

**WYROK**  
**z dnia 13 lipca 2011 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2011 roku przez **BRE Bank SA, 00 – 950 Warszawa, ul. Senatorska 18**, od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Kraków, 31 – 004 Kraków, Pl. Wszystkich Świętych, 3-4**

przy udziale wykonawcy **Bank Pekao S.A., 02 – 091 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 31**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża BRE Bank SA, 00 – 950 Warszawa, ul. Senatorska 18, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BRE Bank SA, 00 – 950 Warszawa, ul. Senatorska 18 tytułem wpisu od odwołania;**
  - 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty 693 zł 00 gr (słownie: sześciuset dziewięćdziesięciu trzech złotych zero groszy) przez Odwołującego BRE Bank SA, 00 – 950 Warszawa, ul. Senatorska 18 na rzecz Zamawiającego Gmina Miejska Kraków, 31 – 004 Kraków, Pl. Wszystkich Świętych 3 - 4, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu dojazdu.**

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

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione przez BRE BANK SA z Warszawy [Odwołujący] w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 22 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.] [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego na prowadzenie obsługi bankowej budżetu Miasta Krakowa oraz udzielanie kredytu w rachunku bieżącym przez Gminę Miejską Kraków Urząd Miasta Krakowa [Zamawiający]. Odwołujący podał, że odwołanie dotyczy udzielenia w dniu 22 czerwca 2011 r. wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia powodujących faktycznie zmianę jej treści, co narusza: art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, powodujące nierówne traktowanie wykonawców i utrudnienie uczciwej konkurencji w Przetargu, wyrażające się w istotnym ograniczeniu potencjalnego grona wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, stanowiącego przedmiot Przetargu, uniemożliwiające w praktyce udział większości wykonawców (banków) w Przetargu; art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w zakresie obowiązku opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w Przetargu, związanego z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia, wyrażające się w dokonaniu opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w Przetargu w zakresie konieczności posiadania uprawnień Agenta Rozliczeniowego, podczas gdy należyte wykonanie zamówienia, stanowiącego przedmiot Przetargu, nie musi łączyć się z posiadaniem takich uprawnień; art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, wyrażające się w wymaganym sposobie wykonania jego części (dokonywanie wpłat za pośrednictwem terminali POS) wyłącznie przez wykonawcę posiadającego status Agenta Rozliczeniowego; art. 38 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania w zakresie obowiązku niezwłocznego udzielenia wyjaśnień; art. 38 ust. 4a ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, wyrażające się w nieprzekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia dodatkowych informacji, w przypadku faktycznej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, prowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu; oraz art. 38 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, wyrażające się w nieprzedłużeniu terminu składania ofert w przypadku faktycznej zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu - powodującej potrzebę dodatkowego niezbędnego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach. Stwierdził także, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, będącego przedmiotem Przetargu (okoliczność bezsporna z uwagi

