

Sygn. akt: KIO 322/18

WYROK

z dnia 8 marca 2018r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Dagmara Galczewska-Romek
Danuta Dziubińska
Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2018r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 lutego 2018 r. przez wykonawcę PayPro S. A., ul. Kanclerska 15, 60-327 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa,

przy udziale wykonawcy DOTPAY Sp. z o.o., ul. Wielicka 72, 30-552 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża PayPro S. A., ul. Kanclerska 15, 60-327 Poznań i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez PayPro S. A., ul. Kanclerska 15, 60-327 Poznań tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 56 ustawy z dnia 21 października 2016r. o umowie koncesji na roboty budowlane i usługi (Dz.U. 2016, poz. 1920) oraz art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. zna niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 322/18

Uzasadnienie

Zamawiający - Ministerstwo Sprawiedliwości - prowadzi postępowanie o zawarcie

umowy koncesji na świadczenie usług operatora płatności, to jest usług polegających na obsłudze realizacji płatności uiszczanych w systemie teleinformatycznym Ministerstwa Sprawiedliwości obsługującym płatności. Postępowanie jest prowadzone w oparciu o przepisy ustawy z dnia 21 października 2016r. o umowie koncesji na roboty budowlane

i usługi (Dz.U. 2016r., poz. 1920) - dalej ustawa o koncesji. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 listopada 2017r. pod poz. 1100000068-N-2017.

W dniu 22 lutego 2018r. Odwołujący - PayPro S.A. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Odwołujący wniósł odwołanie

od:

1. czynności wyboru w dniu 12 lutego 2018 roku oferty spółki Dotpay Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „Dotpay”) jako oferty najkorzystniejszej, zarzucając naruszenie przepisów Ustawy i postanowień Opisu Warunków Koncesji (dalej „OWK”) stanowiących o wykluczeniu wykonawcy oraz tych przepisów i postanowień o dopuszczaniu i odrzuceniu ofert, a to wskutek:
 - a. zaniechania czynności wykluczenia Dotpay,
 - b. zaniechania czynności niedopuszczenia oferty Dotpay do oceny i zaniechanie czynności jej odrzucenia,
2. zaniechania czynności wykluczenia Dotpay, do której to czynności Zamawiający był zobowiązany, zarzucając, że Dotpay nie przedstawił wymaganych dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, a to skutek nie przedstawienia wszystkich wymaganych zgodnie z przepisami ustawy i postanowieniami OWK informacji z Krajowego Rejestru Karnego,
3. zaniechania czynności wyjaśniających czy oferta Dotpay nie zawiera rażąco niskiej ceny lub nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej uznk),
4. zaniechania czynności niedopuszczenia oferty Dotpay do oceny i zaniechania czynności jej odrzucenia, do których to czynności Zamawiający był zobowiązany, zarzucając, że:
 - a. złożenie tej oferty przez Dotpay stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk,
 - b. zaoferowana przez Dotpay wysokość prowizji - opłaty minimalnej, stanowi rażąco niską cenę,
 - c. treść oferty Dotpay jest niezgodna z treścią pkt 8 ust. 1 i 2 OWK, albowiem Pożytkami Dotpay jako wykonawcy, związanymi z realizacją umowy koncesji nie byłyby tylko i wyłącznie Prowizje,
 - d. treść oferty Dotpay jest niezgodna z pkt 6.1 ust. 2 ppkt 2 OWK, albowiem do oferty Dotpay nie załączył wszystkich wymaganych zgodnie z OWK Informacji z Krajowego Rejestru Karnego.
5. czynności uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty, zarzucając nienależyte uzasadnienie faktyczne i prawne tego wyboru.

Na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 54 ust. 2 ustawy o koncesji Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści uzasadnienia, na okoliczności tam wskazane. Na podstawie art. 192 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 54 ust. 2 ustawy o koncesji Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania albowiem powyższe naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż w przypadku wykluczenia Dotpay lub odrzucenia oferty Dotpay, oferta Dotpay nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, a w konsekwencji najkorzystniejszą byłaby oferta Odwołującego, przy czym:

a. jeśli umowa koncesji nie zostanie zawarta - Odwołujący wniósł aby Izba nakazała wykonanie ponownie czynności oceny oferty Dotpay i nakazała wykluczenie Dotpay lub odrzucenie oferty Dotpay oraz nakazała następnie wykonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez wybranie jako najkorzystniejszej oferty PayPro S.A.,

b. jeśli umowa koncesji zostanie zawarta a zachodziła będzie jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 Pzp, w szczególności, jeśli umowa koncesji zostanie zawarta wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 183 ust. 1 Pzp Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie umowy koncesji - jeśli mimo zawarcia umowy, Dotpay nie przystąpi jeszcze do świadczenia usług objętych umową koncesji, albo

- unieważnienie umowy koncesji w zakresie zobowiązań niewykonanych - jeśli Dotpay przystąpi już do świadczenia usług objętych umową koncesji, oraz o nałożenie kary finansowej.

2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym zasądzenie od niego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, a w przypadku zgłoszenia

po stronie Odwołującego udziału profesjonalnego pełnomocnika - o uwzględnienie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów, Odwołujący wskazał, że w świetle postanowień ustawy o koncesji (art. 32 ust. 1 pkt 2, 32 ust. 1 pkt 5, 35 ust. 2) oraz przywołanych w odwołaniu postanowień OWK (pkt 3.2 ust.1 oraz ust. 2 ppkt 4, pkt 5.1 ust. 1 ppkt 1, pkt 5.1

ust. 4 ppkt 6, pkt 5.2 ust.1 i ust. 3, pkt 6.1 ust. 14 oraz 3.6 ust. 2) Dotpay jako wykonawca polegający na zdolnościach spółki eCard S.A. powinien był między innymi przedstawić informacje z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące: 1. Członków zarządu spółki Dotpay, członków rady nadzorczej spółki Dotpay, członków zarządu spółki eCard S.A., członków rady nadzorczej spółki eCard S.A., przy czym informacje z KRK miały być aktualne na dzień składania ofert.

