Sygn. akt: KIO 421/21

WYROK

z dnia 3 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 3 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 8 lutego 2021 r. przez **wykonawcę HILLTECH M&S S.A. z siedzibą w Kielcach** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Sąd Okręgowy w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu**
przy udziale **wykonawcy Instytut Systemów Publicznych L. S., J. K., P. Ł. Sp. J. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę HILLTECH M&S S.A. z siedzibą w Kielcach** i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę HILLTECH M&S S.A. z siedzibą w Kielcach** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) 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:

……

Sygn. akt KIO 421/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Sąd Okręgowy w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*"), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Samoobsługowe terminale płatnicze dla Sądu Okręgowego w Poznaniu oraz sądów Rejonowych*".

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca HILLTECH M&S S.A. z siedzibą w Kielcach (zwany dalej: „*Odwołującym*") w dniu 8 lutego 2021 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

● art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp skutkujące prowadzeniem postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji poprzez:

a) nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku przyjęcia, iż Odwołujący będzie realizował zamówienie z pominięciem udziału agenta rozliczeniowego, w sytuacji gdy Odwołujący korzystania z infrastruktury agenta rozliczeniowego nie traktował jako podwykonawstwa;

b) nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na brak wskazania przez Odwołującego w formularzu ofertowym korzystania z podwykonawstwa w odniesieniu do infrastruktury agenta rozliczeniowego - przy jednoczesnym zaniechaniu odrzucenia oferty Instytutu Systemów Publicznych - ze względu na brak wskazania przez tego wykonawcę korzystania z podwykonawstwa w zakresie usług dostarczanych przez bank oraz dostawcę usług transmisji danych - pomimo, iż usługi te mają analogiczny charakter do usług agenta rozliczeniowego;

c) nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego - pomimo, iż brak wskazania podwykonawstwa na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinien skutkować odrzuceniem oferty.

● art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez

a) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż była to oferta ważna, niepodlegająca odrzuceniu - której treść odpowiadała treści SIWZ i która powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów określonych w SIWZ,

b) nieuprawnionym wyborze oferty złożonej przez Instytut Systemów Publicznych, pomimo iż zgodnie z kryteriami określonymi w SIWZ oferta ta nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o:
uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
- dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- dokonania unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Instytutu Systemów Publicznych jako oferty najkorzystniejszej;
- przeprowadzenia powtórnej oceny złożonych ofert;
- dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy HILLTECH M&S S.A. z siedzibą w Kielcach jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 9 lutego 202 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 11 lutego 2021 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Instytut Systemów Publicznych L. S., J. K., P. Ł. Sp.J. z siedzibą w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Instytut Systemów Publicznych L. S., J. K., P. Ł. Sp.J. z siedzibą w Warszawie. (zwanego dalej: „*Przystępującym*").

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „*Samoobsługowe terminale płatnicze dla Sądu Okręgowego w Poznaniu oraz sądów Rejonowych*".

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia jest najem urządzeń – samoobsługowe terminale płatnicze dla Sądu Okręgowego w Poznaniu oraz Sądów Rejonowych. Przedmiotem zamówienia jest dostawa 15 samoobsługowych, stacjonarnych terminali płatniczych typu CAT, służących do przyjmowania wpłat na rachunki dochodów Zamawiającego przy użyciu kart płatniczych.

Zgodnie z SIWZ, Pkt II:
Zamawiający żąda, aby wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podał firmy podwykonawców.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ (formularz oferty) pkt 10 – realizację dostaw objętych przedmiotem zamówienia wykona sam bez udziału podwykonawców/z udziałem podwykonawców.

W niniejszym postępowaniu ofertę złożyli zarówno Odwołujący i Przystępujący.

Odwołujący w ofercie (Załącznik nr 1) złożył oświadczenie, że realizacje objętych przedmiotem zamówienia wykona sam bez udziału podwykonawców.

