamówienia: „prowadzenie punktu obsługi kasowo-bankowej”.

Jak wyjaśnia wykonawca Bank będzie świadczył obsługę kasową za pośrednictwem PP w Urzędzie Pocztowym Jaworzno 1 przy ul. Pocztowej 9a, a nie we własnej placówce, co na gruncie zapisów SIWZ gwarantuje prawidłowe wykonanie zamówienia i jest, z punktu widzenia obowiązujących przepisów, dopuszczalne.

Zamawiający nie podnosi, że proponowane przez Bank rozwiązanie jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów prawa, jednakże jest ono niezgodne z treścią SIWZ, gdyż zamawiający wymagał, aby na dzień złożenia oferty wykonawca posiadał na terenie Jaworzna oddział/ filię/ placówkę Banku.

Treść SIWZ w przedmiotowej sprawie jednoznacznie określała wymagania zamawiającego w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, a żaden z wykonawców nie wnosił o zmianę zapisów SIWZ lub udzielenie wyjaśnień w tym zakresie.

W przedmiotowej sytuacji zamawiający nie może skorzystać z dyspozycji zawartej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. poprawić w ofercie omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, a w związku z powyższym oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający bezpodstawnie uznał treść oferty Odwołującego za niezgodną z treścią s.i.w.z.

Na wstępie rozważyć należy zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść

21

Sygn. akt KIO 1339/14

s.i.w.z., jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia czy innymi wymaganiami precyzującymi zakres świadczenia oczekiwanego przez zamawiającego. Jednakże nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Z tego względu w doktrynie prezentowany jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych. Komentarz*, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13

22

Sygn. akt KIO 1339/14

listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}. Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i

w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami s.i.w.z. Jednakże nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

Z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający stwierdził niezgodność tej oferty ze sprecyzowanym w rozdziale II ust. 7 pkt 4 zdanie drugie w następujący sposób postanowieniem: *Wykonawca jest zobowiązany posiadać oddział/ filię/ placówkę Banku na terenie Jaworzna na dzień składania oferty*, gdyż Bank Handlowy wskazał w formularzu oferty placówkę Urzędu Pocztowego Jaworzno 1 w Jaworznie, w której na dzień upływu terminu składania ofert, czyli 6 czerwca 2014 r., istniała jedynie placówka Banku Pocztowego S.A. Zamawiający uznał za niezgodne z powyższym wymaganiem zaoferowanie świadczenia usług bankowych na zasadzie tzw. outsourcingu bankowego za pośrednictwem placówki pocztowej, w której na dzień składania ofert takie usługi nie były w imieniu i na rzecz Banku Handlowego w Warszawie S.A. wykonywane. Większą część uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego stanowi wierne odzwierciedlenie przebiegu badania oferty Odwołującego w zakresie skierowanego wezwania i udzielonej odpowiedzi. Z czynności tej wynika, że wątpliwości Zamawiającego wzbudził wyłącznie brak funkcjonowania na dzień składania oferty w Urzędzie Pocztowym Jaworzno 1 placówki Banku Handlowego {w opozycji do funkcjonującej tam placówki Banku Pocztowego S.A.}, a nie kwestia, czy urząd pocztowy jako taki może być placówką Banku Wykonawcy w rozumieniu zdania drugiego pkt 4 ust. 7 s.i.w.z. Wobec tego wyłącznie do tej pierwszej okoliczności może odnosić się ocena Zamawiającego, która została wyrażona po zreferowaniu treści wezwania i udzielonych wyjaśnień. Uzasadnienie to jest *de facto* dwuzdaniowe i lakoniczne. Z pierwszego zdania, biorąc pod uwagę powyżej opisany kontekst wyjaśnień {z uwzględnieniem akapitu wyjaśnień przemilczanego w uzasadnieniu odrzucenia}, wynika, że Zamawiający uznaje tzw. outsourcing bankowy za rozwiązanie niezgodne z s.i.w.z. z uwagi na niespełnienie wymagania, aby na dzień złożenia oferty wykonawca posiadał oddział lub filię lub placówkę. Drugie zdanie zawiera generalną ocenę,

