

Sygn. akt: KIO 197/14

WYROK
z dnia 12 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Agata Mikołajczyk**

Andrzej Niwicki

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2014 r. przez Wykonawcę **Bank Handlowy w Warszawie S.A.**, ul. Senatorska 16, 00-923 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Polskie Radio – Spółka Akcyjna**, al. Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Bank Handlowy w Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, a w konsekwencji unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i nakazuje dokonanie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty tego Wykonawcy.**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Polskie Radio – Spółka Akcyjna, al. Niepodległości 77/85, 00-977 Warszawa i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Bank Handlowy w Warszawie S.A., ul. Senatorska 16, 00-923 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego Polskie Radio – Spółka Akcyjna, 00-977 Warszawa, al. Niepodległości 77/85 na rzecz Wykonawcy Bank Handlowy w Warszawie S.A., ul. Senatorska 16, 00-923 Warszawa kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Polskie Radio – Spółka Akcyjna na *prowadzenie podstawowego rachunku bankowego Polskiego Radia S.A. z limitem kredytowym oraz rachunków pomocniczych* (nr postępowania BZ/SZP-49/13), wobec czynności odrzucenia ofert i unieważnienia postępowania Odwołujący – Bank Handlowy w Warszawie S.A. wniósł w dniu 3 lutego 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 197/14).

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 3.02.2014 r.

O czynności Zamawiającego Odwołujący został powiadomiony faksem z dnia 23.01.2014 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2013/S 221-385048 w dniu 14.11.2013 r.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym dla dostaw i usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 93 ust. 1 pkt 1 przez uznanie oferty Odwołującego za niezgodną z ustawą oraz unieważnienie postępowania, na skutek uznania, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na ocenie złożonych ofert i odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania, powtórzenie czynności oceny złożonych ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący otrzymał w dniu 23.01.2014 r. od Zamawiającego pismo informujące o odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy wobec jej niezgodności z ustawą, o odrzuceniu pozostałych ofert, oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zamawiający w odniesieniu do wszystkich złożonych ofert, w tym oferty Odwołującego przyjął, że ceny jednostkowe nie zostały wyrażone w jednostkach pieniężnych, gdyż wykonawcy wskazali w formularzach cenowych ceny 0 zł. W konsekwencji Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że niezgodność z ustawą w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 1 odnieść należy również do definicji zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13

ustawy, jako umowy odpłatnej zawieranej między Zamawiającym a Wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Odwołujący uzupełniając stan ustalony przez Zamawiającego wskazał, iż zgodnie z warunkiem opisanym w pkt 2 Zamawiający przewidział i dopuścił możliwość otrzymania oferty z ceną jednostkową 0 zł. We wzorach ustalonych na potrzeby oceny ofert, umieścił w liczniku i mianowniku wartości, umownie nazwane „const”, dzięki którym możliwe było złożenie ofert z ceną jednostkową 0 zł., a tym samym uniknięcie dzielenia przez 0. Jest to standardowa praktyka stosowana przy dopuszczeniu jednostkowej ceny 0 zł. Odwołujący powyższą praktykę ocenił jako powszechną w odniesieniu do usług bankowych – bezpłatne wykonywanie określonych czynności bankowych., co potwierdza również orzecznictwo dotyczące tego typu usług (UZP/ZO/0-2829/05, KIO 2542/11). W świetle przywoływanej argumentacji, w ocenie Odwołującego nie można uznawać wyceny określonych czynności bankowych na 0 zł za sprzeczne z ustawą o cenach, jeśli dany bank/wykonawca nie pobiera, bądź nie zamierza pobierać opłat z tytułu wykonywania tych czynności. Banki nie mają obowiązku pobierania tego typu opłat. Na mocy art. 110 ustawy Prawo bankowe, banki mogą pobierać prowizje i opłaty z tytułu wykonywanych czynności bankowych oraz opłaty za wykonywanie innych czynności, jeśli są one przewidziane w umowie z danym klientem (nie są do tego zobligowane).