na status Odwołującego i zamiar udziału w Przetargu), oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, a tym samym może zostać pozbawiony szans na uzyskania zamówienia publicznego. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia dodatkowych informacji oraz przedłużenia terminu składania ofert, a w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności udzielenia wyjaśnień, powtórzenia czynności udzielenia wyjaśnień, przy uwzględnieniu zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz przedłużenia terminu składania ofert. Wniósł także o przyznanie Odwołującemu kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego. W uzasadnieniu podał, że w dniu 17 czerwca 2011 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pytanie, dotyczące treści siwz, a mianowicie czy Zamawiający dopuszcza możliwość podpisania np. umowy trójstronnej z Bankiem i Agentem Rozliczeniowym (Acquirerem), na podstawie, której Zamawiający będzie mógł występować w roli Akceptanta kart płatniczych. Wątpliwości Odwołującego w zakresie sposobu wykonania zamówienia, stanowiącego przedmiot Przetargu, powstały albowiem stosownie do regulacji Międzynarodowych Organizacji Płatniczych VISA i MasterCard umowę z Agentem Rozliczeniowym może podpisać wyłącznie przedsiębiorstwo, które bez pośredników będzie Akceptantem kart płatniczych. Zgodnie z zasadami ustalonymi i stosowanymi przez MasterCard „Każdy Członek organizacji MasterCard, występujący w roli Acquirera zobowiązany jest do zawarcia pisemnej Umowy Akceptacyjnej z każdym Akceptantem, od którego otrzymuje on Transakcje, czy to Transakcje przekazywane bezpośrednio przez Akceptanta Członkowi, czy też Transakcje przekazywane za pośrednictwem Członka-Agenta Rozliczeniowego działającego na rzecz i w imieniu Członka". Stosownie natomiast do Regulaminu Działania Visa Europe „Acquirer zobowiązany jest do zawarcia Umowy Akceptacyjnej z każdym ze swoich Akceptantów.” W odpowiedzi na pytanie, Odwołujący wykluczył możliwość wykonania usługi w zakresie dokonywania wpłat za pośrednictwem terminali POS na podstawie jakichkolwiek porozumień, w tym umów trójstronnych, uprawniających Zamawiającego do występowania w roli Akceptanta kart płatniczych. Tym samym Zamawiający dookreślił warunki udziału w Przetargu, wskazując, że podmioty biorące udział w Przetargu muszą wykazać się statusem (uprawnieniami) Agenta Rozliczeniowego, a jednocześnie sprecyzował opis przedmiotu zamówienia określając jego sposób wykonania. W konsekwencji również wprowadził zasadnicze ograniczenie potencjalnego grona podmiotów spełniających warunki udziału w Przetargu. Z uwagi na znaczne rozdrobnienie polskiego rynku bankowego (tj. znaczna konkurencja banków na polskim rynku), w rzeczywistości zaledwie kilka banków pełni aktywnie rolę agenta rozliczeniowego (w rozumieniu ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych). Polski

rynek akceptantów płatności kartowych jest zbyt mały, aby funkcjonowanie na nim wielu agentów rozliczeniowych było opłacalne. Na rynku jest wprawdzie kilku agentów rozliczeniowych, ale tylko dwóch z nich są jednocześnie bankami, pozostali to spółki akcyjne niebędące bankami. W konsekwencji w ocenie Odwołującego, podmiot posiadający w Polsce licencję bankową (a więc spełniający warunek udziału w Przetargu) nie musi posiadać uprawnień agenta rozliczeniowego, aby realizować przedmiot zamówienia opisanego w Przetargu. Zdaniem Odwołującego spośród banków, działających na polskim rynku, pełniących jednocześnie aktywnie rolę agentów rozliczeniowych, zdolnych do spełnienia wymagań tego Przetargu (po udzieleniu przez Zamawiającego wyjaśnień w dniu 22 czerwca 2011 r.), należy wyróżnić praktycznie jedynie Bank Pekao S.A. (od ok. 10 lat obsługujący Miasto Kraków). Zdaniem Odwołującego, przedstawiony w wyjaśnieniu przez Zamawiającego wymóg bezzasadnie pozbawia szansy na uzyskanie zamówienia, stanowiącego przedmiot Przetargu, co najmniej kilku oferentów (m.in. BRE, PKO BP, ING, Getin, Millenium, Bank Poczty, Kredyt Bank, CitiBank Handlowy), zmniejszając szansę na przedstawienie najbardziej konkurencyjnej oferty. Bank Pekao S.A. to praktycznie jedyny Bank, spełniający warunki udziału określone przez Zamawiającego. Odwołujący stwierdził także, że jeżeli treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) budzi wątpliwości, wykonawcy mogą się zwrócić do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz (art. 38 Ustawy). Pytania zadane przez wykonawców mogą powodować konieczność zmiany treści siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu. Jeżeli w wyniku zmiany treści siwz dokonanej przez zamawiającego - nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu - jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuży termin składania ofert. Zgodnie z obowiązującymi przepisami zamawiający jest zobowiązany dokonać zmiany siwz, jeżeli tylko spostrzeżł, że nie oddają one w pełni jego intencji, oczekiwań i potrzeb. Ponadto treść wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego miała wpływ na podjęcie przez wykonawców decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu oraz na zawartość ich ofert. *Wskazał także na orzecznictwo sądowe i Krajowej Izby Odwoławczej. Podkreślił, że wraz z podaniem ich do publicznej wiadomości Zamawiający jest związany treścią udzielonych wyjaśnień, to również z tym momentem ustaje stan niepewności, co do interpretacji określonych zapisów siwz, a w konsekwencji wykonawcy są związani siwz z uwzględnieniem modyfikacji wynikających z udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi*'. W ocenie Odwołującego Zamawiający udzielając ww. wyjaśnień w dniu 22 czerwca 2011 r. na zapytanie Odwołującego skierowane w dniu 17 czerwca 2011 r. uchybił obowiązkowi niezwłocznego udzielania wyjaśnień (art. 38 ust. 1 Ustawy). W konsekwencji Odwołujący nie miał możliwości rzetelnego przygotowania oferty w wyznaczonym terminie do składania ofert, albowiem termin ten - pomimo doniosłości udzielonych wyjaśnień przez Zamawiającego nie został przez Zamawiającego przedłużony.