23

Sygn. akt KIO 1339/14

że treść s.i.w.z. jednoznacznie określała wymagania Zamawiającego w zakresie realizacji zamówienia {przy czym przebieg postępowania odwoławczego wskazuje, że Zamawiający naprawdę uważa wykazanie posiadania czegoś na dzień składania ofert za odnoszące się do sposobu realizacji zamówienia}. Trzecie zdanie jest bez znaczenia, gdyż trudno sobie wyobrazić w jaki sposób mógłby znaleźć zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp do uzgodnienia treści oferty w zakresie braku polegającego na nieistnieniu placówki banku na dzień składania ofert.

W szczególności należy zauważyć, że uzewnętrznione Odwołującemu uzasadnienie decyzji o odrzuceniu jego oferty, nie zawiera zarzutu, że według Zamawiającego oddział, placówka, filia to wyodrębniona organizacyjnie część działalności wykonywanej przez przedsiębiorcę, terenowa jednostka organizacyjna mająca swoją lokalizację poza miejscem jednostki głównej, powiązana z nią organizacyjnie i statutowo. Zarzut taki {podsumowany dodatkowo w odpowiedzi na odwołanie stwierdzeniem, że *Zamawiający oczekiwał posiadania jednostki organizacyjnej Banku, jako takiego, zwłaszcza, iż słowo „Bank” zostało wyrażone z dużej litery*}, jak również ocena wpływu na cenę oferty posiadania własnej jednostki organizacyjnej banku na cenę oferty oraz ujawnienie, co Zamawiający chciał przez to sprawdzić, pojawiły się dopiero w odpowiedzi na odwołanie, i stanowią powtórzenie uwag zgłoszonych wewnętrznie Biuru Zamówień Publicznych Urzędu Miejskiego w Jaworznie przez osobę pełniącą stanowisko skarbnika miasta {co wynika z porównania treści odpowiedzi na odwołanie z treścią wewnętrznego pisma z 1 lipca 2014 r. znajdującego się w dokumentacji postępowania prowadzonej przez Zamawiającego}, zapewne w związku z już otrzymaną kopią odwołania.

Skład orzekający Izby zważył, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać

co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z kolei zakres zarzutów, które wykonawca może podnieść wobec decyzji o odrzuceniu oferty obiektywnie wyznacza zakres podanego mu uzasadnienia {zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 zamawiający zawiadamia o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne}, czyli okoliczności, które podał zamawiający jako powód odrzucenia oferty. Z tego względu należy uznać, że nie ma znaczenia, czy Odwołujący uznał za stosowne zamieszczenie w odwołaniu argumentacji wskazującej na szerokie rozumienie terminów „oddział”, „filia” i „placówka” banku, jako nie tylko odnoszące się do statutowych czy wewnętrznych jednostek organizacyjnych banku, gdyż według treści zawiadomienia z 25 czerwca 2014 r. nie za to został odrzucony, a za brak wykazania, że posiadał na terenie Jaworzna na dzień złożenia oferty *oddział/ filię/ placówkę Banku*, bez podania właściwego według Zamawiającego rozumienia tych terminów.