Dotpay, składając ofertę przedłożył jedynie informacje z KRK dotyczące członków zarządów spółek Dotpay i eCard S.A., nie przedstawił natomiast informacji z KRK dotyczących członków rad nadzorczych obu spółek. Zamawiający pismem z dnia 19.01.2018r. wezwał Dotpay do uzupełnienia powyższego braku oferty przez przedstawienie informacji z KRK dotyczących członków rad nadzorczych spółek Dotpay i eCard S.A. Wykonując powyższe wezwanie, pismem z dnia 25.01.2018r. Dotpay przedstawił informacje z KRK dotyczące następujących osób:

- w zakresie rady nadzorczej spółki Dotpay - Ł. W., T. C., S. B. i G. B.,

- w zakresie rady nadzorczej spółki eCard S.A. - Ł. W., T. C., S. B. i G. B.

Dodatkowo wyjaśnił, że Pan A. P. zrezygnował w dniu 20.11.2017r. z funkcji wiceprzewodniczącego Rady Nadzorczej Spółki Dotpay oraz z funkcji Członka Rady Nadzorczej Spółki eCard S.A., a na dowód tego przedłożył aktualny odpis z KRS oraz kopię rezygnacji.

Z odpisu aktualnego dotyczącego spółki Dotpay wynika, że ostatni wpis (nr 2) miał miejsce w dniu 17.01.2018r. oraz że obecnie rada nadzorcza tej spółki składa się z 4 członków, a więc do rady nadzorczej nie wchodzi obecnie Pan A. P. Ze strony 164 Monitora Sądowego i Gospodarczego nr 17/2018 z dnia 24.01.2018r wynika, że pod poz. 21604 widnieje ogłoszenie o wykreśleniu osoby A. P. Odwołujący, wskazując na powyższe, podniósł jednak, że na dzień składania oferty A. P. był nadal ujawniony w rejestrze przedsiębiorców KRS prowadzonym dla spółki Dotpay, jako członek rady nadzorczej. Na dowód Odwołujący załączył: odpis aktualny spółki Dotpay, wydruk strony nr 164 z MSiG nr 17/2018.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 6.1 ust. 3 ppkt 2 OWK Dotpay miał złożyć informację z KRK aktualną na dzień złożenia oferty, to skoro w tym czasie w odpisie z KRS widniała osoba A. P. to do oferty powinna być dołączona informacja z KRK dotycząca również tej

osoby. Z uwagi na to, że Dotpay nie zrobił tego ani w ramach składania ofert ani w ramach procedury jej uzupełnienia, to Dotpay powinien być wykluczony na podstawie art. 32 ust. 1 pkt 5 ustawy o koncesji w zw. z pkt 6.1 ust. 3 ppkt 2 OWK.

Z kolei z odpisu aktualnego dotyczącego spółki eCard S.A. wynika, że ostatni wpis (nr 56) miał miejsce w dniu 25.09.2017r., a więc jeszcze przed terminem składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Wobec tego stan opisany w tym odpisie jest stanem aktualnym na dzień składania ofert. Z tego odpisu wynika, że członkiem rady nadzorczej eCard S.A. jest nadal A. P. Załączony przez Odwołującego odpis dotyczący spółki eCard S.A. nosi datę 16.02.2018r, co oznacza, że stan wpisów nie uległ zmianie pomiędzy datą składania oferty przez Dotpay a datą jej uzupełnienia przez Dotpay o informacje z KRK dotyczące członków rady nadzorczej. Na dowód Odwołujący załączył: odpis aktualny z KRS spółki eCard S.A..

Wskazał, że ponieważ zgodnie z pkt 6.1 ust. 3 ppkt 2 OWK Dotpay miał złożyć informację z KRK aktualną na dzień złożenia oferty, to skoro w odpisie z KRS widniała i nadal widnieje osoba A. P., to do oferty powinna być dołączona informacja z KRK dotycząca również tej osoby. Z uwagi na to, że Dotpay nie zrobił tego ani w ramach składania ofert ani w ramach procedury jej uzupełnienia, to Dotpay powinien być wykluczony na podstawie art. 32 ust. 1 pkt 5 ustawy o koncesji w zw. z pkt 6.1 ust. 3 ppkt 2 OWK.

Odnośnie twierdzenia Dotpay, że A. P. nie był członkiem rad nadzorczych obu spółek, albowiem złożył rezygnację w dniu 20.11.2017r, a więc przed terminem składania ofert, Odwołujący podkreślił, że fakt złożenia skutecznej rezygnacji przed terminem składania ofert nie został wykazany. Podkreślił, że z art. 17 ust. 1 ustawy o KRS wynika domniemanie prawne prawdziwości wpisów do KRS. Z domniemania tego wynika, że A. P. był członkiem rady nadzorczej spółki Dotpay w dniu złożenia oferty oraz, że A. P. był członkiem rady nadzorczej spółki eCard S.A. w dniu złożenia oferty i nadal nim pozostaje.

Skoro Dotpay powyższe domniemania podważa, to powinien to wykazać w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Zgodnie z art. 22 ustawy o KRS wniosek o wpis do rejestru powinien być złożony nie później niż w terminie 7 dni od dnia zdarzenia uzasadniającego dokonanie wpisu, chyba, że przepis szczególny stanowi inaczej. Dotpay do wyjaśnień z dnia 25.01.2018r. nie załączył dowodu złożenia do KRS wniosków o zmianę wpisów dotyczących A. P. (poprzez wykreślenie jego osoby), a tym bardziej nie przedłożył takich wniosków z datą przypadającą w terminie do dnia 27.11.2017r. Ponadto okoliczność, że pomimo upływu około 3 miesięcy, A. P., nadal nie został wykreślony z KRS spółki eCard S.A. poddaje w wątpliwość skuteczność złożenia rezygnacji, w tym termin jej złożenia.

Wobec niezłożenia informacji z KRK dotyczącej Pana A. P., Dotpay powinien być wykluczony z niniejszego postępowania. Zaniechanie powyższej czynności skutkowało tym, że oferta Dotpay została oceniona, a w konsekwencji wybrana jako najkorzystniejsza, co nie nastąpiłoby gdyby Dotpay został wykluczony.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania niedopuszczenia oferty Dotpay do oceny i zaniechania odrzucenia oferty Dotpay oraz zaniechania oceny czy oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny lub nie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazując na postanowienia pkt 12 ust. 1, 2, 5 oraz 8 OWU, wskazał, że Zamawiający zobowiązany był do niedopuszczenia do ocen oraz do odrzucenia ofert w sytuacjach wyżej opisanych. Odwołujący podniósł, że oferta Dotpay zawierała rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

W tym zakresie wskazał, że Zamawiający w latach 2015-2016 prowadził postępowanie o udzielenie koncesji na analogiczne usługi (znak: DB-IV-370-19/15). W postępowaniu brało udział 5 wykonawców. Oferty złożyli między innymi Odwołujący i Dotpay. Oferta PayPro S.A. w zakresie tej Prowizji opiewała na 1 grosz i została odrzucona, jako oferta z rażąco niską ceną i niezgodna z warunkami OWK. PayPro S.A. wyjaśniając, że cena nie jest rażąco niska podał, że treść OWK i projektu umowy koncesji, wskazywała na to, że Prowizja jest tylko jednym z Pożytków jakie wykonawca może uzyskiwać ze świadczenia usług, wobec czego PayPro S.A. przy okazji świadczenia usług, nie pobierając niedopuszczalnych opłat od użytkowników ani Zamawiającego, zamierzał czerpać pożytki pośrednie, które pozwalałyby na zbilansowanie oferty. Takie tłumaczenie nie przekonało Zamawiającego, który wyjaśnił, że Prowizja jest jedynym Pożytkiem jaki wykonawca umowy koncesji może czerpać w związku z wykonywaniem umowy koncesji, a w tym kontekście cena oferowana przez PayPro S.A. była rażąco niska, gdyż nie pozwalała na pokrywanie kosztów świadczenia usługi, stanowiąc tym samym czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1) UZNK. Pozostałe 4 oferty opiewały w zakresie wysokości Prowizji - opłaty minimalnej na kwoty 39, 45, 47 i 50 groszy. Najniższa i wobec tego wybrana jako najkorzystniejsza, była oferta Dotpay w wysokości 39 groszy. PayPro nie zgadzając się z taką decyzją Zamawiającego wniosło skargę do WSA w Warszawie, która została oddalona, a obecne

postępowanie odwoławcze jest na etapie skargi kasacyjnej przed NSA.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający, aby uniknąć sporu jaki toczy z Odwołującym, sprecyzował pojęcia Pożytków i Prowizji opisane zawarte w OWK i projekcie umowy stanowiącym załącznik do OWK. Odwołujący przedstawił tabelaryczne porównanie postanowień OWK w postępowaniu na lata 2015/2016 i obecnym postępowaniu o udzielenie koncesji i wskazał, że aktualnie pojęcie Pożytków i Prowizji są równoważne, a więc Prowizja jest jedynym Pożytkiem jaki wykonawca może czerpać w związku ze świadczeniem usług. PayPro S.A., mając na uwadze doświadczenie zebrane w poprzednim postępowaniu, a także zmiany w treści OWK i projektu umowy koncesji wskazujące na to, że w obecnej koncesji wykonawca będzie mógł czerpać Pożytki tylko z Prowizji, złożył ofertę, która nie uwzględniała już innych przychodów (pożytków), które wymienił w wyjaśnieniach oferty złożonej w poprzednim postępowaniu.

Oferty Odwołującego i Dotpay w niniejszym postępowaniu były identyczne w zakresie Prowizji - opłaty proporcjonalnej, skoro obie oferty zdobyły w tym kryterium (o wadze 10%) taką samą ilość punktów. Obie oferty różniły się natomiast w zakresie wysokości Prowizji - opłaty minimalnej. Oferta PayPro S.A. opiewała na 39 groszy, a oferta Dotpay opiewała na kwotę 19 groszy. Średnia arytmetyczna wszystkich ofert w zakresie tej opłaty minimalnej wynosi więc 29 groszy. Należy też zauważyć, że Zamawiający w OWK jako maksymalną wartość tej Prowizji podał kwotę 45 groszy.

Podkreślił, że oferta Dotpay w zakresie Prowizji - opłaty minimalnej, była po pierwsze dwa razy niższa niż oferta Dotpay złożona w poprzednim postępowaniu, po drugie była dwa razy niższa niż oferta Odwołującego w niniejszym postępowaniu, po trzecie była o 34,44% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert w niniejszym postępowaniu, a po czwarte była aż o 57,77% niższa od wysokości maksymalnej oszacowanej przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że jakkolwiek w postępowaniu o udzielenie koncesji nie stosuje się wszystkich przepisów PZP, to zgodnie z art. 54 ust. 2 Ustawy, do rozpoznawania odwołań stosuje się odpowiednio przepisy działu VI rozdziału 2 Prawa zamówień publicznych. Zatem wśród przepisu PZP stosowanych do rozpoznania niniejszego odwołania stosuje się między innymi przepis art. 190 ust. 1a PZP, który wskazuje na to, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Wobec powyższego w postępowaniu o udzielenie koncesji zamawiający winien badać czy cena nie jest rażąco niska, zwłaszcza że pojęcie rażąco niskiej ceny jest pokrewne czynowi nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1) UZNK.

O ile Zamawiający taką analizę przeprowadził, to nie uzewnętrznił tego faktu w żaden sposób, albowiem ani nie wezwał Dotpay do wyjaśnienia tej kwestii, ani nie zawarł w uzasadnieniu wyboru, tego że nie traktuje oferty Dotpay jako zawierającej rażąco niską cenę i nie stanowiącą czynu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego, wysokość pożytków jakie Dotpay jako potencjalny wykonawca uzyskiwałby z Prowizji - opłaty minimalnej nie pozwoli mu pokryć kosztów świadczenia usług, co świadczy o tym że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wysokość tej Prowizji - opłaty minimalnej miała wagę 90%, gdy tymczasem wysokość Prowizji - opłaty proporcjonalnej miała wagę 10%. Należy też odnotować, że wysokość opłaty proporcjonalnej nie mogła być wyższa niż 0,01% kwoty transakcji. Więc aby kwota tej opłaty była wyższa niż 19 groszy, to wartość transakcji obsługiwanej przez Dotpay musiałaby być wyższa niż 1900 zł. Tymczasem z załącznika nr 3 do odpowiedzi wyjaśnień Zamawiającego z dnia 14.12.2017r. wynika, że w poprzednim okresie średnia wartość transakcji przelewami wynosiła 397,41 zł, a ich suma i ilość - 53 568 895,66 zł na 134796 transakcji, z kolei średnia wartość transakcji kartami wynosiła 954,28 zł, a ich suma i ilość - 30 588 613,97 zł na 32054 transakcji. Zdaniem Odwołującego z powyższego zestawienia wynika zatem, że rozkład ruchu (poprzez porównanie sum wartości poszczególnych rodzajów płatności) wynosi 64% dla przelewów i 36% dla kart płatniczych, natomiast rozkład ruchu (poprzez porównanie ich ilości wynosi 81% przelewy i 19% karty.

Z zestawienia wagi procentowej obu Prowizji oraz średniej wysokości transakcji wyraźnie wynika, że zdecydowana większość transakcji podlegała będzie opłacie minimalnej (skoro 0,01% od 397,41 zł to 4 gr, a 0,01% od 954,28 zł to 10 gr - a więc w obu przypadkach mniej niż opłata minimalna). Oznacza to, że Dotpay pożytki z tytułu wykonywania umowy koncesji powinien przede wszystkim uzyskiwać z Prowizji - opłaty minimalnej, a więc z kwoty 19 groszy od każdej transakcji. W ocenie Odwołującego, świadczenie usług obsługi płatności dokonywanych przelewami oraz kartami za taką cenę (19 gr) nie pozwala na pokrywanie

kosztów świadczenia usługi.

Po pierwsze należy podkreślić, że w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na świadczenie usług płatniczych zwykle startują w Polsce te same 4 firmy (kiedyś 5, ale eCard S.A. i Dotpay działają obecnie wspólnie), to jest Dotpay (eCard), Blue Media, PayLI i PayPro. W poprzednim postępowaniu o udzielenie koncesji tylko Dotpay i PayPro złożyli ofertę z opłatą minimalną niższą niż 45 groszy (a więc wysokością maksymalną w niniejszym postępowaniu). W powyższym kontekście znamienne jest to, że ani PayU ani Blue Media nie złożyły ofert w niniejszym postępowaniu. Dowodzi to tego, że wykonawcy Ci zawsze startujący w tym samych przetargach co Odwołujący i Dotpay, uznali, że nie są w stanie świadczyć usług za cenę na poziomie 45 groszy lub niższym. Po drugie świadczenie usług za cenę niższą niż 19 groszy nie pozwoli pokryć kosztów świadczenia usług. Przy płatnościach z wykorzystaniem przelewów bankowych typu Pay-By-Link, dostawca usług płatniczych od każdej płatności ponosi odpłatność na rzecz banków. Opłaty te wynoszą obecnie średnio (przy takiej średniej wartości transakcji) nie mniej niż kilkanaście groszy. Jednakże aby wykazać, że Dotpay nie jest w stanie zarabiać na wykonywaniu umowy koncesji nawet w najbardziej optymistycznych warunkach, dla potrzeby dalszych obliczeń przyjęto, że opłaty te będą minimalne, a więc że będą wynosić 1 gr od każdej transakcji (to jest analogicznie jak opłaty interchange pobierane przez organizacje kartowe od płatności związanych z administracją publiczną). Przy takim optymistycznym założeniu, Dotpay na tych transakcjach byłby w stanie zarabiać średnio maksymalnie 18 gr na każdej transakcji. Odwołujący zastrzegł, że wariant z kosztem na poziomie 1 grosza jest w zasadzie nierealistyczny i raczej należałoby przyjąć przy obliczeniach wartość 10 groszy. Niemniej jednak skoro dalszy wywód wykaże, że nie można zarabiać na wykonywaniu usług objętych koncesją nawet gdy ten koszt jest minimalny (1 gr), to oczywiste staje się, że w wariantcie bardziej realistycznym (10 gr), koszty świadczenia usług są jeszcze wyższe, a tym samym jeszcze bardziej przewyższają dochód z Prowizji. Z tego powodu dalszy wywód z obliczeniami matematycznymi będzie odwoływał się przede wszystkim do wariantu z tym kosztem na poziomie 1 gr, a więc z maksymalnym możliwym zyskiem na poziomie 18 gr (a nie jedynie 9 gr). Podstawiając dalej do obliczeń, jedynie w celu matematycznego wykazania niemożliwości zarabiania na usłudze jako całości, te same wartości i ilości transakcji jak w załączniku nr 3 do wyjaśnień Zamawiającego, oznaczałoby to że na 134796 transakcjach przelewowych Dotpay uzyskałby zysk 24 263,28 zł ($134796 * 0,18$ zł). Gdyby zysk wynosił tylko 9 gr na transakcję (przy koszcie 10 gr), to tak obliczona wartość sumaryczna zysku zamykałaby się kwotą dwa razy mniejszą, tj. 12 131,64 zł.

Z kolei z tytułu każdej transakcji kartowej akceptant ponosi opłatę akceptanta. Na opłatę tę składają się następujące części składowe: opłata interchange, opłata systemowa i marża agenta rozliczeniowego. Mając powyższe na uwadze Prowizja - opłata minimalna stanowi właśnie opłatę akceptanta, a więc musi pozwalać na pokrycie kosztów, czyli opłat interchange i systemowej, a to co zostanie jest marżą dostawcy tej usługi płatniczej, a więc jej dochodem (zyskiem). W przypadku sektora publicznego, do którego zalicza się Zamawiający, opłata interchange wynosi 0,01% kwoty transakcji, ale maksymalnie 1 grosz. Na dowód Odwołujący złożył: wydruk ze strony internetowej tabeli opłat interchange Mastercard oraz wydruk tabeli opłat interchange Visa na okoliczność wysokości opłat interchange.

Zatem, w ocenie Odwołującego z 19 groszy Prowizji, Dotpay co najmniej 1 grosz będzie musiał przeznaczać na pokrycie opłaty interchange. Z kolei opłata systemowa jest skonstruowana w sposób bardziej złożony i zależna jest od wariantów. W załączeniu Odwołujący przedłożył informację przygotowaną przez SIX Payment Services Europe S.A., która opisuje wysokość tych opłat ponoszonych na rzecz organizacji kartowych, w tym na temat wysokości opłaty systemowej. Zakładając, że średnia wysokość opłaty systemowej (i to w wariantcie optymistycznym) wynosić będzie 0,14 % kwoty transakcji, więc przy średniej kwocie transakcji wynoszącej 954,28 zł daje, to średnią wysokość opłaty systemowej wynoszącą 1,34 zł od każdej transakcji. Zdaniem Odwołującego, jest to więc koszt zdecydowanie wyższy niż 18 groszy pozostałe z Prowizji po pokryciu opłaty interchange. Na dowód złożył: informację SIX Payment Services Europe S.A. z dnia 19.02.2018r. oraz wydruk informacji ze strony internetowej na okoliczność wysokości opłat interchange i systemowej.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że Prowizja nie wystarczy na pokrycie opłaty systemowej, a tym samym nie wystarczy też na sfinansowanie marży Dotpay, więc Dotpay nie tylko nie będzie zarabiać (brak marży), ale nadto będzie musiało dopłacać do tej usługi w zakresie obsługi płatności kartowych, finansując brakującą część opłaty systemowej. Odwołujący stwierdził, że koszt 1 transakcji kartowej będzie wynosił więc 1,35 zł (0,01 zł opłata interchange i 1,34 opłata systemowa). Więc przy przychodzie 0,19 zł na transakcję, daje to na każdej transakcji stratę w wysokości 1,16 zł.

Podstawiając dalej do obliczeń, jedynie w celu matematycznego wykazania niemożliwości zarabiania na usłudze jako całości, te same wartości i ilości transakcji jak w załączniku nr 3

do wyjaśnień Zamawiającego, oznaczałoby to że na 32054 transakcji kartowych Dotpay poniesie stratę w wysokości 37 182,64 zł (32054 * 1,16 zł). Dla przypomnienia trzeba wskazać, że przy takich samych wartościach bazowych z załącznika nr 3, zysk z transakcji przelewowych wyniósłby tylko 24 263,28 zł (przy zysku 18 gr/trx) a jedynie 12 131,64 zł (przy zysku 9gr/trx). Więc wyraźnie widać, że nawet przy maksymalnym możliwym zysku z transakcji przelewowych, zysk ten nie będzie wyższy niż strata na transakcjach kartowych. Więc w ujęciu globalnym, wykonywanie umowy przynosiłoby jedynie straty, co dowodzi że Prowizja zaoferowana przez Dotpay była rażąco niska i stanowiła wskazany czyn nieuczciwej konkurencji.

Uzasadniając dalej nierentowność oferty Dotpay, Odwołujący wskazał, że nawet gdyby Dotpay zamierzał finansować brakującą część opłaty systemowej, a więc straty jakie będą generować poszczególne transakcje kartowe, nadwyżkami jakie będzie uzyskiwać z obsługi płatności przelewowych, to wtedy i tak byłoby to niemożliwe. Jak wskazano wyżej każda transakcja kartowa będzie przynosiła Dotpay przychód 0,19 zł, a generowała średni minimalny koszt 1,35 zł (0,01 zł opłata interchange i 1,34 opłata systemowa), a więc obsługa tych płatności będzie średnio przynosiła Dotpay stratę w wysokości 1,16 zł).

Z kolei każda transakcja przelewową będzie przynosiła zysk maksymalnie 0,18 zł (jako różnica między prowizją wynoszącą 19 gr i minimalnym hipotetycznym kosztem wynoszącym 1 gr).

Zatem, aby zysk z transakcji przelewowych pokrywał stratę z transakcji kartowych, to na 1 transakcję kartową (strata 116 gr) powinno być wykonane ponad 6 i pół transakcji

przelewowych (zysk $6,5 \cdot 18 \text{gr} = 118 \text{gr}$), czyli w obliczeniach idealnych $116:18 =$

6,44:1). Tymczasem mając na uwadze, że udział ilości płatności kartowych wynosi 19%, a przelewowych - 81%, więc oznacza to że na jedną transakcję kartową przypada tylko trochę więcej niż 4 transakcje przelewowe - dokładnie stosunek ten wynosi $81:19 = 4,26:1$.

Aktualna ilość transakcji przelewowych (i to przy w zasadzie nierealnym założeniu, że

przynosiłyby one maksymalny zysk) nie pozwana na pokrycie strat na transakcjach

kartowych (i to w wariacie optymistycznym, to jest z niską wysokością opłat systemowych).

Zdaniem Odwołującego zaoferowana przez Dotpay kwota tej Prowizji - opłaty minimalnej jest więc całkowicie nierealna. Jeżeli Zamawiający lub Dotpay twierdzą przeciwnie, to zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu o którym mowa w art. 190 ust. 1a PZP stosowanym na zasadzie art. 54 ust. 2 Ustawy, to Zamawiający lub Dotpay winni wykazać, że Dotpay będzie ponosiło koszty świadczenia usług niższe niż średnio 19 groszy.

W ocenie Odwołującego, Dotpay złożył tzw. ofertę dumpingową, a więc ofertę z wynagrodzeniem, które nie pozwoli Dotpay na pokrywanie wszystkich kosztów świadczenia usług. Można założyć, że złożenie tej oferty miało na celu utrudnienie innym konkurencyjnym podmiotom dostęp do rynku świadczenia usług płatniczych objętych koncesją.

Ponieważ wysokość Prowizji - opłaty minimalnej zaoferowanej przez Dotpay jest tak niska, że nie pozwala ona na pokrywanie kosztów świadczenia usług, więc uzasadniony staje się też zarzut, że Dotpay zamierza albo dopłacać do świadczenia usług - co stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1) UZNK, albo nie zamierzając dopłacać do świadczenia usług, w swoim budżecie dla tej usługi przewidział inne przychody (Pożytki) niż tylko z Prowizji, a więc że postąpił podobnie jak Odwołujący przy poprzednim postępowaniu koncesyjnym. Tymczasem jak wskazano powyżej, Zamawiający - w porównaniu z poprzednim postępowaniem - zmienił definicje związane z Pożytkami, Prowizjami i wynagrodzeniem za świadczenie usług, wskazując tym razem wyraźnie, że jedynymi pożytkami (przychodami) jakie wykonawca umowy koncesji może uzyskiwać w związku z wykonywaniem umowy koncesji mogą być wyłącznie pożytki z tytułu Prowizji. Ewentualny zamiar Dotpay w zakresie zbilansowania przychodów i kosztów świadczenia usług poprzez uzyskiwanie innych przychodów niż tylko z tytułu Prowizji, stanowiłby zatem o sprzeczności oferty z OWK i projektem umowy koncesji stanowiącej załącznik do OWK.

Z powyższych względów oferta Dotpay przewidująca taką wysokość Prowizji - opłaty minimalnej powinna być niedopuszczona co oceny i odrzucona, co miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie wyników postępowania koncesyjnego.

Odnosnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Odwołujący wskazał, że jest ona dotknięta wadami z tego powodu, że w ramach tej czynności ocenie i porównaniu podlegała oferta Dotpay, który powinien być wykluczony lub/i którego oferta powinna być odrzucona, a więc pominięta przy tej ocenie i porównaniu. Oferta podlegająca odrzuceniu nie mogła być uznana za najkorzystniejszą, a tymczasem tak właśnie się stało. Gdyby Zamawiający nie

zaniechał czynności, do których był zobowiązany i wykluczył Dotpay lub odrzucił ofertę Dotpay, to wtedy w ramach czynności wyboru nie wybrałby jako najkorzystniejszej oferty Dotpay, ale wybrałby ofertą PayPro S.A.

W ocenie Odwołującego czynność uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej jest

niezgodna z przepisami art. 38 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) Ustawy albowiem uzasadnienie nie spełnia wymogów należytego uzasadnienia faktycznego i prawnego rozstrzygnięć administracyjnych. W szczególności z uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 12.02.2018r. nie wynikają wszystkie istotne okoliczności faktyczne. Zamawiający podał ile punktów otrzymali wykonawcy w poszczególnych kryteriach, ale nie wskazał wysokości poszczególnych Prowizji, które oni zaoferowali, co zdecydowanie utrudniło weryfikację obliczeń punktowych. Warto nadmienić, że w poprzednim postępowaniu, w ramach podawania wyników i uzasadnienia wyboru ofert, Zamawiający podawał w tabelarycznym zestawieniu ofert nie tylko ilość przyznanych punktów, ale również wysokość zaoferowanych Prowizji. Po drugie uzasadnienie to nie zawiera żadnego uzasadnienia oceny w zakresie tego, że oferta Dotpay nie zawierała rażąco niskiej ceny, pomimo że Prowizja - opłata minimalna była o ponad 30% niższa niż średnia arytmetyczna wysokość wszystkich ofert i ponad 30% niższa niż wysokość tej opłaty minimalnej oszacowana przez Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienia po stronie Zamawiającego wykonawca

Dotpay Sp. z o.o.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że zgodnie z art. 54 ust.1 ustawy z dnia 21 października 2016r. o umowie koncesji na roboty budowlane i usługi (Dz.U. 2016, poz. 1920) (zwanej dalej ustawą o umowie koncesji) Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Odwołujący jako podmiot ubiegający się o zawarcie umowy koncesji legitymuje się interesem oraz wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w treści odwołania.

Na podstawie art. 54 ust. 1 ustawy o umowie koncesji do wnoszenia i rozpoznawania odwołań stosuje się odpowiednio przepisy działu VI rozdziału 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z(zwanej dalej ustawą Pzp), z wyjątkiem art. 180 ust. 2 tej ustawy, jeżeli przepisy ustawy o umowie koncesji nie stanowią inaczej.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla członka Rady Nadzorczej spółki Dotpay sp. z o.o. oraz eCard S.A. Pana A. P. Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z art. 32 ust. 1 pkt 2 ustawy o umowie koncesji z postępowania o zawarcie umowy koncesji zamawiający wykluczają wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej, spółce komandytowej lub komandytowo - akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o których mowa w pkt 1 art. 32 ustawy o umowie koncesji.

W pkt 6.1 ust. 3 ppkt 2 Opisu Warunków Koncesji (OWK) Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę braku podstaw do wykluczenia z postępowania

wykonawca zobowiązany jest złożyć aktualne na dzień składania ofert informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 32 ust. 1 pkt 1, 2 oraz 9 ustawy o umowie koncesji oraz w zakresie skazania za wykroczenia na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 32 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy o umowie koncesji, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W pkt 5. 1 ust. 4 OWK Zamawiający żądał od wykonawcy, który polega na zdolnościach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 36 ustawy o umowie koncesji przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 6.1 ust. 3 OWK.

Niespornym między stronami jest, że w ofercie wykonawcy Dotpay nie załączono dokumentów Informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla członków Rady Nadzorczej

Dotpay oraz eCard - podmiotu trzeciego, który na zasadach art. 36 ustawy o umowie koncesji udostępnił wykonawcy swoje zdolności. W wyniku wezwania do uzupełnienia, wystosowanego przez Zamawiającego dnia 19 stycznia 2018r. Dotpay w dniu 25 stycznia 2018r. uzupełnił dokumenty KRK dla członków Rad Nadzorczych:

- w zakresie Rady Nadzorczej Dotpay - o dokumenty dla Ł. W., T. C., S. B. i G. B.,
- w zakresie rady nadzorczej eCard - o dokumenty dla Ł. W., T. C., S. B. i G. B.,

Dotakowo w piśmie z dnia 25 stycznia 2018r. Dotpay wyjaśnił, że Pan A. P., ujawniony w odpisach KRS załączonych od oferty zrezygnował w dniu 20 listopada 2017r. z funkcji Wiceprzewodniczącego Rady Nadzorczej Dotpay Sp. z o.o. oraz z funkcji Członka Rady Nadzorczej eCard, na dowód czego załączono aktualne odpisy KRS oraz poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię rezygnacji.

Z załączonego do pisma z dnia 25 stycznia 2018r. odpisu KRS spółki Dotpay (stan na dzień 23 stycznia 2018r.), wynika, że rada nadzorcza tej spółki składa się z 4 członków: Ł. W., T.

C., S. B. i G. B. i w skład Rady Nadzorczej nie wchodzi Pan A. P. Załączony przez Odwołującego odpis KRS spółki eCard (stan na dzień 16 lutego 2018r.) wskazuje, że Pan A. P. nadal widnieje jako członek Rady Nadzorczej.

W toku rozprawy przed Izłą Przystępujący złożył: rejestry korespondencji przychodzącej do obu spółek oraz wydruki z systemu internetowego Poczty Polskiej, za pośrednictwem której można śledzić przesyłki pocztowe na okoliczność wykazania faktu otrzymania przez spółki Dotpay oraz eCard rezygnacji Pana A. P. a z funkcji członka Rady Nadzorczej.

Zdaniem Izby, w świetle powyższych ustaleń niezasadnym jest stanowisko Odwołującego, że fakt złożenia skutecznej rezygnacji z funkcji członka rad nadzorczych w spółce Dotpay oraz eCard przed terminem składania ofert nie został skutecznie wykazany. Przeciwnie, zgromadzone w sprawie dowody, w tym: oświadczenia o rezygnacji Pana A. P. z funkcji członka Rady Nadzorczej w spółce Dotpay oraz w spółce eCard, a także rejestry korespondencji przychodzącej obu spółek, w sposób niebudzący wątpliwości wskazują, że złożona w dniu 20 listopada 2017r. przez Pana A. P. rezygnacja z funkcji członka rad nadzorczych spółek jest prawnie skuteczna i została dokonana przed wyznaczonym na dzień 21 grudnia 2017r. terminem składania ofert.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że zmiany w rejestrze przedsiębiorców w zakresie składu osobowego spółek mają jedynie charakter deklaratoryjny a nie konstytutywny. Oznacza to, że podstawą do ustaleń aktualnego składu osobowego czy to rady nadzorczej czy zarządu spółki są uchwały organów statutowych, a rejestr przedsiębiorców nie musi prezentować aktualnego stanu składu osobowego danej spółki. Zgodnie z art. 202 § ustawy z dnia 15 września 2000r. kodeks spółek handlowych (tj. Dz.U. 2017r., poz. 1577) mandat członka zarządu wygasa również wskutek śmierci, rezygnacji albo odwołania ze składu zarządu. Przywołana regulacja, zgodnie z art. 218§3 Ksh znajduje odpowiednie zastosowanie do wygaśnięcia mandatu członka rady nadzorczej. Z wyżej wskazanych przepisów wynika, że mandat członka rady nadzorczej wygasa z chwilą złożenia rezygnacji, przy czym bez znaczenia dla oceny jej skuteczności jest podjęcie działań, mających na celu dokonanie zmiany wpisu w rejestrze przedsiębiorców, choć należy pamiętać, że art. 22 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tj. Dz.U. 2017r. poz. 700 ze zm.) nakłada obowiązek zgłoszenia wniosku o wpis do rejestru w terminie 7 dni od dnia zdarzenia uzasadniającego dokonanie wpisu.

Podzielić należy stanowisko Zamawiającego, że przesłanka wykluczenia wykonawcy, wynikająca z art. 32 ust. 1 pkt 2 ustawy o koncesji odnosi się wprost do „urzędujących

członków organu zarządzającego lub nadzorczego". Skoro Pan A. P. w dniu złożenia oferty tj. w dniu 21 grudnia 2017r. nie był już urzędującym członkiem rady nadzorczej zarówno w spółce Dotpay oraz eCard, to mimo iż figurował nadal w rejestrach tych przedsiębiorców, brak jest podstaw, aby wymagać złożenia informacji z KRK dotyczących osoby Pana A. P.

Niezasadnym jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty Dotpay z uwagi na rażąco niską ceną jak także z uwagi to na, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003r., poz. nr 153, poz. 1503 ze zm.) (zwanej dalej uznk).

W tym zakresie Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział dwa kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty: wysokości prowizji - opłaty minimalnej - 90%, wysokość prowizji - opłaty proporcjonalnej - 10%.

Pod pojęciem prowizji minimalnej Zamawiający rozumiał minimalną kwotę, jaką wykonawca będzie uprawniony do pobrania od użytkownika do pojedynczej transakcji, za umożliwienie użytkownikowi uiszczenia płatności w formach płatności za pomocą kart płatniczych, przelewu: elektronicznego przelewu natychmiastowego tzw. pay-by-link oraz płatności mobilnych. Zamawiający wskazał, że prowizje wskazane przez wykonawcę w ofercie nie mogą przekroczyć opłaty minimalnej na poziomie 45 groszy. Oferty zawierające opłaty minimalne przekraczające tę wartość nie będą poddane ocenie, porównywane z innymi ofertami i zostaną odrzucone.

Pod pojęciem prowizji - opłaty proporcjonalnej Zamawiający rozumiał opłatę pobieraną przez wykonawcę od użytkownika proporcjonalnie do wartości pojedynczej transakcji, za umożliwienie użytkownikowi uiszczenia płatności w formach płatności za pomocą kart płatniczych, przelewu: elektronicznego przelewu natychmiastowego tzw. pay-by-link oraz płatności mobilnych.

Zamawiający wskazał, że wykonawca będzie uprawniony do pobrania od każdej pojedynczej transakcji opłaty proporcjonalnej, nie niższej jednak niż opłata minimalna. Innymi słowy, w sytuacji, gdy wysokość opłaty proporcjonalnej od danej transakcji będzie niższa niż opłata minimalna, to wykonawca jest uprawniony do pobrania opłaty minimalnej. Prowizje wskazane w ofercie nie mogły przekroczyć 0,0100%. Oferty zawierające opłaty proporcjonalne przekraczające tę wartość nie będą poddane ocenie, porównywane z innymi ofertami i zostaną odrzucone.

W pkt 12 OWK Zamawiający wskazał warunki uznania oferty za niespełniającą wymagań Zamawiającego, skutkujące odrzuceniem oferty, podając m.in. w ppkt 8, że nie dopuści do oceny i porównania złożonych ofert i dokona odrzucenia oferty, jeżeli złożenie oferty stanowić będzie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W pkt 8. 1 i 8.2 OWK Zamawiający wskazał, że wynagrodzeniem wykonawcy za świadczenie usług jest wyłączne prawo do pobierania pożytków z tytułu wykonywania usług związanych z obsługą użytkowników w zakresie określonym w umowie koncesji. Pożytkami wykonawcy związanymi z realizacją umowy koncesji będą tylko i wyłącznie prowizje.

W pkt 1.23 umowy podano, że Pożytki oznaczają pożytki pozyskiwane z usług w ramach obsługi użytkowników z tytułu prowizji. Pkt 11.1 Wynagrodzeniem Koncesjonariusza za świadczenie usług jest wyłączne prawo do pobierania pożytków z tytułu wykonywania usług związanych z obsługą użytkowników w zakresie określonym w niniejszej umowie.

W postępowaniu o zawarcie umowy koncesji oferty złożyło dwóch wykonawców: Dotpay oraz PayPro. W zakresie prowizji - opłaty proporcjonalnej obie oferty były identyczne, różniły się w kryterium prowizji - opłaty minimalnej. Oferta PayPro opiewała na 39 groszy, a Dotpay - 19 groszy.

Na wstępie, podkreślić należy, że stawiany przez Odwołującego zarzut dotyczący zaniżenia wysokości prowizji - opłaty minimalnej zaproponowanej przez Dotpay może być rozpatrywany jedynie w kontekście naruszenia uczciwej konkurencji, bowiem tę przesłankę (a nie przesłankę odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę) zamawiający przewidział w OWK. Z art. 29 ust. 3 pkt 3 ustawy o umowie koncesji wynika, że opis postępowania o zawarcie umowy koncesji ma określać w szczególności warunki, którym mają odpowiadać wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji i oferta pod rygorem ich odrzucenia. Oznacza to, że do odrzucenia oferty w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji może dojść wyłącznie w sytuacji zaistnienia przesłanki wskazanej przez Zamawiającego w opisie postępowania o zawarcie umowy koncesji. W analizowanym postępowaniu o zawarcie umowy koncesji Zamawiający nie przewidział analogicznej jak

w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przesłanki odrzucenia oferty w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wprowadził także w opisie postępowania o zawarcie umowy koncesji analogicznej jak w art. 90 ust. 1 Pzp procedury związanej z badaniem rażąco niskiej ceny oferty. Z tych względów nieuzasadnione jest twierdzenie Odwołującego co do zaniechania badania ceny oferty w oparciu o art. 90 ust. 1 Pzp.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że skoro do rozpoznawania odwołań w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji stosuje się odpowiednio przepisy działu VI rozdz. 2 Pzp, w tym przepis art. 190 ust. 1a Pzp, który wskazuje na rozkład ciężaru dowodu w zakresie wykazania istnienia ceny rażąco niskiej, to na zamawiającym spoczywa obowiązek badania ceny oferty pod kątem ceny rażąco niskiej. Przepis art. 190 ust. 1a Pzp będzie miał zastosowanie w postępowaniu odwoławczym dotyczącym zawarcia umowy koncesji jedynie wówczas, gdy zamawiający przewidzi w opisie postępowania o zawarcie umowy koncesji procedurę badania ceny rażąco niskiej i przesłankę odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej.

Zauważyć należy, że przesłankę odrzucenia oferty z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia należy odróżnić od przesłanki dotyczącej złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Przesłanki te są odrębnie uregulowane i nie należy ich utożsamiać.

Wskazywana przez Odwołującego przesłanka odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Aby mówić o zaistnieniu tej przesłanki musi zostać wykazane, że doszło do sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia na skutek świadomego działania, mającego na celu wyeliminowanie innego przedsiębiorcy z rynku.

Podkreślenia wymaga, że ciężar wykazania tych przesłanek w toku postępowania przed Izłą, zgodnie z ogólnymi regułami rozkładu ciężaru dowodu, wynikającymi z art. 6 kc, spoczywa na Odwołującym, który taki zarzut postawił.

Izba uznała, że w toku przeprowadzonego postępowania odwoławczego Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Dotpay dopuścił się sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia, a przede wszystkim nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że działanie takie miało na celu eliminację innych wykonawców a nie było jedynie normalnym przejawem gry konkurencyjnej.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby uznanie sprzedaży poniżej kosztów własnych (sprzedaży ze stratą) za czyn nieuczciwej konkurencji musi być traktowane jako rozwiązanie wyjątkowe, w szczególności, jeśli weźmie się pod uwagę swobodę ustalania i różnicowania cen w gospodarce wolnorynkowej. Dlatego za nieuczciwą sprzedaż poniżej kosztów własnych ustawodawca uznał jedynie taką sprzedaż, która jest podejmowana w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli w celu zajęcia jego miejsca na rynku, stworzenia sobie warunków umożliwiających dyktowanie cen lub innych warunków umów. Nawet sama sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jej jako czynu nieuczciwej konkurencji - konieczne jest wykazanie, że doszło do eliminacji przedsiębiorców na skutek świadomego, celowego działania przedsiębiorcy. W analizowanym postępowaniu Odwołujący takich okoliczności nie wykazał.

Przedstawione w treści odwołania wyliczenia są oparte o założenia przyjęte przez samego Odwołującego i odnoszą się jedynie do jego własnej sytuacji rynkowej a nie sytuacji wykonawcy Dotpay, który jak wyjaśnił w toku rozprawy, kalkulując cenę oferty uwzględnił szereg innych okoliczności, jak choćby przewidywany wzrost liczby płatności przelewowych i spadek płatności kartami biznesowymi czy też wzrost wolumenu płatności z uwagi na wprowadzenie systemu e - płatności także do zakupu elektronicznych znaków opłaty sądowej czy rozszerzenie świadczenia usług także na Sąd Najwyższy.

Oceniając rzetelność kalkulacji ceny oferty należy mieć także na uwadze charakter umowy koncesji na usługi, w której odmiennie niż w typowych postępowaniach o zamówienie publiczne, wynagrodzeniem koncesjonariusza jest wyłącznie prawo do wykonywania usług, będących przedmiotem umowy lub prawo takie wraz z płatnością. W analizowanym postępowaniu o zawarcie umowy koncesji na świadczenie usług polegających na obsłudze płatności w systemie e-płatności Ministerstwa Sprawiedliwości wynagrodzeniem koncesjonariusza jest wyłącznie prawo do wykonywania usług i prawo do pobierania korzyści związanych z obsługą użytkowników a korzyściami wykonawcy są wyłącznie

provizje. Taki sposób wynagradzania nieodłącznie wiąże się z przejęciem przez koncesjonariusza ryzyka ekonomicznego związanego ze świadczoną usługą. Art. 3 ust. 3 i ust. 4 ustawy o umowie koncesji wprost wskazują, że w przypadku umów koncesji to koncesjonariusz ponosi w pełnym zakresie ryzyko ekonomiczne związane z wykonywaniem usług i ryzyko związane z popytem i podażą. Przez ryzyko ekonomiczne rozumie się sytuację, w której w zwykłych warunkach funkcjonowania koncesjonariusz nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów związanych ze świadczeniem usług będących przedmiotem koncesji oraz jest narażony na wahania rynku, a w szczególności jego szacowane potencjalne straty związane z wykonywaniem umowy koncesji nie mogą być jedynie nominalne lub nieistotne.

Nie potwierdził się zarzut nienależytego uzasadnienia wyboru oferty. Zdaniem Izby przekazane w dniu 12 lutego 2018r. zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zawiera wszystkie niezbędne informacje wymagane art. 38 ust. 1 i 2 ustawy o umowie koncesji. W zawiadomieniu tym podano nazwę i adres wykonawcy wybranego, uzasadnienie wyboru, punktację, jaką otrzymali obaj wykonawcy. Ustawa nie nakłada na Zamawiającego obowiązku podania wysokości poszczególnych prowizji zaoferowanych przez wykonawców ani obowiązku wyjaśnienia, dlaczego Zamawiający uznał, że oferta wykonawcy wybranego nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: