

Sygn. akt: KIO 2718/17

WYROK
z dnia 15 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2018 r. przez **PayU Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego „**PKP Intercity**” **Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, przy udziale wykonawcy **PayPro Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu**, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża PayU Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego, 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 2017, poz.1579) 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

Zamawiający – PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Obsługa i rozliczanie płatności bezgotówkowych dokonywanych przy użyciu kart płatniczych i z wykorzystaniem przelewów, dokonywanych w czasie rzeczywistym w systemie sprzedaży internetowej e-IC oraz integracja systemu płatności wykonawcy z ww. systemem.”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 sierpnia 2017 r., pod numerem 2017/S 157-326111. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części, tj.:

- część 1 – Obsługa i rozliczenie płatności bezgotówkowych dokonywanych w czasie rzeczywistym przy użyciu kart płatniczych;
- część 2 – Obsługa i rozliczenie płatności bezgotówkowych z wykorzystaniem przelewów dokonywanych w czasie rzeczywistym.

Przedmiotowe postępowanie odwoławcze dotyczy części 2.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1579) – dalej jako „ustawa Pzp”, wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, dotyczących usług.

Odwołujący – PayU S.A. z siedzibą w Poznaniu, w dniu 27 grudnia 2017 r. wniósł odwołanie od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez PayPro S.A. z siedzibą w Poznaniu, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę i zakładającej wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), a w konsekwencji błędnym wyborze oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej w zakresie dotyczącym części 2 zamówienia, tj. obsługi i rozliczania płatności bezgotówkowych z wykorzystaniem przelewów dokonywanych w czasie rzeczywistym.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- a) art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp - poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty PayPro S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- b) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty PayPro S.A. jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jest przewidującej wykonywanie zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez PayPro S.A. z siedzibą w Poznaniu, jako oferty najkorzystniejszej w zakresie dotyczącym części nr 2 zamówienia,
- b) odrzucenie oferty tego Wykonawcy, w zakresie dotyczącym części nr 2 zamówienia,
- c) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie dotyczącym części nr 2 zamówienia.

Ponadto Odwołujący, działając na podstawie art. 190 ust. 1 i 4 ustawy Pzp wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

- a) z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia - na okoliczności szczegółowo wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
- b) z opinii biegłego - na okoliczność stwierdzenia, że zaoferowana przez PayPro S.A. cena tytułem wykonania zamówienia (w zakresie dotyczącym części nr 2 zamówienia) jest ceną skalkulowaną poniżej kosztów jego wykonania,
- c) z opinii biegłego - na okoliczność stwierdzenia, że planowany przez PayPro S.A. sposób wykonywania zamówienia jest niezgodny z określonymi przez Zamawiającego w SIWZ warunkami technicznymi w zakresie wykonania usługi.

Odwołujący wniósł również o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zasądzenie od niego na rzecz Odwołującego zwrotu poniesionych kosztów postępowania oraz kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał następujące okoliczności faktyczne i prawne.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, że kluczowym czynnikiem w kalkulacji ceny oferty są koszty prowizji bankowych. W ocenie Odwołującego, kalkulacja prowizji PayPro S.A. nie uwzględnia pokrycia tych kosztów. Odwołujący wskazał, że jest liderem płatności internetowych w Polsce, wobec czego posiada możliwość zaoferowania bardzo niskich stawek prowizji, adekwatnych do zamówienia. Wynika to z faktu, że jako lider rynku płatności elektronicznych posiada istotną siłę przetargową w relacjach ze wszystkimi bankami działającymi w Polsce (co dotyczy również banków wskazanych przez Zamawiającego w pkt. V.2. SIWZ). Ponadto Odwołujący przez ostatnie trzy lata był operatorem Zamawiającego w zakresie obsługi oraz rozliczeń płatności internetowych

za bilety. W związku z tym ma możliwość skalkulowania ceny oferty w oparciu o bardzo szczegółowe, posiadane przez siebie wiarygodne dane dotyczące średnich wolumenów transakcji płatności u Zamawiającego oraz zaoferowanych stawek obowiązujących w bankach.

Odwołujący skalkulował swą ofertę opierając się na dotychczasowej historii przetwarzanych przez siebie transakcji - wskazując iż oczekuje prowizji na poziomie 0,32%. Oferta Odwołującego zakładała uzyskanie zysku na niskim, ale jednak rynkowym i wiarygodnym poziomie, w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał, że oferta Spółki PayPro S.A. zakłada wykonanie zamówienia za wynagrodzenie uwzględniające prowizję na poziomie 0,28%, a zatem prowizję niższą o ponad 12% niż ta oferowana przez Odwołującego, co przy tej skali zamówienia jest różnicą ogromną.

Według Odwołującego tak niski oczekiwany poziom prowizji nie jest w stanie pokryć kosztów wykonania zamówienia, w tym przede wszystkim opłat należnych bankom z tytułu wykonania zamówienia, a także innych kosztów określonych przez Zamawiającego takich jak niezwracanych przez banki prowizji, opłat do KNF, kwot niezwracanych przy transakcji BLIK, kosztów samego procesowania zwrotów, bieżącej obsługi klienta, dostosowania systemów informatycznych, czy wreszcie ogólnych kosztów zarządu. Zdaniem Odwołującego jest bardzo mało prawdopodobne, aby już same uśrednione koszty prowizji PayPro S.A. należne bankom współpracującym z tym podmiotem były niższe niż analogiczne koszty Odwołującego.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Odwołujący wskazał, że oferta PayPro S.A. przewiduje wykonywanie zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, który oczekuje wykonania zamówienia poprzez przelewy online (tzw. Pay By Link). Odwołujący wskazał, że faktem jest, że Spółka PayPro S.A. świadczy usługi tzw. przelewów półautomatycznych. W ocenie Odwołującego jedynym wyjaśnieniem dla zaoferowanej przez PayPro S.A. ceny jest świadczenie usługi w sposób niezgodny z treścią SIWZ.

Pismem z dnia 11 stycznia 2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie domagając się w pierwszej kolejności odrzucenia odwołania, a w razie nie uwzględnienia tego wniosku, wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o oddalenie dowodów z opinii biegłych. Zamawiający wskazał na znaczny spadek wysokości prowizji za świadczenie usług będących przedmiotem zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że kilkakrotnie kierował wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny do Wykonawcy PayPro S.A. wyjaśniając wszystkie istotne czynniki kosztotwórcze wpływające na cenę oferty. Natomiast w odpowiedzi Wykonawca ten potwierdził prawidłowość kalkulacji i okoliczność uwzględnienia w wycenie wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia, z uwzględnieniem wymagań określonych w SIWZ wraz z załącznikami. Zamawiający zwrócił też uwagę, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, a także wskazał, że różnica w wysokości

zaoferowanej przez Odwołującego i PayPro S.A. prowizji wynosi tylko 0,04%. W odniesieniu do drugiego ze stawianych zarzutów, Zamawiający wskazał, że z wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w sposób pośredni wynika potwierdzenie, że usługa będzie realizowana zgodnie z SIWZ, natomiast twierdzenia Odwołującego są gołosłowne, gdyż Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów.

W dniu 2 stycznia 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca PayPro S.A.

W dniu 3 stycznia 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania po stronie Odwołującego zgłosił Wykonawca DotPay S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem ubiegającym się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane Zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia.

Izba dopuściła Wykonawcę PayPro S.A. (dalej: Przystępujący) do udziału w przedmiotowym postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania, gdyż zostały wypełnione wszystkie przesłanki o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Izba postanowiła nie dopuścić Wykonawcy DotPay S.A. do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, gdyż Wykonawca ten zgłaszając chęć przystąpienia nie zachował przewidzianego w ustawie Pzp terminu.

Jak wynika z dokumentacji, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały złożone oferty przez następujących wykonawców:

1. PayU S.A. – prowizja 0,32% - cena oferty 5.768.987,23 zł;

2. PayPro S.A. – prowizja 0,28% - cena oferty 5.047.863,83 zł;
3. DotPay S.A. – prowizja 0,42 % - cena oferty 7.571.795,74 zł;
4. Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. – prowizja 1,11% - cena oferty 20.011.174,47 zł.

Zamawiający postanowił przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę w wysokości 16.946.400,00 zł.

Zamawiający, wszczął procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, kierując do Przystępującego wezwania dwukrotnie, tj. pismami z dnia 25 października 2017 r. i 9 listopada 2017 r. W odpowiedzi na ww. wezwania Przystępujący udzielił obszernych i treściwych wyjaśnień pismami złożonymi Zamawiającemu w dniach 3 listopada 2017 r, i 15 listopada 2017 r., do obu pism załączając stosowne dowody. Przystępujący wyjaśnił w jaki sposób dokonał wyliczenia ceny i jakie koszty uwzględnił przy jej kalkulacji, a także załączył kalkulację wyliczenia ceny. Przystępujący odpowiedział również na szczegółowe pytania Zamawiającego dotyczących spodziewanego zysku Przystępującego.

W tym miejscu wskazać należy, że udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia, o których mowa powyżej zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Jest okolicznością bezsporną, że Odwołujący nie kwestionował tego zastrzeżenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego uzasadnienie wyroku będzie miało ogólny charakter.

W ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności zamawiającego. W toku procedury wszczętej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający powinien otrzymać od wykonawcy wyjaśnienia pozwalające na ocenę zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Wykonawca natomiast powinien podać zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny, uwarunkowań w jakich jej dokonywał, a także wszelkie inne okoliczności i istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oferty. Udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami, powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji w przedmiocie przyjęcia bądź odrzucenia oferty.

Mając na uwadze powyższe oraz treść udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień, skład orzekający doszedł do przekonania, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Jak wskazano powyżej, ze względu na objęcie treści wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest możliwe w treści uzasadnienia

szczegółowe odniesienie się do wszystkich twierdzeń i dowodów w nich zawartych. Niemniej jednak można wskazać, że Przystępujący w sposób treściwy opisał wszystkie koszty jakie wziął pod uwagę, wskazał przychody, a także podał spodziewany zysk.

Zwrócić uwagę należy, że w treści SIWZ Zamawiający wskazał sposób obliczenia ceny, zgodnie z którym wykonawca powinien wyliczyć cenę poprzez przemnożenie zaproponowanej stawki prowizji z podanymi przez Zamawiającego szacowanymi wpływami brutto ze sprzedaży biletów, pomniejszonymi o szacowaną wartość brutto wróconych biletów w okresie realizacji umowy. Wynagrodzenie za realizację umowy będzie wynagrodzeniem prowizyjnym i będzie obliczone zgodnie z treścią umowy. Cena wyliczona w oparciu o zaoferowaną przez wykonawcę prowizję (podaną w % z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku) powinna obejmować całkowite koszty wykonania przedmiotu świadczenia, tj. wykonania wszystkich obowiązków leżących po stronie wykonawcy określonych w SWIZ, w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu tych obowiązków. Zamawiający poza wskazaniem jakie koszty powinna obejmować cena oferty nie wskazał w jaki sposób należy wyliczyć stawkę prowizji.

Natomiast Odwołujący opiera zarzuty odwołania na własnym przekonaniu, że ma najniższe stawki z bankami. Ponadto zdaniem Odwołującego stawka prowizji powinna zostać wyliczona w jeden, wskazany przez niego sposób. W toku rozprawy Odwołujący przyznał, że w jego ocenie w celu weryfikacji prawidłowości wyliczenia przez Przystępującego stawki prowizji, należałoby zbadać umowy z bankami. Odwołujący wnioskował o powołanie biegłego z dziedziny rachunkowości bądź księgowości. Zadaniem biegłego byłoby wyciągnąć stawki z umów dotyczących marży, a następnie policzyć je przy pomocy średniej ważonej.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, który jest pochodną zarzutu związanego z rażąco niską ceną, Izba wskazuje, że poza twierdzeniem, że za cenę oferty Przystępującego nie da się wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego oraz wskazaniem, że Przystępujący świadczy również usługi przelewów półautomatycznych, Odwołujący nie wskazał żadnych dowodów na poparcie swojego stanowiska.

Izba postanowiła, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, oddalić wnioski o powołanie biegłego. Przede wszystkim wskazać należy, że Odwołujący nie kwestionował zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, co w konsekwencji pozbawiło go możliwości merytorycznego odniesienia się do treści udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień. W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby wniosek ten zmierzałby do tego, aby biegły dokonał za Odwołującego analizy niejawnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, a ponadto zmierzałby do swoistego konwalidowania skutków braku aktywności ze strony

Odwołującego w zakresie kwestionowania zasadności objęcia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Jedynie na marginesie wskazać należy, że w przypadku przychylenia się do wniosku, biegły musiałby wydać opinię w oparciu o dokumenty niewymagane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz co do których sam Zamawiający w toku rozprawy przyznał, że nie były wymagane ani potrzebne w celu obliczenia ceny oferty, co w tym stanie rzeczy, w ocenie Izby byłoby zbyt daleko idące.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów 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 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: