

**Sygn. akt: KIO 1989/14**

**KIO 1996/14**

**WYROK**

**z dnia 15 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 26.09.2014 r. przez wykonawcę PayU S.A., 60 – 166 Poznań, ul. Grunwaldzka 182,

B. w dniu 26.09.2014 r. przez wykonawcę PayPro Spółka Akcyjna, 60 – 327 Poznań, ul. Kancelerska 15,

w postępowaniu prowadzonym PKP Intercity S.A., 00 – 848 Warszawa, ul. Poznańska 59A

przy udziale:

A. wykonawcy Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o., 01 – 102 Warszawa, ul. Jana Olbrachta 94 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1989/14 oraz KIO 1996/14 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy PayU S.A., 60 – 166 Poznań, ul. Grunwaldzka 182 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1996/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala oba odwołania,
2. kosztami postępowania obciąża PayU S.A., 60 – 166 Poznań, ul. Grunwaldzka 182 i PayPro Spółka Akcyjna, 60 – 327 Poznań, ul. Kancelerska 15 i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez PayU S.A., 60 – 166 Poznań, ul. Grunwaldzka 182 i PayPro Spółka Akcyjna, 60 – 327 Poznań, ul. Kancelerska 15 tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od PayU S.A., 60 – 166 Poznań, ul. Grunwaldzka 182 i PayPro Spółka Akcyjna, 60 – 327 Poznań, ul. Kancelerska 15 na rzecz Zamawiającego kwotę 7 200 zł (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od PayU S.A., 60 – 166 Poznań, ul. Grunwaldzka 182 oraz kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od PayPro Spółka Akcyjna, 60 – 327 Poznań, ul. Kancelerska 15.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

## **KIO 1989/14 i KIO 1996/14**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: PKP Intercity S.A., ul. Żelazna 59a, pok. 302A, 00-848 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „świadczenie obsługi i rozliczania płatności bezgotówkowych, dokonywanych przy użyciu kart płatniczych w systemie sprzedaży internetowej e-IC oraz integrację systemu płatności Wykonawcy z w.w. systemem”, numer sprawy BHSI3-020-4/2014.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w dniu 27 marca 2014r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 061-104273.

#### **KIO 1989/14**

Odwołujący: PayU S.A. ul. Grunwaldzka 182, 60-166 Poznań otrzymał informację o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService S.A. oraz o zaniechaniu jej odrzucenia w dniu 17 września 2014r.

Nie zgadzając się powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 26 września 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W swoim odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CEUP eService z uwagi nie złożenie przez CEUP eService wyjaśnień w przedmiocie wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w terminie określonym przez Zamawiającego, a także na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt. 1) żądań odwołania;

2) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CEUP eService z uwagi niewyjaśnienie przez CEUP eService wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

3) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CEUP eService z uwagi na nieudowodnienie przez CEUP eService wysokości elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie, w jakim elementy te zostały wskazane w wyjaśnieniach złożonych w wyjaśnieniach CEUP eService;

4) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CEUP eService, pomimo, iż z wyjaśnień CEUP eService wynikało, iż zaoferowana przez CEUP Service cena jest ceną rażąco niską;

5) art. 22 ust.2 pkt 4) w związku z art. 22 ust.4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia CEUP eService z postępowania skutkującego odrzuceniem oferty, z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu;

a także na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt. 5) żądań odwołania :

6) naruszenie art. 26 ust.3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania CEUP do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oraz

7) naruszenie art. 8 ust.3 ustawy Pzp poprzez odmowę ujawniania Odwołującemu stron 4-6 oferty CEUP eService.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania poprzez:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty CEUP eService;

3) ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia któregokolwiek z żądań z pkt. 1) żądań odwołania;

4) nakazanie Zamawiającemu uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o certyfikat PCI DSS.

5) nakazanie Zamawiającemu ujawnienia Odwołującemu stron 4-6 ofert CEUP eService oraz

6) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący podniósł, że ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ zaniechanie odrzucenia oferty CEUP eService, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy uniemożliwiły Odwołującemu uzyskanie zamówienia objętego postępowaniem. Gdyby Zamawiający odrzucił ofertę CEUP eService, do czego był obowiązany na podstawie wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp, oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą ofertę złożoną w tym postępowaniu.

Równocześnie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę odwołania w zakresie zarzutów determinujących odrzuceniem oferty przez Zamawiającego, Odwołujący wskazał, iż ujawnienie stron 4-6 oferty CEUP eService oraz wynik postępowania wyjaśniającego prowadzonego w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp może prowadzić do ustalenia, iż CEUP eService nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co prowadzi będzie do eliminacji oferty CEUP eService na odrębnych podstawach faktycznych i prawnych oraz wystąpienia

stanu, w którym najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu będzie oferta Odwołującego.

W ocenie Odwołującego oferta wykonawcy CEUP eService powinna podlegać odrzuceniu z powodu niezłożenia przez CEUP eService wyjaśnień w przedmiocie wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zwrócił przy tym uwagę na okoliczność, że pismem z dnia 11 czerwca 2014 roku Zamawiający zwrócił się do CEUP eService o wyjaśnienie wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz wyznaczył CEUP eService termin do złożenia wyjaśnień upływający w dniu 13 czerwca 2014r. o godz. 15.00., gdzie CEUP eService udzieliło wyjaśnień w dniu 16 czerwca 2014 roku o godz. 11.12., co potwierdza – według Odwołującego - nota na wyjaśnieniach CEUP eService.

Podniósł, że w aktach sprawy udostępnionych Odwołującemu nie znajduje się ani wniosek CEUP eService o prolongatę terminu ani pismo Zamawiającego w przedmiocie wydłużenia terminu do złożenia wyjaśnień.

W konsekwencji – w ocenie Odwołującego - CEUP eService nie złożył Zamawiającemu wyjaśnień w określonym terminie, w związku z czym na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oferta CEUP eService podlega odrzuceniu.

Następnie zarzucił Zamawiającemu niewyjaśnienie przez CEUP eService wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zauważył, że w wyjaśnieniach z dnia 16 czerwca 2014 roku CEUP eService podał składniki kalkulacyjne ceny oferty oparte na stawkach IF (provizja banku obsługującego wykonawcę) i kosztach procesowania (należność organizacji płatniczej), z których wynika, iż łączny koszt realizacji zamówienia dla obrotu 240.000.000 zł przy średniej stawce łącznej złożonej z obydwu stawek (0,66%) wynosi 1.584.000 zł, zaś wynagrodzenie prowizyjne CEUP eService dla obrotu 240.000.000 zł zaoferowano na poziomie 1.638.000 zł, co daje różnicę w wysokości 54 tys zł (bez VAT dla usług finansowych).

Nadto Odwołujący zauważył, iż zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej SIWZ:

- a/ zamówienie będzie realizowane przez okres 3 lat (vide: VI. Pkt 1 SIWZ);
- b/ zamówienie obejmuje także integrację systemu wykonawcy z systemem Zamawiającego (vide: pkt. V pkt. 2 SIWZ);

c/ zamówienie obejmuje także szkolenia pracowników Zamawiającego (vide: pkt. V pkt.13 i 14 SIWZ);

Odwołujący wskazał również, iż CEUP eService podał jedynie elementy ceny w zakresie kosztów zewnętrznych (organizacje płatniczej i bank pośredniczący), natomiast nie wykazał w ogóle kosztów własnych w zakresie:

- (i) wykonania zadań określonych w pkt. b/ i c/ powyżej;
- (ii) utrzymania systemu rozliczeniowego (o konieczności jego posiadania przesądza pkt. V pkt. 15 SIWZ) tj. kosztów utrzymania infrastruktury koniecznej do procesowania transakcji (lokal centrum przetwarzania danych, koszt infrastruktury, koszt opieki serwisowej i administracyjnej);
- (iii) kosztów ludzkich związanych z wykonywaniem umowy (obsługa umowy, obsługa reklamacji, obsługa księgową, obsługa rozliczeń);
- (iv) kosztów telekomunikacyjnych.

Wyjaśnienia złożone przez CEUP eService były – w ocenie Odwołującego - wyjaśnieniami niepełnymi gdyż nie zawierały elementów składowych ceny jakie odnosiły się do kosztów własnych CEUP eService.

W konsekwencji CEUP eService złożył – zdaniem Odwołującego - Zamawiającemu fragmentaryczne wyjaśnienia nie pozwalające na analizę elementów ceny odpowiadających innym składnikom kosztowy niż prowizje banku i organizacji płatniczych, w związku z czym na podstawie art. 90 ust.3 ustawy Pzp oferta CEUP eService powinna podlegać odrzuceniu.

Kolejny zarzut dotyczył brak udowodnienia przez CEUP eService wysokości elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, bowiem w wyjaśnieniach z dnia 16 września CEUP eService określił średnią łączną stawkę prowizji zewnętrznych (IF i procesowanie) na poziomie 0,66%, lecz CEUP eService zaniechało przy tym udowodnienia okoliczności możliwości skorzystania ze stawek o podanej wysokości.

Według Odwołującego naruszenie obowiązku udowodnienia wysokości takich elementów ceny wymagało od Zamawiającego odrzucenia oferty CEUP eService.

Wskazał przy tym, że koszty prowizji pośrednich (banku pośredniczącego i organizacji płatniczych) są wyższe od sumy prowizji podanych przez CEUP e Service, co jest faktem notoryjnym dla akceptantów kart płatniczych (podmiotów przyjmujących zapłatę za pomocą kart płatniczych).

W takim stanie rzeczy, CEUP eService dokonując wyjaśnień elementów ceny winien

udowodnić – zdaniem Odwołującego - możliwość skorzystania z niższych stawek niż wynika z aktualnych warunków rynkowych, jako szczególną okoliczność zapewniającą CEUP eService odpowiednie oszczędności w wyniku zaistnienia wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy.

W konsekwencji CEUP eService nie udowodnił – w opinii Odwołującego - Zamawiającemu, iż elementem ceny są prowizje o wartościach podanych przez CEUP Service wyjaśnić w określonym terminie, w związku z czym na podstawie art. 90 ust.3 ustawy Pzp oferta CEUP eService podlega odrzuceniu.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty, CEUP pomimo zaoferowania przez CEUP Service ceny rażąco niskiej, powołując się na okoliczności wskazane w pkt. 2) uzasadnienia odwołania wskazujące, iż po odliczeniu prowizji zewnętrznych, na realizację zamówienia CEUP Service w obszarze kosztów własnych realizacji zamówienia w obszarze przetwarzania płatności, realizacji dodatkowych zadań objętych zamówieniem, finansowania kosztów ubiegania się o zamówienie i kosztów zabezpieczenia należytego wykonania umowy dla CEUP Service pozostaje kwota 54 tys zł dla ponad 3 lat realizacji zamówienia (okres przygotowawczy nie jest wliczany w 3 letni okres obsługi).

Odwołujący zauważył przy tym, iż nie sposób uznać, iż Zamawiającemu uniknęła powyższa okoliczność, a mając na uwadze powyższe wartości jest oczywiste, iż nie sposób zrealizować przedmiotu zamówienia za zaproponowaną cenę, gdyż nie pozwoli ona na pokrycie kosztów realizacji i osiągnięcie zysku.

Zdaniem Odwołującego koszty prowizji IF oraz koszt prowizji organizacji płatniczej nie wyczerpują kosztów związanych z realizacją zamówienia. W sytuacji, gdy różnica pomiędzy sumą w/w prowizji (0,66%) a prowizją CEUP eSerwis (0,68%) pozostałe koszty i zysk, musiałby zostać sfinansowane z 0,02% obrotu CEUP eSerwis.

W konsekwencji CEUP eService na podstawie art. 90 ust.3 ustawy Pzp oferta CEUP eService powinna podlegać odrzuceniu jako zawierająca cenę rażąco niską.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia CEUP eService z postępowania oraz zaniechanie wezwania CEUP eService o uzupełnienie dokumentu w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, bowiem zgodnie z postanowieniem pkt. VIII.pkt 11 SIWZ Zamawiający wymagałaby wykonawca posiadał certyfikat PCI DSS, co stanowi warunek podmiotowy udziału w postępowaniu, podczas gdy CEUP eService złożył wraz z

oferta certyfikat z dnia 5 kwietnia 2014 roku wystawiony na rzecz „eService” Sp. z o.o., tymczasem firma CEUP eService brzmi: „Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService” Sp. z o.o.

W konsekwencji – zdaniem Odwołującego - certyfikat ten nie dotyczy CEUP Service i świadczy o braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez CEUP Service, a zatem powinien on powodować wykluczenie CEUP eService i odrzucenie jego oferty, a ewentualne braki Zamawiający winien był uzupełnić w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Ostatni zarzut odnosił się do odmowy ujawniania Odwołującemu przez Zamawiającego stron 4-6 oferty CEUP eService z uwagi na tajemnicą przedsiębiorstwa, pismem z dnia 22 września 2014 roku Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego ujawnienie stron 4-6 oferty CEUP eService, a w dacie 26 września 2014 roku Zamawiający odmówił ujawnienia dokumentów objętych wnioskiem.

Biorąc pod uwagę zakres wymagań SIWZ, co do przedkładanych z ofertą dokumentów, Odwołujący uznał, iż CEUP eService objął tajemnicą przedsiębiorstwa wykaz wykonanych dostaw oraz referencje.