24

Sygn. akt KIO 1339/14

Powyżej dokonane jednoznaczne wyznaczenie zakresu kognicji Izby w tej sprawie stało się konieczne nie tylko z uwagi na rozszerzenie przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zarzutów stawianych ofercie Odwołującego. Przede wszystkim Przystępujący w zarówno w swoim piśmie z 9 lipca 2014 r., jak i na rozprawie wykroczył znacznie poza zakres zarzutów podlegających rozpoznaniu przez Izbę. Po pierwsze – podnosząc zarzut zbieżny z podniesionym dopiero w odpowiedzi na odwołanie, że placówka pocztowa nie może być rozumiana jako placówka Banku Handlowego, gdyż nie jest jego wewnętrzną, statutową jednostką organizacyjną. Po drugie – wyłącznie Przystępujący w swoim piśmie podniósł zarzut rzekomej niezgodności oferty Odwołującego z pkt 4 ust. 7 rozdziału II s.i.w.z., która miałyby polegać na braku zaoferowania we wskazanej w formularzu oferty placówce pocztowej obsługi bezgotówkowej. W oczywisty sposób zarzut tego typu niezgodności nie wynikał z uzasadnienia odrzucenia oferty, które wskazywało jedynie na niezgodność oferty z treścią drugiego zdania pkt 4 ust. 7 rozdziału II s.i.w.z. w zakresie braku posiadania przez Bank Handlowy placówki w Jaworznie we wskazanej w formularzu oferty placówce pocztowej na dzień składania ofert.

Na marginesie można jednak zauważyć, że o tym jak wątle są podstawy faktyczne domagania się na obecnym etapie przez Zamawiającego i Przystępującego, aby placówka wskazywana w formularzu oferty była wewnętrzną jednostką organizacyjną banku-wykonawcy, jest argument Zamawiającego wskazujący na pisownię słowa bank dużą literą, choć wydawałoby się, że jest to po prostu formuła grzecznościowa. *Nota bene* również dobrze pozostawienie wolnego miejsca po „Oddziale Banku” sugeruje, że również dobrze może to być oddział innego banku niż bank-wykonawca składający ofertę.

Rozstrzygając zarzuty podlegające rozpoznaniu Izba rozważyła w pierwszej kolejności charakter prawny wymagania zamieszczonego w rozdziale II ust. 7 pkt 4 zdanie 2 s.i.w.z. Zdanie to, które w ogóle nie pojawia się w ogłoszeniu o zamówieniu, sprawia wrażenie dość przypadkowo wkomponowanego w treść pkt 4 dotyczącego realizacji poleceń przelewów. Opisano tam wymagania Zamawiającego co do systemu bankowości elektronicznej zapewnianego przez bank-wykonawcę, który z istoty swej ma charakter wirtualny i oderwany jest od fizycznie istniejącej placówki bankowej. Potrzebę świadczenia usług w fizycznie istniejącej placówce można ewentualnie wiązać z wskazanym również w tym punkcie obowiązkiem zapewnienia alternatywnej możliwości realizacji przelewów w razie awarii systemu bankowości elektronicznej, co jednak z założenia ma mieć charakter sporadyczny. Potwierdza to § 6 ust. 1 zd. 1 wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca zobowiązuje się do realizacji zleceń płatniczych Zamawiającego bądź składanych

25

Sygn. akt KIO 1339/14

sporadycznie w formie papierowej niezwłocznie w dniu ich złożenia. Co charakterystyczne, Zamawiający wskazując na niezgodność oferty Odwołującego ze zd. 2 pkt 4, nawet w odpowiedzi na odwołanie wyłącznie nawiązywał do potrzeby zapewnienia istnienia

placówki na terenie Jaworzna w zw. z pkt 6, czyli zapewnieniem przyjmowania wpłat gotówkowych na wszystkie rachunki bankowe Zamawiającego, zarówno z kas Zamawiającego, jak i od podatników {nota bene zdanie drugie tego pkt opisuje ewidentnie funkcjonalnie wymóg zapewnienia przez wykonawcę przyjmowania wpłat w oddziałach, filiach lub placówkach na terenie Jaworzna}.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, choć nazywa ów wymóg „przedmiotowym” {i przywołuje w tym kontekście orzeczenia wskazujące na uprawnienie zamawiającego do określenia przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający jego uzasadnionym potrzebom, a nie w sposób umożliwiający ubieganie się o udzielenie zamówienia każdemu z potencjalnych wykonawców}, dla uzasadnienia jego istnienia wielokrotnie powołuje się na argumentację właściwą dla wprowadzenia określonego opisu sposobu oceny podmiotowych warunków udziału w postępowaniu z art. 22 ust. 1 pzp {konieczność wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia; konieczność literalnej interpretacji warunków udziału w postępowaniu; znaczne publikacji warunków udziału w ogłoszeniu o zamówieniu}, który, co prawda, według art 22 ust. 4 pzp powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ale stanowi wg ustawy pzp odrębną kategorię w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, którego zasady zostały uregulowane w art. 29 pzp. Istnieje zatem zasadniczy rozdźwięk pomiędzy deklarowanym w odpowiedzi na odwołanie jednoznacznym charakterem prawnym spornego wymagania a powołaną dla jego uzasadnienia argumentacją, której rozpiętość *de facto* podważa adekwatność deklaracji Zamawiającego. Tak też jest w istocie: wymaganie wprowadzone w powyżej opisany sposób nie poddaje się jednoznacznej interpretacji, która z pewnością nie może ograniczyć się do jego literalnej wykładni, gdyż prowadziłoby to do uznania, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie obarczone jest wadą, czego można jednak uniknąć rozpatrując je w kontekście celu, któremu mogło służyć i w zgodności z systemem przepisów ustawy pzp.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że posiadanie placówki banku na terenie Jaworzna na dzień składania ofert z pewnością nie stanowi określenia sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, czyli tego, w jaki sposób usługi objęte przedmiotem zamówienia mają być świadczone w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2019 r. Sposób realizacji przedmiotu zamówienia obiektywnie nie może odnosić się do stanu rzeczy istniejącego w okresie poprzedzającym rozpoczęcie realizacji zamówienia. Natomiast takie wymaganie

Sygn. akt KIO 1339/14

mogłoby ewentualnie stanowić element warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp. Jednakże, jak to wynika z opisu sposobu oceny spełniania warunków zawartego w ogłoszeniu i s.i.w.z., Zamawiający nie skonkretyzował żadnych wymagań w tym zakresie. W ocenie Izby nie można zastąpić opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu postanowieniem, które zostało zamieszczone jako element opisu przedmiotu zamówienia, i to wyłącznie w treści s.i.w.z. Z porównania art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7 ustawy pzp wynika, że określenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania stanowi obligatoryjny element zarówno s.i.w.z., jak i ogłoszenia o zamówieniu. W konsekwencji uznanie za obowiązujący warunku, który nie został ujawniony w sposób wymagany przepisami ustawy pzp, oznaczałoby, że postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest poważną wadą. Brak opisu sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu w ogłoszeniu, czy też swoiste ukrycie go w s.i.w.z. pod przebraniem tzw. warunku przedmiotowego {według terminologii Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie}, w oczywisty sposób stanowi naruszenie powyżej wskazanych przepisów ustawy pzp.

Z kolei z art. 26 ust. 2a pzp wynika, że wykonawca jest zobowiązany do wykazania warunków udziału w postępowaniu na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym, co oznacza w szczególności konieczność wskazania przez zamawiającego w s.i.w.z., zgodnie z art. 25 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, wykazu żądanych dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu, przy braku skonkretyzowania jakiegokolwiek warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym

oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający nie zażądał takich dokumentów, w szczególności wykazu dostępnych wykonawcy na terenie Jaworzna placówek bankowych czy wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, czyli dokumentów, które mieściłyby się w katalogu dokumentów określonych w § 1 ust. 1 {odpowiednio w pkt 4 i 7} rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231).

Zważając, że powyżej przywołane przepisy służą urzeczywistnieniu zasady równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp, a także zasady jawności, o której mowa w art. 8 ust. 1 pzp, egzekwowanie wymagania wprowadzonego z naruszeniem szczegółowych przepisów ustawy pzp stanowiłoby również naruszenie przepisów regulujących naczelne zasady

27

Sygn. akt KIO 1339/14

udzielania zamówień.