Zamawiający wobec złożonego oświadczenia wezwał wykonawcę w dniu 19 stycznia 2021 r. o wyjaśnienia a wykonawca w dniu 20 stycznia 2021 r. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia.

Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SIWZ Zamawiający zawarł zapis: (§ 2 pkt 5 projektu umowy): wykonawca oświadcza, ze posiada uprawnienia zapisane w ustawie z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych.

Zgodnie z § 7 ust. 3 wzoru umowy Zamawiający określił pojęcie agenta rozliczeniowego oraz konieczność jego wykazania w przedmiotowej umowie jako podwykonawcy. Analogicznie powyższe potwierdzały także inne postanowienia SIWZ oraz OPZ.

Wykonawca oświadczył, że wykona zamówienie samodzielnie (nie wskazał, że część zamówienia – zamierza powierzyć agentowi rozliczeniowemu.

Zamawiający w dniu 19 stycznia 2021 r. wprost zapytał Odwołującego co do realizacji zamówienia. Wykonawca udzielił odpowiedzi, iż SIWZ oraz OPZ nie formułowała wymagań dotyczących konieczności zawarcia umowy z agentem. Odwołujący również odniósł się do formularza ofertowego.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że w ofercie złożonej przez Odwołującegonie występuje podwykonawca, zatem słusznie przyjął Zamawiający, że Wykonawca zamierza samodzielnie wykonać to zamówienie bez podwykonawstwa ze strony agenta rozliczeniowego. Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 20 stycznia 2021r. oświadczył, że jest Biurem Usług Płatniczych w rozumieniu art. 2 ust. 2a ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że „SIWZ oraz OPZ nie formułują wymagania dotyczącegokonieczności zawarcia umowy z Agentem Rozliczeniowym. Zamawiający słusznie uznał, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca jako biuro usług płatniczych w świetle Ustawy o Usługach Płatniczych nie może samodzielnie przyjmować płatności kartami, co za tym idzie nie może samodzielnie wykonać tego zamówienia i musi posiłkować się podwykonawcą.

Pojęcie Agenta Rozliczeniowego zdefiniowane jest w Ustawie o Usługach Płatniczych w art 2 pkt 1 a. Zgodnie z tą definicją agent rozliczeniowy oznacza dostawcę prowadzącego działalność w zakresie świadczenia usługi płatniczej, o której mowa wart. 3 ust. 1 pkt 5. Zgodnie z tym punktem usługa płatnicza polega na umożliwianiu akceptowania instrumentów płatniczych oraz wykonywania transakcji płatniczych, zainicjowanych instrumentem płatniczym płatnika przez akceptanta lub za jego pośrednictwem, polegających szczególności na obsłudze autoryzacji, przesyłaniu do wydawcy instrumentu płatniczego lub systemów płatności zleceń płatniczych płatnika lub akceptanta, mających na celu przekazanie akceptantowi należnych mu środków, z wyłączeniem czynności polegających na rozliczaniu i rozrachunku tych transakcji w ramach systemu płatności w rozumieniu ustawy o ostateczności rozrachunku.

Usługa agenta rozliczeniowego zgodnie z Ustawą o Usługach Płatniczych w art 3 ust. 1 pkt 5 zarezerwowana jest dla Banków, Krajowych instytucji Płatniczych oraz małych instytucji płatniczych.

W świetle wyjaśnień Odwołującego nie ulega wątpliwości, że Odwołujący nie posiada uprawnień agenta rozliczeniowego, jest natomiast biurem usług płatniczych w rozumieniu art. 2 ust. 2a ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych. Zgodzić należało się z Zamawiającym, żezgodnie z art 2 pkt 2a Ustawy o Usługach Płatniczych Wykonawca działający jako biuro usług płatniczych może prowadzić usługę tylko w zakresie wskazanym w art. 3 ust, 1 pkt 6 Ustawy tj. przekazu pieniężnego, czyli przyjmowania wpłat gotówkowych, a nie jak wynika z przedmiotu zamówienia - przyjmowanie płatności kartami, czyli świadczenie usług agenta rozliczeniowego. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że wykonawca błędnie założył, że treść formularza ofertowego skonstruowanego przez Zamawiającego w sposób umożliwiający swobodną deklarację w zakresie wskazania podwykonawcy potwierdza tezę, że Zamawiający nie sformułował wymagań dotyczącego udziału agenta rozliczeniowego w realizacji zamówienia. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że w przedmiotowym zamówieniu Zamawiający w myśl art. 36a ust. 2 ustawy Pzp nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia.