Uwzględniając powyższe, Odwołujący zaprzeczył twierdzeniom Zamawiającego o sprzeczności jego oferty z ustawą, jako podstawą do odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Oferta Odwołującego jest zgodna z definicją zamówienia publicznego, a poszczególnych opłat w wysokości 0 zł., za określone czynności bankowe nie można utożsamiać z ceną w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., zwanej dalej „ustawą”. Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Banku Handlowego S.A. Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przystępując do rozpoznania merytorycznych zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Uwzględniając zakres zarzutów, w których Odwołujący zarzucał Zamawiającemu nieprawidłowości w zakresie oceny oferty Odwołującego oraz unieważnienia postępowania, wniesienie odwołania miało na celu wzruszenie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i przywrócenia jej do oceny w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe w sposób dostateczny wykazywało spełnienie przesłanki do merytorycznego rozpoznania odwołania, otwierając Wykonawcy drogę do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego prezentowanego w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, w którym wykluczał możliwość uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą z uwagi na ilość punktów możliwą do przyznania, co pozbawiać miałyby tego Wykonawcę legitymacji do wniesienia odwołania. Izba pominęła wywody stron dotyczące ilości punktów, jako nieistotne w sytuacji, w której Zamawiający nie dokonał formalnej oceny ofert według ustalonych kryteriów. Izba miała na uwadze ustalony stan faktyczny, w którym na czynności odrzucenia wszystkich ofert odwołanie wniósł jedynie Odwołujący. W ocenie składu orzekającego w tej sytuacji wykonawca posiada legitymację do wniesienia odwołania, gdyż konsekwencje uwzględnienia odwołania nie rozciągają się z mocy ustawy na sytuację pozostałych wykonawców, których oferty zostały odrzucone.

Mając powyższe na uwadze, przy braku podstaw do odrzucenia odwołania Izba rozpoznała zarzuty dotyczące wadliwej oceny oferty Odwołującego, odrzuconej przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w opisie sposobu obliczenia ceny ustalił zasady według których należało obliczyć cenę oferty, wskazując:

- dla wyliczenia ceny średni kurs NBP w wysokości 4,1766 z dnia 31.10.2013 r. (Tabela kursów nr 212/A/NBP/2013 z dnia 31.10.2013r.) oraz WIBOR 1_M w wysokości 2,6 z dnia 31.10.2013 roku (tabela na stronie Warsaw Interbank Offered/Bit Rate – stronie WIBO systemu Reuters), średni kurs NBP oraz WIBOR,

- wartość wycenianych usług/ czynności jako ceny w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) i ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. o denominacji złotego (Dz. U. Nr 84, poz. 386 ze zm.),
- obowiązek uwzględnienia w kalkulacji ceny oferty wszystkich kosztów pozostających w związku i niezbędnych dla prawidłowego i należytego (tj. zgodnego z wymaganiami zawartymi w SIWZ) wykonania przedmiotu zamówienia, w zakresie wynikającym z jego opisu, w szczególności: koszty bieżącej obsługi rachunków bankowych Zamawiającego, koszty prowizji, koszty związane z udzieleniem kredytu i jego obsługą, kwotę podatku VAT, obliczoną według stawki zgodnej z przepisami obowiązującymi na dzień składania ofert oraz inne niezbędne koszty i obciążenia ponoszone przez wykonawcę, które pozostają w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, a także zysk,
- przyjęcia trzyletniego okresu świadczenia usług,
- uwzględnienie ewentualnych upustów.
- wyliczenie ceny miało nastąpić w sposób wskazany w załączniku nr 5 do SIWZ.

Obliczona zgodnie z powyższymi wymaganiami cena służyć miała do porównania ofert i stanowić miała wynagrodzenie wykonawcy z tytułu świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. Cena oferty miała być wyrażona w złotych polskich, niezależnie od wchodzących w jej skład elementów. Podczas oceny oraz porównania ofert Zamawiający miał brać pod uwagę jedynie ceny zgodne z obowiązującą stawką VAT określoną na podstawie właściwych przepisów prawa (pkt 18 SIWZ).

Zamawiający w pkt 19.1.3 SIWZ opracował wzory, jakie miały być użyte przy ocenie ofert w kryterium „cena” w ramach podkryteriów określonych w punktach A i B

$$\text{Ocena punktowa} = \frac{\text{cena minimalna} + \text{const}}{\text{cena oferty badanej} + \text{const}} * 100 \text{ pkt} * \text{waga\%}$$

const oznacza wielkość stałą:

$$\text{dla A.1} = 10.000$$

$$\text{dla A.2} = 100.000$$

W uwadze Zamawiający zamieścił zapis, iż dla obliczenia powyższych wzorów, Zamawiający zastosuje wartości podane przez oferentów w kolumnie „Cena oferty ogółem” (Tabela A Formularza oferty).

$$\text{Ocena punktowa} = \frac{\text{najniższa wartość marży} + \text{const}}{\text{wartość marży oferty badanej} + \text{const}} * 100 \text{ pkt} * \text{waga\%}$$

const oznacza wielkość stałą = 0,05%

$$\text{Ocena punktowa} = \frac{\text{wartość oprocentowania oferty badanej} + \text{const}}{\text{najwyższa wartość oprocentowania} + \text{const}} * 100 \text{ pkt} * \text{waga\%}$$

const oznacza wielkość stałą = 2%

$$\text{Ocena punktowa} = \frac{\text{najniższa marża} + \text{const}}{\text{wartość oferowanej marży} + \text{const}} * 100 \text{ pkt} * \text{waga\%}$$

const oznacza wielkość stałą = 2%

W załączniku nr 5 (formularz cenowy) zamawiający ujął czynności podlegające wycenie: abonament za korzystanie z pakietu – opłata miesięczna, wpłaty i wypłaty – prowizja w %, polecenie przelewu i zapłaty w obrocie dewizowym, karty bankowe – opłata roczna, realizacja czeków (wykup), kredytowanie działalności gospodarczej – cena limitu kredytowego (marża).