W ocenie Izby warunek udziału w postępowaniu wymagający od wykonawcy dysponowania na określonym terenie niezbędną do świadczenia usług jednostką organizacyjną, musiałby jednakże uwzględniać obowiązywanie art. 26 ust. 2 b pzp. Zgodnie z tym przepisem wykonawca może polegać między innymi na potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia innego podmiotu, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, przy czym w takim przypadku zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wobec tego warunek dysponowania placówką bankową na terenie Zamawiającego jako element weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia, z jednej strony, zgodnie z art. 26 ust. 2a pzp, podlegałby wykazaniu spełniania nie później niż na dzień składania ofert. Z drugiej strony, prawidłowo sformułowany opis sposobu oceny warunku, z uwagi na obowiązywanie art. 26 ust. 2b pzp, nie mógłby z góry wyłączać możliwości wykazania jego spełniania przez wykonawcę z powołaniem się na dysponowanie placówką bankową, która została mu oddana do dyspozycji przez podmiot trzeci na okres wykonywania zamówienia.

W konsekwencji powyższe wymaganie może się ostać jako opis wymaganego sposobu realizacji zamówienia jeżeli zostanie zinterpretowane jako wymagany od wykonawcy składającego ofertę element zobowiązania, którego gotowość zaciągnięcia należało wyrazić stosownym oświadczeniem woli. Paradoksalnie w treści samego wzoru umowy nie zawarto żadnego postanowienia, które określałoby wprost zobowiązanie wykonawcy do świadczenia usług w okresie realizacji zamówienia w placówce zlokalizowanej na terenie Jaworzna. Wynika ono z treści oferty dzięki treści oświadczenia zawartego w pkt 4 formularza ofertowego, które w tym zakresie – w przeciwieństwie do brzmienia zd. 2 pkt 4 ust. 7 rozdziału II s.i.w.z. – zostało prawidłowo sformułowane jako zobowiązanie się wykonawcy, że usługi będące przedmiotem zamówienia będą świadczone w placówce banku znajdującej się na terenie Jaworzna.

Niezależnie od niejednoznacznego charakteru prawnego wymagania zapisanego w zdaniu drugim pkt 4 ust. 7 rozdziału II s.i.w.z., w ocenie Izby Zamawiający – wbrew temu, co zadeklarował w odpowiedzi na odwołanie – w ogóle nie określił w s.i.w.z. sposobu jego weryfikacji. Świadczy już samo postępowanie Zamawiającego, który sposobem weryfikacji jego spełnienia uczynił wizję lokalną w siedzibie urzędu pocztowego wskazanego w ofercie Odwołującego jako placówka, w której będą świadczone usługi będące przedmiotem

28

Sygn. akt KIO 1339/14

zamówienia. W szczególności s.i.w.z. nie zawiera informacji, że Zamawiający zamierza *sprawdzić w ten sposób warunki prowadzonego oddziału/ filii/ placówki, a także być pewnym, że pobierane i przetrzymywane środki publiczne są bezpieczne.* {cytat z odpowiedzi

na odwołanie} Ponownie należy zauważyć w tym kontekście, że, po pierwsze Zamawiający odstąpił od sprecyzowania stosownego warunku udziału w postępowaniu, którego treścią objęte byłyby dysponowania oddziałem z określonym wyposażeniem technicznym oraz osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Natomiast tego typu działania potwierdzają, że przygotowana przez samego Zamawiającego treść oświadczenia w pkt 4 formularza ofertowego wymagała od wykonawcy, jak to już powyżej wskazano, sprecyzowania na terenie Jaworzna placówki, w której zobowiązuje się do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia w razie uzyskania przedmiotowego zamówienia, czyli od 1 stycznia 2015 r. Natomiast nie odnosiła się do potwierdzenia dysponowania taką placówką na dzień składania ofert.

Jednakże biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie podważał faktu istnienia na dzień składania ofert pomiędzy Bankiem Handlowym S.A. a Poczta Polska umowy dotyczącej outsourcingu usług bankowych tego pierwszego podmiotu w placówkach pocztowych posiadanych przez ten drugi podmiot {podnoszenie na rozprawie okoliczności braku umowy pomiędzy Bankiem Handlowym w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie a Urzędem Pocztowym Nr 1 w Jaworznie należy rozpatrywać w kategoriach nieporozumienia}, które w zależności od potrzeb Banku Handlowego, czyli zawarcia przez niego umowy z klientem zainteresowanym z korzystania jego usług na terenie, gdzie nie ma własnej placówki, a jest placówka pocztowa – równie dobrze można uznać, że stanowi to wykazanie przez Bank Handlowy posiadania na dzień składania ofert placówki na terenie Jaworzna, nawet jeżeli miała ona wówczas charakter uśpiony.

Treść przygotowanego przez Zamawiającego we wzorze formularza oferty oświadczenia wskazuje wyłącznie na „Oddział Banku”, podczas gdy w rozdziale II ust. 7 pkt 4 zd. 2 s.i.w.z. posługuje się terminologią „oddział, filia, placówka Banku”, która wskazuje na funkcjonalny charakter tego wymagania {z pewnością nie chodzi zatem o oddział banku ujawniony w KRS}. Jednocześnie ponieważ żadne postanowienie s.i.w.z. nie określa wymaganego przez Zamawiającego sposobu wypełnienia pkt 4 formularza ofertowego, zastrzeżenie w pkt 10 rozdziału IX s.i.w.z., że *wszelkie załączniki do niej powinny zostać wypełnione przez wykonawcę bez wyjątku i ściśle wg warunków i postanowień specyfikacji*, nie znajduje w tym przypadku innego zastosowania niż instrukcyjne. Takie znaczenie ma również wyrażone w zdaniu następnym zastrzeżenie, że *Wykonawca nie może dokonywać żadnych merytorycznych zmian w załącznikach i dostosowywać ich do własnych potrzeb*.

29

Sygn. akt KIO 1339/14

W szczególności znaczenie może mieć tylko, czy takie ewentualne dostosowanie do własnych potrzeb i wprowadzenie zmian do treści oświadczeń przygotowanych przez Zamawiającego ma znaczenie z punktu widzenia wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzenia zgodności zobowiązania wynikającego z oferty z treścią zobowiązania wymaganego na mocy s.i.w.z. Na marginesie można również odnotować, że tego typu sprzeczność oferty Odwołującego w istocie pozorna, gdyż odnosząca się wyłącznie do formalnego aspektu sposobu wypełnienia formularza oferty, również została podniesiona przez Zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie {w uzasadnieniu odrzucenia przytoczono jedynie wyjaśnienia własne wykonawcy na temat sposobu wypełnienia formularza oferty}.

Przede wszystkim w ocenie Izby sprecyzowanie przez Odwołującego w pkt 3 formularza ofertowego swojego oświadczenia woli w ten sposób, że usługi będące przedmiotem zamówienia będą świadczone w placówce Urzędu Pocztowego Jaworzno 1 z siedzibą w Jaworznie, nie jest sprzeczne z określonym w s.i.w.z. sposobem wykonania zamówienia polegającym na tym, aby wykonawca posiadał oddział lub filię lub placówkę banku na terenie Jaworzna, która w szczególności ma zapewniać przyjmowanie wpłat gotówkowych i dokonywanie wypłat gotówkowych, a sporadycznie przyjmowanie papierowych stanowisku Zamawiającego zleceń przelewów. Wbrew odmiennemu i Przystępującemu ma w tym zakresie znaczenie, że Zamawiający nie skorzystał z wynikającego z art. 36a ust. 2 pkt 1 pzp uprawnienia do zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, jeżeli uważał za konieczne, aby niektóre czynności wyszczególnione w rozdziale II ust. 7 s.i.w.z. były wykonywane przez statutową jednostkę organizacyjną banku-wykonawcy zlokalizowaną

na terenie Jaworzna, a nie przez jednostkę organizacyjną podwykonawcy. Natomiast Zamawiający wprost określił w ust. 14 tego rozdziału s.i.w.z., że nie dokonuje zastrzeżenia, o którym mowa w art. 36a ust. 2 ustawy pzp.

Upoważniało to Odwołującego do powierzenia prowadzenia punktu obsługi kasowo-bankowej podwykonawcy, na co wskazał w pkt 4 formularza ofertowego. Jednocześnie jest to spójne z treścią oferty wynikającą z pkt 3 formularza ofertowego. Należy zwrócić uwagę, że Odwołujący nie musiał wskazywać w pkt 4 nazwy (firmy) podwykonawcy, gdyż zgodnie z s.i.w.z. należało ją podać tylko wtedy, gdy wykonawca powołuje się na zasoby podwykonawcy na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b pzp, tj. w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp. Ponieważ Zamawiający nie sprecyzował żadnego z warunków, do których art. 26 ust. 2b pzp mógłby znaleźć zastosowanie, w istocie postanowienia s.i.w.z. dotyczące możliwości

30

Sygn. akt KIO 1339/14

polegania na zasobach podmiotu trzeciego przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu stanowią martwe zapisy.

Na marginesie odnotować należy, że zgodnie z ust. 3 art. 36a pzp poczynienie przez Zamawiającego zastrzeżenia wyłączającego w określonym zakresie podwykonawstwo, nie byłoby skuteczne w zakresie, w jakim wykonawca powołałby się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b pzp, w celu wykazania ewentualnego warunku udziału w postępowaniu wymagającego dysponowania oddziałem banku na terenie Jaworzna z określonym wyposażeniem technicznym i zatrudniającym osoby o określonych kwalifikacjach, doświadczeniu i wykształceniu niezbędnych dla wykonania zamówienia.

Reasumując, powyższe okoliczności świadczą o tym, że nie sposób egzekwować w sposób zgodny z przepisami ustawy pzp literalnie interpretowanego wymagania posiadania na dzień składania ofert własnego oddziału banku-wykonawcy na terenie Jaworzna, ani jako warunku podmiotowego, ani jako sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Po pierwsze opis sposobu oceny spełniania takiego warunku nie został zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu (w ogóle), ani w s.i.w.z. (nie wprost). Po drugie sformułowanie takiego warunku nie mogłoby z góry wykluczać możliwości wykazania jego spełniania przez poleganie na zasobach innego podmiotu. Po trzecie literalna interpretacja zd. 2 pkt 4 ust. 7 rozdziału II s.i.w.z. jako wymagania posiadania placówki banku na terenie Jaworzna na dzień złożenia oferty mogłaby być uzasadniona wyłącznie wtedy, gdyby był to opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pzp. Po czwarte – brak zastrzeżenia przez Zamawiającego w s.i.w.z. konieczności osobistego wykonywania zamówienia przez wykonawcę w jakimkolwiek zakresie nie pozwala również na interpretację, że niezgodne z treścią s.i.w.z. jest powierzenie świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia, w drodze tzw. outsourcingu bankowego, o którym mowa w art. 6a - 6c Prawa bankowego, innemu przedsiębiorcy posiadającemu placówkę na terenie Jaworzna wykonywania czynności bankowych objętych zakresem przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego zgłoszone przez Przystępującego na rozprawie dowody, potwierdzające niesporny fakt, że Bank Handlowy w Warszawie S.A. nie wynajmuje powierzchni w Urzędzie Pocztowym Jaworzno 1, w którym znajduje się oddział Banku Pocztowego S.A., okazały się zbędne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, z tego względu – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

31

Sygn. akt KIO 1339/14

Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak czynności tej winien dokonać Zamawiający wykonując niniejszy wyrok.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis.

Przewodniczący: