

Sygn. akt: KIO 880/21

WYROK
z dnia 5 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2021 r. przez **Spółdzielczy Operator Płatniczy, ul. Tytusa Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Tarnowa - Urząd Miasta Tarnowa,, ul. Adama Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 8 marca 2021 r. wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych, uznania za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych oraz zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a Prawa zamówień publicznych Spółdzielczego Operatora Płatniczego, ul. Tytusa Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa, czyli Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania w tym zakresie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasta Tarnowa — Urząd Miasta Tarnowa,, ul. Adama Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów** i:

2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczona przez **Spółdzielczy Operator Płatniczy, ul. Tytusa Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Gminy Miasta Tarnowa — Urząd Miasta Tarnowa, ul. Adama Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów** na rzecz **Spółdzielczego Operatora Płatniczego, ul. Tytusa Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 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 prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Prowadzenie zastępczej obsługi kasowej w Urzędzie Miasta Tarnowa w okresie od 01.05.2021 r. do 30.04.2024 r.”, znak sprawy: WPW.271.1.2020; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.12.2020 r. pod nr 2020/S 250-625220 przez: Gminę Miasta Tarnowa — Urząd Miasta Tarnowa, ul. Adama Mickiewicza 2, 33-100 Tarnów zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., zwanej dalej: „Pzp”).

W dniu 08.03.2021 r. (e-mailem) Zamawiający przesłał informację o wykluczeniu i odrzuceniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp. Stwierdził: „Zamawiający pismem z dnia 10.02.2021 r. wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedstawił Zaświadczenie o wpisie biura usług płatniczych do Rejestru Usług Płatniczych wystawione dnia 13.01.2021 r., z którego wynika, że Spółdzielczy Operator Płatniczy jest biurem usług płatniczych, który wykonuje czynności określone w art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy o usługach płatniczych (świadczenie usług przekazu pieniężnego).”

Zauważyć należy, że zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy o usługach płatniczych (Dz. U. z 2020 r., poz. 794 z późn. zm. – dalej ustawa o up), cyt.: „Średnia całkowitej kwoty transakcji płatniczych z poprzednich 12 miesięcy wykonanych przez biuro usług płatniczych, w tym przez agentów, za pośrednictwem których świadczy ono usługi płatnicze, nie może przekraczać kwoty 500 000 euro miesięcznie”.

Natomiast zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (pkt 1 lit. a), stanowiącym załącznik nr 1 do projektu umowy, miesięczne obroty Zamawiającego szacowane na podstawie dotychczasowej działalności przedstawiają się w następujący sposób:

- ilość wpłat gotówkowych to około 6 600 szt.,
- ilość wpłat bezgotówkowych to około 9 400 szt.,
- wartość wpłat gotówkowych to 1,4 mln zł (czyli ok. 308 125 euro, przy zastosowaniu średniego kursu publikowanego przez NBP z dnia składania ofert),

- wartość wpłat bezgotówkowych to 1,7 mln zł (czyli ok. 374 152 euro przy zastosowaniu średniego kursu publikowanego przez NBP z dnia składania ofert), co w sumie daje kwotę 3,1 mln zł (czyli ok. 682 277 euro). Jak wynika z powyższego, szacowane miesięczne obroty Zamawiającego w znacznym stopniu przekraczają możliwości Wykonawcy, dla którego zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy oup, średnia całkowitej kwoty transakcji płatniczych nie może przekraczać kwoty 500 000 euro miesięcznie i tym samym Wykonawca nie spełnia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 25.02.2021 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego Zaświadczenia o wpisie biura usług płatniczych do Rejestru Usług Płatniczych oraz do złożenia dokumentu, który będzie potwierdzał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej, umożliwiającej realizację przedmiotu zamówienia Zamawiającego. Zgodnie bowiem z zapisem w rozdz. VI ust. 2 pkt. 2.1. lit. b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jeżeli Wykonawca jest jednym z podmiotów wymienionych w art. 4 ust. 3 ustawy oup, przedmiot działalności Wykonawcy składającego ofertę w przedmiotowym postępowaniu musi umożliwiać temu podmiotowi realizację przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedstawił szereg wyjaśnień, nieprzekonujących Zamawiającego, w tym między innymi, że art. 118 ust. 3 ustawy oup odnosi się do poprzednich 12 miesięcy wykonywania usługi, a w związku z tym, w przypadku Wykonawcy, wartość ta nie została przekroczona, ponieważ Wykonawca działa na rynku dopiero od stycznia tego roku.

Dodatkowo Wykonawca powołał się na zapisy art. 126 ust. 1 pkt 1 ustawy oup, które określają, że „Biuro usług płatniczych zobowiązane jest do zgłoszenia KNF każdego przekroczenia poziomu 500 000 euro: a) całkowitej kwoty transakcji płatniczych, w tym wykonanych przez agentów, za pośrednictwem których biuro usług płatniczych świadczy usługi płatnicze, w danym miesiącu, b) średniej miesięcznej kwoty transakcji płatniczych, w tym wykonywanych przez agentów, za pośrednictwem których biuro usług płatniczych świadczy usługi płatnicze, za każdy okres ostatnich 3 miesięcy i ostatnich 12 miesięcy” oraz zaznaczył, że w przypadku wystąpienia powyższej sytuacji, Wykonawca dokona takiego zgłoszenia. Ponadto w dalszej części wyjaśnień Wykonawca wskazał, że zgodnie z art. 127 ust. 1 pkt 2 ustawy oup, w przypadku przekroczenia kwoty 500 000 euro, złoży wniosek o dokonanie wpisu do rejestru małych instytucji płatniczych, a co więcej, że ma zamiar złożyć wniosek o wpis do rejestru małych instytucji płatniczych, bez względu na ewentualne przekroczenie poziomu 500 000 euro w zakresie całkowitej kwoty transakcji płatniczych w danym miesiącu, a czynności związane z zainicjowaniem takiego wpisu zostały już podjęte, przed wystąpieniem ustawowych okoliczności.

Wykonawca w wyjaśnieniach zwrócił również uwagę, że ustawodawca nie bez przyczyny określił procedurę ubiegania się o wpis w odpowiednim rejestrze, przewidując w tym zakresie konieczność wystąpienia konkretnych okoliczności, po zaistnieniu których podmiot ma obowiązek poczynić w ustawowych terminach konkretne działania, bez konieczności przerywania ciągłości usług, i że takie działania zostaną przez niego podjęte. Jednak zdaniem Zamawiającego nie wyklucza to możliwości wystąpienia z wnioskiem o wpis do rejestru małych instytucji płatniczych z pominięciem procedury wpisu jako biuro usług płatniczych.

W kontekście powyższych wyjaśnień zauważyć należy, że warunki udziału w postępowaniu potwierdzane są na moment składania ofert. A sama deklaracja Wykonawcy o planowanym złożeniu wniosku o wpis do rejestru małych instytucji płatniczych nie może być traktowana jako dokument potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Bowiem, w chwili składania ofert, Wykonawca posiadał wpis, który nie zezwala mu na prowadzenie działalności objętej przedmiotem zamówienia, poprzez ustawowe ograniczenie jego średniej całkowitej kwoty transakcji płatniczych do kwoty 500 000 euro miesięcznie, podczas gdy Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał dużo wyższe obroty.

Ponadto w odpowiedzi na powyższe wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykonawca nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie przez niego warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z powyższym Wykonawca został wykluczony, gdyż nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie ofertę nr 3, złożoną przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Dodatkowo Zamawiający informuje, że na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zatrzymuje wniesione wadium wraz z odsetkami, gdyż Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentu potwierdzającego okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.”

Zamawiający w dniu 19.03.2021 r. (e-mailem) wezwał wraz kopia odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie miało miejsca.

W dniu 18.03.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Spółdzielczy Operator Płatniczy, ul. Tytusa Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa zwane dalej: „Spółdziel-

czy Operator Płatniczy” albo „Odwołującym” wniosła odwołanie na czynności z 08.03.2021 r.

Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 - przez uznanie, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia tj. niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, w przypadku gdy posiada uprawnienia do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji powyższego:

2) art. 24 ust. 4 Pzp - przez uznanie, iż oferta wykonawcy wykluczonego podlega odrzuceniu,

3) art. 46a Pzp - przez zatrzymanie wadium wykonawcy, mimo wykazania spełniania warunku i złożenia dokumentu potwierdzającego odpowiednie kompetencje i uprawnienia wymagane do wykonywania przedmiotu umowy, a dodatkowo:

4) art. 7 ust. 1 Pzp - przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, wskutek dokonania nadinterpretacji, nieuprawnionej wykładni i tym samym zmiany postanowień SIWZ, dotyczących warunków udziału w postępowaniu, na etapie badania i oceny ofert, mimo ich literalnego brzmienia, zawartego w dokumentach zamówienia.

Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania skutkującego odrzuceniem jego oferty i zatrzymaniem wadium,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

3) zwrotu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołującego znajduje się na pierwszej pozycji w rankingu ofert. Oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza i mieści się w kwocie, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, pozostawiając oszczędność Zamawiającego na poziomie przekraczającym 230 tys. zł. (cena oferty była przedmiotem wyjaśnienia). Wykonawca jest tzw. dostawcą usług płatniczych i prowadzi działalność w formie biura usług płatniczych, na podstawie wpisu do rejestru działalności regulowanej, prowadzonego przez Komisję Nadzoru Finansowego (dalej „KNF”). Biuro usług płatniczych to jedna z form prawnych, przewidziana dla dostawców usług płatniczych.

Ustawa Pzp wyraźnie łączy warunek posiadania uprawnień podmiotowych z przepisami odrębnymi, korelując uprawnienia Zamawiającego do kierunku ograniczonego treścią tych przepisów. Zamawiający nie ma zatem swobody przy określaniu warunków w zakresie uprawnień do wykonywania działalności regulowanej, a jego rola polega na przepisaniu z aktów prawnych, uprawnień, których posiadanie umożliwia świadczenie usług bądź realizacji dostaw objętych postępowaniem.

Zarówno w treści SIWZ jak i ogłoszeniu o zamówieniu, Zamawiający określił, iż wykonawca musi spełnić warunki, m.in. dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia

określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Za minimalny poziom kompetencji lub uprawnień uznane zostanie wykazanie przez wykonawcę, jedynie, że posiada uprawnienia do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia. Natomiast, w wykazie oświadczeń lub dokumentów żądanych w tzw. procedurze odwróconej, w celu potwierdzenia przez wykonawcę, spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający oczekiwał złożenia następujących dokumentów: (...)

b) w przypadku podmiotów, o których mowa w art. 4 ust. 3 Ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 794 z późn. zm.) - wpis do rejestru dostawców i wydawców pieniądza elektronicznego, o którym mowa w art. 4 ust. 3 Ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych.

Istota sporu sprowadza się do ustalenia wykładni warunku udziału w postępowaniu, odmiennie rozumianego przez Odwołującego i Zamawiającego. W ocenie wykonawcy spełnienie warunku udziału w postępowaniu polega na posiadaniu uprawnienia do prowadzenia określonej działalności tj. usług płatniczych stanowiących przedmiot zamówienia. Przyjęta przez wykonawcę interpretacja wymogu wynika wprost z jego literalnego brzmienia, zaś sposób realizacji zamówienia przez Odwołującego jest uprawnieniem przyznanym przez ustawodawcę i przewidzianym przepisami prawa. Na etapie weryfikacji podmiotowej wykonawcy, Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał zawężającej i bardziej rygorystycznej wykładni warunku udziału, uzależniając go już nie tylko od posiadania uprawnienia do świadczenia usług płatniczych, ale dodatkowo od konieczności posiadania uprawnień do świadczenia usług płatniczych w kwocie co najmniej 3,1 mln zł miesięcznie. Doprecyzowanie warunku, nie wynikające z jego treści, Zamawiający próbuje uszczegółowić na podstawie OPZ. Z takim zabiegiem, na gruncie Pzp, nie sposób się zgodzić, a co więcej zaprzecza ono obowiązującym przepisom prawa, odnoszącym się do zasad świadczenia przedmiotowych usług. Choć działanie takie nie jest uprawione prawnie (przekracza ono literalnie brzmiący warunek) oraz nie jest faktycznie uzasadnione, wobec brzmienia Ustawy o usługach płatniczych, to wykonawca ma prawo prowadzić działalność w takim zakresie, na takim poziomie.

Zamawiający w wykazie dokumentów przywołał art. 4 ust. 3 Ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych. Zgodnie z treścią tego przepisu krajowe instytucje płatnicze, małe instytucje płatnicze, biura usług płatniczych, krajowe instytucje pieniądza elektronicznego (...) podlegają wpisowi do rejestru dostawców i wydawców pieniądza elektronicznego, zwanego dalej „rejestrem”. Odwołujący posiada wpis do rejestru dostawców i wydawców pieniądza elektronicznego, o którym mowa w art. 4 ust. 3 Ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych pod numerem BP2618/2021.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 10.02.2021 r., Odwołujący przedłożył m.in. zaświadczenie KNF, określające wprost, że na podstawie art. 122a w związku z art. 119 ust. 1 Ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz. U. z 2020 r. poz. 794, z późn.

zm.) zaświadcza, że dokonano wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 4 ust. 3 Ustawy o usługach płatniczych. O takim wpisie jest właśnie mowa w treści SIWZ, a Zamawiający dopuszczał, zgodnie z zasadą dostępu do przetargu nieograniczonego, również biura usług płatniczych, jako jeden z rodzajów dostawców usług płatniczych, wymienionych w art. 4 ust. 3 wspomnianej Ustawy. Odwołujący uznał, że przedłożenie przedmiotowego zaświadczenia jest formalnością wykonaną przez niego należycie, choć zasadniczo wystarczające byłoby powołanie się na wpis poprzez wskazanie Zamawiającemu internetowego źródła w zakresie dostępu do elektronicznego rejestru urzędowego.

Jednakże, Zamawiający pismem z dnia 25.02.2021 r. wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wskazał, że jego zdaniem wprawdzie wykonawca jest jednym z podmiotów wskazanym w art. 4 ust 3 Ustawy o usługach płatniczych, ale szacowane miesięczne obroty Zamawiającego w znacznym stopniu przekraczają możliwości wykonawcy, będącego biurem usług płatniczych, tj. wartość tychże obrotów dla tej formy prawnej nie może przekraczać kwoty 500 000 euro miesięcznie. Dodatkowo, Zamawiający ponownie wezwał do złożenia dokumentu, który będzie potwierdzał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, pomimo, iż dokumentem dysponował i oczywistym było, iż Odwołujący innego dokumentu z przyczyn naturalnych przedłożyć nie może. Jako biuro usług płatniczych nie byłoby możliwe posiadanie jednocześnie statusu innego typu dostawcy usług płatniczych. Niemniej, posiadanie statusu biura usług płatniczych było wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia.

W wyjaśnieniach z dnia 01.03.2021 r. Odwołujący wskazał, że:

- 1) wykonawcy znane są przepisy Ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych,
- 2) Przepisy ww. Ustawy nie określają wprost limitu kwoty, do jakiej wykonawca jest uprawniony świadczyć usługi płatnicze, a jedynie:
 - a) przepis art. 118 ust. 3 Ustawy wskazuje, że średnia całkowitej kwoty transakcji płatniczych z poprzednich 12 miesięcy wykonanych przez biuro usług płatniczych, w tym przez agentów, za pośrednictwem których świadczy ono usługi płatnicze, nie może przekraczać kwoty 500 000 euro miesięcznie, a zaznaczyć należy, że wartość taka nie została przekroczona,
 - b) przepis art. 126 ust. 1 pkt 1 Ustawy określa, że biuro usług płatniczych zobowiązane jest do zgłoszenia KNF przekroczenia poziomu 500 000 euro w zakresie całkowitej kwoty transakcji płatniczych, w tym wykonanych przez agentów, za pośrednictwem których biuro usług płatniczych świadczy usługi płatnicze, w danym miesiącu oraz średniej miesięcznej kwoty transakcji płatniczych, w tym wykonywanych przez agentów, za pośrednictwem których biuro usług płatniczych świadczy usługi płatnicze, za każdy okres ostatnich 3 miesięcy i ostatnich 12 miesięcy, przy czym potwierdzono, że zgłoszenie takie nastąpi w chwili zaistnienia przesłanek,

3) wykonawca, jako biuro usług płatniczych, zgodnie z art. 127 ust. 1 ust. 2 Ustawy, w przypadku przekroczenia średniej całkowitej kwoty transakcji płatniczych, o której mowa w art. 118 ust. 3, niezależnie od obowiązku dokonania zgłoszenia, o którym mowa w art. 126 ust. 1 pkt 1 lit. b - złoży wniosek o dokonanie wpisu do rejestru małych instytucji płatniczych, o którym mowa w art. 117j ust. 1, przy czym wniosek ten zostanie złożony wcześniej, z należyтым wyprzedzeniem. Wykonawca ma zamiar złożenia wniosku o wpis do rejestru małych instytucji płatniczych, bez względu na ewentualne przekroczenie poziomu 500 000 euro w zakresie całkowitej kwoty transakcji płatniczych, w danym miesiącu. Ustawodawca określił, że wniosek może być złożony także post factum.

4) Podane w SIWZ szacunkowe dane w zakresie łącznej kwoty operacji kasowych nie są wyznacznikiem do podejmowania działań formalno-prawnych przed zaistnieniem danego stanu rzeczy, obligującego do ich podjęcia, gdyż w tym zakresie istotne są zapisy Ustawy o usługach płatniczych, które nie mają związku z oferowaniem usług i rozpoczęciem ich świadczenia. Niemniej, jak wskazano w punkcie 3, wniosek w zakresie wpisu do rejestru małych instytucji płatniczych i czynności związane z zainicjowaniem takiego wpisu zostały już podjęte, przed wystąpieniem ustawowych okoliczności,

5) W czasie trwania postępowania o wpis do rejestru instytucji płatniczych, biuro usług płatniczych może świadczyć usługi w rozmiarze adekwatnym do rzeczywistych potrzeb i nie jest zobowiązane do ograniczania działalności. Zgodnie z art. 127 ust. 2 Ustawy, w przypadku złożenia wniosku o dokonanie wpisu do rejestru małych instytucji płatniczych, o którym mowa w art. 117j ust. 1, do chwili jego rozpoznania, przepisu art. 127 ust. 1 pkt 1 (dostosowanie rozmiaru prowadzonej działalności w zakresie usług płatniczych do wymogu, o którym mowa w art. 118 ust. 3) - nie stosuje się,

6) wykonawca będzie świadczył usługi nieprzerwanie i w zgodzie z przepisami Ustawy,

7) wykonawca nie wyłącza możliwości świadczenia usług na rzecz innych kontrahentów, co nie ma wpływu na świadczenie usługi na rzecz Zamawiającego,

8) Dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu został Zamawiającemu złożony zgodnie z treścią SIWZ, zgodnie ze stanem prawnym na dzień ubiegania się o zamówienie publiczne, jest on prawidłowy oraz wystarczający w kontekście powyższych wyjaśnień, więc wezwanie można uznać w tym zakresie za nie mające podstawy. Wykonawca zastosował się do pierwszego wezwania w sposób prawidłowy, a Zamawiający tego nie kwestionuje.

Wyjaśniono także, iż oferta została prawidłowo złożona i uzupełniona na wezwanie Zamawiającego z 10.02.2021 r., pismem wykonawcy z 17.02.2021 r. Wskazano, że rolą wykonawcy jest należyte staranie w zakresie ciągłości uprawnień do wykonywania określonej działalności, zgodnie z przepisami prawa. Ustawodawca nie bez przyczyny określił procedurę ubiegania się o wpis w odpowiednim rejestrze, przewidując w tym zakresie konieczność

wystąpienia konkretnych okoliczności, po zaistnieniu których podmiot ma obowiązek poczynić w ustawowych terminach konkretne działania, bez konieczności przerywania ciągłości usług. Wykonawca określił w swoich wyjaśnieniach, że działania takie zostaną podjęte, co nie ma wpływu na prawidłowość oferty i prawidłowość świadczenia oferowanych usług. Przywołano, iż w świetle ustawowej procedury, zacytowanej tylko częściowo przez Zamawiającego w wezwaniu, wyjaśnienia należy przyjąć za potwierdzenie, że wykonawca stosuje przepisy ww. aktu prawnego i będzie je stosował, stosownie do okoliczności faktycznych.

W wezwaniu do wyjaśnień z 25.02.2021 r. Zamawiający zadał Odwołującemu m.in. następujące pytanie: "Jakie działania podejmą Państwo w sytuacji przekroczenia limitu kwoty 500 000 euro miesięcznie w czasie realizacji naszego zamówienia?". Pytanie to Odwołujący uznał za chęć wyjaśnienia przez Zamawiającego faktu, że Odwołujący jest świadomy, iż zgodnie z art. 127 ust. 1 Ustawy o usługach płatniczych, będzie miał ewentualny obowiązek (po rzeczywistym przekroczeniu sumy przyjętych wpłat) złożenia wniosku o dokonanie wpisu do rejestru w charakterze małej instytucji płatniczej (przekształcenie). Zdaje się, iż początkowo Zamawiający był zgodny z Odwołującym w tym zakresie, gdyż trudno doszukać się innego celu tak skonstruowanego pytania w wezwaniu do wyjaśnień. Pytanie jest opracowane w kontekście procedury wyznaczonej przez Ustawę o usługach płatniczych, która określa m.in. obowiązek złożenia wniosku o wpis do rejestru w charakterze małej instytucji płatniczej. Zasadnym wydawało się zatem potwierdzenie u Odwołującego, że ma wolę dokonać takiej czynności prawnej przed KNF (jeżeli będzie to ewentualnie konieczne).

Dodatkowo, niezwykle istotne w sprawie jest niewyjaśnienie przez Zamawiającego, który jak się okazało - powziął wątpliwości w zakresie uprawnień podmiotowych, zagadnienia dotyczącego podwykonawcy, powołanego w formularzu JEDZ, przy udziale którego Wykonawca zamierza realizować usługę. W treści wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający nie poruszył tej kwestii, pomijając ją milczeniem. W przypadku gdyby pytanie takie pojawiło się w jego piśmie, prawdopodobnie nie doszłoby do wykluczenia Odwołującego, gdyż w wyniku choćby tej odpowiedzi, Zamawiający wyjaśniłby rolę podwykonawcy względem wpływu na próg 500 000 euro. Zamawiający dokonując badania oferty i złożonych dokumentów posiadał wiedzę, wynikającą z zaświadczenia KNF, iż Odwołujący nie posiada tzw. agentów (pkt 7 zaświadczenia). Tym samym, nie zamierzał korzystać z agentów, którzy będą świadczyć usługi wliczające się do tego samego progu. Stąd, mogło pojawić się pytanie, wobec tego z jakich podwykonawców współpracujących w zakresie obsługi kasowej (por. formularz ofertowy) będzie korzystał Odwołujący, w wymiarze łącznym 40% (określonym w JEDZ). Wskazać należy, iż Zamawiający nie uwzględnił, iż Odwołujący wykonawca będzie współpracował z ramach podwykonawstwa z innym biurem usług płatniczych, posiadającym również równorzędne uprawnienia do wykonywania usług płatniczych przekazu pieniężnego, zgodnie z OPZ. Nieuprawnionym byłoby przecież powierzanie podwykonawstwa podmiotowi,

który takich samych, koniecznych uprawnień nie posiada. Nawiązane rozmowy handlowe z takim podmiotem wskazują, iż wyraził on chęć współpracy i posiada również uprawnienia dostawcy usług płatniczych.

Pomimo udzielenia prawidłowych wyjaśnień, odnoszących się do zadanych pytań, Zamawiający w piśmie z dnia 08.03.2021 r. poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji uznaniu jego oferty za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Dokonał także zatrzymania wadium. W uzasadnieniu, w głównej mierze przywołano wyjaśnienia Odwołującego. Podano jedynie krótkie motywy faktyczne wskazujące, że Odwołujący jest biurem usług płatniczych, a zatem nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Pominęto przy tym odniesienie się do wyjaśnień Odwołującego, choćby w zakresie procedury przewidzianej przez ustawodawcę, znajdującą zastosowanie w sytuacji przekroczenia progu 500 000 euro miesięcznej sumy zrealizowanych przekazów. Zamawiający jak gdyby nie uznaje wyznaczonych prawem zasad działania, które precyzują przewidziane przez ustawodawcę możliwe etapy rozwoju działalności podmiotów na rynku i swobody działalności wyznaczonej prawem.

Podsumowując, Odwołujący, będący biurem usług płatniczych, jest uprawniony do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. Ustawa o usługach płatniczych określa jedynie, że:

- biuro usług płatniczych jest zobowiązane do zgłoszenia KNF każdego przekroczenia poziomu 500 000 euro,
- w przypadku przekroczenia średniej całkowitej kwoty transakcji płatniczych, o której mowa w art. 118 ust. 3, biuro usług płatniczych, niezależnie od obowiązku dokonania powyższego zgłoszenia, składa wniosek o dokonanie wpisu do rejestru w charakterze małej instytucji płatniczej,
- w przypadku złożenia wniosku o dokonanie wpisu do rejestru w charakterze małej instytucji płatniczej, do czasu rozpoznania wniosku nie stosuje się obowiązku dostosowania rozmiarów działalności do poziomu 500 000 euro miesięcznie.

Wskazać należy, że Ustawa o usługach płatniczych nie przewiduje, iż biuro usług płatniczych, które przekroczy poziom sumy przekazów ponad 500 000 euro miesięcznie traci uprawnienia do świadczenia usług, a tylko w takim przypadku Zamawiający mógłby mieć wątpliwości w zakresie sytuacji prawnej wykonawcy co do uprawnień podmiotowych.

Podkreślenia wymaga także istotny fakt, iż wpis do rejestru, który następuje na wniosek, zarówno w przypadku biur usług płatniczych jak i małych instytucji płatniczych jest deklaratoryjny. Po dołączeniu do wniosku załączników formalnych, KNF dokonuje wpisu. Jest to całkowicie inna złożoność postępowania administracyjnego niż w przypadku kolejnej formy prawnej - krajowej instytucji płatniczej.

Odwołujący składając wniosek o wpis w charakterze biura usług płatniczych był zobowiązany do dołączenia do wniosku określonych dokumentów. W przypadku wniosku o wpis małej instytucji płatniczej procedura jest niemalże identyczna. Zgodnie z art. 117j Ustawy branżowej, wpis do rejestru małych instytucji płatniczych następuje na pisemny wniosek przedsiębiorcy zawierający dane, o których mowa w art. 136d pkt 2-4 tj. podstawowe dane podmiotu, a do wniosku dołącza się wykaz usług płatniczych, które mała instytucja płatnicza zamierza świadczyć, wraz z przedstawieniem tych usług w formie schematu graficznego z opisem tych usług, a także oświadczenie wnioskodawcy o określonej treści. Obrazuje to, iż wpis jest nieskomplikowaną formalnością i z jego uzyskaniem nie wiążą się zaawansowane czynności, takie jak można porównać do ubiegania się o zezwolenie dla krajowej instytucji płatniczej (art. 60 i 61 Ustawy o usługach płatniczych). Nie ma jednak konieczności, ażeby Odwołujący, składając ofertę, posiadał odgórnie, "na zapas" status małej instytucji płatniczej (uprawnienia ponad potrzebę).

Dalej, Odwołujący uzyskał opinię prawną specjalisty w dziedzinie usług płatniczych, w tym autora komentarza do Ustawy, dra M. G., która wskazuje jednoznacznie, iż jest on uprawniony do świadczenia usług objętych postępowaniem przetargowym, ze względu na posiadanie uprawnień określonych przepisami Ustawy o usługach płatniczych.

Potwierdza ona szereg okoliczności uzasadniających nietrafność argumentacji Zamawiającego, w kontekście przepisów wspólnotowych, krajowych, ale także uzasadnienia do krajowych aktów prawnych, przedstawiających pełną wolę ustawodawcy w sposób drobiazgowy. Szereg argumentów wynikających z tych źródeł, ale i opracowań komentarzy do aktu prawnego jest spójnych z czytelną regulacją ustawową, opisaną w treści niniejszego odwołania.

Zamawiający z nadmierną starannością dokonał analizy przepisów aktu prawnego, określającego zasady działania dostawców usług płatniczych, w przypadku gdy ustawa ta nie jest tak restrykcyjna jak zdaje się to przedstawiać Zamawiający. Nieuzasadnione jest wymaganie od przedsiębiorców, starających się o zamówienie publiczne, aby posiadali ponad potrzebę wyższe w hierarchii uprawnienia podmiotowe niż te, które określił wprost ustawodawca, który gwarantuje wręcz czas na płynne dostosowanie formalne przedsiębiorcy rozwijającego działalność, elastycznie względem rzeczywistych, bieżących potrzeb. Na rynku usług jest wielu przedsiębiorców, którzy rozpoczęli świadczenie usług w charakterze biur usług płatniczych, a w miarę potrzeb i współpracy np. z jednostkami samorządu terytorialnego czy też jednostkami skarbowymi, przekształcali swoją działalność, zachowując jej ciągłość zagwarantowaną ustawą. Decyzja Zamawiającego zdaje się eliminować z możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego, który należycie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, określonych w SIWZ wprost, jako wymóg posiadania uprawnienia do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia, który nie wyłączał udziału biur usług

płatniczych, uprawnionych do świadczenia usług przekazu pieniężnego. Nie można także pominąć, że wskazana przez Zamawiającego suma przekazów, mających być zrealizowana w ramach punktu kasowego w siedzibie Zamawiającego jest szacunkowa. Wysoce prawdopodobne jest nie osiągnięcie pełnej wartości, gdyż w poprzednim, tożsamym postępowaniu Zamawiający wskazał tę samą wartość, a jak wiadomo, obowiązujący stan epidemii spowodował naturalne zmniejszenie obrotu gotówkowego na rynku, w tym wynikające z ograniczenia bezpośredniej działalności administracji i zmian tendencji społecznych. Niemniej, Odwołujący bez względu na współpracę z Zamawiającym i tak zamierza złożyć wnioski o dokonanie wpisu w charakterze małej instytucji płatniczej, który może nastąpić przed zaistnieniem okoliczności faktycznych, które obligowałyby ustawowo do jego uzyskania. Nie jest to jednak aktualnie obowiązkiem Odwołującego, a tym bardziej uprawnieniem podmiotowe jego przedsiębiorstwa, którego brak odbiera legitymację ubiegania się o zamówienie, na tle uprawnień wynikających z obowiązujących powszechnie przepisów prawa, przywołanych w odwołaniu. Dodatkowo, udział podwykonawcy może spowodować, że próg, obligujący do dokonania kolejnego w hierarchii ustawowej wpisu (jako MIP), nie zostanie w ogóle osiągnięty.

Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, stąd wykluczenie go z postępowania i odrzucenie jego oferty nie było czynnościami uprawnionymi. W konsekwencji tego, skonstruowany zarzut wynikowy zatrzymania wadium, jako skorelowany z zaskarżeniem wykluczenia Odwołującego, okazał się również zasadny. W niniejszej sprawie nie doszło przecież do nie złożenia dokumentu, a jedynie wyniknął spór dotyczący, czy dokument dowodzi wykazania spełnienia warunków udziału - w związku z badaniem tego dokumentu. Nie można zatem mówić o jego braku. Z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazuje, że bezsporne między stronami jest, iż w dniu 17.02.2021 r., wykonawca, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, złożył Zamawiającemu zaświadczenie o wpisie biura usług płatniczych do rejestru, wydane przez Komisję Nadzoru Finansowego. Z literalnego brzmienia warunku udziału nie wynika, że konieczność posiadania uprawnień do świadczenia usług płatniczych musi uprawniać do dokonywania obrotów „w kwocie co najmniej 3,1 mln zł miesięcznie”, co jak wskazano wyżej byłoby nieuzasadnione. Co więcej, kwota ta została wskazana przez Zamawiającego jedynie informacyjnie w OPZ, nie zaś jako warunek udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie nie doszło zatem do nie złożenia dokumentu, a do sporu co do wykładni warunku udziału w postępowaniu. Konsekwencją powyższego sporu wykładni wymogu, jest uznanie przez Zamawiającego, że dokument nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu, co nie może skutkować zatrzymaniem wadium.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wykazał dwojako, iż nie ma możliwości, aby zasadny mógł okazać się argument Zamawiającego o braku możliwości wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący posiada niezbędne uprawnienia do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia, ale także, wyłącznie uzupełniająco,

nawiązał współpracę z podwykonawcą, przy udziale którego zamierza się świadczyć usługi, będącego również wpisanym do rejestru, dostawcą usług płatniczych, jeżeli zaistnieje taka potrzeba w toku realizacji zamówienia. Takich podmiotów na rynku, jest zarejestrowanych ponad tysiąc. Stąd, z ostrożności, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności, nie ma możliwości, aby usługa nie została zrealizowana. Odwołujący ma formalną możliwość samodzielnego realizowania zamówienia, ale przewidział także choćby ze względu na zagrożenia wynikające z obowiązywania stanu epidemii, a zarazem konieczności zapewnienia ciągłości usługi - możliwość wspomagania udziałem podwykonawcy, będącego odrębną jednostką sprawozdawczą wobec KNF i nadzorowaną, tak jak Odwołujący, przez ten organ.

W dniu 04.05.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Spółdzielczy Operator Płatniczy przesłał pismem stanowisko Odwołującego w sprawie podpisane przez Dyrektora Spółdzielni. Odwołujący podtrzymał swoje odwołanie w całości, a ponadto wskazał, co następuje:

1) Wykonawca wykazał należyte, na etapie badania i oceny ofert, poprzez przedłożenie zaświadczenia organu nadzoru (KNF), iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia działalności, jako biuro usług płatniczych, a zaświadczenie to odpowiadało treści warunku udziału i było wprost dokumentem, którego oczekiwał Zamawiający,

2) Źródłem sporu jest nieprawidłowa interpretacja przez Zamawiającego treści warunku postawionego w SIWZ, której na skutek ogólnikowo opisanego warunku, Odwołujący nie mógł odczytywać inaczej niż przy uwzględnieniu przepisów prawa. Gdyby Zamawiający, w treści SIWZ, wprost zasygnalizował, to co wyjawiał po badaniu ofert, iż jego zdaniem uprawnione do przystąpienia do postępowania są spośród dostawców usług płatniczych, jedynie małe instytucje płatnicze i krajowe instytucje płatnicze, to wówczas Odwołujący miałby skonkretyzowaną informację, skutkującą koniecznością złożenia odwołania na treść SIWZ. Zapis specyfikacji nie wskazywały jednak na takie nieuprawnione ograniczenie, stąd Odwołujący nie miał podstaw do przypuszczeń, że może dojść do jakiegokolwiek sporu na późniejszym etapie postępowania. Zapis taki byłby przecież ograniczający dostęp do postępowania, gdyż biura usług płatniczych mogą świadczyć usługi objęte zamówieniem swobodnie, a jedynie po przekroczeniu określonego progu ustawowego obrotów, mają obowiązek złożyć wniosek o wpis w charakterze małej instytucji płatniczej (post factum),

2) Wykonawca, zgodnie z art. 127 ust. 1 ust. 2 Ustawy, dopiero w przypadku rzeczywistego przekroczenia średniej całkowitej kwoty transakcji płatniczych, o której mowa w art. 118 ust. 3, niezależnie od obowiązku dokonania zgłoszenia, o którym mowa w art. 126 ust. 1 pkt 1 lit.

b - będzie miał dopiero wtedy obowiązek złożyć wniosek o dokonanie wpisu do rejestru w charakterze małej instytucji płatniczej. Ustawodawca określił, że wniosek może być złożony po zaistnieniu okoliczności uzasadniających taki wpis (przekroczenie obrotów przez biuro usług płatniczych),

3) Wykonawca wyjaśnił, na wezwanie Zamawiającego, że posiada odpowiednie uprawnienia do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia. Niezrozumiałe pozostaje, dlaczego Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień Wykonawcy, skoro na zadane pytanie w zakresie działań, jakie Wykonawca zamierza podjąć w przypadku przekroczenia progu obrotu 500 tys. euro w skali miesiąca - odpowiedział prawidłowo, zgodnie z procedurą wytyczoną Ustawą o usługach płatniczych, a ponadto biorąc pod uwagę, że ustawodawca wskazuje, iż działalność może być wówczas wykonywana w dalszym ciągu, w sposób nieprzerwany. Potwierdza to również dołączona do odwołania opinia eksperta,

4) Zamawiający, pomimo, że Wykonawca spełniał warunki udziału i mógł samodzielnie realizować przedmiot zamówienia, nie uwzględnił dodatkowej kwestii. W treści oferty, Wykonawca wskazał, że będzie współpracował z ramach podwykonawstwa z innym biurem usług płatniczych, posiadającym również równorzędne uprawnienia do wykonywania usług płatniczych przekazu pieniężnego, zgodnie z OPZ. Biuro takie może wykonać niezależne, kolejne 500 tys. euro miesięcznie obrotów w ramach pośrednictwa pieniężnego. Możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy dopuszczał punkt III.15 SIWZ, a Wykonawca wskazał na 40% udział podwykonawcy w realizacji zamówienia, a fakt ten nie był przedmiotem żądania wyjaśnień od Wykonawcy,

5) Podkreślenia wymaga także istotny fakt, iż wpis do rejestru działalności regulowanej, który następuje na wniosek, zarówno w przypadku biur usług płatniczych jak i małych instytucji płatniczych, jest deklaratoryjny. W związku z "łatwością" uzyskania takiego wpisu, obawy Zamawiającego, nie były uzasadnione, szczególnie przy uwzględnieniu uprawnień wynikających z Ustawy o usługach płatniczych, które wskazują na możliwość uzyskania wpisu jako mała instytucja płatnicza dopiero podczas realizacji usługi i w przypadku zaistnienia takiej konieczności oraz biorąc pod uwagę współpracę z podwykonawcą, będącym również biurem usług płatniczych,

6) Odwołujący uważa, zgodnie zresztą z poglądem wyrażonym w orzecznictwie, iż wykonawcy ze swojej strony, w przypadku braku konkretnego wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie mają „zwyczaju” uzyskiwania wpisów do rejestru, koncesji itp., ponad wymogi zamawiających wyrażane w specyfikacjach – świadczą o tym liczne spory co do zakresu posiadanych wpisów, licencji i koncesji, w wyniku czego w toczone są postępowania przed Izłą. W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przyjęte jest, że zamawiający nie zawsze żądają wykazywania wszystkich okoliczności potrzebnych do realizacji zamówienia, w tym posiadania uprawnień, już na etapie postępowania i w postaci wa-

runku udziału w postępowaniu. Spowodowane to może być też faktem, że dane uprawnienia mogą posiadać podwykonawcy, jako niezależne uprawnienia, które posiada również wykonawca (np. wyrok KIO sygn. 42/19). Na gruncie niniejszej sprawy, przy skorzystaniu z podwykonawstwa, Odwołujący wygeneruje wówczas mniejszy obrót - sumę przekazów pieniężnych, nie przekraczając w istocie średnio 500 tys. euro miesięcznie, przez cały okres realizacji zamówienia, co w okolicznościach niniejszej sprawy może mieć znaczenie, przy uwzględnieniu, że Zamawiający wylicza Odwołującemu, do jakiej kwoty, jego zdaniem, może on świadczyć usługi w ramach uprawnień ustawowych i interpretując zapisy ustawy jako swego rodzaju "limit miesięczny", który w istocie nie istnieje. Nie uwzględnił jednak przy tym, pomijając już kwestię podwykonawstwa, że o wpis w charakterze małej instytucji płatniczej może on wystąpić w przyszłości, zgodnie z wolą ustawodawcy, nawet jeżeli świadcząc usługę samodzielnie przekroczyłby ewentualnie próg 500 tys. euro miesięcznie,

7) Odwołujący, dla pełnego wyeliminowania obaw Zamawiającego, złożył do KNF wnioski o wpis w charakterze małej instytucji płatniczej i uzyskał go niezwłocznie. Wpis ten (jak i wnioskowanie o niego) nie były jednak czynnościami koniecznymi. Uzyskanie takiego wpisu miało jednak zobrazować nieskomplikowaną procedurę jego uzyskania. Jednocześnie, wskazuje się, że Wykonawca, dysponując zarówno wpisem w charakterze biura usług płatniczych jak i małej instytucji płatniczej był i jest nadal dostawcą usług płatniczych, a wpis ten nie zmienia uprawnień Wykonawcy, którymi dysponował w chwili składania oferty, dla potrzeb spornego postępowania. Posiadanie statusu małej instytucji płatniczej ma co do zasady rozszerzać katalog usług takiego podmiotu o szereg innych ustawowych rodzajów usług płatniczych, które nie są przedmiotem postępowania. Zarówno BUP jak i MIP uprawnione są do świadczenia usługi przekazu pieniężnego (objętej OPZ postępowania). Do niniejszego pisma dołącza się wyciąg z elektronicznego rejestru KNF, świadczący o dokonany wpisie.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 01.01.2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało 23.12.

2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: „Pzp”)

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31.12.2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 01.01.2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. (zwana dalej: „NPzp”)

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, który został wykluczony, a jego oferta uznana za odrzuconą, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej w tym w szczególności postanowień SIWZ, załącznika nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia” do umowy, oferty Odwołującego wraz z JEDZ-em, wezwania z 10.02.2021 r., odpowiedzi z 17.02.2021 r., wezwania z 25.02.2021 r., wyjaśnień z 01.03.2021 r. oraz informacji o wykluczeniu i odrzuceniu z 08.03.2021 r.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do odwołania na okoliczności w nim wskazane:

- 1) wydruk postanowień SIWZ (zaliczone w poczet materiału dowodowego w ramach dokumentacji postępowania);
- 2) kopia zaświadczenie z Komisji Nadzoru Finansowego z 13.01.2021 r. o wpisie biura usług płatniczych do Rejestru Usług Płatniczych (zaliczone w poczet materiału dowodowego w ramach dokumentacji postępowania);
- 3) kopia oferty Odwołującego wraz z JEDZ-em (zaliczone w poczet materiału dowodowego w ramach dokumentacji postępowania);
- 4) kopia korespondencji między Zamawiającym a Odwołującym (pisma z 25.02.2021 r., odpowiedź z 01.03.2021 r.) (zaliczone w poczet materiału dowodowego w ramach dokumentacji postępowania).

Odnośnie opinii prawnej dr M. G., radcy prawnego załączonej do odwołania. Izba przypomina za judykaturą, że ma ona charakter opinii prywatnej, która jednakże nie może stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z 10.12.1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). W konsekwencji stwierdzając, że niniejsza opinia prywatna stanowi stanowisko strony, w tym wypadku Odwołującego, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzysta ona natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do stanowiska pisemnego Odwołującego na okoliczności w nim wskazane:

- 1) wydruk listy podmiotów z Komisji Nadzoru Finansowego dotyczący Odwołującego;
- 2) kopia zaświadczenia z Komisji Nadzoru Finansowego z 16.04.2021 r. o wpisie małej instytucji płatniczej do Rejestru Usług Płatniczych.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające ze stanowiska pisemnego Odwołującego, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 - przez uznanie, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia tj. niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, w przypadku gdy posiada uprawnienia do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji powyższego:
- 2) art. 24 ust. 4 Pzp - przez uznanie, iż oferta wykonawcy wykluczonego podlega odrzuceniu,
- 3) art. 46a Pzp - przez zatrzymanie wadium wykonawcy, mimo wykazania spełniania warunku i złożenia dokumentu potwierdzającego odpowiednie kompetencje i uprawnienia wymagane do wykonywania przedmiotu umowy, a dodatkowo:
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp - przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, skutek dokonania nadinterpretacji, nieuprawnionej wykładni i tym samym zmiany po-

stanowień SIWZ, dotyczących warunków udziału w postępowaniu, na etapie badania i oceny ofert, mimo ich literalnego brzmienia, zawartego w dokumentach zamówienia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do istniejącego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego.

W ramach pisma z 10.02.2021 r. do Odwołującego Zamawiający stwierdził, że:
„W związku z faktem, że złożona przez Państwa oferta została najwyżej oceniona w postępowaniu jak wyżej, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm. – dalej ustawa Pzp) Zamawiający – Gmina Miasta Tarnowa – Urząd Miasta Tarnowa wzywa do złożenia aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń i dokumentów:

- 1. potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:*
 - a) w przypadku instytucji bankowych, zezwolenie Komisji Nadzoru Finansowego na wykonywanie czynności bankowych wydane na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (j.t. Dz. U. z 2020 r. poz. 1896 z późn. zm.) lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest uprawniony do wykonywania czynności bankowych, o których mowa wyżej, w przypadku gdy nie działa na podstawie zezwolenia,*
 - b) w przypadku podmiotów, o których mowa w art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 794 z późn. zm.), których określony przepisami prawa przedmiot działalności, umożliwi realizację przedmiotu zamówienia, wpis do rejestru dostawców i wydawców pieniądza elektronicznego, o którym mowa w art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych, (...).”*

W odpowiedzi na w/w wezwanie Wykonawca w dniu 17.02.2021 r. złożył Zaświadczenie o wpisie biura usług płatniczych do Rejestru Usług Płatniczych, wystawione dnia 13.01.2021 r. Wynika z niego, że Spółdzielczy Operator Płatniczy jest biurem usług płatniczych i tym samym złożył dokument wskazany przez Zamawiającego w rozdz. VI ust. 2 pkt. 2.1. lit. b) SIWZ.

W ramach pisma z 25.02.2021 r. do Odwołującego Zamawiający stwierdził, że:
„W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał, aby Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp, dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zgodnie z zapisem w rozdz. V ust. 3 pkt 3.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) „Za minimalny poziom kompetencji lub uprawnień

uznane zostanie wykazanie przez Wykonawcę, że posiada uprawnienia do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia".

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 10.02.2021 r. wezwał Wykonawcę do złożenia między innymi dokumentu na potwierdzenie spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca winien był złożyć jeden z dokumentów z katalogu przedstawionego przez Zamawiającego w rozdz. VI ust. 2 pkt. 2.1. SIWZ - odpowiedniego do prowadzonej przez Wykonawcę działalności, tj.:

a) w przypadku instytucji bankowych, zezwolenie Komisji Nadzoru Finansowego na wykonywanie czynności bankowych wydane na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (j.t. Dz. U. z 2020 r. poz. 1896 z późn. zm.) lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest uprawniony do wykonywania czynności bankowych, o których mowa wyżej, w przypadku gdy nie działa na podstawie zezwolenia,

b) w przypadku podmiotów, o których mowa w art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 794 z późn. zm.), których określony przepisami prawa przedmiot działalności, umożliwia realizację przedmiotu zamówienia, wpis do rejestru dostawców i wydawców pieniądza elektronicznego, o którym mowa w art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych,

c) w przypadku podmiotów będących krajowymi instytucjami płatniczymi, na które ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych nakłada obowiązek posiadania zezwolenia, zezwolenie wydane przez Komisję Nadzoru Finansowego, na podstawie art. 60 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011r. o usługach płatniczych (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 794 z późn. zm.) oraz wpis do rejestru dostawców i wydawców pieniądza elektronicznego, prowadzonego na podstawie art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011r. o usługach płatniczych,

d) w przypadku podmiotów będących spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi, na które art. 7 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (j.t. Dz. U. z 2020 r. poz. 1643 z późn. zm.), nakłada obowiązek posiadania zezwolenia, zezwolenie wydane przez Komisję Nadzoru Finansowego oraz wpis do rejestru dostawców i wydawców pieniądza elektronicznego, o którym mowa w art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 794 z późn. zm.),

e) w przypadku innych instytucji, uprawnionych na podstawie odrębnych przepisów do realizacji przedmiotu zamówienia - właściwe dokumenty uprawniające do prowadzenia działalności objętej zamówieniem np. zaświadczenie o wpisie do rejestru operatorów pocztowych, wydane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, zgodnie z art. 6 ust 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (t.j. Dz. U z 2020 r., poz. 1041).

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w dniu 17.02.2021 r. złożył Zaświadczenie o wpisie biura usług płatniczych do Rejestru Usług Płatniczych, wystawione dnia 13.01.2021 r. Wynika z niego, że Spółdzielczy Operator Płatniczy jest biurem usług płatniczych i tym

samym złożył dokument wskazany przez Zamawiającego w rozdz. VI ust. 2 pkt. 2.1. lit. b) SIWZ.

Zauważyć jednak należy, że zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy o usługach płatniczych (Dz. U. z 2020 r., poz. 794 z późn. zm.), cyt.: „Średnia całkowitej kwoty transakcji płatniczych z poprzednich 12 miesięcy wykonanych przez biuro usług płatniczych, w tym przez agentów, za pośrednictwem których świadczy ono usługi płatnicze, nie może przekraczać kwoty 500 000 euro miesięcznie”.

Natomiast zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (pkt 1 lit. a), stanowiącym załącznik nr 1 do projektu umowy (będący załącznikiem do SIWZ), miesięczne obroty Zamawiającego szacowane na podstawie dotychczasowej działalności przedstawiają się w następujący sposób:

- ilość wpłat gotówkowych to około 6 600 szt.,
 - ilość wpłat bezgotówkowych to około 9 400 szt.,
 - wartość wpłat gotówkowych to 1,4 mln zł (czyli ok. 308125 euro, przy zastosowaniu średniego kursu publikowanego przez NBP z dnia składania ofert),
 - wartość wpłat bezgotówkowych to 1,7 mln zł (czyli ok. 374 152 euro przy zastosowaniu średniego kursu publikowanego przez NBP z dnia składania ofert,
- co w sumie daje kwotę 3,1 mln zł (czyli ok. 682 277 euro).

Wprawdzie Wykonawca jest jednym z podmiotów wskazanym w art. 4 ust 3 ustawy o usługach płatniczych, ale szacowane miesięczne obroty Zamawiającego w znacznym stopniu przekraczają możliwości Wykonawcy, będącego biurem usług płatniczych, dla którego zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy o usługach płatniczych średnia całkowitej kwoty transakcji płatniczych nie może przekraczać kwoty 500 000 euro miesięcznie.

W związku z powyższym działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm. - dalej ustawa Pzp) Zamawiający - Gmina Miasta Tarnowa - Urząd Miasta Tarnowa wzywa do:

1. złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonego dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu:

- 1) Do jakiej kwoty Wykonawca jest uprawniony świadczyć usługi płatnicze?
- 2) Czy świadczą lub będą Państwo świadczyć przedmiotowe usługi także dla innych Zamawiających/Zleceniodawców?
- 3) Jakie działania podejmą Państwo w sytuacji przekroczenia limitu kwoty 500 000 euro miesięcznie w czasie realizacji naszego zamówienia?

2. oraz do złożenia dokumentu, który będzie potwierdzał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, umożliwiającego realizację przedmiotu zamówienia Zamawiającego.”.

W odpowiedzi na w/w wezwanie Wykonawca w dniu 01.03.2021 r. Odwołujący złożył

wyjaśnienia:

„1) Wykonawcy znane są przepisy Ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych,
2) Przepisy ww. Ustawy nie określają wprost limitu kwoty do jakiej Wykonawca jest uprawniony świadczyć usługi płatnicze, a jedynie:

a) przepis art. 118 ust. 3 Ustawy wskazuje, że średnia całkowitej kwoty transakcji płatniczych z poprzednich 12 miesięcy wykonanych przez biuro usług płatniczych, w tym przez agentów, za pośrednictwem których świadczy ono usługi płatnicze, nie może przekraczać kwoty 500 000 euro miesięcznie, a zaznaczyć należy, że wartość taka nie została przekroczona,

b) przepis art. 126 ust. 1 pkt 1 Ustawy określa, że biuro usług płatniczych zobowiązane jest do zgłoszenia KNF przekroczenia poziomu 500 000 euro w zakresie całkowitej kwoty transakcji płatniczych, w tym wykonanych przez agentów, za pośrednictwem których biuro usług płatniczych świadczy usługi płatnicze, w danym miesiącu oraz średniej miesięcznej kwoty transakcji płatniczych, w tym wykonywanych przez agentów, za pośrednictwem których biuro usług płatniczych świadczy usługi płatnicze, za każdy okres ostatnich 3 miesięcy i ostatnich 12 miesięcy, a zgłoszenie takie nastąpi w chwili zaistnienia przesłanek,

3) Wykonawca, jako biuro usług płatniczych, zgodnie z art. 127 ust. 1 ust. 2 Ustawy, w przypadku przekroczenia średniej całkowitej kwoty transakcji płatniczych, o której mowa w art. 118 ust. 3, niezależnie od obowiązku dokonania zgłoszenia, o którym mowa w art. 126 ust. 1 pkt 1 lit. b - złoży wniosek o dokonanie wpisu do rejestru małych instytucji płatniczych, o którym mowa w art. 117j ust. 1, przy czym wniosek ten zostanie złożony wcześniej, z należyтым wyprzedzeniem. Wykonawca ma zamiar złożenia wniosku o wpis do rejestru małych instytucji płatniczych, bez względu na ewentualne przekroczenie poziomu 500 000 euro w zakresie całkowitej kwoty transakcji płatniczych, w danym miesiącu. Ustawodawca określił, że wniosek może być złożony także post factum,

4) Podane w SIWZ szacunkowe dane w zakresie łącznej kwoty operacji kasowych nie są wyznacznikiem do podejmowania działań formalno-prawnych przed zaistnieniem danego stanu rzeczy, obligującego do ich podjęcia, gdyż w tym zakresie istotne są zapisy Ustawy o usługach płatniczych, które nie mają związku z oferowaniem usług i rozpoczęciem ich świadczenia. Niemniej, jak wskazano w punkcie 3, wniosek w zakresie wpisu do rejestru małych instytucji płatniczych i czynności związane z zainicjowaniem takiego wpisu zostały już podjęte, przed wystąpieniem ustawowych okoliczności,

5) W czasie trwania postępowania o wpis do rejestru instytucji płatniczych, biuro usług płatniczych może świadczyć usługi w rozmiarze adekwatnym do rzeczywistych potrzeb i nie jest zobowiązane do ograniczania działalności. Zgodnie z art. 127 ust. 2 Ustawy, w przypadku złożenia wniosku o dokonanie wpisu do rejestru małych instytucji płatniczych, o którym mowa w art. 117j ust. 1, do chwili jego rozpoznania, przepisu art. 127 ust. 1 pkt 1 (dostosowanie

rozmiar prowadzonej działalności w zakresie usług płatniczych do wymogu, o którym mowa w art. 118 ust. 3) - nie stosuje się,

6) Wykonawca będzie świadczył usługi nieprzerwanie i w zgodzie z przepisami Ustawy,

7) Wykonawca nie wyłącza możliwości świadczenia usług na rzecz innych kontrahentów, co nie ma wpływu na świadczenie usługi na rzecz Zamawiającego,

8) Dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu został Zamawiającemu złożony zgodnie z treścią SIWZ, zgodnie ze stanem prawnym na dzień ubiegania się o zamówienie publiczne, jest on prawidłowy, oraz wystarczający w kontekście powyższych wyjaśnień, więc wezwanie można uznać w tym zakresie za nie mające podstawy. Wykonawca zastosował się do pierwszego wezwania w sposób prawidłowy, a Zamawiający tego nie kwestionuje.

W związku z powyższym, oferta została prawidłowo złożona i uzupełniona na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 lutego 2021 r., pismem Wykonawcy z dnia 17 lutego 2021 r. Rolą Wykonawcy jest należyte staranie w zakresie ciągłości uprawnień do wykonywania określonej działalności, zgodnie z przepisami prawa. Ustawodawca nie bez przyczyny określił procedurę ubiegania się o wpis w odpowiednim rejestrze, przewidując w tym zakresie konieczność wystąpienia konkretnych okoliczności, po zaistnieniu których podmiot ma obowiązek poczynić w ustawowych terminach konkretne działania, bez konieczności przerywania ciągłości usług. Wykonawca określił w niniejszych wyjaśnieniach, że działania takie zostaną podjęte, co nie ma wpływu na prawidłowość oferty i prawidłowość świadczenia oferowanych usług.

W świetle ustawowej procedury, zacytowanej tylko częściowo przez Zamawiającego w wezwaniu, niniejsze wyjaśnienia należy przyjąć za potwierdzenie, że Wykonawca stosuje przepisy ww. aktu prawnego i będzie je stosował, stosownie do okoliczności faktycznych.”.

Z kolei w odpowiedzi na informacje o wykluczeniu i odrzuceniu – Odwołujący przesłał w dniu 08.03.2021 r. pismo, w ramach którego stwierdził: „odnosząc się do pisma z dnia 8 marca 2021 r. przesłanego w ww. postępowaniu, biorąc pod uwagę, iż argumentacja Zamawiającego podniesiona w jego treści jest nietrafna na gruncie przepisów prawa, Wykonawca zwraca się o reasumpcję stanowiska Zamawiającego i wynikającej z niego czynności w postępowaniu.

Należy wskazać, że Zamawiający pominął w swojej decyzji, iż dopuścił do udziału w postępowaniu biura usług płatniczych i pominął uprawnienie Wykonawcy wynikające z art. 127 Upp. Pomimo zacytowania wyjaśnień Wykonawcy w swoim piśmie, nie odniósł się do nich w tym istotnym zakresie. Wykonawca spełniał bowiem warunki udziału w postępowaniu i za pośrednictwem jednego z dokumentów, określonych przez Zamawiającego wykazał posiadanie uprawnień do prowadzenia działalności objętej postępowaniem. Nie jest zatem

prawdą, iż jakiegokolwiek dokumentu Wykonawca nie uzupełnił. Nie było zatem podstaw do zatrzymania wadium. Pominęto również fakt, iż wpis do rejestru usług płatniczych w zakresie zarówno biura usług płatniczych jak i małej instytucji płatniczej jest jedynie wpisem do rejestru, na wniosek i nie można takiego wniosku utożsamiać z wnioskowaniem o zezwolenie (tak jak w przypadku krajowych instytucji płatniczych), gdzie wydanie zezwolenia poprzedzone jest postępowaniem administracyjnym związanym z rozległą procedurą jego uzyskania.”. Do niniejszego pisma załączył opinie prawną dr M. G., radcy prawnego.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosząc się do istoty sporu, Izba podkreśla, że zarzuty pierwszy oraz drugi odwołania są zasadne i podlegają uwzględnieniu. Jednocześnie, z uwagi na ich charakter Izba odniesie się do nich łącznie.

Zgodnie rozdz. V ust. 3 pkt 3.1 SIWZ: „Wykonawca musi spełnić warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, dotyczące: 3.1. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:

Za minimalny poziom kompetencji lub uprawnień uznane zostanie wykazanie przez Wykonawcę, że posiada uprawnienia do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia.”. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu należało złożyć dokumenty z katalogu przedstawionego przez Zamawiającego w rozdz. VI ust. 2 pkt. 2.1. SIWZ - odpowiedniego do prowadzonej przez Wykonawcę działalności, tj.:

„a) w przypadku instytucji bankowych, zezwolenie Komisji Nadzoru Finansowego na wykonywanie czynności bankowych wydane na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (j.t Dz. U. z 2020 r. poz. 1896 z późn. zm.) lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest uprawniony do wykonywania czynności bankowych, o których mowa wyżej, w przypadku gdy nie działa na podstawie zezwolenia,

b) w przypadku podmiotów, o których mowa w art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 794 z późn. zm.), których określony przepisami prawa przedmiot działalności, umożliwia realizację przedmiotu zamówienia, wpis do rejestru dostawców i wydawców pieniądza elektronicznego, o którym mowa w art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych,

c) w przypadku podmiotów będących krajowymi instytucjami płatniczymi, na które ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych nakłada obowiązek posiadania zezwolenia, zezwolenie wydane przez Komisję Nadzoru Finansowego, na podstawie art. 60 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011r. o usługach płatniczych (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 794 z późn. zm.) oraz wpis do rejestru dostawców i wydawców pieniądza elektronicznego, prowadzonego na podstawie art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011r. o usługach płatniczych,

d) w przypadku podmiotów będących spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi, na które art. 7 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1643 z późn. zm.), nakłada obowiązek posiadania zezwolenia, zezwolenie wydane przez Komisję Nadzoru Finansowego oraz wpis do rejestru dostawców i wydawców pieniądza elektronicznego, o którym mowa w art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 794 z późn. zm.),

e) w przypadku innych instytucji, uprawnionych na podstawie odrębnych przepisów do realizacji przedmiotu zamówienia - właściwe dokumenty uprawniające do prowadzenia działalności objętej zamówieniem np. zaświadczenie o wpisie do rejestru operatorów pocztowych, wydane przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, zgodnie z art. 6 ust 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (t.j. Dz. U z 2020 r., poz. 1041).”.

W wypadku Odwołującego, był to dokument z lit. b - w przypadku podmiotów, o których mowa w art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 794 z późn. zm.) zwana dalej: „ustawą o usługach płatniczych”, których określony przepisami prawa przedmiot działalności, umożliwia realizację przedmiotu zamówienia, wpis do rejestru dostawców i wydawców pieniądza elektronicznego, o którym mowa w art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych. W konsekwencji Odwołujący złożył zaświadczenie z Komisji Nadzoru Finansowego z 13.01.2021 r. o wpisie biura usług płatniczych do Rejestru Usług Płatniczych.

W ocenie Izby, niezasadnie zakwestionował Zamawiający zaświadczenie Odwołującego jako biura usług płatniczych, gdyż Odwołujący jako biuro mieścił się w kręgu podmiotów o których mowa w art. 4 ust. 3 ustawy o usługach płatniczych („krajowe instytucje płatnicze, małe instytucje płatnicze, biura usług płatniczych, krajowe instytucje pieniądza elektronicznego (...) podlegają wpisowi do rejestru dostawców i wydawców pieniądza elektronicznego, zwanego dalej „rejestrem”). Zamawiający wskazywał, że biura usług płatniczych mogą świadczyć usługi do kwoty 500 tys. euro miesięcznie, a przewidywana kwota to 700 tys. euro, czyli ponad 3 mln PLN. Jednakże, Izba wzięła pod uwagę, że wielkości będące podstawą takiej tezy mają charakter szacunkowy, do tego Zamawiający sam zabezpieczył się przed ewentualnymi roszczeniami Wykonawców z tego tytułu. Stwierdza się bowiem tak w ramach załącznika nr 1 Opis przedmiotu zamówienia do umowy: „ 1) Zamawiający informuje, iż:

a) obroty miesięczne szacowane na podstawie dotychczasowej działalności przedstawiają się w następujący sposób:

- ilość wpłat gotówkowych to około 6 600 szt.,
- ilość wpłat bezgotówkowych to około 9 400 szt.,
- wartość wpłat gotówkowych to 1,4 mln zł.,
- wartość wpłat bezgotówkowych to 1,7 mln zł.

Podana wartość jest wielkością szacunkową i nie może stanowić podstawy do wnoszenia przez Wykonawcę jakichkolwiek roszczeń, co do wysokości faktycznie zrealizowanych obrotów, (...)”. Nadto, wymóg z Rozdz. V ust. 3 pkt 3.1 SIWZ, czy też rozdz. VI ust. 2 pkt. 2.1 lit.

b) SIWZ nie uzależniał udział w postępowaniu od bycia podmiotem z art. 4 ust. 3 ustawy o usługach płatniczych, który przekroczył pułap obrotów 500 tys. euro miesięcznie, czy też nie zawęził kręgu podmiotów - wytłaczając biuro usług płatniczych.

Jeżeli więc ostatecznie nie wiadomo, jakiej wielkości będzie realnie przedmiot zamówienia miesięcznie, a wymóg nie zawęził na termin składania ofert - krąg podmiotów, negowanie zaświadczenia Odwołującego z 13.01.2021 r. na etapie składania ofert jest nadinterpretacją postanowień SIWZ, abstrahując od literalnego ich brzmienia. Nadto, przepisy ustawy o usługach płatniczych umożliwiają świadczenia usług płatniczych przez biuro usług płatniczych powyżej 500 tys. euro, uzależniając to od złożenia wniosku o przekształcenie w małą instytucję płatniczą. Nadto, nie zmuszają do ograniczenia świadczenia usług, do czasu rozpatrzenia wniosku, dają też termin 30 dni na złożenie tego wniosku od dnia zaistnienia okoliczności przekroczenia 500 tys. euro. (Zgodnie z art. 127 ustawy o usługach płatniczych: „1. W przypadku przekroczenia średniej całkowitej kwoty transakcji płatniczych, o której mowa w art. 118 ust. 3, biuro usług płatniczych, niezależnie od obowiązku dokonania zgłoszenia, o którym mowa w art. 126 ust. 1 pkt 1 lit. b:

1) dostosowuje rozmiar prowadzonej działalności w zakresie usług płatniczych do wymogu, o którym mowa w art. 118 ust. 3, albo

2) składa wniosek o dokonanie wpisu do rejestru małych instytucji płatniczych, o którym mowa w art. 117j ust. 1, albo

3) składa wniosek o wydanie zezwolenia, o którym mowa w art. 60 ust. 1

– w terminie 30 dni od dnia zakończenia okresu, w którym nastąpiło przekroczenie.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 albo 3, do czasu rozpoznania wniosku przepisu ust. 1 pkt 1 nie stosuje się. W przypadku odmowy wpisu do rejestru małych instytucji płatniczych, odmowy wydania zezwolenia albo umorzenia postępowania termin ten biegnie od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna.”.

Inaczej - w przypadku przekroczenia średniej całkowitej kwoty transakcji płatniczych w kwocie 500.000 EUR, w terminie 30 dni od dnia zakończenia okresu, w którym nastąpiło przekroczenie biuro usług płatniczych powinno zatem dostosować (ograniczyć) ilość wykonywa-

nych transakcji, bądź też złożyć wniosek o rejestrację jako mała instytucja płatnicza albo wniosek o wydanie zezwolenia na działalność krajowej instytucji płatniczej).

Dodatkowo Odwołujący wykazał nieskomplikowany i deklaratoryjny charakter tego wpisu z biura obsługi płatniczej w małą instytucje płatnicza (nie jest to poprzedzone wnioskiem o zezwolenie, tak jak w przypadku krajowych instytucji płatniczych, ale o rejestrację) uzyskując taki wpis przed otwarciem rozprawy (kopia zaświadczenia z Komisji Nadzoru Finansowego z 16.04.2021 r. o wpisie małej instytucji płatniczej do Rejestru Usług Płatniczych).

Na marginesie Izba podkreśla, że takie ograniczenie ma miejsce w wypadku odmowy i wtedy podmiot ma na to okres trzech miesięcy. (W przypadku odmowy wydania zezwolenia jako krajowej instytucji płatniczej /rejestracji jako mała instytucja płatnicza - lub umorzenia postępowania w sprawie wydania zezwolenia biuro usług płatniczych zobligowane jest w ciągu trzech miesięcy dostosować rozmiar prowadzonej działalności do wymogu z art. 118 ust. 3 ustawy o usługach płatniczych Termin ten rozpoczyna bieg od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna). Nadto, wszystkie zrealizowane transakcje są legitymowane, gdyż były realizowane w okresie, w którym biuro było uprawnione do dokonywania transakcji płatniczych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego i czwartego, Izba z uwagi na zasadność zarzutu pierwszego oraz drugiego, uznała również zasadność tych zarzutów, jako ich konsekwencje.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami Zamawiającego i nakazując Zamawiającemu dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu, 3 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

Przewodniczący:

.....