

**WYROK**

z dnia 21 grudnia 2010 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **8 grudnia 2010 r.** przez **ING Bank Śląski Spółka Akcyjna Centrum Bankowości Korporacyjnej w Gliwicach, ul. Zwycięstwa 28, 44-100 Gliwice**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze**.

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego się.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ING Bank Śląski Spółka Akcyjna Centrum Bankowości Korporacyjnej w Gliwicach, ul. Zwycięstwa 28, 44-100 Gliwice tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez Gminę Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7,**

**41-800 Zabrze** na rzecz **ING Bank Śląski Spółka Akcyjna Centrum Bankowości Korporacyjnej w Gliwicach, ul. Zwycięstwa 28, 44-100 Gliwice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:**

.....

## **UZASADNIENIE**

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Zabrze - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na obsługę bankową budżetu Miasta Zabrze. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 30 września 2010 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 30 listopada 2010 r. Zamawiający, drogą faksową zawiadomił wykonawcę ING Bank Śląski Spółka Akcyjna, adres korespondencyjny: Centrum Bankowości Korporacyjnej w Gliwicach, 44-100 Gliwice, ul. Zwycięstwa 28 (dalej : „ING” lub „Odwołujący”) o odrzuceniu jego oferty w trybie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp oraz o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. W uzasadnieniu wskazywał, że wskazana w ofercie Odwołującego cena stanowiąca koszt usług bankowych nie spełnia ustawowej definicji ceny i dlatego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferta została odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”).

W dniu 8 listopada 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ING. W tej samej dacie Odwołujący, w formie faksu, przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego się, a także naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący się żądał uznania za nieważną czynności Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu wraz z dokonaniem wyboru oferty Odwołującego się, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał na nietrafność argumentów Zamawiającego z punktu widzenia przepisów prawa cywilnego, a także przepisów Pzp oraz specyfikacji

istotnych warunków zamówienia. Podnosił między innymi, że w żadnym miejscu siwz oraz Ogólnych Warunkach Umowy, Zamawiający nie zastrzegł, iż składniki ceny całkowitej oraz ceny jednostkowe muszą być wyższe od zera, jakkolwiek co do zasady nie mogą być ujemne. Specyfikacja zawierała jedynie zapis, iż „cena i jej elementy muszą być wyrażone w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (groszy)”. Zdaniem Odwołującego, jego oferta nie stoi w sprzeczności z siwz w przedmiocie wysokości zaproponowanej ceny usług bankowych (jako składnika ceny ryczałtowej) - z przyczyny ustalenia ceny dla jednego komponentu w wysokości 0 złotych. W szczególności podkreślał, cena za wykonanie zamówienia, jako suma ceny usług bankowych ( $C_B$ ) oraz oprocentowania środków na rachunku bieżącym ( $C_0$ ) spełnia kryterium podane przez Zamawiającego w siwz. Odwołujący powoływał się na przyjętą na polskim rynku bankowym praktyką, zgodnie z którą przy ustalaniu ceny za konkretne usługi bankowe, zwłaszcza świadczone drogą elektroniczną i przy czynnym bezpośrednim zaangażowaniu samego klienta lub wręcz przy samodzielnej realizacji danej usługi przez klienta w domenie internetowej, banki pobierają z tego tytułu opłatę 0,00 zł. Wobec tego - z braku stosownych przepisów zakazujących dowolnego ustalenia ceny jednostkowej z zastrzeżeniem ceny nieujemnej (równej lub większej od zera) - zaproponowanie przez Odwołującego tylko dla jednego komponentu ceny równej 0,00 zł, nie może mieć innego znaczenia niż „techniczne”, gdyż element ten włączony jest później do szerszego ciągu kalkulacyjnego zwracającego wartość wynikową. W opinii Odwołującego, rozstrzygająca w tym przypadku winna być sama intencja Zamawiającego wyrażona w wyznaczeniu wynagrodzenia ryczałtowego.

W piśmie z dnia 15 grudnia Zamawiający wyraził swoje stanowisko i wniósł, o oddalenie odwołania ING oraz o zasądzenie kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 zł oraz kosztów dojazdu pełnomocników. W piśmie wskazywał między innymi, że przedstawiona w ofercie ING kwota 0 zł w zakresie usług bankowych nie może być traktowana jako cena zgodnie z definicją ustawową. Ponadto podkreślał, że Zamawiający nie unieważnił postępowania z powodu błędu w cenie lecz wskutek wskazania jedynego kryterium oceny ofert w wysokości 0 zł, czyli nie spełniającej definicji ceny. Zdaniem Zamawiającego, w świetle jednoznacznej definicji zawartej w ustawie o cenach, do której przepisów odsyła Pzp oraz ugruntowanego stanowiska judykatury wszelkie zarzuty Odwołującego należy uznać za bezzasadne.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę, odpowiedź na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W pkt 12 siwz „Sposób obliczania ceny” Zamawiający podał, że pojęcie ceny należy rozpatrywać w oparciu o definicję ceny zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o cenach”.

Następnie określił, że cenę oferty stanowi suma wartości wszystkich jej elementów zawierająca wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia określonego w pkt 3 SIWZ. Cenę oferty, tj. koszt obsługi bankowej budżetu miasta Zabrze (C), stanowi łączny koszt, cena usług bankowych ( $C_B$ ) i oprocentowania środków ( $C_0$ ), w okresie 5 lat.

$$C = C_B + C_0$$

W celu obliczenia całkowitej ceny oferty, przyjmuje się stałą (ryczałtową) wysokość kosztu kredytu w rachunku bieżącym, w okresie 5 lat, wyliczoną wg. wzoru określonego w punkcie 12 siwz.

Zamawiający ustalił, że cena oferty i jej elementy oraz ceny jednostkowe, muszą być wyrażone w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (groszy).

W pkt 13.1.1 siwz Zamawiający określił, że wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji, tj.  $C_B$  - cena za usługi bankowe (koszt usług bankowych) w okresie 5 lat, - 100%

W § 3 Ogólnych Warunków Umowy Zamawiający określił, cena ryczałtowa obejmuje wszystkie czynności wymienione w § 1 pkt 3 umowy.

W ofercie Odwołującego w Formularzu cenowym wskazano:

1. Koszt usług bankowych ( $C_B$ ) w okresie 5 lat:

$$C_B = 0,0 \text{ PLN (słownie: zero złotych)}$$

1.1 Koszt – cena usług bankowych w okresie 1 miesiąca\*)

$$C_{B1} = C_B / 60$$

$$C_{B1} = 0,0 \text{ PLN (słownie: zero złotych)}$$

2. Oprocentowanie kredytu na rachunku bieżącym ( $C_0$ ) w okresie 5 lat:

$$(C_0) = 488.888,89 \text{ PLN}$$

(słownie: czterysta osiemdziesiąt osiem tysięcy osiemset osiemdziesiąt osiem złotych 89/100)

Cena za obsługę bankową budżetu miasta Zabrze (C) w okresie 5 lat:

$$C = C_B + C_0$$

$$C = 0,0 + 488.888,89 = 488.888,89 \text{ PLN}$$

(słownie: czterysta osiemdziesiąt osiem tysięcy osiemset osiemdziesiąt osiem złotych 89/100)

**Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzo oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp podniesione w odwołaniu potwierdziły się.

Zamawiający w specyfikacji w zakresie definicji ceny zawarł odesłanie do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach a następnie precyzyjnie określił, że cenę oferty stanowi suma wartości wszystkich jej elementów zawierająca wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia określonego w pkt 3 SIWZ. Cenę oferty, tj. koszt obsługi bankowej budżetu miasta Zabrze (C), stanowi łączny koszt, cena usług bankowych ( $C_B$ ) i oprocentowania środków ( $C_0$ ), w okresie 5 lat.

Izba podkreśla, że w zakresie przedmiotowego postępowania nie bez znaczenia jest fakt, iż Zamawiający nie zawarł zapisu, że poszczególne elementy całkowitej ceny oferty nie

mogą być ustalane na poziomie „0” lub też ujemnym a powołał się na definicję ceny zawartej w ustawie o cenach.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy za cenę należy uznać wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że odesłanie w ustawie Pzp przez ustawodawcę do powyższej definicji ceny zawartej w ustawie o cenach należy rozpatrywać w kontekście całkowitej ceny oferty za wykonanie przedmiot zamówienia w tym przypadku usługi polegającej na obsłudze bankowej budżetu miasta Zabrze. Istotnym jest, że przepisy ustawy Pzp pojęcie „cena” odnoszą wyłącznie do ceny oferty (np. art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 2 Pzp) i w tym też zakresie znajduje zastosowanie definicja ceny zawarta w ustawie o cenach. Zdaniem Izby badanie zgodności z przywołanymi przepisami ustawy pojedynczej pozycji kalkulacji w ofercie Odwołującego nie jest prawidłowe. Art. 14 Pzp nakazuje do czynności podejmowanych w postępowaniu stosować przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Skoro zatem pojęcie „cena” odnosi się na gruncie przepisów Pzp do ceny oferty, a posiłkowo stosować można wyłącznie przepisy kodeksu cywilnego, to nie ma podstaw prawnych do odwołania się do ustawy o cenach w zakresie niezgodności z jej przepisami jednej pozycji wyceny i wywodzenia na tej podstawie niezgodności oferty ING z treścią siwz i domaganie się odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. (orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o Sygn. akt KIO/UZP 1093/08). Wobec powyższego Zamawiający winien za cenę przyjąć całkowitą cenę oferty za wykonanie usługi na którą składała się suma wartości wszystkich jej elementów, tj. koszt usług bankowych ( $C_B$ ) oraz oprocentowania środków ( $C_0$ ), w okresie 5 lat.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, który niniejszą regulację ustawy o cenach odnosi do poszczególnych składników ceny a nie ceny całkowitej oferty wskazując na zapisy siwz w których określił, że cena oferty i jej elementy oraz ceny jednostkowe, muszą być wyrażone w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (groszy). Odnosząc się do powoływanych przez Zamawiającego orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (Sygn. akt KIO/UZP 1622/09, KIO/UZP 1647/09), Izba wskazuje, że w przedmiotowej sytuacji mamy do czynienia z odmiennym stanem faktycznym w którym przywołane orzeczenia nie znajdują zastosowania i potwierdzenia.



Z ustaleń Izby wynika wprost, że zarówno cena całkowita, jak i jej poszczególne składniki zostały wyrażone prawidłowo i zgodnie z postanowieniami siwz, gdyż cenę za obsługę bankową budżetu miasta Zabrze (C) w okresie 5 lat skalkulowano na poziomie 488.888,89 PLN, natomiast jej poszczególne składniki wynosiły odpowiednio: koszt obsługi bankowej - 0,0 PLN oraz koszt w zakresie oprocentowanie kredytu na rachunku bieżącym 488.888,89 PLN.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom Odwołującego, który podnosił, że to właśnie wykonawca, a nie Zamawiający, jest podmiotem który jest profesjonalista w zakresie usług bankowych i posiada odpowiednią wiedzę oraz kwalifikacje uprawniające go do prawidłowego i optymalnego oszacowania kosztów w zamawianym zakresie. Ponadto, Izba uznała za przekonujące i prawdziwe twierdzenie Odwołującego, który stwierdził, że powszechną, przyjętą na polskim rynku praktyką bankową jest ustalanie ceny za konkretne usługi bankowe, zwłaszcza świadczone drogą elektroniczną i przy czynnym bezpośrednim zaangażowaniu samego klienta lub wręcz przy samodzielnej realizacji danej usługi przez klienta w domenie internetowej, opłaty na poziomie 0,00 zł.

Biorąc pod uwagę zapisy siwz w niniejszym postępowaniu oraz przepis art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach Izba potwierdziła zgodność oferty Odwołującego w powyższym zakresie z treścią specyfikacji. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający w sposób nieuprawniony w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił ofertę Odwołującego się jako niezgodną ze specyfikacją a w konsekwencji unieważnił postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Izba stwierdza, że naruszenie ww. przepisów miało wpływ na wynik postępowania. Wobec tego Izba nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w siwz z uwzględnieniem oferty Odwołującego się.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 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).

**Przewodniczący:**

.....