**Rozpatrując niniejsze odwołanie Krajowa Izba odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 29 ust.2 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 4 ustawy Pzp są wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Tak jak ustaliła Izba, Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 8 czerwca 2011 r. Także specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opublikowana w tej dacie na stronie internetowej Zamawiającego. Zgodnie z treścią Ogłoszenia, przedmiotem zamówienia jest prowadzenie obsługi bankowej budżetu Miasta Krakowa oraz udzielanie kredytu w rachunku bieżącym przez Gminę Miejską Kraków. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała opis przedmiotu zamówienia wraz z częścią informacyjną. Część szczegółowa tego opisu została zawarta w istotnych postanowieniach umowy, w których określono warunki obsługi rachunków bankowych (pkt I), oddanie w odpłatne używanie Zestawów POS wraz z obsługą kart płatniczych (pkt II), możliwość korzystania z usług oraz wpłaty świadczeń pieniężnych dla świadczeniobiorców wskazanych przez zamawiającego w formie karty przedpłaconej (pkt III), wypłaty gotówkowe w placówkach wykonawcy (pkt IV), oraz konwoje gotówki (pkt V). Wskazano także, w pkt II pkt 12 specyfikacji, że to zamówienie może być realizowane z udziałem podwykonawcy. W tym zakresie zdaniem Izby wymagania realizacyjne oraz sposób realizacji nie pozostawiał w niniejszym postępowaniu pól interpretacyjnych. Powoływane przez Odwołującego postanowienie specyfikacji – na gruncie przepisów prawa polskiego – nie pozostawia wątpliwości, jakie są relacje prawne pomiędzy podwykonawcą a zamawiającym. Przykładowo, warto wskazać chociażby na art. 647<sup>1</sup> kodeksu cywilnego mający bardzo rygorystyczny charakter, przejawiający się w tym, że dla zawarcia umowy przez wykonawcę z podwykonawcą jest wymagana zgoda zamawiającego [inwestora]. Co prawda przepis ten dotyczy umowy o roboty budowlane, jednakże nawet w tym przypadku nie dochodzi do zawarcia umowy trójstronnej z udziałem zamawiającego. Dodatkowo Izba zwraca uwagę na art. 356 k.c, który z uwagi na cywilnoprawny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego może być wykorzystany dla definiowania statusu podwykonawcy w relacjach z zamawiającym. Według tych ogólnych regulacji stosunki umowne łączą zamawiającego tylko z wykonawcą umowy. Zatem kierowanie pytania, dotyczącego możliwości podpisania np. umowy trójstronnej z Bankiem i Agentem Rozliczeniowym de facto zmierzało do modyfikacji specyfikacji i ustalenia nowego warunku udziału w tym postępowaniu. Izba stwierdza także, że odpowiedź z dnia 22 czerwca 2011 r. nie

wprowadzała żadnych nowych elementów, a jedynie potwierdzała ustalone warunki. Na marginesie Izba zwraca uwagę, iż wykonawca nie może wymagać od zamawiającego, aby ten w warunkach postępowania przyjmował na siebie – na żądanie wykonawcy – dodatkowe zobowiązania wobec podmiotów trzecich. Taki obowiązek nawet wobec specyfiki działalności banków nie wynika także z przepisów prawa. Ponadto, zdaniem Izby w świetle przepisów ustawy Pzp oraz ustawy o finansach publicznych, Zamawiający zasadnie wykluczył możliwość wykonania usługi w zakresie dokonywania wpłat za pośrednictwem terminali POS na podstawie umów trójstronnych. Ponadto Izba zauważa, że Zamawiający nie wykluczył możliwości wspólnego ubiegania się podmiotów o zamówienie publiczne m.in. wspólnie z tymi podmiotami, które posiadają status (uprawnienia) Agenta Rozliczeniowego.

Także naruszenie przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie obowiązku opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w Przetargu proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, należało uznać za spóźnione. Zarzut ten dotyczy, bowiem treści Ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które - jak wyżej wskazano - zostały opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 8 czerwca 2011 r. Na marginesie Izba stwierdza, że specyfikacja nie przewidywała konieczności osobistego świadczenia usługi przez wykonawcę składającego ofertę. Zatem nie było konieczne – w świetle ustalonych warunków chociażby w zakresie podwykonawstwa – posiadanie uprawnień Agenta Rozliczeniowego przez składającego ofertę.

W tym przypadku także zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i utrudnienie uczciwej konkurencji w Przetargu, wyrażający się w istotnym ograniczeniu potencjalnego grona wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, stanowiącego przedmiot Przetargu jest spóźniony. Na marginesie Izba zauważa, że – wobec ustaleń jak powyżej – zarzut ten jednocześnie nie jest zasadny.

Mając, zatem na względzie odpowiednio przepis art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba wskazane powyżej zarzuty pozostawiła bez rozpoznania.

*Rozpoznając zarzuty dotyczące naruszenia art. 38 ust.1 ustawy Pzp oraz 38 ust.4a i 6 ustawy Pzp, Izba przede wszystkim miała na względzie przepis art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którym Izba orzeka tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tak jak ustaliła Izba wskazane zarzuty zostały oparte na pytaniu skierowanym do Zamawiającego w piśmie z dnia 16 czerwca 2011 r. W zakresie zarzutu naruszenia art. 38 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie obowiązku niezwłocznego udzielenia wyjaśnień Izba ustaliła, że pytanie zostało skierowane do Zamawiającego w piątek 17.06. 2011 R. o godzinie 15, 32 – po godzinach urzędowania instytucji Zamawiającego. Odpowiedź*

udzielona została w piśmie z dnia 22 czerwca 2011 r., a termin składania ofert upływał w dniu 29 czerwca 2011 r. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę, że Zamawiający nie uchybił terminowi wskazanemu w art. 38 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem wyjaśnienia zostały udzielone na 6 dni przed upływem terminu składania ofert. Ponadto w ocenie Izby - zważywszy na liczbę i specyfikę stawianych pytań – Zamawiający odpowiedzi udzielał niezwłocznie. W tym przypadku Izba zauważa, że ustawa nie definiuje pojęcia „niezwłoczności”. Odnosząc powyższe do praktyki należy uznać, że niezwłoczne udzielenie odpowiedzi powinno nastąpić, zatem tak szybko jak to jest możliwe. Izba stwierdza także, że udzielenie odpowiedzi w dniu 22 czerwca 2011 r. nie stanowiło – jak wskazano powyżej – interpretacji warunku postępowania, czy jego modyfikacji i tym samym nie może być kwalifikowane, jako przeszkoda uniemożliwiająca złożenie oferty w tym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Także zarzut naruszenia art. 38 ust. 4a ustawy Pzp, wyrażający się w nieprzekazaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenia dodatkowych informacji, oraz art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, wyrażający się w nieprzedłużeniu terminu składania ofert - podlega oddaleniu. Pytanie zadane przez wykonawcę nie powodowało konieczność zmiany treści siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu, tym samym także przedłużenia terminu składania ofert nie było konieczne. Treść wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego obiektywnie nie miała wpływu na podjęcie przez wykonawców decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu oraz na zawartość oferty, albowiem postanowienia specyfikacji – jak już wskazano - w żadnym punkcie nie sugerowały możliwości przejęcia wykonania usługi w zakresie dokonywania wpłat za pośrednictwem terminali POS na podstawie jakichkolwiek porozumień, w tym umów trójstronnych z udziałem Zamawiającego, jako Akceptanta kart płatniczych.

Mając powyższe ustalenia na uwadze orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba uwzględniła także wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę zgodnie z § 3 pkt 2 lit a) rozporządzenia z dnia 15.03.2010 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).

**Przewodniczący:** .....



