

Sygn. akt: KIO 2725/11

**WYROK**  
z dnia 3 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2011 r. przez **Bank Millenium S.A. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Agencję Rozwoju Przemysłu S.A. w Warszawie**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania;
2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Rozwoju Przemysłu S.A. w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Bank Millenium S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. w Warszawie** na rzecz **Banku Millenium S.A. w Warszawie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Agencja Rozwoju Przemysłu S.A. w Warszawie zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie w celu zawarcia umowy na usługi świadczenia obsługi bakowej dla Agencji Rozwoju Przemysłu S.A.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 lipca 2011 r. pod numerem 206336 – 2011.

W dniu 15 grudnia 2011 r. pismem z tego samego dnia zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu m.in. Bank Millennium (dalej „odwołujący”) o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Bank BPH S.A. w Krakowie (dalej „BPH”) oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Dnia 20 grudnia 2011 r. odwołujący wniósł pismem z tego samego dnia odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując zamawiającemu (wpływ bezpośredni w dniu 20 grudnia 2011 r. potwierdzony prezentatą).

Odwołujący zakwestionował odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp i w konsekwencji dokonanie wadliwej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej która, wobec bezpodstawnego pominięcia oferty odwołującego, doprowadziła do dokonania wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez BPH. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewniał zachowania uczciwej konkurencji oraz uczciwego traktowania wykonawców w postępowaniu,
2. art. 2 pkt 13 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach poprzez przyjęcie, iż zamówienia publiczne muszą być „odpłatne” w każdym elemencie oferty,
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy polegające na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego, przy braku zaistnienia przesłanki do odrzucenia oferty,
4. art. 91 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty nie przedstawiającej najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”), jak również uznanie, iż przepis ten zobowiązuje bezwzględnie wykonawców do podawania zawsze w ofercie ceny rozumianej jako wartość większa niż „0” zł,
5. art. 92 ust. 1 ustawy przez nieprawidłowe powiadomienie odwołującego o wynikach czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, bez wskazania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego,
6. art. 93 ust. 7 ustawy w związku z faktem, iż siwz jest obarczony wadą uniemożliwiającą porównanie cen.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- przyznanie odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jest niezgodna z ustawą. Naruszonego w tym wypadku przepisu zamawiający upatruje w art. 2 pkt 13 Pzp (w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach), art. 86 ust. 4 Pzp oraz art. 91 ust. 2 Pzp. Zdaniem zamawiającego brak było możliwości podania w ofercie, w zakresie świadczenia usług obsługi bankowej zamawiającego, ceny „0” zł. Odwołujący podniósł, iż cena w jego ofercie została podana w jednostkach pieniężnych, zgodnie z właściwymi przepisami (co jest rozwiązaniem prawnie dopuszczalnym - w przeciwnym wypadku brak byłoby możliwości podania ceny „0” zł na paragonach i w ewidencji księgowej).

Dalej odwołujący dowodził, iż art. 2 pkt 13 Pzp w istocie odnosi się do pewnej zasady, która nie może być rozumiana w sposób absolutny, iż w żadnej części zamówienia nie jest możliwe zaistnienie ceny „0”. Co więcej, zasada odpłatności odnosi się bardziej do kwestii

ekwiwalentności świadczeń, tzn. zamawiający musi spełnić jakieś świadczenie wzajemne na rzecz wykonawcy. Powołując orzeczenie KIO z dnia 28 października 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2246/10), stwierdził, iż kwestię odpłatności oferty należy rozumieć szeroko i uwzględniać wszystkie elementy oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż po pierwsze, stosownie do siwz, bieżąca obsługa bankowa zamawiającego obejmowała w szczególności (pkt 3.2.7 i 3.2.8):

- a) oprocentowanie środków pieniężnych na wszystkich obsługiwanych rachunkach,
- b) automatyczne przenoszenie nadwyżki środków pozostających na koniec dnia na rachunkach bankowych na rachunki lokat typu „overnight” w przypadku, gdy stawka oprocentowania będzie wyższa niż oprocentowanie środków na rachunkach bankowych.

Powyższe koresponduje z kryteriami oceny ofert, które były następujące:

- 1) Kryterium 1 - cena za wykonanie Przedmiotu zamówienia - 45%,
- 2) Kryterium 2 - oprocentowanie rachunku bieżącego i rachunków pomocniczych obliczone w oparciu o stawkę WIBID 1M minus koszty banku - 10%.
- 3) Kryterium 3 - oprocentowanie lokat typu overnight obliczone o stawkę WIBID O/N minus koszty banku - 15%
- 4) Kryterium 4 - wskaźnik jakościowy - ocena funkcjonalności systemu bankowości elektronicznej - 30%.

Zatem „cena za wykonanie Przedmiotu zamówienia” była tylko jednym z kryteriów oceny ofert i w istocie nie obejmowała innych świadczeń, jakie dzięki realizacji zamówienia dla zamawiającego, otrzymałby wykonawca (w istocie to kryterium pomija kwestię możliwości zarabiania przez wykonawcę na obrocie pieniądzem). W istocie bowiem „cena za wykonania Przedmiotu zamówienia” odnosiła się raczej do zryczałtowanej opłaty za gotowość do świadczenia usług - bank bowiem zarabia w przypadku tego typu usług praktycznie jedynie na zyskach z obrotu środkami zdeponowanymi przez zamawiających. Bank kalkuluje opłacalność współpracy z klientem w oparciu o całość produktów i usług, z jakich klient będzie korzystać - wśród podstawowych źródeł dochodów dla banku są przychody odsetkowe, gdyż opłaty i prowizje są w obecnej sytuacji rynkowej składnikiem marginalnym. Z tego względu najważniejsze znaczenie mają przychody odsetkowe. Dodał także odwołujący, iż w ofercie BPH przyjęto „cenę za wykonanie Przedmiotu zamówienia” na poziomie 0,01 zł, zatem różnica w stosunku do oferty odwołującego wynosi jeden grosz. Tymczasem odwołujący zaoferował oprocentowanie rachunku bieżącego i rachunków pomocniczych obliczone w oparciu o stawkę WIBID 1M minus koszty banku (do tego zaś trzeba uwzględnić korzyści uzyskiwane przez wykonawcę na obrocie środkami

zgrupowanymi na rachunkach), jak również zaoferował oprocentowanie lokat typu overnight obliczone o stawkę WIBID O/N minus koszty banku. W konsekwencji nie ma możliwości, by odwołujący nie „zarobił” na świadczeniu usług dla zamawiającego, zatem nieuprawnione jest twierdzenie, że byłoby to świadczenie nieodpłatne.

Po drugie odwołujący wskazał, iż siwz sporządzona przez zamawiającego nie zawiera postanowień, które wykluczałyby możliwość zaoferowania ceny „0” zł za wykonanie usług będących przedmiotem zamówienia w sytuacji, gdy wykonawca także uzyskuje od zamawiającego korzyść majątkową w innej formie.

Konkludując odwołujący wskazał, iż w tym stanie faktycznym odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

W dniu 21 grudnia 2011 r. pismem z tego samego dnia zamawiający wezwał BPH do zgłoszenia przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego przekazując kopię odwołania.

W odpowiedzi BPH pismem z dnia 22 grudnia 2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby dnia 23 grudnia 2011 r.) zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego podpisane przez radcę prawnego Katarzynę P na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 lipca 2010 r. (nr rej. DP/P/377/2010, w którym została umocowana do „jednoosobowego działania (...) przed sądami administracyjnymi i powszechnymi (...), a także przed Sądem Najwyższym oraz Naczelnym Sądem Administracyjnym (...). Pełnomocnictwo uprnia także do występowania w imieniu Banku (...) przed organami administracji rządowej i samorządowej we wszystkich postępowaniach, również nadzwyczajnych, w których Bank (...) jest stroną (zobowiązany, zainteresowany). Ponadto, Pełnomocnik jest uprawniony do występowania (...) w postępowaniu egzekucyjnym sądowym i administracyjnym”. Kopię zgłoszenia w dniu 22 grudnia 2011 r. przekazano zamawiającemu oraz odwołującemu.

Na rozprawie w dniu 3 stycznia 2012 r. strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

Odwołujący w zreferowanym powyżej odwołaniu w sposób zgodny z rzeczywistością przytoczył postanowienia siwz dotyczące opisu przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym bieżącej obsługi bankowej (pkt 3.2.7 oraz 3.2.8 siwz), jak również kryteria oceny ofert (pkt 14 siwz) oraz treść pkt. 1 oferty odwołującego (k. 2 formularza oferty odwołującego).

Dodać trzeba, iż zamawiający opisując sposób obliczenia ceny za wykonanie całości zamówienia wymagał podanie jej w walucie polskiej w ujęciu cena netto oraz cena brutto (pkt 10.1 siwz). Sposób przedstawienia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 1 do siwz (pkt 10.2 siwz). Wszystkie ceny: netto i brutto, wyszczególnione w ofercie powinny zostać podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (pkt 10.3 siwz). W cenie oferty wykonawca zobowiązany jest ująć wszelkie swoje koszty i wydatki związane z wykonaniem przedmiot zamówienia (pkt 10.4 siwz). Dalej zamawiający dodał, iż wykonawca nie będzie pobierał opłat i prowizji za wpłaty i wypłaty gotówkowe na rachunek i z rachunku zamawiającego, realizację przelewów dokonywanych przez zamawiającego na rzecz osób trzecich posiadających rachunek bankowy w banku wykonawcy, realizację przelewów dokonywanych przez zamawiającego wewnątrz banku wykonawcy pomiędzy rachunkami zamawiającego i jego oddziałów, potwierdzenia sald. W powołanym załączniku nr 1 do siwz w pkt. 1 zamawiający wymagał podania ceny netto i ceny brutto (w złotych) za wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w siwz przez okres 48 miesięcy. Ponadto należało podać oprocentowanie rachunku bieżącego i rachunków pomocniczych obliczone w oparciu o stawkę WIBID 1M minus koszty banku (pkt 2 formularza oferty) oraz oprocentowanie lokat typu overnight obliczone o stawkę WIBID O/N minus koszty banku (pkt 3 formularza oferty).

W uzupełnieniu wskazać także należy na wzór mający znaleźć zastosowanie do oceny oferty w kryterium cena (kryterium 1), zgodnie z którym, aby obliczyć liczbę punktów przyznanych wykonawcy w tym kryterium należy cenę całkowitą najtańszej ofert podzielić przez cenę całkowitą badanej oferty, pomnożyć przez 100 pkt oraz 45%. Liczba punktów ma być zaokrąglona z dokładnością do czterech miejsc po przecinku.

W formularzu ofertowym odwołujący w pkt. 2 podał wartość 0,4 %, a w pkt. 3 „(-0,25) (marża dodatnia)” (k. 2 formularza ofertowego).

Zamawiający pismem z dnia 25 listopada 2011 r. wystąpił do odwołującego o przedstawienia dodatkowych informacji dotyczących wyjaśnienia przyczyny zaoferowania „kwoty zerowej (0zł) jako cenę netto i brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia

opisanego w pkt. 3 siwz. Zamawiający powołał w piśmie zasadę odpłatności umów wynikającą z art. 2 pkt 13 Pzp oraz wskazał, iż obowiązkowym składnikiem oferty jest cena jako wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych. Dodał, iż podanie ceny zerowej uniemożliwia zamawiającemu porównanie ofert i dokonanie ich oceny w zakresie kryterium ceny z zastosowaniem wzoru podanego w pkt. 14.5 siwz. Ponadto zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie wysokości zaproponowanego przez odwołującego oprocentowania.

W odpowiedzi pismem z dnia 1 grudnia 2011 r. odwołujący wskazał, iż żadne znane odwołującemu przepisy ani orzecznictwo nie zabrania stosowania ceny „0” zł. Wyjaśnił, iż głównym źródłem przychodów banku jest „szeroko rozumiany obrót środkami złożonymi a rachunkach i depozytach przez klientów”. Przychód ten pozwala w całości pokryć koszty ponoszone w związku z bieżącą obsługą i wykonywaniem czynności takich jak przelewy, wpłaty, wypłaty czy prowadzenie rachunku. Aktualnie stosowana technologia umożliwiająca pełne zautomatyzowanie procesu obsługi transakcji sprawia, iż koszty te stają się pomijalne. Zwrócił uwagę, iż cena 0 zł za prowadzenie rachunków czy przeprowadzanie rozliczeń pieniężnych jest powszechną praktyką rynkową w sektorze bankowym. Co do proponowanego oprocentowania wyjaśnił, iż nominalnie oprocentowanie podane w pkt. 2 formularza ofertowego wynosi 4,10%, a w pkt. 3 formularza ofertowego 4,25%.