W postępowaniu oferty złożyli trzej wykonawcy, którzy w swoich formularzach cenowych w części pozycji podlegających wycenie (czynności) w kolumnach „Oferowana cena uśredniona (jednostkowo /procentowo) (o.c.j.)” oraz „Cena oferty ogółem (oszacowana dla celów związanych z oceną oferty) PLN”, wskazali wartość „0” lub „0,00”

W zawiadomieniu przekazanym wykonawcom, Zamawiający uznał, iż zaoferowanie ceny jednostkowej „0” nie może być uznane za wyrażone w jednostkach pieniężnych i nie spełniają definicji ceny użytej w ustawie o cenach, co doprowadziło do ich odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający dodatkowo odniósł się do odpłatnego charakteru umowy w sprawie zamówienia publicznego, uznając, iż ustawy nie stosuje się do przypadków, w których to Zamawiający nie ponosi kosztu świadczonej usługi w przypadku zaoferowania cen „0” lub otrzymuje świadczenie pieniężne w przypadku zaoferowania ujemnej ceny.

W świetle poczynionych ustaleń faktycznych Izba uznała, iż oferta Odwołującego błędnie została oceniona jako sprzeczna z ustawą, a w konsekwencji odrzucona. Izba nie odnosiła się do przywoływanych tez z orzeczeń Izby wydanych w różnych stanach faktycznych, opierając swoją ocenę wyłącznie na przywoływanych przez strony postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba uznała, iż przywoływany przez Zamawiającego pojedynczy zapis w pkt 18.3 SIWZ nie uzasadniał twierdzenia, iż wskazanie w formularzu cenowym wartości „0,00” przez

Wykonawcę Bank Handlowy S.A. stanowiło o sprzeczności oferty z ustawą. W ocenie Izby, dla uznania niezgodności oferty z definicją ceny przesądzające znaczenie mogłaby mieć jedynie cena oferty ogółem (za całość przedmiotu zamówienia), wskazana w podsumowaniu w formularzu cenowym i przeniesiona do formularza oferty w pkt 1, co pozostaje w zgodzie z jednolitym stanowiskiem orzecznictwa. Wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia, w zakresie wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia za cenę (wartość brutto – łącznie z podatkiem VAT) 663 780,82 zł. Ostatecznie, po modyfikacji dokonanej przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, wartość ta wyniosła 753 780,82 PLN. Uwzględniając specyfikę rynku usług bankowych, w tym okoliczność obowiązywania i stosowania tabeli opłat i prowizji bankowych, w których wysokość opłaty „0 PLN” za poszczególne czynności jest powszechnie praktykowana, a także treść formularza cenowego, wskazanie wartości „0,00” nie należało odnosić wprost do ceny oferty w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach. Wprawdzie Zamawiający w pkt 18.3 SIWZ wartości wycenianych usług/czynności definiował w kontekście ceny w rozumieniu ustawy o cenach, to zdaniem składu orzekającego nie wpływało to na ustalenie, iż cena oferty jest niezgodna z ustawą. Izba uznała, iż podanie w formularzu cenowym wartości poszczególnych czynności „0,00” miało wiodące znaczenie dla oceny oferty w kryteriach opisanych w pkt 19 SIWZ, na co wskazuje wprost opis ostatniej kolumny formularza i nie podważało poprawności jej obliczenia. W ocenie składu orzekającego przywoływany zapis pkt 18.3 SIWZ nie może być interpretowany w oderwaniu od dalszych postanowień SIWZ odnoszących się do sposobu oceny ofert. Zamawiający zastosował wzory matematyczne dla wyliczenia ilości punktów w poszczególnych kryteriach, które pozwalały w oparciu o wartości „0” ustalić wynik oceny ofert. Potwierdza to również czynność Zamawiającego poprawienia cena oferty Odwołującego ogółem, będąca konsekwencją poprawienia wartości pozycji 2c formularza ceny, pierwotnie wskazanej jako „0,00”, a po poprawieniu 90 000,00. Powyższe, zdaniem Izby wskazuje, iż wartość poszczególnych czynności rozumiana jako „cena” dotyczyła kryterium oceny ofert i nie stanowiła ceny oferty, a zatem mogła wyrażać się wartością „0,00”.

Mając na uwadze powyższe wywody Izba uwzględniła odwołanie, co w konsekwencji prowadziło do uznania, iż przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy nie została spełniona.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15 tyś zł. i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....