Z powyższego wynika, że dopuścił realizację zamówienia przy udziale podwykonawców. Wbrew twierdzeniom wykonawcy zawartym w wyjaśnieniach z dnia 20 stycznia 2020 r., nie należy tego jednak interpretować w ten sposób, że dopuścił realizację zamówienia bez udziału agenta rozliczeniowego, a jedynie, że Zamawiający umożliwił złożenie oferty zarówno podmiotom będącym agentem rozliczeniowym, jak i tym Wykonawcom, którzy w tym zakresie chcą skorzystać z usług podwykonawcy.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że przyjęcie innej interpretacji spowodowałoby, że usługa byłaby świadczona niezgodnie z prawem. Istotne jest tu zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa (bezpieczeństwo środków gromadzonych na koncie Wykonawcy np. w przypadku ewentualnego zajęcia komorniczego), a także szybkość (niezwłoczność) dokonania przekazu środków na konto Sądu Okręgowego. Zgodzić należało się zatem z Zamawiającym, że niewykazanie w formularzu ofertowym przez Wykonawcę będącego biurem usług płatniczych podwykonawcy w

zakresie agenta rozliczeniowego jest przesłanką do uznania, że Wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymogami sformułowanymi w SIWZ.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego. W formularzu ofertowym wykonawca miał wskazać czy zrealizuje zamówienie przy udziale podwykonawcy. Odwołujący z jednej strony twierdził, że na etapie wyjaśnień taka potrzeba nie istniała z drugiej strony podnosił, że zrealizuje zamówienie przy udziale agenta rozliczeniowego. Zatem złożone wyjaśnienia i twierdzenia Odwołującego są sprzeczne ze stanowiskiem prezentowanym na rozprawie.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że z żadnej części oferty Odwołującego nie wynika, ze będzie on realizować zamówienie przy pomocy agenta rozliczeniowego, a takowe twierdzenia Odwołujący prezentował na rozprawie. Jednocześnie istotne znaczenie miała treść formularza ofertowego z którego wynikało jasno, że zamierza zrealizować zamówienie samodzielnie, a realizując zamówienie samodzielnie musiałby posiadać uprawnienia wynikające z ustawy o usługach płatniczych. Skoro Odwołujący w świetle ustawy o usługach płatniczych nie posiada uprawnień do dokonywania transakcji bezgotówkowych, zatem konieczny jest udział agenta rozliczeniowego w realizacji tego zamówienia.

W świetle zaistniałego stanu faktycznego, przypomnieć należy, że wykonawca nie może dokonywać istotnych zmian treści oferty, a w zaistniały stanie faktycznym – przy tak opisanych wymaganiach SIWZ – doszłoby do istotnej zmiany treści oferty w postaci dopuszczenia realizacji zamówienia przy udziale agenta rozliczeniowego – wbrew oświadczeniu zżartym w ofercie Odwołującego.

Bez znaczenia pozostaje argumentacja Odwołującego odnosząca się do orzeczenia KIO 192/17 – które dotyczy innej sytuacji faktycznej – nie zaś tej którą ustalono w toku postępowania odwoławczego. Zgodzić należało się również, że sytuacja Przystępującego nie jest identyczna z sytuacją Odwołującego, zatem niezasadny jest zarzut Odwołującego i jego twierdzenia jakoby oferta Przystępującego również podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji wobec nie potwierdzenia się zarzutów odwołania Izba uznała, ze odwołanie podlega oddaleniu. O kosztach orzeczono na podstawie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. W sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

……