BPH oraz BRE Bank S.A zaoferowali cenę 0,01 zł.

Zamawiający w dniu 15 grudnia 2011 r. zawiadomił na podstawie art. 92 ust. 1 Pzp odwołującego za pośrednictwem faksu o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez BPH oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż oferta ta „zawiera cenę netto i cenę brutto w wysokości 0 zł (zero złotych)”. Zamawiający argumentował, iż cena stanowi niezbędny element oferty (art. 86 ust. 4 Pzp). Definicja ceny (art. 2 pkt 1 Pzp) odwołuje się do art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach, „mówiąc o wartości wyrażonej w jednostkach pieniężnych” Wobec treści art. 91 ust. 2 Pzp zamawiający przyjął, iż cena jest obligatoryjnym kryterium oceny ofert, co oznacza, iż wykonawca zobowiązany jest do podania w ofercie ceny wyrażonej w jednostkach pieniężnych za jaką oferuje wykonanie zamówienia. Zamawiający w dalszej części uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego stwierdził, iż „nie sposób uznać, iż podanie wartości 0 zł jest podaniem ceny w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach. Nie ma w obrocie handlowym jednostek pieniężnych o nominale 0 zł. Nieodpłatność jest przeciwieństwem odpłatności wyrażonej przez podanie ceny określonej w jednostkach pieniężnych, gdy tymczasem z samej definicji zamówienia publicznego zawartej w art. 2 pkt 1 ustawy wprost wynika, iż jest ono odpłatne. Przy decydowaniu o odrzuceniu oferty (...) zamawiający oparł się w



szczegółności na Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO/KD 93/10).”

**Uwzględniając tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca BPH nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego, bowiem osoba podpisująca zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego tj. radca prawny Katarzyna P nie była umocowana do dokonania tej czynności w imieniu swojego mocodawcy. Umocowanie takie nie wynika z treści przedłożonego wraz ze zgłoszeniem pełnomocnictwa z dnia 26 lipca 2010 r. ani z żadnego innego dokumentu przedstawionego przez BPH. Zakres pełnomocnictwa wskazuje na umocowanie do działania przed sądami administracyjnymi i powszechnymi, a także przed Sądem Najwyższym, Naczelnym Sądem Administracyjnym, organami administracji rządowej i samorządowej we wszystkich postępowaniach, również nadzwyczajnych oraz do występowania w postępowaniu egzekucyjnym sądowym i administracyjnym.

Krajowa Izba Odwoławcza nie jest żadnym z wymienionych w pełnomocnictwie podmiotów, a postępowanie przed Izbą nie sposób zakwalifikować jako postępowanie egzekucyjne. W szczególności podkreślenia wymaga, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie może być zaliczona do kategorii „organów administracji rządowej”, co potwierdza m.in. postanowienie NSA z dnia 27 września 2011 r. (sygn. akt II GSK 1842/11), w którym słusznie zauważono, iż ani Prezes Izby, ani Krajowa Izba Odwoławcza nie są organami administracji publicznej w rozumieniu kpa. Jak wskazał Sąd „postępowanie przed Izbą nie jest postępowaniem administracyjnym, gdyż nie rozstrzyga ono w drodze decyzji administracyjnej indywidualnej sprawy z zakresu administracji publicznej. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznaje spory w kontradiktoryjnym postępowaniu rozpoznawczym, stosując przepisy ustawy prawo zamówień publicznych oraz odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym”. Dalej Sąd wyraził pogląd w pełni aprobowany przez skład orzekający Izby, iż Krajowa Izba Odwoławcza stanowi „specjalny organ władzy publicznej powołany do

rozpoznawania spraw cywilnoprawnych w ramach udzielenia zamówienia publicznego”. W konsekwencji – jak Izba wskazała wyżej – BPH nie uzyskało statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron, Izba uwzględniła odwołanie.

Istotą sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest prawidłowość odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp tj. jako niezgodnej z art. 86 ust. 4 w zw. z art. 2 pkt 1 oraz 13 Pzp oraz ocena, czy w sprawie znajduje zastosowanie przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp obligujący do unieważnienia postępowania, gdy obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

I.

Przechodząc do rozstrzygnięcia pierwszej ze wskazanych powyżej kwestii spornych Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, iż złożona przez niego oferta odpowiada ustawie, zatem zamawiający nie był uprawniony do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Po pierwsze zauważyć należy, iż wbrew stanowisku zamawiającego oferta odwołującego zawiera cenę zdefiniowaną w art. 2 pkt 1 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem przez cenę rozumieć należy cenę w znaczeniu nadanym ustawą z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.). Zatem, co istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania, cena stanowi wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący (zamawiający) jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy (wykonawcy) za towar lub usługę (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach). W konsekwencji cena 0 złotych odpowiada tak zdefiniowanemu pojęciu ceny. „0” niewątpliwie stanowi określoną wartość, która została przez odwołującego wyrażona w jednostkach pieniężnych tj. w złotych.

Po drugie nietrafnie zamawiający argumentował, że konsekwencją zaoferowania w stanie faktycznym sprawy realizacji zamówienia za cenę 0 zł musi być stwierdzenie, iż w ogóle nie może być mowy o zamówieniu publicznym w rozumieniu nadanym art. 2 pkt 13 Pzp, bowiem umowa zawarta pomiędzy odwołującym a zamawiającym pozbawiona byłaby waloru odpłatności będącego warunkiem sine qua non uznania umowy za zamówienie publiczne.

Stosownie do treści art. 2 pkt 13 ustawy zamówieniem publicznym jest odpłatna umowa zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W tym rozumieniu, dla wskazania, że zawarcie określonej umowy jest udzieleniem zamówienia publicznego, wymagane jest spełnienie następujących warunków:

- umowa musi być odpłatna,
- jej stronami muszą być co najmniej zamawiający i wykonawca,
- przedmiotem tej umowy muszą być usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania skoncentrować należy rozważana na pojęciu umowy odpłatnej. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, na podstawie której każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Zatem odwołując się do definicji zamówienia publicznego można stwierdzić, iż jest ono umową zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, w wykonaniu której korzyść majątkową otrzymują zarówno zamawiający – na jego rzecz wykonawca realizuje usługę, dostawę lub robotę budowlaną, jak i wykonawca – najczęściej w postaci zapłaty (przy czym nie jest istotne, czy środki pochodzą od strony umowy, czy też od osoby trzeciej) lub w innej, niekoniecznej pieniężnej, formie (usługi, rzeczy, wierzytelności, inne prawa) mającej wartość majątkową. Izba podziela w tej kwestii stanowisko zaprezentowane przez KIO w wyroku z dnia 8 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2542/11), zgodnie z którym pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko i obejmuje ono nie tylko świadczenia pieniężne, lecz również każdy rodzaj korzyści, które zamawiający akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia. Ocena odpłatnego charakteru umowy powinna być zatem zgodnie z dyspozycją art. 139 ust. 1 ustawy, dokonywana z uwzględnieniem reguł właściwych dla umów prawa cywilnego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt badanej sprawy podkreślenia wymaga, iż źródłem przychodu odwołującego – jak wyjaśnił w odwołaniu oraz na rozprawie - będzie bieżąca obsługa bankowa zamawiającego, w szczególności w zakresie wynikającym z pkt. 3.2.7 i 3.2.8 siwz. Ponadto w piśmie z dnia 1 grudnia 2011 r. odwołujący wskazał na szeroko rozumiany obrót środkami złożonymi na rachunkach oraz depozytach, stanowiący źródło przychód pozwalające w całości pokryć koszty ponoszone w związku z bieżącą obsługą i wykonywaniem czynności takich jak przelewy, wpłaty, wypłaty czy prowadzenie rachunku. Wyjaśnił, iż aktualnie stosowana technologia umożliwia pełne zautomatyzowanie procesu obsługi transakcji, co w konsekwencji powoduje, iż koszty te stają się pomijalne. Zwrócił

uwagę, iż cena 0 zł za prowadzenie rachunków czy przeprowadzanie rozliczeń pieniężnych, jest powszechną praktyką rynkową w sektorze bankowym.

Odnieść się w tym miejscu trzeba także do postanowienia siwz zakazującego wykonawcy pobierania opłat i prowizji za wpłaty i wypłaty gotówkowe na rachunek i z rachunku zamawiającego, realizację przelewów dokonywanych przez zamawiającego na rzecz osób trzecich posiadających rachunek bankowy w banku wykonawcy, realizację przelewów dokonywanych przez zamawiającego wewnątrz banku wykonawcy pomiędzy rachunkami zamawiającego i jego oddziałów, potwierdzenia sald. Izba zgadza się z zamawiającym, iż treść powołanego postanowienia odnosi się do fazy realizacji umowy (mimo, iż zamieszczonego w pkt. 14 siwz dotyczącym kryteriów oceny ofert). Jednocześnie bowiem zamawiający wprost wymagał, aby w cenie oferty wykonawca ujął wszelkie swoje koszty i wydatki związane z wykonaniem przedmiot zamówienia (pkt 10.4 siwz), zatem także koszty związane ze wskazanymi wyżej opłatami i prowizjami.

Odwołujący uczynił zadość zawartym w siwz wytycznym w zakresie dotyczącym sposobu obliczenia ceny oraz jej prezentacji w formularzu ofertowym. Skalkulował koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia opisanego w pkt. 3 siwz na 0 zł, jednocześnie jednak odpowiednio ustalił oprocentowanie podlegające ocenie w kryterium 2 i 3 siwz, tak aby zarobić na realizacji umowy na rzecz zamawiającego, co przesądza o odpłatnym charakterze przyszłej umowy zawartej pomiędzy zamawiającym, a odwołującym. Jak odwołujący wskazywał m.in. w piśmie z dnia 1 grudnia 2011 r. szeroko rozumiany obrót środkami złożonymi na rachunkach oraz depozytach, stanowi źródło przychód pozwalające w całości pokryć koszty ponoszone przez bank w związku z bieżącą obsługą i wykonywaniem czynności takich jak przelewy, wpłaty, wypłaty czy prowadzenie rachunku. Dodać trzeba, iż uprawnienie banku do obracania środkami klienta w czasie, gdy są one zgromadzone na jego rachunku, wynika wprost z treści art. 726 kc. Jednocześnie należy wskazać, iż aktualnie powszechną praktykę rynkową (czego zamawiający w toku postępowania dowodnego nie kwestionował) stanowi, w szczególności w odniesieniu do prowadzenia rachunków oraz przeprowadzania rozliczeń pieniężnych, stosowanie ceny zero złotych (lub zbliżonych), czego dowodzi także fakt, że konkurenci odwołującego zaoferowali ceny podlegające ocenie w kryterium 1 oscylujące koło 0 zł tj. 0,01 zł. Tym samym Izba stwierdziła, iż umowa zawarta z odwołującym będzie odpowiadała definicji zamówienia publicznego, określonej w art. 2 pkt 13 Pzp tj. będzie umową odpłatną, wzajemną o charakterze majątkowym. Izba podkreśla, iż wbrew stanowisku zamawiającego żaden przepis ustawy nie wymaga od wykonawcy podania w ofercie ceny rozumianej jako wartość większa od 0 zł.

W konsekwencji oferta odwołującego w zakresie kwestionowanym przez zamawiającego odpowiada ustawie, zatem jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp było nieuprawnione i stanowiło także uchybienie wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasadzie prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 91 ustawy – odwołujący nie wykazał, aby zamawiający stosował do oceny ofert inne kryteria, niż określone w siwz. Izba nie dopatrzyła się również uchybienia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 Pzp. Zdaniem Izby w piśmie z dnia 15 grudnia 2011 r. zamawiający podał zarówno uzasadnienie prawne, jak i korespondujące z nim uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w sposób pozwalający na zidentyfikowanie przesłanek decyzji zamawiającego i umożliwiające ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu (vide: wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1761/11).

## II.

Odwołujący sformułował także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy (jak wyjaśniono na rozprawie powołanie w odwołaniu ustępu 7 art. 93 stanowiło omyłkę redakcyjną). Powołany przepis obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania, gdy obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W realiach rozpoznawanej sprawy Izba podzieliła argumentację odwołującego, iż postanowienia sporządzonej przez zamawiającego siwz w zakresie dotyczącym kryteriów oceny ofert (kryterium 1) uniemożliwiają dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Uchybienie to niewątpliwie może mieć wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 Pzp).

Nie jest sporne, iż wzór przyjęty w siwz dla oceny ofert w kryterium 1 uniemożliwia ich porównanie w sytuacji, gdy choćby w jednej z ofert zaproponowano realizację zamówienia za cenę 0 zł. Zastosowanie wzoru w takiej sytuacji wymagałoby dzielenia przez zero, co – jak powszechnie wiadomo – nie jest działaniem matematycznym możliwym do wykonania. Wymaga zatem rozważenia, jakie konsekwencje dla wykonawców i prowadzonego postępowania ma przytoczone ukształtowanie postanowień siwz w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się do tak zakreślonej kwestii spornej należy wskazać, iż teza zamawiającego sprowadzająca się do twierdzenia, iż wykonawcy nie kwestionowali postanowień siwz w zakresie dotyczącym kryterium 1 siwz, co przesądza o konieczności dokonania wyboru

oferty najkorzystniejszej przy zastosowania tychże wadliwych kryteriów, nie jest przekonująca.

Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz niepodlegającej unieważnieniu umowy. Tym samym wnioskować należy, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenie zamówienia (zawarcia umowy) (vide: wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2685/10 oraz 2686/10). Zgodnie z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Uznanie argumentacji zamawiającego za prawidłową prowadziłoby wprost do naruszenia fundamentalnych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp wymagających od zamawiającego przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jednocześnie zgodzić się należy z odwołującym, który podnosił na rozprawie, iż wszelkie niespójności czy sprzeczności w siwz należy interpretować na korzyść wykonawców. Na gruncie badanej sprawy nie jest jednak możliwym w drodze wykładni zniwelowanie stwierdzonych w siwz nieprawidłowości w zakresie dotyczącym sposobu porównania ofert w kryterium 1. Błąd ten ma charakter w fazie oceny ofert nieusuwalny i jedynym możliwym w kontekście zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp rozstrzygnięciem jest unieważnienie postępowania.

Powyższe nie oznacza, iż wykonawcy są - niezależnie od terminów przewidzianych w ustawie na korzystanie ze środków ochrony prawnej - uprawnieni do kwestionowania w fazie oceny ofert prawidłowości postanowień siwz (np. opisu przedmiotu zamówienia czy sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu). W realiach rozpoznawanej sprawy zamawiający sporządził kryteria oceny ofert, które obiektywnie nie mogą zostać zastosowane. Izba nie analizowała ich pod względem merytorycznym, lecz wyłącznie formalnym.

Podkreślenia wymaga, iż zamawiający powinien przygotowując postępowanie uwzględnić specyfikę przedmiotu zamówienia i ustalić w siwz kryteria oceny ofert pozwalające porównanie ofert także wówczas, gdy wykonawca zaoferuje cenę 0 zł. Takie rozwiązania są w praktyce stosowane np. w siwz w sprawie o sygn. akt KIO 2542/11 (wyrok z dnia 8 grudnia 2011 r.) zamawiający określił wzór, w którym przewidział dodanie w liczniku i mianowniku wartości 0,01 umożliwiając tym samym dokonanie działań matematycznych w sytuacji zaoferowania ceny 0 zł.

Błąd zamawiającego dotyczący nieprawidłowego określenia kryterium oceny ofert (kryterium 1) oznacza konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, bowiem siwz sporządzona w przedmiotowym postępowaniu uniemożliwia dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a wada ta ma w aktualnej fazie postępowania charakter nieusuwalny.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie 192 ust. 2 ustawy orzekła jak w sentencji uznając. Izba przyjęła, iż unieważnienie postępowania stanowi najdalej idącą w skutkach realizację normy wyrażonej w art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, gdyż sprowadza się do unieważnienia wszystkich czynności zamawiającego dokonanych w toku postępowania. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....