

Sygn. akt: KIO 2101/15

WYROK

z dnia 14 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 października 2015r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2015r. przez **SIX Payment Services (Europe) Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 32** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Koleje Państwowe Intercity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 59**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych "eService" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Olbrachta 94 i PKO Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 15** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2101/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża SIX Payment Services (Europe) Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawa, ul. Prosta 32 i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SIX Payment Services (Europe) Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawa, ul. Prosta 32 tytułem wpisu od odwołania,**

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

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi polegającej na obsłudze i rozliczaniu transakcji bezgotówkowych, dokonywanych za pomocą kart płatniczych w stacjonarnych kasach biletowych (własnych i agencyjnych) uruchamianych i prowadzonych przez PKO Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S114-207432 z dnia 16 czerwca 2015 r.

Dnia 17 września 2015 r., zamawiający poinformował wykonawców o wynikach przedmiotowego postępowania. Za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych "eService" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Olbrachta 94 i PKO Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 15 – dalej Konsorcjum.

Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie jej odrzucenia odwołanie w dniu 28 września 2015r. wniósł wykonawca SIX Payment Services (Europe) Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 32 – zwany dalej odwołującym. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 25 sierpnia 2015r. udzielonego przez pełnomocnika oddziału przedsiębiorcy zagranicznego zgodnie z zasadą reprezentacji odwołującego ujawnioną w KRS, którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 28 września 2015r. faksem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605 – dalej ustawy) w zw. art. 3 oraz art.15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1999r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003r. nr 153 poz. 1503, z późn. zm.) przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że złożenie jego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 2) art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 2) odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum;
- 3) uznania oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania, gdyż jego oferta w przyjętych kryteriach oceny ofert znajduje się na drugim miejscu, za ofertą Konsorcjum. Oznacza to, że zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum wprost przekłada się na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący uważa, że oferta złożona przez Konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w tych okolicznościach uznanie jej za najkorzystniejszą było niedopuszczalne.

Wskazał, że ustawa z dnia 19 sierpnia 2011r. o usługach płatniczych (tj. Dz.U. 2014 poz. 873 ze zm.) określa zasady świadczenia usług płatniczych oraz wydawania i wykupu pieniądza elektronicznego, w tym warunki świadczenia usług płatniczych, w szczególności dotyczące przejrzystości postanowień umownych i wymogów w zakresie informowania o usługach płatniczych.

Zgodnie z ustawą o usługach płatniczych na opłatę akceptanta (czyli w przedmiotowym postępowaniu wartość brutto oferty w zakresie prowizji), pobieraną przez agenta rozliczeniowego (tu: wykonawca) od akceptanta (tu: zamawiający), składa się:

- a) opłata interchange,
- b) opłata systemowa,
- c) marża agenta rozliczeniowego.

Opłaty interchange oraz systemowa są dla agenta rozliczeniowego absolutną podstawą kosztową obsługi i rozliczania transakcji kartowych, mając charakter obowiązkowej daniny, odprowadzanej do systemów płatniczych, stanowiących przychód odpowiednio wydawcy karty i systemu płatniczego.

- a) opłata interchange

Naliczona opłata interchange jest zależna od wielu czynników, w tym. m.in. od typu karty (debetowa, kredytowa), kraju wydania karty, sposobu jej użycia etc. Do ustalenia poziomu interchange u danego akceptanta niezbędna jest struktura transakcji u akceptanta w podziale na ww. czynniki.

W swoich pytaniach do zamawiającego wysłanych dnia 4 sierpnia 2015 r. odwołujący prosił o informacje nt. ww. struktury.

W odpowiedzi zwrotnej przedstawionej zainteresowanym wykonawcom przez zamawiającego dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn.. BFZ11-073-682/2015) zamawiający odmówił ujawnienia udziałów powołując się na ich brak oraz na wrażliwość danych. W dalszej części odpowiedzi, zamawiający uznał, iż do kalkulacji należy posługiwać się ogólnymi udziałami rynkowymi. Nie innymi, do których dostęp mogą mieć niektórzy uczestnicy postępowania będącymi obecnymi dostawcami zamawiającego w przedmiotowym zakresie, a ogólnymi.

Zgodnie z powyższym, opierając się na danych z:

- ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych z późn. zm. (opłata interchange fee na karty polskie debetowe wynosi 0,2% a kredytowe 0,3%)
 - Narodowego Banku Polskiego (w tym: Informacja o kartach płatniczych I kwartał 2015 r. <http://www.nbp.pl/systemplatniczy/kaity/q 01 2015.pdf>)
 - Visa Europę <https://www.visaeurope.com/media/images/poland irf-73-17798.pdf>
 - MasterCard Worldwide <http://www.mastercard.com/us/wce/PDF/Poland.pdf>
 - oraz danych ogólnych z sieci akceptantów obsługiwanych przez odwołującego
- wynika, iż średni poziom opłaty interchange w sieci terminali u zamawiającego wynosić będzie 0,21%, co w wartości brutto przedstawionej przez odwołującego oferty w zakresie prowizji (3 802 050,00 zł), stanowi wartość 1 901 025,00 zł.

b) opłata systemowa

Zgodnie z ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych, za opłatę systemową uważa się opłatę z tytułu transakcji płatniczej wykonywanej przy użyciu karty płatniczej, stanowiącą przychód organizacji kartowej.

Wysokości opłat systemowych prezentowana jest w załącznikach do wyjaśnień przekazanych zamawiającemu na okoliczność badania, czy nie występuje rażąco niska cena oraz w poniższych miejscach:

MasterCard:

<http://www.mastercard.pl/punkty-handlowo-uslugowe/pierwsze-kroki/opłaty-agentow-rozliczeniowych.html>

http://www.mastercard.pl/punkty-handlowo-uslugowe/assets/Oplaty_agenta_rozl_Polska.pdf

Visa:

<https://www.visa.pl/akceptacja-kart/jak-zaczac/wybor-agenta-rozliczeniowego>

<https://www.visa.pl/media/images/fees%20to%20visa%20europe%20payable%20by%20acquirers-26-16921.pdf>

W zakresie tych opłat wszystkich działających na rynku polskim agentów rozliczeniowych, w tym wszystkich biorących udział w postępowaniu, obowiązuje te same cenniki.

Zgodnie z cennikami, koszt opłaty systemowej za rozliczenie 1 transakcji wynosi więc dla kart:

- Visa: 0,065%+0,01EUR
- MasterCard: 0,185%+0,01EUR

Dla statystycznej transakcji rynkowej (vide sekcja: „opłata interchange”) i wartości transakcji przedstawionej przez zamawiającego (71 zł) opłata systemowa wynosi więc 0,17%, co w wartości brutto przedstawionej przez odwołującego oferty w zakresie prowizji (3 802 050,00 zł), stanowi wartość 1 538 925,00 zł.

c) marża agenta rozliczeniowego

Marża agenta rozliczeniowego jest właściwą marżą należną wykonawcy z tytułu realizacji umowy w zakresie rozliczania transakcji u zamawiającego.

Zgodnie z ofertą odwołującego, zaproponowana stawka prowizji wynosi (z ustawy: opłata akceptanta) 0,42%, czyli założona marża agenta rozliczeniowego to 0,04% wg poniższego równania:

$0,42\% \text{ [opłata akceptanta]} - 0,21\% \text{ [opłata interchange]} - 0,17\% \text{ [opłata systemowa]} = 0,04\%$, które to w odniesieniu do wartości postępowania w zakresie prowizji można zapisać również jako:

$3\,802\,050,00 \text{ zł [opłata akceptanta/wart. brutto]} - 1901025,00 \text{ zł [opłata interchange]} - 1538\,925,00 \text{ zł [opłata systemowa]} = 362\,100,00 \text{ zł}$. Tak więc marża agenta rozliczeniowego w przedstawionej ofercie to 362 100,00 zł.

Poziom 0.04% marży agenta rozliczeniowego jest standardową wysokością marży w segmencie klientów dużych, do którego należy zamawiający.

Posługując się ogólnymi udziałami rynkowymi wskazanymi przez zamawiającego jako właściwymi do potrzeb stworzenia oferty, należy uznać, iż udział rynkowy kart zagranicznych w sieci zamawiającego to 4%, czyli obrót kartami zagranicznymi w sieci zamawiającego powinien wynieść w ciągu trwania umowy $4\% \times 905\,250\,000,00 \text{ zł}$, czyli 36 210 000,00 zł.

Usługa DCC jest usługą dobrowolną, czyli posiadacz karty ma wybór czy chce z niej skorzystać czy nie. Zabronione jest zmuszanie posiadacza karty do usługi DCC poprzez brak propozycji wyboru waluty transakcji. W związku z tym, pomijając akceptantów, u których agent rozliczeniowy łamie regulacje Visa i MasterCard i zmusza klienta do DCC (poprzez brak opcji), odsetek klientów decydujących się na usługę na podstawie ogólnych udziałów dla rynku polskiego oraz europejskiego nie przekracza 30%.

Marża DCC, z kolei, jest marżą, którą pobiera zamawiający (agent rozliczeniowy) od posiadacza karty z tytułu skorzystania z usługi. Marża ta zwyczajowo na rynku polskim wynosi 3,5%.

Zapisy SIWZ nie wskazywały na konieczność podzielenia się wykonawcy z zamawiającym przychodem z tytułu marży DCC, a załączony wzór umowy nie pozwalał na wpisanie takowego, co powoduje, że cała ta marża o wartości 380 205,00 zł ($36\,210\,000,00 \text{ zł} \times 30\% \times 3,5\%$), co stanowi ok. 0,04% wartości umowy powiększa przychód wykonawcy.

Co istotne jednak, przychód ten generowany jest nie na podstawie usługi świadczonej zamawiającemu a posiadaczowi karty. DCC nie jest usługą świadczoną akceptantowi płatności, czyli, w tym przypadku, zamawiającemu.

Reasumując, całkowita marża odwołującego na kontrakcie z zamawiającym, będąca sumą usług świadczonych zamawiającemu i posiadaczowi karty, kalkulowana zgodnie ogólnymi udziałami rynkowymi wskazanymi przez zamawiającego jako właściwymi do potrzeb

stworzenia oferty w zakresie prowizji, została założona na poziomie 0,08%, czyli powyżej średniej rynkowej dla tego segmentu.

Zamawiający w sposób jasny i oczywisty zalecił kalkulowanie ofert oparte na ogólnych udziałach kartowych i informacjach rynkowych, bez jednoczesnego przekazania rzeczywistych danych transakcyjnych z sieci własnej.

Oferta Konsorcjum wybranego przez Zamawiającego tj. konsorcjum eService oraz PKO BP została skalkulowana na poziomie 2 633 625,00 zł netto (brutto 2 635 557,00 zł), co w ocenie odwołującego oznacza, że założona przez niego wartość brutto oferty w zakresie prowizji (opłata akceptanta) to 0,29%, czyli w wartościach bezwzględnych 2 625 225,00 zł.

Zgodnie z wcześniej przytoczonymi danymi dotyczącymi obowiązkowych dla każdego agenta rozliczeniowego wartości opłaty interchange (0,21%) oraz opłaty systemowej (0,17%), suma obydwóch tych kosztów to w sieci zamawiającego, kalkulowana na ogólnych udziałach kartowych i informacjach rynkowych to 0,38%, czyli w wartościach bezwzględnych 3 439 950,00 zł.

Zgodnie z definicją ww. ustawy, oferta złożona przez Konsorcjum zakłada (w oparciu o metodykę kalkulacji wskazaną przez zamawiającego) marżę ujemną agenta rozliczeniowego w wysokości - 0,09% (minus dziewięć setnych procenta), czyli w wartościach bezwzględnych - 814 725,00 zł (minus osiemset czternaście tysięcy siedemset dwadzieścia pięć złotych), co zdaniem odwołującego powoduje, iż występują okoliczności przewidziane ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U.Nr. 153 z 2003r., poz 1503) przewidziane w art 3 i art. 15.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 15.1. ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;

Czynem nieuczciwej konkurencji jest więc sprzedaż poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu. Nie mają w tym kontekście żadnego znaczenia koszty przeciętne, ponoszone przez konkurentów, czy - tym bardziej - koszty ponoszone przez przedsiębiorcę dotkniętego tym czynem (zob. T. Skoczny, w: Szwaja, Komentarz 2006, s. 578-579).