Podniósł okoliczność, że w wyjaśnieniach z dnia 16 września 2014 roku CEUP eService ujawnił odbiorcę, co najmniej 1 usługi, a tym samym informacje zawarte na stronach 4-6 oferty utraciły zdolność do zakwalifikowania ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem CEUP eService ujawnił publicznie treść rodzaju informacji, które to ujawnienie informacji jest przeciwieństwem podjęcia działań dla zachowania informacji w poufności.

W dniu 29 września 2014r.wykonawca: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.



## KIO 1996/14

Przedmiotem odwołania w rozpoznawanej sprawie są czynności Zamawiającego związane z badaniem i oceną ofert, w tym odrzuceniem oferty Odwołującego: PayPro S. A., ul. Kanclerska 15, 60-327 Poznań przy jednoczesnym braku odrzucenia ofert PayU S.A. oraz Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych "eService" S.A. (dalej eService S.A.) oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, a także ewentualnym brakiem unieważnienia przetargu, podjęte w powyższym postępowaniu, o których to czynnościach Odwołujący dowiedział się w dniu 17 września 2014 roku, po zapoznaniu się z treścią zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 17 września 2014 r.

Nie zgadzając się powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 26 września 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W ramach powyższego odwołania zakwestionował następujące czynności Zamawiającego.

W pierwszej kolejności zarzucił Zamawiającemu niezasadne odrzucenie oferty PayPro S.A., poprzez błędne przyjęcie, że oferta cenowa złożona przez Odwołującego była nieporównywalna z innymi ofertami na skutek podania prowizji z uwzględnieniem niższych stawek opłaty interchange fee, zwanych dalej opłata IF, wobec czego oferta ta nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, podczas gdy oferta ta była porównywalna z ofertami PayU S.A. oraz eService S.A., skoro również ci oferenci podali w ofertach wartość prowizji uwzględniającą niższe stawki opłat IF.

Zaznaczył, że z porównania ofert wynika, że oferta PayPro S.A. była ofertą najkorzystniejszą, więc w przypadku braku odrzucenia tej oferty, to PayPro S.A. byłaby wybrana, jako wykonawca zamówienia, wobec czego PayPro ma interes prawny w zakwestionowaniu czynności odrzucenia oferty.

W drugiej kolejności, na wypadek uznania przez Izbę, że Zamawiający odrzucając ofertę postąpił prawidłowo, zarzucił Zamawiającemu to, że:

1) nie odrzucił ofert PayU S.A. oraz eService S.A. podczas, gdy w takim przypadku winien je odrzucić, albowiem oferenci Ci albo podali w swoich ofertach wartość prowizji uwzględniającą niższe stawki opłat IF (a więc postąpili tak jak PayPro S.A.), albo podając wartość prowizji bez uwzględnienia niższych stawek opłat IF, mając przy tym świadomość obniżenia tych stawek od 01.07.2014r. podali wartość prowizji na poziomie ujemnym, co również uzasadniało odrzucenie oferty, oraz

2) nie unieważnił przetargu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, pomimo że oferty PayPro S.A., PayU S.A. oraz eService S.A. podlegały odrzuceniu z uwagi na podane wartości prowizji, a oferta eCard podlegała również odrzuceniu z powodu podanego w zawiadomieniu z dnia 17.09.2014r.

PayPro S.A. wskazała, że ma interes prawny w podważeniu tych czynności (podważeniu braku ich dokonania), z uwagi na to, że w przypadku unieważnienia przetargu Zamawiający zmuszony byłby go powtórzyć, i wtedy PayPro S.A. mógłby również złożyć ofertę w nowym przetargu, nie będąc w szczególności narażony na gorsze potraktowanie niż PayLJ S.A. i eService S.A., do czego doszłoby w przypadku utrzymania w mocy odrzucenia oferty PayPro S.A., przy braku odrzucenia ofert PayLI S.A. i eService S.A.

Mając powyższe na uwadze wnosił o uwzględnienie odwołania i sformułował następujące alternatywne żądania:

1) W przypadku uwzględnienia zarzutu nr 1, wnosił o nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny oferty PayPro S.A. poprzez uznanie jej za ofertę nie podlegającą odrzuceniu, a w konsekwencji o nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert nie podlegających odrzuceniu i uznanie oferty PayPro S.A. za ofertę najkorzystniejszą,

2) W przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1, i uwzględnienia zarzutów składających się na zarzut nr 2, wnosił o nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny ofert PayU S.A. i eService S.A. poprzez uznanie tych za oferty podlegające odrzuceniu, a w konsekwencji o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przetargu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że w treści SIWZ Zamawiający wskazał między innymi co następuje:

1) w pkt V.17. wyjaśnił, że: Cena musi zawierać wszystkie składniki kosztów (np. opłaty interchange, opłaty transakcyjne, koszty ewentualnych zwrotów);

2) w pkt V. 18. wyjaśnił, że: W przypadku obniżenia stawek interchange prowizja ulega obniżeniu o różnicę w wysokości stawek, z dniem zmiany tych stawek;

3) w pkt XII.3.2) wyjaśnił, że: Oferta musi zawierać Formularz Cenowy - wypełniony wg wzoru załączonego do SIWZ (Załącznik nr 2 do SIWZ);

4) w pkt XIV.3 wyjaśnił, że: W Formularzu Cenowym w kolumnie „Wartość prowizji” , gdzie konieczne jest wpisanie wartości prowizji, wpisana wartość winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, tj. ewentualne opłaty transakcyjne, opłaty interchange, ew. koszty zwrotów);

5) w Formularzu Cenowym brak było miejsca, w którym można byłoby wpisać jaka była w dniu składania Oferty wysokość opłaty interchange (dalej opłata IF), uwzględniana w wysokości Wartości Prowizji;

6) w pkt XV wyjaśnił, że jedynym kryterium wyboru oferty, jako najkorzystniejszej była wysokość Wartości Prowizji, przy czym z uwagi na to, że przewidziano 4 rodzaje kart, możliwe było podanie 4 Wysokości Prowizji i o wyborze oferty jako najkorzystniejszej decydowała ilość punktów zdobytych dla poszczególnych rodzajów kart (w oparciu o zaoferowane Wartości Prowizji).

Zauważył także, że mając na uwadze postanowienia SIWZ dotyczące opłaty IF zadano Zamawiającemu pytanie o to, czy możliwe jest złożenie oferty uwzględniającej zmianę opłat IF wchodzącą w życie w dniu 01.07.2014r. a więc już po terminie składania ofert, ale najprawdopodobniej przed wejściem umowy zawartej z Wykonawcą w życie (pytanie nr 1 wskazane w piśmie Zamawiającego z dnia 17.04.2014r.).

Wyjaśnił, że odpowiedź Zamawiającego na powyższe pytanie nie była jednak jednoznaczna, albowiem wskazał on, że oferta powinna obejmować stawki na dzień złożenia oferty, a zmiana stawek IF po złożeniu oferty będzie podlegała procedurze opisanej w pkt V.18 SIWZ.

Podniósł przy tym, że w żadnym miejscu oferty, w szczególności w formularzu cenowym, Zamawiający nie przewidział miejsca do podania przez oferentów, jakie wysokości opłat IF zastosowali, jako bazowe, dla potrzeb zastosowania pkt V.18 SIWZ.

Powołując się na wydruk zestawienia opłat IF organizacji MasterCard obowiązujących przed lipcem 2014r. i wydruk zestawienia opłat IF organizacji VISA obowiązujących przed lipcem 2014r. wskazał, że w miesiącu maju 2014 roku, a więc w czasie kiedy mijał termin składania ofert opłaty IF dla płatności generalnych (ogólnych) wynosiły, w zależności od rodzaju karty, dla poszczególnych punktów formularza cenowego (z pominięciem mikropłatności czyli o kwocie nie wyższej niż 20 zł),

1) Organizacja Płatnicza MasterCard - indywidualne - od 1,00% do 1,70% (średnio 1,35%) przy czym kluczowe w niniejszym przypadku pozycje Merchant UCAF i Fuli UCAF wynosiły odpowiednio 1,50% i 1,60%;

2) Organizacja Płatnicza MasterCard - komercyjne - od 1,90% do 2,20% (średnio 2,05%), przy czym kluczowe w niniejszym przypadku pozycje Merchant UCAF i Fuli UCAF wynosiły odpowiednio 2,00% i 2,10%;

3) Organizacja Płatnicza VISA - indywidualne - od 1,15% do 1,90% (średnio 1,525%) przy czym kluczowa w niniejszym przypadku pozycja Secure Electronic Commerce wynosiła 1,60%;

4) Organizacja Płatnicza VISA - komercyjne - 1,60% lub 1,90% (dla kluczowej pozycji Standard).

W przypadku zakwestionowania wydruków powyższych zestawień, z ostrożności Odwołujący sformułował następujące wnioski dowodowe:

1) Dowód: wyjaśnienia złożone przez organizację MasterCard odnośnie stawek IF stosowanych przed 01.07.2014r. oraz od 01.07.2014r. w odpowiedzi na żądanie skierowane przez KIO (adres: MasterCard Europe SPRL Oddział w Polsce, ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa);

2) Dowód: wyjaśnienia złożone przez organizację VISA odnośnie stawek IF stosowanych przed 01.07.2014r. oraz od 01.07.2014r. w odpowiedzi na żądanie skierowane przez KIO (adres: Visa Europe Services Inc. Oddział w Londynie 1 Sheldon Square, London W2 6TT);

3) Dowód: przesłuchanie Pana S. R. w charakterze świadka na okoliczność wysokości stawek IF stosowanych przez MasterCard i VISA przed lipcem 2014 (adres do doręczeń u pracodawcy: S. R., SIX Payment Services (Europe) S.A., Oddział w Polsce, ul. Prosta 32, 00-838 Warszawa);

4) Dowód: opinia biegłego na okoliczność wysokości stawek IF stosowanych przez MasterCard i VISA przed lipcem 2014.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 01.07.2014r. powyższe organizacje przewidziały obniżkę tych opłat IF, przy czym z uwagi na wprowadzone na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przepisy w tym zakresie, wszystkie stawki nie mogą być wyższe niż 0,50%.

W odwołaniu przedstawił poziom maksymalny, średnią oraz porównanie z kluczowymi pozycjami wyszczególnionymi w poprzednim akapicie odnoszącym się do stawek obowiązujących przed 01.07.2014r.:

1. Organizacja Płatnicza MasterCard - indywidualne - maksymalnie 0,50 %, średnia również 0,50%, a kluczowe w niniejszym przypadku pozycje Merchant UCAF i Full UCAF wynoszą także 0,50%,

2. Organizacja Płatnicza MasterCard - komercyjne - maksymalnie 0,50 %, średnia również 0,50%, a kluczowe w niniejszym przypadku pozycje Merchant UCAF i Full UCAF wynoszą także 0,50%,

3. Organizacja Płatnicza VISA - indywidualne - maksymalnie 0,50 %, średnia również 0,50%, a kluczowa w niniejszym przypadku pozycja Secure Electronic Commerce wynosi także 0,50%,

4. Organizacja Płatnicza VISA - komercyjne - maksymalnie 0,50 %, średnia również 0,50%, a kluczowa w niniejszym przypadku pozycja Standard wynosi także 0,50%.

Powołał się przy tym na następujące dowody:

1) Dowód: wydruk zestawienia opłat IF organizacji MasterCard obowiązujących od

lipca 2014r.;

2) Dowód: wydruk zestawienia opłat IF organizacji VISA obowiązujących od lipca 2014r.;

3) Dowód: oględziny witryny internetowej organizacji MasterCard, na której zamieszczone jest zestawienie opłat IF tej organizacji obowiązujących od lipca 2014r. pod adresem: <http://www.mastercard.com/us/wce/PDF/Poland.pdf> Dowód: oględziny witryny internetowej organizacji VISA, na której zamieszczone jest zestawienie opłat IF tej organizacji obowiązujących od lipca 2014r. pod adresem: <http://www.visaeurope.com/idoc.ashx?docid=4bd96e9d-5edd-4c3c-b534-094460c75665&version=-1>.

W przypadku zakwestionowania wydruków powyższych zestawień oraz na wypadek nieprzeprowadzenia powyższych oględzin, z ostrożności sformułował następujące wnioski dowodowe:

1) Dowód: wyjaśnienia złożone przez organizację MasterCard odnośnie stawek IF stosowanych przed 01.07.2014r. oraz od 01.07.2014r. w odpowiedzi na żądanie skierowane przez KIO (adres: MasterCard Europe SPRL Oddział w Polsce, ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa);

2) Dowód: wyjaśnienia złożone przez organizację VISA odnośnie stawek IF stosowanych przed 01.07.2014r. oraz od 01.07.2014r. w odpowiedzi na żądanie skierowane przez KIO (adres: Visa Europe Services Inc. Oddział w Londynie 1 Sheldon Square, London W2 6TT);

3) Dowód: przesłuchanie Pana S. R. w charakterze świadka na okoliczność wysokości stawek IF stosowanych przez MasterCard i VISA od lipca 2014 (adres do doręczeń u pracodawcy: S. R., SIX Payment Services (Europe) S.A., Oddział w Polsce, ul. Prosta 32, 00-838 Warszawa);

4) Dowód: opinia biegłego na okoliczność wysokości stawek IF stosowanych przez MasterCard i VISA od lipca 2014r.

Zdaniem Odwołującego różnice na poszczególnych pozycjach, z uwzględnieniem porównania wyższych stawek (sprzed lipca) do stawek maksymalnych (przewidzianych od lipca), wynosiłyby:

1. Organizacja Płatnicza MasterCard - indywidualne - od 0,50% do 1,20% (średnia różnica to 0,85%), a dla pozycji kluczowych, to jest Merchant UCAF i Full UCAF różnice wyniosły odpowiednio 1,00% oraz 1,10%,

2. Organizacja Płatnicza MasterCard - komercyjne - od 1,40% do 1,70% (średnia różnica to 1,55%), a dla pozycji kluczowych, to jest Merchant UCAF i Full UCAF różnice wyniosły odpowiednio 1,50% oraz 1,60%,

3. Organizacja Płatnicza VISA - indywidualne - od 0,65% do 1,40% (średnia różnica to 1,025 %), a dla pozycji kluczowej, to jest Secure Electronic Commerce różnica wyniosła 1,10%,

4. Organizacja Płatnicza VISA - komercyjne - 1,10% lub 1,40% (średnia różnica to 1,25%) a dla pozycji kluczowej, to jest Standard różnica wyniosła 1,40%.

Według Odwołującego średnia arytmetyczna tych uśrednionych różnic na opłatach IF to 1.17%.

Wskazał, że oferty złożyły 4 podmioty: PayPro S.A., PayU S.A., eService S.A. i eCard S.A.

Nadto zwrócił uwagę, że podmioty te w swoich formularzach cenowych podały następujące wartości prowizji w %.

Podmioty	PayPro	PayU S.A.	eService	eCard
Rodzaj	Wysokość wartości prowizji w			
MasterCar	0,88%	0,94%	0,78%	1,85%
MasterCar	0,20%	0,94%	0,71%	2,10%
VISAindywi	0,79%	0,94%	0,68%	1,80%
VISA	0,19%	0,94%	0,56%	2,05%
Średnia arytmetyczna wartości prowizji	0,515%	0,94%	0,6825%	1,95%

Według Odwołującego, ponieważ w formularzu cenowym nie było miejsca na podanie wartości opłat IF wziętych pod uwagę przez poszczególnych oferentów, jako podstawa do stosowania ewentualnego mechanizmu obniżenia wysokości prowizji o różnicę w IF, zastosowanie mechanizmu z pkt V.18 było w zasadzie niewykonalne.

Mając jednak na uwadze podane wyżej wysokości różnic w tych opłatach stosowanych przez organizacje MasterCard i VISA, przed i po lipcu 2014 roku, a wynoszącą średnio 1,17%, a w przypadku kluczowych pozycji od 1,00% do 1,60%, Odwołujący stwierdził, że zarówno PayPro S.A., jak i PayU S.A oraz eService S.A. podając w ofertach wysokości prowizji niższe niż te różnice, podały wysokości wartości prowizji z

uwzględnieniem (już od początku) obniżek opłat IF.

Przyznał, że jedynie oferta eCard zawierała zdecydowanie wyższe wartości prowizji, co może wskazywać, że oferta uwzględniała wyższe wartości opłat IF, albowiem dopiero po odjęciu od tych wartości różnic na opłatach IF, oferta eCard byłaby na bardziej porównywalnym poziomie do 3 pozostałych ofert.

Zaznaczył przy tym, że celem wyjaśnienia, że już w ofercie zastosował niższe opłaty IF, na treści formularza cenowego w pkt 1 dodał wyjaśnienie, że te wartości prowizji, które oferuje od razu zawierają przyszłą obniżkę opłat IF.

Dodatkowo podkreślił, że PayPro S.A. nie wskazał, że oferowana wysokość prowizji będzie wynosiła tyle ile podał w ofercie dopiero od dnia 01.07.2014r., ale że wyjaśnienie to oznacza, iż wysokość prowizji wynosi od razu - od dnia złożenia oferty - tyle ile podano w formularzu cenowym, a jedynie wyjaśnia, na potrzeby usunięcia przyszłych wątpliwości dotyczących stosowania pkt V.18 SIWZ, że wysokość prowizji uwzględnia już obniżkę opłat IF, która ma wejść w życie w dniu 01.07.2014r., co oznacza, że skoro przy podawaniu wysokości prowizji, jako jej część uwzględniono niższe opłaty IF, to w dniu 01.07.2014r. nie zaistnieje różnica między zastosowanymi opłatami IF, a opłatami IF, które miały obowiązywać od dnia 01.07.2014r., a tym samym, że wysokość zaoferowanej prowizji nie ulegnie w dniu 01.07.2014r. obniżeniu o taką nieistniejącą różnicę.

Zauważył przy tym, że tylko PayPro S.A. wyjaśniło w ten sposób w swoim formularzu cenowym, że przy zaoferowanej wysokości prowizji uwzględniło niższe opłaty IF.

Tymczasem mając na uwadze wysokość prowizji zaoferowanych przez PayU S.A. oraz eService S.A. oraz wysokość różnic na opłatach IF stosowanych przez organizacje MasterCard i VISA, przed i po lipcu 2014 roku, należy dojść do przekonania – według Odwołującego, że również ci oferenci podali wartości oferowanych prowizji już z uwzględnieniem niższych opłat IF. W przeciwnym przypadku, gdyby uznać, że zaoferowane przez nich prowizje uwzględniały wyższe opłaty IF, to po lipcowej obniżce tych opłat IF (przedstawionej powyżej, a wynoszącej średnio 1,17%), okazałoby się, że przy zastosowaniu mechanizmu opisanego w pkt V.18 wysokość prowizji musiałby ulec w ich przypadku obniżeniu właśnie o te różnice i uzyskałoby się wartości ujemne, co obrazuje poniższa tabela.

Podmioty	PayU S.A.			eService S.A.		
	Wysokość zaoferowanej prowizji w %	Wysokość prowizji obniżonej wartości granicznej, różnic IF wskazane powyżej [%]	Wysokość prowizji obniżonej wartości średniej różnicy IF wskazanej powyżej	Wysokość zaoferowanej prowizji w %	Wysokość prowizji obniżonej wartości granicznej, różnic IF wskazane powyżej [%]	Wysokość prowizji obniżonej wartości średniej różnicy IF wskazanej powyżej
MasterCard indywidualne	0,94%	Od +0,44 Do -0,26	+0,09 (0,94-0,85)	0,78%	Od +0,28 Do -0,42	-0,07 (0,78-0,85)
MasterCard komercyjne	0,94%	Od -0,46 Do -0,76	-0,61 (0,94-1,55)	0,71%	Od -0,69 Do -0,99	-0,84 (0,71-1,55)
VISA indywidualne	0,94%	Od +0,29 Do -0,46	-0,085 (0,94-1,025)	0,68%	Od +0,03 Do -0,72	-0,345 (0,68-1,025)
VISA komercyjne	0,94%	-0,16 lub 0,46	-0,31 (0,94-1,25)	0,56%	-0,54 lub -0,84	-0,69 (0,56-1,25)
Średnia arytmetyczna wartości prowizji	0,94%		-0,22875	0,6825%		-0,48625

Wskazał również kolejną tabelę prezentującą obniżenie prowizji w zakresie różnic w opłatach IF dla kluczowych pozycji.



Rodzaj płatności oraz nazwa kluczkowej pozycji	Wysokość różnicy na kluczowych pozycjach przed i po 01.07.2014r. [%]	PayU S.A.		eService S.A.	
		Wysokość zaoferowanej prowizji w %	Wysokość prowizji obniżonej różnicę dla kluczkowej pozycji [%]	Wysokość zaoferowanej prowizji w %	Wysokość prowizji obniżonej różnicę dla kluczkowej pozycji [%]
MasterCard indywidualne Merchant UCAF	1,00	0,94%	-0,06	0,78%	-0,22
MasterCard indywidualne Full UCAF	1,10		-0,16		-0,32
MasterCard komercyjne Merchant UCAF	1,50	0,94%	-0,56	0,71%	-0,79
MasterCard komercyjne Full UCAF	1,60		-0,66		-0,89
VISA indywidualne Secure Electronic Commerce	1,10	0,94%	-0,16	0,68%	-0,42
VISA-komercyjne	1,40	0,94%	-0,46	0,56%	-0,84
Średnia arytmetyczna wartości prowizji		0,94%	-0.343%	0,6825%	-0.58%

Powyższe zestawienie wskazuje – zdaniem Odwołującego, że przy takim rozumieniu skutkującym obniżeniem prowizji poniżej zera, ci oferenci poczynając od 01.07.2014r. musieliby płacić Zamawiającemu za możliwość świadczenia usług, co wskazuje na absurdalność takiego wnioskowania. Tym samym – w opinii Odwołującego - należy uznać okoliczność, iż również oferty PayU S.A. i eService S.A. uwzględniały obniżkę opłat IF, tak samo jak PayPro S.A., z tą tylko różnicą, że podmioty te powyższego wyraźnie nie wyjaśniły w formularzu cenowym, tak jak zrobił to PayPro S.A.

Według Odwołującego na zasadność powyższego wnioskowania (iż oferty tych dwóch oferentów już uwzględniały obniżkę opłat IF) wskazują również wyjaśnienia eService z dnia 17.06.2014r., w których (na 2 stronie, w pkt II) wskazano, że przy obliczaniu prowizji (mającej być wyższą niż średnia kosztów) zastosowano wartość opłat IF na poziomie 0,50%, a więc na poziomie niższym, czyli identycznie jak PayPro S.A.

Mając powyższe na uwadze, skoro Zamawiający uznał, że oferty PayU S.A. i eService S.A. nie podlegały wykluczeniu (mimo że zastosowano w nich niższe opłaty IF) nie podlegały odrzuceniu, to oferta PayPro S.A. była możliwa do porównania z tymi ofertami, i również ona nie powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący uważa, że w przypadku gdyby Zamawiający potraktował wszystkich oferentów z zastosowaniem zasady równego traktowania, to jeśli nie odrzucił ofert PayU S.A. i eService S.A., to nie powinien odrzucać oferty PayPro S.A. i powinien ją być porównać z pozostałymi ofertami. A w takim przypadku okazałoby się, że oferta PayPro S.A. otrzymała najwyższą ilość punktów, i była ofertą najkorzystniejszą, a więc to Odwołujący byłby wyłoniony w tej procedurze jako Wykonawca.

Dalej podniósł, że jeśli jednak Krajowa Izba Odwoławcza pomimo powyższego uzasadnienia uzna, że oferta PayPro S.A. zasadnie została odrzucona, to PayPro S.A. oczekując zachowania zasady równego traktowania uczestników przetargu, ma uzasadniony interes w tym aby podważać brak czynności odrzucenia ofert PayU S.A. i eService S.A., które w takim przypadku z analogicznych powodów powinny być odrzucone.

Według Odwołującego PayU S.A. i eService S.A. złożyły (najprawdopodobniej) oferty uwzględniające już planowane na dzień 1 lipca 2014r. obniżki opłat IF. Zastrzegł przy tym, że użycie sformułowania „najprawdopodobniej” jest tutaj uzasadnione tym, że mając na uwadze wysokość zaoferowanych prowizji oraz różnice na opłatach IF, jedynym racjonalnym wnioskiem jest właśnie ten, że prowizje zaoferowane musiały uwzględniać obniżki IF, albowiem gdyby tak nie było (a więc gdyby przyjąć odmienny wniosek, że prowizje nie

uwzględniały jeszcze obniżek opłat IF), to po zastosowaniu procedury automatycznej obniżki prowizji o różnice na obniżeniu opłat IF (opisanej w pkt V.18 SIWZ), okazałoby się, że prowizje będą w większości przypadków ujemne, a średnia prowizji zawsze będzie ujemna.

W tym kontekście nie jest prawdopodobne – zdaniem Odwołującego - wnioskowanie, że Ci oferenci chcieli, aby po 1 lipcu 2014r. ich prowizje uległy jeszcze obniżeniu do takiego ujemnego poziomu.

Dalej wywodził, że jedynym racjonalnym wnioskiem jest, iż PayU S.A. i eService S.A. złożyły (najprawdopodobniej) oferty uwzględniające już planowane na dzień 1 lipca 2014r. obniżki opłat IF i że w ich zamiarze zaoferowane przez nich prowizje nie miały ulec dalszemu obniżeniu (do wartości ujemnych), wskazując, że te oferty dotknięte byłyby taką samą wadą jak ta, która skutkowałą odrzuceniem oferty PayPro S.A., jako oferty niespełniającej wymogów SIWZ.

Natomiast nawet gdyby uznać, że oferty PayU S.A. i eService S.A. jeszcze nie uwzględniały obniżek opłat IF, a więc, że po dniu 1 lipca 2014r. zaoferowane przez nich prowizje jednak miały ulec obniżeniu o różnice na opłatach IF sprzed i od lipca 2014r., to wtedy – zdaniem Odwołującego - wysokość zaproponowanych prowizji byłaby ujemna, a w takim przypadku ich oferty podlegałyby również odrzuceniu, choć na podstawie innego przepisu, to jest przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem zaoferowane prowizje (cena) byłyby ujemne, a więc rażąco niskie.

W celu jednoznacznego wyeliminowania powyższych wątpliwości odnośnie tego, czy w ofertach PayU S.A. i eService S.A.:

a) podali wartości prowizji z uwzględnieniem obniżek opłat IF (tak jak PayPro S.A.), a więc zakładali że po dniu 01.07.2014r. nie dojdzie do obniżenia prowizji na podstawie pkt V. 18 SIWZ, czy jednak

b) podali wartości prowizji z uwzględnieniem obniżek opłat IF (inaczej niż PayPro S.A.), a więc akceptowali, że zgodnie z pkt V.18 SIWZ, zaoferowane przez nich prowizje ulegną obniżeniu, i to nawet poniżej zera (do wartości ujemnych), zawnioskował o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania upoważnionych przedstawicieli PayU S.A. i eService S.A. na powyższą okoliczność.

Według Odwołującego złożone przez tych upoważnionych przedstawicieli wyjaśnienia (zeznania) pozwolą ocenić, czy oferty podlegałyby odrzuceniu z tego samego powodu co oferta PayPro S.A. lub czy podlegały odrzuceniu jako oferty z rażąco niską ceną.

Odwołujący stanął na stanowisku, że ustalenie, że nie tylko oferta PayPro S.A., ale również oferty PayU S.A. i eService S.A., podlegały odrzuceniu, mając na uwadze również odrzucenie oferty eCard S.A. z uwagi na niespełnianie wymogów dotyczących certyfikatu PCI DSS, skutkowałoby tym, że odrzucone byłyby wszystkie złożone oferty, a w takim przypadku Zamawiający winien był unieważnić przetarg na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czego Zamawiający również nie uczynił.

Twierdził, że PayPro S.A. ma zatem interes prawny w podważeniu tych czynności (podważeniu braku odrzucenia ofert PayU S.A. i eService S.A. i w konsekwencji braku unieważnienia przetargu) z uwagi na to, że w przypadku unieważnienia przetargu Zamawiający zmuszony byłby go powtórzyć, i wtedy PayPro S.A. mogłaby również złożyć ofertę w nowym przetargu, nie będąc w szczególności narażona na gorsze potraktowanie niż PayU S.A. i eService S.A., do czego doszłoby w przypadku utrzymania w mocy odrzucenia oferty PayPro S.A. przy braku odrzucenia ofert PayU S.A. i eService S.A.

W dniu 29 września 2014r. wykonawca: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. i wykonawca: PayU S.A. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

#### **KIO 1989/14**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej (SIWZ), oferty Przystępującego wykonawcy: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o., wezwania Zamawiającego z dnia 11 czerwca 2014r. Przystępującego wykonawcy: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. i pisma o przedłużeniu terminu uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień z dnia 12 czerwca 2014r., odpowiedzi na powyższe wezwanie z dnia 17 czerwca 2014r., zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 17 września 2014r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 7 października 2014r., pisma procesowego Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. z dnia 9 października 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczoney, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.22 ust. 2 pkt. 4 w związku z art.22 ust.4, art.26 ust.3, art.90 ust. 3 ustawy Pzp.

Istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Przystępujący wykonawca: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. złożył ofertę z rażąco niską ceną, a także czy wybór najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym przetargu był uzasadniony pod względem prawnym.

Pierwszy zarzut odnoszący się do niezłożenia przez Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w terminie, wobec jego wycofania na rozprawie przez Odwołującego, należało uznać za bezprzedmiotowy, a zatem nie podlegający rozpoznaniu.

Następnie Izba badając dokumentację przedmiotowego przetargu doszła do przekonania, że również drugi zarzut dotyczący niewyjaśnienia wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie znalazł potwierdzenia.

W tym przypadku, w pierwszej kolejności, Izba zwróciła uwagę, iż Zamawiający miał obowiązek zastosowania reguły określonej w art. 90 ust. 1 cyt. wyżej ustawy Pzp, w myśl, której Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Z tych powodów Zamawiający – według zapatrywania Izby - miał pełne podstawy do zwrócenia się do dwóch wykonawców z najniższymi cenami o wyjaśnienie zaoferowanych przez nich cen w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp., w zakresie niektórych istotnych składników cenowych.

Należy zauważyć, iż stosownie do brzmienia art. 90 ust. 2 powyżej ustawy Pzp Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla

wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z powyższego przepisu wynika, że wolą ustawodawcy było umożliwienie wykonawcom złożenia wyjaśnień, w tym wraz z przedłożeniem stosownych dowodów na okoliczność braku istnienia rażąco niskiej ceny.

Na tle przedmiotowej sprawy przede wszystkim należy zauważyć, że Zamawiający w swoim wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 11 czerwca 2014r. zwrócił się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Powyższe wezwanie wbrew twierdzeniu Odwołującego nie zawierało w sobie wskazania do udzielenia wyjaśnienia wszystkich elementów cenowych.

Należy przy tym wskazać, że przepis art.90 ust.1 ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku badania wszystkich elementów cenowych oferty wykonawcy, lecz elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Z wyjaśnień Zamawiającego przedstawionych na rozprawie wynika, że oceniając rażąco niską cenę brał on przede wszystkim pod uwagę składnik kosztowy interchange Fee.

Nadto Zamawiający wyjaśnił, że w swoim wezwaniu chodziło mu o wyjaśnienie niektórych elementów kosztowych, takich jak koszty obsługi przez organizacje płatnicze, opłaty transakcyjne, opłaty interchange, ewentualne koszty zwrotów.

Powyższe oświadczenia Zamawiającego potwierdzają w całości treść jego wezwania z dnia 11 czerwca 2014r., w którym nie wezwał on do wyjaśnienia wszystkich kosztów z podaniem szczegółowej kalkulacji cenowej i odpowiadają treści rozdziału V ust.17 SIWZ, gdzie Zamawiający położył nacisk na to, że cena musi zawierać wszystkie składniki kosztów(np. opłaty interchange, opłaty transakcyjne, koszty ewentualnych zwrotów).

Zdaniem Izby badanie rażąco niskiej ceny zostało dokonane w granicach powyższego postanowienia SIWZ.

Wymaga przy tym wskazania, że gdyby inne elementy cenowe miały dla Zamawiającego porównywalne znaczenie jak opłaty interchange, opłaty transakcyjne, koszty ewentualnych zwrotów, to zostałyby one umieszczone w powyższym postanowieniu SIWZ dotyczącym ceny.

W rozpoznawanej sprawie Izba stwierdziła również, że Zamawiający wymagał od wykonawców jedynie podania wartości w formularzu cenowym (załącznik nr 2 do SIWZ), lecz nie ustalił sposobu kalkulacji ceny z przyporządkowaniem danych kosztów do zadania.

Według zapatrywania Izby Odwołujący nie udowodnił, że jego konkurent dokonał takiego szacowania kosztów, które nie zapewniałoby wykonania przedmiotowego zamówienia poprzez pokazanie różnicy w wysokości 54 000 zł.

Przechodząc do omówienia kolejnego zarzutu, to w ocenie Izby, należy ponownie oprzeć się na treści wezwania z dnia 11 czerwca 2014r., które nie wymagało od wykonawców załączania dowodów na potwierdzenie kosztów obsługi i rozliczania płatności bezgotówkowych, a tylko w takim przypadku Zamawiający mógłby przyjąć domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny.

Ponadto za głosowne Izba uznała stanowisko Odwołującego o rażąco niskiej cenie przy pozostałej kwocie 54 000 zł bez całokształtu znajomości prowadzonej przez Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. działalności gospodarczej.

W tym kontekście Izba uznała przedłożony przez Odwołującego na rozprawie wyciąg z przychodów i kosztów ze sprawozdania finansowego za rok zakończony dnia 31 grudnia 2013r. za materiał niewystarczający do udowodnienia rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie należy wskazać, że cena rażąco niska to cena niewiarygodna, poniżej kosztów świadczenia usługi.

W przedmiotowej sprawie Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. zaoferował cenę wyższą niż inny wykonawca PayPro, którego oferta nie została odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny.

Reasumując, przy badaniu rażąco niskiej ceny należy brać pod uwagę całość ceny, a nie opierać się jedynie na niektórych jednostkowych kosztach, które mogą w działalności gospodarczej być przenoszone w ramach danego zamówienia lub nawet znajdować się poza

nim, chyba, że Zamawiający uczyniłby inne zastrzeżenie w tym zakresie.

Kolejny zarzut obowiązku wykluczenia Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. z postępowania oraz zaniechania jego wezwania do uzupełnienia certyfikatu PCI DSS nie znalazł uznania Izby.

Izba ustaliła, że zgodnie z § 1 ust.3 uchwały nr 1 i 2 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. spółka może używać skrótu firmy: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. lub eService Sp. z o.o.

Dodatkowo wykonawca Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. przy piśmie procesowym przedłożył również certyfikat wystawiony na Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych eService Sp. z o.o. z datą 5 kwietnia 2014r., to jest przed terminem składania ofert.

Ostatecznie Izba uznała zarzut odmowy ujawnienia Odwołującemu stron 4-6 oferty konkurenta za bezzasadny.

W kontekście zgłoszonego zarzutu należy wskazać, że w myśl art.8 ust.3 zd.1 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Jednocześnie stosownie do art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z akt sprawy wynika, że Odwołujący takie skuteczne zastrzeżenie na stronach 4-6 swojej oferty dokonał i nie ujawnił do publicznej wiadomości informacji tam zawartych poza podaniem w wyjaśnieniach z dnia 17 czerwca 2014r. nazwy dwóch podmiotów z wykazu.

W ocenie Izby zastrzeżone informacje przez konkurenta w zakresie daty wykonania usługi oraz jej nazwy (opisu) stanowią informację stanowiącą wartość gospodarczą, takie informacje stanowią również dane na rzecz, jakich sklepów internetowych były świadczone



usługi, a na stronie 5 opisane są szczegóły realizacji usługi.

Z tych wszystkich powodów Izba nie mogła udzielić ochrony prawnej Odwołującemu i uwzględnić przedstawionych w odwołaniu zarzutów.

#### **KIO 1996/14**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej (SIWZ), oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego z dnia 11 czerwca 2014r., odpowiedzi na powyższe wezwanie z dnia 16 czerwca 2014r., zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 17 września 2014r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 7 października 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów, art.89 ust.1 pkt. 2 i art.93 ust.1 pkt.1 ustawy Pzp.

Istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Odwołujący złożył ofertę sprzeczną z SIWZ, a w razie nie potwierdzenia się tego zarzutu czy nie wystąpiła przesłanka do unieważnienia przedmiotowego przetargu.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem XII ust.3 pkt. 2 oferta musiała zawierać Formularz Cenowy – wypełniony wg wzoru załączonego do SIWZ(załącznik nr 2 do SIWZ).

W formularzu tym wykonawcy mieli wpisać w oddzielnych rubrykach: wartość prowizji (w %, z dokładnością do 2 miejsc po przecinku) i wartość oferty(dla celów porównania ofert i środków przeznaczonych na realizację zamówienia).

Izba stwierdziła również, że problem wypełniania tych rubryk był przedmiotem wyjaśnień przez Zamawiającego.

W piśmie z dnia 17 kwietnia 2014r. Zamawiający między innymi udzielił odpowiedzi na pytanie nr 1 wykonawcy do SIWZ (czy Państwo dopuszczają złożenie oferty uwzględniającej zmianę stawek) w ten sposób, że oferta powinna obejmować stawki na dzień złożenia oferty. Stawki obowiązujące po wprowadzeniu zmian interchange będą stanowiły różnicę zaoferowanej w ofercie stawki i stawki poziomu obniżenia interchange.

Jednocześnie Izba ustaliła, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 16 czerwca 2014r. oświadczył, że zaproponowana prowizja obejmuje już obniżki na stawkach Interchange Fee(IF) od lipca br.

Oceniając powyższe oświadczenie Odwołującego należało przyjąć, że ten zaoferował stawki nie na dzień złożenia oferty, jak wymagał Zamawiający, lecz stawki uwzględniające obniżki wynikające ze zmiany przepisów ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych.

Z powyższych względów – według Izby – zaproponowane wartości prowizji i oferty uniemożliwiały dokonanie porównania ofert.

W powyższych okolicznościach należało uznać, że Odwołujący złożył ofertę o treści sprzecznej z SIWZ.

Przechodząc do rozpatrzenia drugiego z zarzutów odnoszącego się do unieważnienia przetargu Izba uznała, że cały wywód Odwołującego przedstawiony w odwołaniu wraz dowodami, na które się powołał sprowadzał się do próby wykazania przez niego, że zaproponowane przez dwóch konkurentów prowizje obejmowały już obniżki w stawkach Interchange Fee od lipca 2014r.

Izba stwierdziła, że przy odwołaniu Odwołujący nie załączył żadnych dowodów.

Jednocześnie Izba z powodu przedłożenia na rozprawie przez Odwołującego nieprzetłumaczonych z języka angielskiego na język polski dwóch dokumentów złożonych w kopii potraktowała te dowody za sprzeczne z § 19 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań i wobec tego niemożliwe do przeprowadzenia.

Zgodnie z § 19 ust.1 cyt. wyżej rozporządzenia rozprawa odbywa się w języku polskim, jednocześnie w myśl ust.2 tego przepisu strona oraz uczestnik postępowania

odwoławczego, który nie włada językiem polskim, bierze udział w rozprawie przy udziale tłumacza przysięgłego.

Natomiast stosownie do § 19 ust.3 powołanego wyżej rozporządzenia wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.

Ostatecznie uznając, że Odwołujący złożył ofertę sprzeczną z SIWZ, Izba stanęła na stanowisku, że nie posiada on interesu w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Pzp i nie mógłby ponieść szkody w przedmiotowym przetargu, w zakresie zarzutu zmierzającego do unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Według Izby groźba poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może odnosić się jedynie do prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie do hipotetycznego przetargu w przyszłości.

Wobec powyższego należało uznać przeprowadzenie wnioskowanych przez Odwołującego dowodów za bezprzedmiotowe i powołane jedynie dla zwłoki.

#### **KIO 1989/14 i KIO 1996/14**

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oba odwołania oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....**