Odwołujący zauważył, że ewentualny przychód wykonawcy z tytułu DCC, mający ewentualnie zniwelować (wg. danych ogólnorynkowych, na których wykonawca miał się opierać, można z tego tytułu wygenerować 0,04% prowizji) lub zrekompensować stratę na marży agenta rozliczeniowego jest przychodem wygenerowanym na usłudze świadczonej nie zamawiającemu a posiadaczowi karty.

Zarzut naruszenia ustawy znk, zdaniem odwołującego, należy odnieść również do oferowanego w ramach postępowania sprzętu do świadczenia usług. Jednostkowy koszt zakupu nowego urządzeń typu PIN PAD bezpośrednio u producenta zgodny ze specyfikacją

przedstawiona przez zamawiającego w postępowaniu 04/06/PRZ/2015 wynosi nie mniej niż 380 zł netto.

Zaproponowana rażąco niska cena przez Konsorcjum eService oraz PKO BP S.A. wskazywała by okres amortyzacji tego urządzenia na 380 miesięcy co stanowi ponad 31 lata. Średni czas żywotności tego typu urządzenia jest przewidziany przez producentów na nie więcej niż 10 lat czyli 120 miesięcy. Dodatkowo odwołujący wspominał, że tego typu praktyki (okres amortyzacji dłuższy niż średnia żywotność urządzenia, w tym przypadku 3 x dłuższy okres amortyzacji niż żywotności urządzenia) są niedozwolone przez polskie prawo jak również Urzędy Skarbowe. Wyżej wymieniony przykład jednoznacznie zdaniem odwołującego wskazuje na stosowanie rażąco niskich cen i stanowią czyn nieuczciwej konkurencji.

W świetle przedstawionej powyżej argumentacji stwierdzić należy iż oferta Konsorcjum winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust pkt. ustawy.

Jednocześnie odwołujący zauważył, iż oferowana cena zawierająca cenę z ujemną marżą, jak wykazano powyżej, jest ceną rażąco niską. Wykonanie umowy powodować będzie stratę wykonawcy i jej zrealizowanie jest w sposób oczywisty zagrożone. Złożenie oferty z taką ceną uzasadnione jest jedynie taktyką wykonawcy do uzyskania określonego poziomu udziału w rynku.

W dniu 28 września 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29 września 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych „eService” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jana Olbrachta 94 wskazując, że skoro jego oferta została wybrana, to ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania powodowałoby utratę przez niego możliwości uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa i wiceprezesa zarządu eService. Do zgłoszenia nie dołączono dokumentów rejestrowych, ani dowodów przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu. Zaznaczono jedynie, że pismo było do wiadomości odwołującego i zamawiającego.

Na posiedzeniu przystępujący wykazał, że eService miało umocowanie od Banku PKO Banku Polskiego do wniesienia przystąpienia, a zamawiający i odwołujący potwierdzili fakt otrzymania kopii przystąpienia.

Na rozprawie zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, częściowo odpowiedź została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa z uwagi na to, że

poruszane kwestie dotyczyły oceny przez zamawiającego wyjaśnień przystępującego z dnia 2 września 2015r., które przystępujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa. W zakresie wykonywania transakcji płatniczych, w tym usług DCC zamawiający podniósł, że znacząca część jego klientów to obcokrajowcy i w celu skierowania do tych klientów maksymalnie konkurencyjnej oferty intencją zamawiającego było aby zamówienie obejmowało także usługę DCC, co znalazło wyraz w pkt. IV ppkt. 1 siwz. Zatem był to element usługi. Według zamawiającego agent rozliczeniowy nie posiada żadnych relacji z posiadaczem karty, a swoje usługi świadczy na rzecz akceptanta – zamawiającego. Odwołujący słusznie wskazał, że marża pobierana przez agentów od posiadaczy kart w tego tytułu obecnie kształtuje się na poziomie 3,5% wartości transakcji. Zamawiający w siwz nie zawarł żadnych postanowień, w myśl których wykonawcy byłiby zobowiązani do podziału dodatkowego zysku pomiędzy siebie i zamawiającego. Z dotychczasowej praktyki zamawiającego wynika, że część wykonawców składających swoje oferty przyjmowało w wynagrodzeniu taki podział. Inni z kolei traktowali przychody z usługi jako dodatkowe wyłączne wynagrodzenie wykonawcy. Wykonawcy dokonując obliczenia ceny w swojej ofercie posiadali w tym zakresie zupełną dowolność i mogli między sobą konkurować również tym elementem. Zamawiający w dalszej części pisma wskazał na kalkulacje przedstawione przez przystępującego w piśmie z dnia 2 września 2015r. i uznał je za prawidłowe i wiarygodne, stąd ocenił, że złożenie przez przystępującego oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. W zakresie urządzeń do transakcji płatniczych wskazał, że w siwz nie było wymogu oddawania zamawiającemu w najem urządzeń fabrycznie nowych, kluczowe było bowiem zapewnienie na użytkowanych urządzeniach możliwości wykonywania transakcji płatniczych. Zamawiający w dalszej części pisma wskazał na kalkulacje przedstawione przez przystępującego w piśmie z dnia 2 września 2015r. i uznał je za prawidłowe. Zamawiający podniósł, że odwołujący oparł swoje zarzuty o założenia i wyliczenia przyjęte przy konstruowaniu własnej oferty i ceny, co spowodowało błąd odwołującego. Treść wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez przystępującego nie daje żadnych podstaw do stwierdzenia, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaoferowaną przez przystępującego cenę.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz, wyjaśnień treści siwz z dnia 6 sierpnia 2015r., oferty odwołującego, oferty Konsorcjum, wyjaśnień odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, wyjaśnień Konsorcjum w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wraz z uzupełnieniem tych wyjaśnień objętym zastrzeżeniem „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że :

Zgodnie z pkt. IV ppkt. 1 siwz przedmiotem niniejszego zamówienia jest: „świadczenie usługi polegającej na obsłudze i rozliczaniu transakcji bezgotówkowych, dokonywanych za pomocą kart płatniczych w stacjonarnych kasach biletowych (własnych i agencyjnych) uruchamianych i prowadzonych przez Zamawiającego”.

Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia:

1. zapewni świadczenie usługi polegającej na umożliwianiu wykonania transakcji płatniczych dokonywanych w stacjonarnych kasach biletowych (własnych i agencyjnych), zainicjowanych przez Zamawiającego lub za jego pośrednictwem, za pomocą karty płatniczej w rozumieniu art. 2 pkt 15a) ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t. j. Dz.U. z 2014 r., poz. 873 ze zm.), w szczególności na obsłudze autoryzacji, przesyłaniu do wydawcy karty płatniczej lub systemów płatności zleceń płatniczych płatnika lub Zamawiającego, mających na celu przekazanie Zamawiającemu należnych mu środków, z wyłączeniem czynności polegających na jej rozliczaniu i rozrachunku w ramach systemu płatności w rozumieniu ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami (Dz. U. z 2013 r. poz. 246 i 1036) — acquiring – w tym Transakcji w walucie karty (DCC – Dynamic Currency Conversion).

W rozdziale XI „Opis sposobu obliczenia ceny” zamawiający wskazał na następujące zasady:

1. Cena oferty musi być ustalona według zasad określonych w niniejszej siwz,
2. Cenę ofertową brutto wykonawca zobowiązany jest obliczyć wykorzystując formularz cenowy, którego wzór stanowi załącznik nr 3 do SIWZ oraz wzór:

$$C \text{ oferty brutto} = [(Ltr \times W\acute{s}r) \times P\%] \times 30 + [(Dpin \times 280 \text{ szt.}) \times 30$$

gdzie

Ltr - średnia liczba transakcji w miesiącu = 425 000 sztuk

Wśr - średnia wartość transakcji = 71,00 zł

P% - stawka prowizji - podana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Dpin - miesięczny koszt brutto udostępnienia PIN PAD-a,

3. Cena oferty winna zawierać należny VAT. Prawidłowe ustalenie VAT należy do obowiązków wykonawcy - zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004r. Nr 54 poz. 535 z późn. zm.).

4. Określone w formularzu cenowym wartości dotyczące ilości transakcji jak i ich średniej wartości są wartościami szacunkowymi, stanowią dla wykonawcy wyłącznie podstawę do obliczenia ceny ofertowej, na podstawie której zamawiający dokona wyboru wykonawcy przedmiotu zamówienia.

5. Wymienione wartości w ofercie (kwota netto, brutto, kwota podatku VAT) należy podać w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku przy zachowaniu matematycznej zasady zaokrąglania liczb (zgodnie z § 5 ust. 6 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towaru i usług (Dz. U. z 2008 r. nr 212, poz. 1337 z późn. zm.).

6. Podana w ofercie prowizja i koszt udostępnienia terminali oraz PIN PAD ów muszą uwzględniać wszystkie wymagania zamawiającego i obowiązki wykonawcy określone w niniejszej siwz oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia, w szczególności koszty przygotowania aplikacji sprzedażowej, dostawę licencji, koszty dostosowania systemów wykonawcy, udostępnienia do używania urządzeń oraz inne czynności określone w Rozdziale IV.

7. Cena oferty winna zawierać należny podatek VAT. Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków Wykonawcy - zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 177 poz. 1054 z późn. zmianami).

8. Wynagrodzenie należne Wykonawcy będzie obliczane zgodnie z umową w zależności od wartości przeprowadzanych transakcji oraz okresu i ilości udostępnienia poszczególnych PIN PAD ów,

W rozdziale XII zamawiający wskazał dwa kryteria oceny ofert: cenę - waga 95 % i termin produkcyjnego uruchomienia usługi - waga 5 %.

Udzielając wyjaśnień do treści siwz w dniu 6 sierpnia 2015r. zamawiający przedstawił następujące odpowiedzi na poniższe pytania:

Na pytanie nr 21 o treści „Zwracamy się z prośbą o udostępnienie danych o strukturze kart za okres ostatnich 12 m-cy lub alternatywnie za rok 2014 z uwzględnieniem podziału obrotu na karty płatnicze wg poniższych kryteriów:

Region Wydania Karty - POLSKA/ZAGRANICA

KARTY - VISA/MASTERCARD

RODZAJ KARTY - DEBETOWA/KREDYTOWA”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający nie udostępni danych -Zamawiający nie dysponuje takimi danymi. Nie podano również celu w jakim te dane miałyby być wykorzystane. W naszej ocenie struktura danych kart w jednym z kanałów nie ma szczególnego znaczenia, bowiem Wykonawcy dysponują danymi dotyczącego ogólnego udziału w rynku takich kart, a biorąc pod uwagę przypadkowość transakcji w kasach danymi rodzajami kart odniesienie do ogólnych danych jest właściwe.”

Na pytanie nr 22 o treści „Zwracamy się z prośbą o udostępnienie danych o strukturze kart za okres ostatnich 12 m-cy lub alternatywnie za rok 2014 z uwzględnieniem podziału obrotu na karty płatnicze wg poniższego kryterium:

- Region Wydania Karty - POLSKA/ZAGRANICA”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający nie udostępni danych -Zamawiający nie dysponuje takimi danymi ponadto są to dane wrażliwe. Nie podano również celu w jakim te dane miałyby być wykorzystane.

W naszej ocenie struktura danych kart w jednym z kanałów nie ma szczególnego znaczenia, bowiem Wykonawcy dysponują danymi dotyczącego ogólnego udziału w rynku takich kart, a biorąc pod uwagę przypadkowość transakcji w kasach danymi rodzajami kart odniesienie do ogólnych danych jest właściwe.”.

Na pytanie nr 33 o treści „Sekcja XI SIWZ wskazuje na średnią liczbę transakcji 425 000, podczas gdy Załącznik 4 (Formularz Cenowy) 427 000. Która liczba jest właściwa?”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający traktuje to jako oczywistą omyłkę- prawidłowa ilość to 425 000 transakcji. Zamawiający poprawił omyłkę w formularzu cenowym. Załącza poprawny formularz cenowy.”

Na pytanie nr 36 o treści „Jaki jest udział kart debetowych i kredytowych w przedstawionej przez Państwa średniej liczbie transakcji? Informacja ta jest istotnym czynnikiem warunkującym poziom oferty ponieważ poziom opłat Interchange Fee na te karty różni się znacząco, czyli aż o 50%. Opłata ta wynosi dla kart debetowych 0,2% i kart kredytowych 0,3%. Ponadto, w. par 6 ust 6 projektu umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, odnosicie się Państwo do poziomu Interchange Fee, gdzie obligujecie Wykonawcę do tego aby „prowizja (...) nie przekracza poziomu Interchange Fee”. Mając na uwadze powyższą znaczącą różnicę poziomu opłat Interchange Fee pomiędzy ww. typami kart, jakiego poziomu Interchange Fee, którego Wykonawca przekroczyć nie może, Wykonawca może się u Państwa spodziewać? Informacja ta jest niezbędna już na etapie składania oferty, ponieważ jej złożenie oznacza akceptację SIWZ a więc i ww. obligację”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający nie dysponuje tak specjalistyczna wiedzą. Zamawiający nie dysponuje danymi dotyczącymi ogólnego udziału w rynku z podziałem na karty debetowe i kredytowe. Wykonawcy dysponują takimi danymi, a biorąc pod uwagę przypadkowość transakcji w kasach danymi rodzajami kart odniesienie do ogólnych danych jest właściwe. Zamawiający nie przewiduje zróżnicowania prowizji w zależności od rodzaju kart. Wykonawcy powinni tak skalkulować cenę, aby uwzględnić wymogi SIWZ tj. aby w wewnętrznych rozliczeniach poziom, opłat Interchange Fee nie przekraczał określonego prawem poziomu.”

Na pytanie nr 37 o treści „Jaki jest udział kart Visa i MasterCard w przedstawionej przez Państwa średniej liczbie transakcji? Informacja ta jest istotnym czynnikiem warunkującym poziom oferty ponieważ poziom opłat za przetwarzanie transakcji w organizacjach Visa i MasterCard różni się trzykrotnie.”, zamawiający odpowiedział „Zamawiający nie dysponuje tak specjalistyczną wiedzą. Zamawiający nie dysponuje danymi dotyczącymi ogólnego udziału w rynku z podziałem na kart Visa i MasterCard. Wykonawcy dysponują takimi danymi, a biorąc pod uwagę przypadkowość transakcji w kasach danymi rodzajami kart

odniesienie do ogólnych danych jest właściwe. Zamawiający nie przewiduje zróżnicowania prowizji w zależności od rodzaju kart. Wykonawcy powinni tak skalkulować cenę, aby uwzględnić wymogi SIWZ.”

W ofercie Konsorcjum skalkulowano prowizję na poziomie 0,29%, zaś wartość miesięcznego najmu urządzeń PIN-PAID na kwotę 280zł./szt. netto.

Wyjaśnienia odwołującego złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pokrywają się praktycznie z treścią wniesionego odwołania. Do wyjaśnień załączono wydruki ze stron internetowych na które w treści tak wyjaśnień jak i odwołania powołuje się odwołujący, wynika z nich poziom opłat interchange i systemowej oraz udział kart debetowych i kredytowych.

W dniu 25 sierpnia 2015r. zamawiający wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia treści złożonej oferty w związku z faktem iż cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) Oszczędności metody wykonania zamówienia wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr157,poz. 1314);
- 2) Pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający poinformował, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Jednocześnie zamawiający zgodnie z art. 87 ust 2. pkt 2 poprawił oczywistą omyłkę rachunkową, która polegała na podaniu w kolumnie nr 7 wierszu B ceny szacunkowej za 280 szt. PIN-PAD-ów zamiast ceny za 1 szt PIN-PAD-a, w wyniku omyłki rachunkowej wartość oferty nie uległy zmianie gdyż pozostałe ceny zostały wyliczone w sposób prawidłowy. Popołniona omyłka ma charakter oczywisty, gdyż została stwierdzona samodzielnie przez zamawiającego, jest bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania lub uzyskiwania wyjaśnień wykonawcy.

W dniu 26 sierpnia 2015r. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia wskazując, że

- eService posiada własne centrum rozwoju oprogramowania, co znacząco ogranicza koszty operacyjne eService;
- eService posiada jako jedyny agent rozliczeniowy w Polsce, własne siły serwisowe, co przekłada się na ograniczenie kosztów działania eService;

- w 3Q bieżącego roku eService przetworzyło transakcje o wartości 13,7 mld złotych, co oznacza około 41% udział w rynku. Skala działalności biznesu eService wprost przekłada się na obniżenie kosztów przetwarzania transakcji. Z tego względu eService może przedstawić ofertę tańszą od konkurencji, zawierającą relatywnie wyższą marżę, umożliwiającą obsługę zawartego kontraktu z zyskiem dla eService;
- eService jest największym agentem rozliczeniowym w Europie Środkowo-Wschodniej;
- w 3Q bieżącego roku eService przetworzył 169.344.136 transakcji. Jest to największa liczba przetworzonych transakcji spośród wszystkich agentów rozliczeniowych. Skala działalności biznesu eService wprost przekłada się na obniżenie kosztów przetwarzania transakcji, co skutkuje możliwością przedstawienia oferty tańszej od konkurencji, zawierającej relatywnie wyższą marżę umożliwiającą obsługę zawartego kontraktu z zyskiem dla eService;
- eService obsługuje największą liczbę terminali płatniczych 102.047 sztuk w największej liczbie punktów handlowo-usługowych (71.986 punktów) w Polsce;
- o skali działalności eService świadczy liczba zatrudnionych pracowników, których na obecną chwilę eService zatrudnia 249 na umowie o pracę i 22 na umowę zlecenie, eService posiada również 45 przedstawicieli handlowych świadczących usługi w całej Polsce;
- przy realizacji umowy eService nie będzie korzystało z pomocy publicznej ani z usług podwykonawcy, a przedmiot umowy zrealizuje w całości za pośrednictwem własnych zasobów kadrowych i technicznych, do których utrzymania eService zmuszone jest niezależnie od tego czy będzie wykonywał kontrakt na rzecz Zamawiającego czy też nie
- współwłaścicielem eService jest spółka PKO Bank Polski SA (działająca wspólnie z eService jako wykonawca na podstawie Umowy konsorcjum) - dzięki współpracy eService ma możliwość osiągnięcia oszczędności przy rozliczeniu kart bezpośrednio z PKO BP SA, z pominięciem dodatkowych kosztów Organizacji Płatniczych. Udział kart PKO BP SA w rynku wynosi ok. 17 % -20 %;
- eService posiada oficjalny najwyższy status członka VISA i MasterCard; w przypadku Visa posiada status członka stowarzyszonego (associate member), BID 10047204, a w przypadku MasterCard status członka stowarzyszonego (affiliate member) ICA: 9111
eService oświadczył, że w złożonej ofercie zaproponował cenę za oferowane usługi przy uwzględnieniu wszystkich wskazanych powyżej okoliczności, które niewątpliwie sprzyjają zredukowaniu wszystkich kosztów cenotwórczych. Ponadto, skalkulowana przez eService opłata dotyczy również upustu naliczanego od transakcji DCC, który został uwzględniony w złożonej ofercie. Dlatego też, mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności, w szczególności fakt, iż eService jest największym agentem rozliczeniowym w Europie Środkowo-Wschodniej, posiadającym największy udział w rynku i obsługującym najwyższą

liczbę transakcji na rynku, posiada własne zasoby kadrowe i sprzętowe, współpracuje z Bankiem PKO Bank Polski SA oraz posiada oficjalny najwyższy status członka Visa i MasterCard jest w stanie zaproponować swoim kontrahentom atrakcyjne warunki współpracy handlowej, przy zachowaniu należnej marży.

Zdaniem eService wartość prowizji i wszelkich innych elementów oferty eService podana została w sposób prawidłowy, zgodny z obowiązującymi przepisami.

Dla potwierdzenia stanowiska eService odwołał się do orzecznictwa KIO - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2012 r. KIO 676/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2010 r. KIO/UZP 1906/09.

W uzupełniających wyjaśnieniach, które objęto tajemnicą przedsiębiorstwa Konsorcjum przedstawiło dodatkowo, w jaki sposób współpraca obu członków konsorcjum przekłada się na koszty realizacji przedmiotowego zamówienia podając skalę obniżenia kosztów i jakiego aspektu współpracy, to przełożenie dotyczy, przedstawiło na jakich założeniach oparło kalkulację kosztów najmu urządzeń PIN-PAID, oraz wskazało w jaki sposób skalkulowało opłatę z uwzględnieniem upustu naliczanego od transakcji DCD.

Z opracowania własnego odwołującego „Koszt obsługi transakcji w terminalach PKP Intercity” wynika, że przyjętą średnią opłatę Interchange wg. danych NBP za I kwartał 2015r. na poziomie 0,21 i najniższą możliwą opłatę systemową w systemach Visa i Mastercard, to koszt jednostkowej transakcji o wartości 71zł. wyniósłby, 0,24, zaś opłata akceptanta (zamawiającego), zgodnie z zadeklarowaną prowizją przez przystępującego wyniosłaby 0,21zł., co powoduje, że marża agenta rozliczeniowego (przystępującego) powinna wynieść minus 0,03zł. na pojedynczej transakcji.

Z dokumentu własnego odwołującego wynika, że DCC jest usługą świadczoną przez właściciela terminala płatniczego bezpośrednio klientowi posiadaczowi karty, który chce dokonać płatności kartą walutową. Z rachunku nr 0223 wynika, że posiadacz karty Visa Credit nabył 13,58 franków szwajcarskich po kursie 3,750881457 za 50,92 zł., w ramach przeliczenia walut zawarto marżę 3,5%.

Z dokumentu własnego przystępującego wynika, że posiada on ok. 22 tysięcy urządzeń Pin Pad nabywanych począwszy od sierpnia 2011r.,

Z dokumentu własnego przystępującego wynika, że obrót DCC w ramach obrotu zagranicznego realizowanego w transakcjach PKN Orlen (nazwa podmiotu została podana przez przystępującego na rozprawie odwołującym) wynosi ok. 60% (co także podał przystępujący na rozprawie).

W ocenie Izby z przedstawionego materiału dowodowego wynika, że pomiędzy stronami nie jest sporna różnica w wysokości opłaty interchange w zakresie kart krajowych debetowych i kredytowych. Okoliczność, że przystępujący uwzględnił w kalkulacji ceny oszczędności przy rozliczaniu kart bezpośrednio z PKO BP na poziomie 17-20% powinna być znana

odwołującemu z jawnych wyjaśnień przystępującego z dnia 26 sierpnia 2015r. tiret 9 Również nie był objęty tajemnicą przedsiębiorstwa przystępującego fakt, że przystępujący skalkulował cenę z uwzględnieniem upustu naliczonego od transakcji DCC, który został uwzględniony w ofercie. Odwołujący nie kwestionował w swoich wyjaśnieniach, że na dochodowość agenta rozliczeniowego wpływa przychód z usługi DCC. Odwołujący wskazywał, że siwz nie zawiera wymogu podzielenia się przez niego z zamawiającym przychodem z usługi DCC. Obaj wykonawcy ten przychód skalkulowali przyjmując różny udział tych transakcji (efektywność transakcji) w rynku oraz wskazując konkretne wysokości marży z tytułu takich transakcji.

Pomiędzy stronami sporne było natomiast to, czy dopuszczalne jest skalkulowanie prowizji agenta rozliczeniowego z uwzględnieniem przychodu z marży z tytułu DCC.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zaistniała jakakolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, która skutkowałaby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody, co przesądziło o dopuszczalności odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy w zw. art. 3 oraz art.15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1999r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003r. nr 153 poz. 1503, z późn. zm.) przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że złożenie jego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi, że zamawiający jest obowiązany odrzucić ofertę jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy znk w myśl, którego czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Natomiast art.3 ust. 1 ustawy zawiera ogólną definicję czyny nieuczciwej konkurencji stanowiąc, że jest to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby aby doszło do naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy znk w pierwszej kolejności należy ustalić, co na gruncie niniejszej siwz zamawiający

rozumiał jako usługę, która ma mu być świadczona. W tym zakresie słusznie wskazał zamawiający na pkt. IV ppkt. 1 siwz, który nie tylko odwołał się do brzmienia art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych Dz. U. t.j. z 2014r. poz. 873 ze zm. poz. 1916 (gdzie, przez usługi płatnicze rozumie się działalność polegającą na: umożliwianiu wykonania transakcji płatniczych, zainicjowanych przez akceptanta lub za jego pośrednictwem, instrumentem płatniczym płatnika, w szczególności na obsłudze autoryzacji, przesyłaniu do wydawcy karty płatniczej lub systemów płatności zleceń płatniczych płatnika lub akceptanta, mających na celu przekazanie akceptantowi należnych mu środków, z wyłączeniem czynności polegających na jej rozliczaniu i rozrachunku w ramach systemu płatności w rozumieniu ustawy o ostateczności rozrachunku (acquiring)), ale także włączył w zakres usługi, która ma mu być świadczona także transakcje w walucie karty DCC. Tym samym zamawiający, w ocenie Izby, nie zamówił wyłącznie usługi płatniczej w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy o usługach płatniczych, ale usługę szerszą obejmującą także umożliwienie klientom zamawiającego (pasażerom krajowymi zagranicznym) transakcji DCC. Odwołujący podnosił, że transakcje DCC, nie są świadczone zamawiającemu i wykraczają poza zakres zamawianej przez niego usługi, gdyż wykonywane są wyłącznie na dobrowolne zlecenie pasażera. W ocenie Izby takie stanowisko jest prawidłowe jedynie częściowo, gdyż gdyby zamawiający takiej transakcji nie zamówił, to odwołujący i inni wykonawcy nie byli by zobowiązani do dostarczenia takiej transakcji i nawet jeśli by ją oferowali, to byłaby ona poza zakresem zamówienia, zamawiający nie mógłby jej egzekwować od wykonawców, a w konsekwencji pasażer nie mógłby z niej dobrowolnie skorzystać. Z tego względu w ocenie Izby wskazanie przez zamawiającego, że oczekuje umożliwienia wykonywania transakcji DCC, spowodowało, że element ten stał się częścią usługi zamawianej przez zamawiającego. Nie jest też w ocenie Izby tak, że umożliwienie klientom zamawiającego takiego rodzaju transakcji nie przekłada się na korzyści dla zamawiającego, gdyż oferując taką możliwość (jak sam odwołujący wskazywał na rozprawie korzystną dla pasażera, bo w chwili zawierania transakcji w walucie obcej, zna zarówno kurs wymiany, jak i wysokość prowizji) staje się bardziej atrakcyjny dla pasażerów międzynarodowych i może lepiej konkurować z innymi przewoźnikami. Z tego względu Izba uznała, że transakcje DCC były elementem zamawianej usługi. Biorąc to pod uwagę, w dalszej kolejności Izba zanalizowała postanowienia siwz dotyczące sposobu obliczenia ceny i stwierdziła, że w rozdziale XI pkt. 6 siwz zamawiający oczekiwał, że przy obliczeniu ceny wykonawcy zastosują się do następującego wymagania :

„Podana w ofercie prowizja i koszt udostępnienia terminali oraz PIN PAD ów muszą uwzględniać wszystkie wymagania zamawiającego i obowiązki wykonawcy określone w niniejszej siwz oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia,

w szczególności koszty przygotowania aplikacji sprzedażowej, dostawę licencji, koszty dostosowania systemów wykonawcy, udostępnienia do używania urządzeń oraz inne czynności określone w Rozdziale IV.”

Postanowienie to wskazuje, że zarówno prowizja jak i koszt udostępnienia terminali musi uwzględniać wszystkie wymagania zamawiającego, w tym transakcje DCC. Zamawiający prowadził powyższym postanowieniem jedynie w sposób wyraźny nakaz uwzględnienia wszystkich kosztów, to jednak jak słusznie podnosił na rozprawie nie zakazał uwzględniać przychodów wykonawcy wynikających z faktu świadczenia usługi. Okoliczność, że transakcje DCC przynoszą przychód wykonawcy, nie była kwestionowana przez odwołującego, co więcej sam w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej wskazywał na wysokość takiego dodatkowego dochodu jaki samodzielnie zakładał w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Należy zatem na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy znk stwierdzić, że na gruncie niniejszej sprawy nie wystąpiła sprzedaż usług (rozumianych jako usługi płatnicze w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy o usługach płatniczych, w tym transakcji w walucie karty) poniżej kosztów ich świadczenia, gdyż świadczenie poza opłatą interchange, opłatą systemową jako kosztami świadczenia takiej usługi przynosi także dwa rodzaje przychodów marżę agenta rozliczeniowego i przychód z prowizji od transakcji DCC, który jaki zgodnie wskazywali zamawiający i odwołujący wynosi 3,5% wartości transakcji, różnica dotyczyła natomiast efektywności takich transakcji. Przy tak skonstruowanym pojęciu usługi wobec braku w siwz wyraźnego zakazu uwzględnienia w zakładanym zysku ze świadczenia usługi zysku z transakcji DCC oraz biorąc pod uwagę fakt, że takiego zakładanego zysku zamawiający nie nakazywał w sposób odrębny wykazywać w formularzu ofertowym, Izba po analizie treści wyjaśnień przystępującego Konsorcjum z dnia 2 września 2015r. doszła do przekonania, że wskazane w tabeli na dole 2 strony oraz w tabeli na górze strony 3 wyjaśnień wyliczenia wskazują, że świadczenie usługi opisanej w siwz przez Konsorcjum nie powoduje świadczenia poniżej kosztów wytworzenia, gdyż przystępujący osiągnie ze świadczenia usługi zysk, którego wysokość wykazał w wyjaśnieniach. Odwołujący nie wskazał przepisu prawa, z którym działanie Konsorcjum byłoby sprzeczne, ani także nie wskazał na model postępowania wynikający z dobrych obyczajów, do których naruszenia doszłoby przez złożenie oferty przez Konsorcjum. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego przez zamawiającego pomimo jej złożenia w czynie nieuczciwej konkurencji tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 nie potwierdził się. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że przystępujący stwierdził na rozprawie, że dzielenie się zyskiem z transakcji DCC z akceptantem jest zjawiskiem powszechnym, a odwołujący temu twierdzeniu nie przeczył. W takiej sytuacji trudno byłoby ocenić jako naganne czy niezgodne z dobrymi obyczajami praktyki, która jest stosowana na rynku przez różnych agentów rozliczeniowych wobec akceptantów. W ocenie Izby jeśli odwołujący uznawał, że przy okazji

świadczenia usługi na rzecz zamawiającego będzie osiągał przychód z transakcji DCC, to mając wątpliwości, co do sposobu obliczenia ceny zamawianej przez zamawiającego usługi powinien był wyjaśnić tę kwestię na etapie poprzedzającym składanie ofert. Obecnie natomiast nie sposób w ocenie Izby skutecznie postawić zamawiającemu zarzutu, że zaakceptował korzystny dla niego sposób obliczenia ceny usługi dokonany przez przystępującego, skoro go wprost nie zakazał, a sam odwołujący przyznaje, że chciał zachować ten dochód dla siebie nie dzieląc się z zamawiającym. W zakresie zarzutu świadczenia usługi najmu urządzeń PIN PAID poniżej kosztów jej wytworzenia, to w ocenie Izby odwołujący nie udowodnił twierdzenia, że cena nowego urządzenia to ok. 380zł netto. Natomiast ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że sam odwołujący oferował świadczenie tej usługi za cenę 9zł., zaś przystępujący przedstawił, że posiada ponad 22 tysiące takich urządzeń stanowiących jego własność i nabywanych od 2011r., stąd Izba dała wiarę wyjaśnieniom przystępującego, że może zaoferować urządzenia już zamortyzowane w ilości 200 – 250 sztuk za cenę zaoferowaną zamawiającego bez poniesienia straty. Odwołujący nie udowodnił twierdzenia przeciwnego mimo tego, że w myśl art. 190 ust. 1 ustawy to na odwołującym ciążył w tym zakresie obowiązek dowodowy. Mając na uwadze powyższe Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy znk i w związku z art. 3 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy stanowi, że zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę. W niniejszym postępowaniu odwołujący twierdził, że rażąca niskość zaoferowanej ceny przejawia się w świadczeniu usługi poniżej kosztów świadczenia oraz rekompensowania ujemnej marży agenta rozliczeniowego przez podzielenie się z zamawiającym dochodem z transakcji DCC. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że taki sposób obliczenia ceny był niedopuszczalny w świetle treści siwz, czy innych obowiązujących przepisów prawa. Sam dochód z DCC także obliczył, choć nie pomniejszył o jakąś jego część swojego wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu. W ocenie Izby odwołujący nie neguje faktu, że świadcząc na rzecz zamawiającego usługę płatniczą i umożliwienie transakcji w walucie karty wykonawca nawet rezygnując z marży agenta rozliczeniowego jest w stanie zapewnić sobie dochodowość takiej transakcji. Natomiast odwołujący kwestionuje dopuszczalność takiego działania. Przy czym w ocenie Izby nielegalność takiego działania nie została przez odwołującego wykazana, gdyż powołany przepis art. 2 pkt 19aa ustawy o usługach płatniczych, choć

wymienia składowe prowizji agenta nie przesądza ani o ich wysokości, ani o tym jak powinna być kształtowana odpłatność przy świadczeniu usługi szerzej niż wynika to z art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy o płatnościach. Należy zauważyć, że ustawowo regulowana jest jedynie opłata interchange w art. 38a ust. 1 ustawy o usługach płatniczych przez określenie wartości procentowych maksymalnych, w ustawie brak także zakazu odstąpienia od żądania marży. Izba podtrzymuje w całości wywoły dotyczące rozstrzygnięcia wcześniejszego zarzutu, że przy usłudze jaką skonstruował zamawiający jako przedmiot zamówienia nie można było pominąć transakcji DCC, choć postanowienia siwz nie stanowiły, w jaki sposób wycenę tej usługi uwzględnić w cenie ofertowej. W tym zakresie zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność. Tym samym jeśli Konsorcjum skalkulowało wszystkie wymagane w ramach świadczonej usługi koszty i założyło zysk, co w ocenie Izby zostało wykazane w wyjaśnieniach z dnia 2 września 2015r., to Izba nie dopatryła się w ocenie tej czynności dokonanej przez zamawiającego nieprawidłowości. Rzeczywiście zaoferowana cena jest niska, ale gwarantuje realność wykonania zamówienia i zakłada osiągnięcie zysku przez Konsorcjum. W tym stanie rzeczy takiej ceny nie można nazwać nierealną, oderwaną od przedmiotu zamówienia. Co do opłaty za najem urządzeń PIN PAID, to Izba podtrzymuje swoje rozstrzygnięcie, uznając, że zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na stwierdzenie, że zaoferowanie najmu pojedynczego urządzenia stanowiącego własność Konsorcjum i nabytego 4 lata temu za 1zł. jest ceną rażąco niską, zwłaszcza, że sam odwołujący zaoferował czynsz w wysokości 9 zł. Odwołujący zaś nie wykazał, że koszt nabycia urządzenia to 380zł. netto. Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 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 odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: