

**WYROK**

**z dnia 29 marca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Osiecka**

**Protokolant: Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 marca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mera Systemy Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim oraz Atos Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Białystok, prowadzący postępowanie – Urząd Miejski w Białymstoku, Zarząd Białostockiej Komunikacji Miejskiej w Białymstoku**

przy udziale wykonawcy **Pixel Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mera Systemy Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim oraz Atos Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mera Systemy Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim oraz Atos Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Miasto Białystok, prowadzący postępowanie – Urząd Miejski w Białymstoku, Zarząd Białostockiej Komunikacji Miejskiej w Białymstoku, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Dostawę, instalację i uruchomienie 255 sztuk biletomatów mobilnych wraz z oprogramowaniem i prowadzeniem na dostarczonych urządzeniach usługi sprzedaży biletów*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2018 r. pod numerem 2018/S 200 – 453915.

W dniu 13 marca 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mera Systemy Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim oraz Atos Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwą ocenę oferty złożonej przez Odwołującego, która doprowadziła do jej odrzucenia pomimo, iż jej treść w pełni odpowiada wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”;
- 2.art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień od Odwołującego w skutek czego Zamawiający niewłaściwie zinterpretował treść złożonej przez niego oferty, co z kolei doprowadziło do jej odrzucenia, którego można byłoby uniknąć, gdyby Zamawiający zwrócił się o stosowne wyjaśnienia;

3.art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem dokonując odrzucenia oferty Odwołującego w okolicznościach nieuzasadnionych wymogami SIWZ oraz przepisami ustawy Pzp traktuje w sposób dyskryminujący Odwołującego w postępowaniu, naruszając tym samym zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie i uczciwą konkurencję wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, że decyzja o odrzuceniu jego oferty została dokonana w oparciu o przyjętą przez Zamawiającego tezę, iż Odwołujący składając swą ofertę, *nie uwzględnił w wycenie swojej oferty poz. 13 w Tabeli nr 1 „utrzymanie i aktualizacja terminali mPOS”*. Tymczasem z faktu, iż Odwołujący nie użył oczekiwanego przez Zamawiającego formularza ofertowego (udostępnionego pismem z dnia 14.12.2018 r.), lecz formularza w wersji wcześniejszej (udostępnionej 16.11.2018 r.) nie można wywodzić w sposób automatyczny wniosku, iż Odwołujący nie uwzględnił w swej wycenie kosztów związanych z „utrzymaniem i aktualizacją terminali mPOS”.

Odwołujący podkreślał, że Formularz oferty, z którego skorzystał, uwzględniał koszty związane z dostawą 40 sztuk mobilnych terminali typu mPOS wraz z oprogramowaniem oraz ich utrzymaniem oraz aktualizacją. Zamawiający w dniu 16.11.2018 r. na swojej stronie internetowej poinformował o zmianie SIWZ oraz rozszerzeniu zakresu udzielanego zamówienia o „dostawę 40 sztuk mobilnych terminali typu mPOS wraz z oprogramowaniem”. Jednocześnie w tym samym piśmie, Zamawiający dokonał zmian w Załączniku nr 1 do Umowy - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia w pkt 1.1.3. OPZ Zamawiający tym samym pismem poinformował wykonawców o zmianie Załącznika nr 1 do SIWZ - Formularza ofertowego poprzez dopisanie w Tabeli nr 1 poz. 12 pn. „Dostawa terminali mPOS”. Modyfikacja formularza, którym posłużył się Odwołujący składając ofertę, została dokonana właśnie w tym celu, aby wszyscy wykonawcy podali koszty dokonanego tego samego dnia rozszerzenia zakresu zamówienia związanego z dostawą terminali typu mPOS.

Nie budziło wątpliwości Odwołującego, iż w zakresie „Dostawy terminali mPOS”, o której mowa w poz. 12 Tabeli 1 formularza oferty, złożonej przez Odwołującego, mieści się także utrzymanie i aktualizacja terminali mPOS przez cały okres trwania umowy, co wynika wprost z treści zmienionego OPZ. Sam Zamawiający uznał w owym czasie, iż dokonana w ten sposób zmiana formularza ofertowego, który został zastosowany przez Odwołującego, jest wystarczająca do uwzględnienia wyceny kosztów związanych z rozszerzeniem zakresu udzielanego zamówienia, w tym także z utrzymaniem i aktualizacją terminali typu mPOS. Tym samym, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, formularz oferty użyty przez Odwołującego przy składaniu ofert przygotowany został w celu uwzględnienia zmian SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dokonanych w dniu 16.11.2018 r.

Dla Odwołującego oczywiste było, iż pojęcie „Dostawy terminali mPOS” obejmuje zarówno dostawę terminali mPOS wraz z oprogramowaniem, jak i utrzymanie i aktualizację terminali, o czym świadczyć może także treść oferty z dnia 8.1.2019 r., którą Odwołujący wynegocjował z BEE-TECH Sp. z o.o. Sp.k., której koszt Odwołujący ostatecznie ujął w treści złożonej oferty. Na str. 2 oferty znajduje się informacja wskazująca, iż zakres prowadzonych negocjacji dotyczy dostawy terminali wraz z oprogramowaniem, utrzymaniem i aktualizacją. Potwierdzona za zgodność z oryginałem kopia złożonej oferty została Zamawiającemu przekazana wraz z wyjaśnieniami z dnia 12.2.2019 r. jako załącznik nr 8 oraz stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Fakt dokonania korekt w formularz ofertowym pismem z dnia 14.12.2018 r. nie powodował deaktualizacji formularza ofertowego z 16.11.2018 r. W okresie od 16.11.2018 r. do terminu złożenia ofert, treść SIWZ uległa jednokrotnej korekcie. Pismem z dnia 14.12.2018 r. Zamawiający doprecyzował definicję „biletomatu mobilnego”. Wprowadzenie zmian w formularzu ofertowym i dodatkowe wyszczególnienie w Tabeli 1 pozycji 13, pozostawało zatem bez związku z korektą SIWZ dokonaną pismem z dnia 14.12.2018 r.

Zamawiający przyznaje w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, iż dodanie pozycji 13 miało na celu jedynie doprecyzowanie formularza i zostało dokonane z inspiracji jednego z wykonawców. Zamawiający przyznaje tym samym, iż formularz ofertowy, którym posłużył się Odwołujący, także pozwalał wykonawcom ująć koszty związane z utrzymaniem i aktualizacją terminali mPOS. Zamawiający wyodrębnił z pozycji 12 Tabeli 1 formularza ofertowego czynności związane z utrzymaniem i aktualizacją terminali mPOS i wymienił je jednoznacznie w pozycji 13. Wyodrębnienie to nie oznacza jednak, iż formularz ofertowy w poprzedniej wersji stracił na swej aktualności, albowiem nadal w jego zakresie pozostaje dostawa terminali typu mPOS wraz z ich oprogramowaniem, utrzymaniem i aktualizacją, tyle że ich wycena dokonywana jest w innych pozycjach (poz. 12). Złożenie oferty na Formularzu ofertowym udostępnionym przez Zamawiającego w dniu 16.11.2019 r. nie oznacza zatem braku wyceny przez Odwołującego czynności związanych z utrzymaniem i aktualizacją terminali typu mPOS, albowiem formularz ofertowy którym posłużył się Odwołujący tę wycenę także uwzględniał, tyle że w innej pozycji (konkretnie poz. 12).

W ocenie Odwołującego zarzut Zamawiającego ma charakter jedynie formalny i w istocie sprowadza się do braku wskazania w ofercie odrębnej wyceny jednej z czynności związanych z wykonywanym zamówieniem. Tymczasem, treść SIWZ nie zawiera wymogu, aby oferty zawierała odrębną wycenę usługi utrzymania i aktualizacji terminalu mPOS. Tym samym, zapisy SIWZ nie dają materialnej podstawy do odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Podstawy materialnej dla odrzucenia oferty nie stanowi także nowy formularz ofertowy. Formularz ofertowy, stanowiący załącznik do SIWZ, był jedynie wzorcem według którego wykonawca miał sformułować treść oferty, natomiast nie miał charakteru bezwzględnie wiążącego. Jak wynika z treści ust. 2 pkt 1) Rozdziału XVI SIWZ na dokumenty „zawarte w ofercie” składa się m.in. „formularz ofertowy (na lub wg Załącznika nr 1 do SIWZ) wraz z hasłem dostępu do JEDZ”. Sformułowanie „na lub wg” wskazuje, iż Zamawiający dopuszczał pewne odstępstwa od jego treści albowiem dopuścił składanie ofert „wg” formularza nie zaś „na” formularzu, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Sformułowanie „wg” i jego rozumienie językowe przyjęte w języku powszechnym wskazuje na taką właśnie wolę Zamawiającego.

Sformułowanie z pkt 2 ppkt 1) lit. a) formularza oferty, iż wycena Etapu I i II zawiera wycenę według tabeli 1 nie stanowi wymogu dla wykonawców, tylko jest wzorcowym oświadczeniem składanym przez wykonawcę, iż cena została obliczona zgodnie z Tabelą nr 1. Oświadczenie o wymaganej treści zostało złożone przez Odwołującego, tyle że odwoływało się ono do tabeli 1 z Formularza ofertowego w wersji z 16.11.2018 r. Mając na względzie poz. 12 Tabeli 1 oraz otwarty charakter Tabeli wynikający z pozycji 11 brak wskazania w Tabeli „utrzymania i aktualizacji terminali mPOS” nie oznacza zasadności automatycznego przyjęcia przez Zamawiającego tezy, iż cena oferty nie ujmuje kosztów tej usługi.

Odwołujący podkreślał, że sformułował ofertę na ciągle aktualnym formularzu ofertowym, albowiem Zamawiający dokonując pismem z dnia 14.12.2018 r. doprecyzowania treści formularza nie uchylił poprzedniej jego wersji. Link do formularza z dnia 16.11.2018 r. pozostawał przez cały okres składania ofert aktywny na stronie internetowej Zamawiającego, możliwe było jego pobranie i wykorzystanie przy złożeniu oferty. Nieusunięcie formularza przez Zamawiającego, nieopatrzanie przez Zamawiającego zapisem „nieaktualny” lub brak jego zdezaktywowania, przyczyniło się do jego pobrania i wykorzystania przez Odwołującego przy złożeniu oferty.

Odwołujący wskazywał również, że wycena kosztów w Tabeli nr 1 Formularza ofertowego nie ma zasadniczego znaczenia wobec faktu, iż cena oferty ma charakter ryczałtowy, na co wskazuje sama treść tabeli 1 oraz wzór umowy. Umowa wyodrębnia trzy etapy jej realizacji (§1 ust. 1), wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy i za realizację pierwszych dwóch etapów umowy jest ono wypłacane w dwóch częściach (§5 ust. 1 i 2 Umowy). Tym samym, wycena dokonywana przez wykonawcę w Tabeli 1 oferty nie ma znaczenia dla realizacji zamówienia, zaś brak w kosztorysie ujętym w tabeli 1 jednej pozycji kosztorysowej nie uzasadnia odrzucenia oferty Odwołującego.

Ocena formularza ofertowego zastosowanego przez Odwołującego, bez zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. żądania uprzednich wyjaśnień oraz bez uwzględnienia faktu, iż celem jego modyfikacji i udostępnienia w dniu 16.11.2018 r. wykonawcom było ujęcie w nim kosztów związanych z dostawą terminali typu mPOS, w tym kosztów utrzymania i aktualizacji, doprowadziło do nieuprawnionego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i odrzucenia oferty Odwołującego. Jeśli na gruncie tak złożonej oferty pojawiły się wątpliwości, czy oferta uwzględnia wycenę pozycji 13, Zamawiający winien w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp podjąć starania o wyjaśnienia dostrzeżonych w ofercie wątpliwości co do jej treści.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Pixel Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, a także wykonawca GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie obaj wnosili o oddalenie odwołania w całości.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu oraz piśmie procesowym przystępującego wykonawcy Pixel Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, a także oświadczenia i stanowiska stron i

uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 marca 2019 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego, Izba ustaliła, co następuje. Przedmiot zamówienia został podzielony na trzy etapy i obejmuje dostawę, instalację i uruchomienie 255 sztuk biletomatów mobilnych wraz z oprogramowaniem i prowadzeniem na dostarczonych urządzeniach usługi sprzedaży biletów. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, warunki dostawy, gwarancji, rękojmi i serwisu określony został w projekcie umowy, stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ.

Zgodnie z Rozdziałem XVI pkt 1 oraz pkt 2 pkt 1 SIWZ Ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej, z tym że JEDZ należy przesłać w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Dokumenty zawarte w ofercie w formie pisemnej: 1) formularz ofertowy (na lub wg Załącznika nr 1 do SIWZ) wraz z hasłem dostępu do pliku JEDZ Zgodnie z Rozdziałem XVIII SIWZ Cena oferty powinna obejmować pełny zakres czynności określonych w rozdz. III SIWZ oraz w załącznikach i uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Stosownie do załącznika nr 1 do SIWZ (formularz ofertowy) cenę za realizację Etapu I i Etapu II należało obliczyć zgodnie z Tabelą nr 1, która została zdefiniowana w motywie 30 preambuły do wzoru umowy, tj. *Tabela Elementów Rozliczeniowych zwana w dalszej części umowy (TER) – wykaz stanowiący podział wynagrodzenia wykonawcy – Ceny ryczałtowej, w formie iloczynu ilości i kosztu jednostkowego elementów prac, wypełniona przez Wykonawcę w formularzu ofertowym.* Pierwotnie Tabela nr 1 składała się z 11 pozycji, w tym pozycji nr 11 pn. *Materiały reklamowe, pozostałe koszty wynikające z zakresu Opisu Przedmiotu Zamówienia.*

Pismem z dnia 15 listopada 2018 r. Zamawiający dokonał zmiany SIWZ (zmiana nr 5) wskazując, że *zmienia treść Załącznika nr 1 do umowy — Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, który zamieszcza na stronie internetowej. Treści nieaktualne zostały w dokumencie skreślone, a treści dodane zapisane kolorem zielonym. W związku z powyższym zmiana ulega Załącznik nr 1 do SIWZ — Formularz ofertowy poprzez dopisanie w Tabeli nr 1 poz. 12 pn. „Dostawa terminali mPOS”. Nowy Formularz ofertowy zamieszcza się na stronie internetowej.* Równocześnie zmodyfikowano załącznik nr 1 do umowy poprzez dodanie m.in. pkt 1.1.3 o następującej treści: *Dodatkowo do zadań Wykonawcy należeć będzie dostarczenie 40 sztuk mobilnych terminali typu mPOS wraz z oprogramowaniem. Dostarczone terminale mPOS podłączone zostaną za pośrednictwem transmisji Bluetooth z posiadanymi przez Zamawiającego czytnikami kontrolerskimi. Zadaniem dostarczonych terminali mPOS będzie zamiana odczytanego podczas kontroli biletowej numeru karty płatniczej na token numeru karty płatniczej i przekazanie za pośrednictwem transmisji Bluetooth przetworzonej informacji do posiadanego przez Zamawiającego czytnika kontrolerskiego. Terminal mPOS wraz z aplikacją powinien spełniać niezbędne wymagania organizacji obsługiwanych kart płatniczych i będzie utrzymywany, i aktualizowany przez cały okres trwania umowy.*

Następnie pismem z dnia 14 grudnia 2018 r. Zamawiający wprowadził zmianę nr 3, wskazując że *dokonuje zmiany Załącznika nr 1 do SIWZ — Formularz ofertowy, poprzez: 1) zmianę treści w Tabeli nr 1 poz. 12 na następującą: „Dostawa terminali mPOS z oprogramowaniem”, 2) dodanie w Tabeli nr 1 poz. 13: „Koszty utrzymania i aktualizacji terminali mPOS”. Nowy Formularz ofertowy zamieszcza się na stronie internetowej.*

Odwołujący wypełniając Formularz ofertowy korzystał z wersji formularza opublikowanego na stronie internetowej pismem z dnia 15 listopada 2018 r., zawierającego 12 pozycji.

Zamawiający pismem z dnia 1 marca 2019 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując że *Wykonawca nie sporządził swojej oferty wg zmodyfikowanego przez Zamawiającego formularza ofertowego i nie uwzględnił w wycenie swojej oferty poz. 13 w Tabeli nr 1 „utrzymanie i aktualizacja terminali mPOS”.* Dalej, uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający

poinformował, iż dokonał w dniu 14 grudnia 2018 r. modyfikacji formularza ofertowego do zmienionego Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (pkt 1.1.3), poprzez m.in. dodanie w Tabeli nr 1 poz. 13: „Koszty utrzymania i aktualizacji terminali mPOS” zamieszczając jednocześnie na stronie internetowej nowy formularz ofertowy, uwzględniający powyższą zmianę. Zamawiający wskazał także w uzasadnieniu, iż modyfikacja Tabeli nr 1 formularza ofertowego wynikała z uwzględnienia odwołania wniesionego w dniu 26.11.2018 r. przez GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. w którym zarzucono, iż *Zamawiający rozszerzył zakres zamówienia o dostawę z utrzymaniem i aktualizowaniem 40 szt. mobilnych terminali typu mPOS dodając przy tym tylko jedną pozycję w Tabeli nr 1 poz. 12 w formularzu ofertowym w zakresie dostawy terminali mPOS, z jednoczesnym brakiem wydzielenia takich pozycji jak dla biletomatów tj. związanych z utrzymaniem i aktualizowaniem urządzeń. Odwołujący podkreślił przy tym, iż „brak wydzielenia takich pozycji dla terminali mPOS może wprowadzić Wykonawcę w błąd podczas uzupełniania formularza, a nawet doprowadzić do sytuacji w której Wykonawca pominie wskazanie w ofercie kosztów związanych z aplikacją terminala m POS (utrzymanie oraz aktualizacja). Zamawiający przywołał Rozdział XVIII pkt 1 SIWZ, wskazując, iż *ena oferty powinna obejmować pełen zakres czynności określonych w rozdz. III SIWZ oraz załącznikach i uwzględnić wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia.* Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż w pkt 2 ppkt 1 lit. a formularza ofertowego, stanowiącego zał. 1 do SIWZ wskazano, iż cenę za realizację Etapu I i Etapu II należy obliczyć zgodnie z Tabelą nr 1. Zamawiający przyjął, iż Odwołujący obliczył cenę niezgodnie z wymogami wskazanymi w SIWZ oraz formularzu ofertowym i uznał, iż brak poz. 13 w ofercie Odwołującego oznacza, iż *zawartość merytoryczna złożonej oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia ukształtowanego przez Zamawiającego i wymaganiom zawartym w SIWZ.* Zamawiający wskazał w konkluzji pisma, iż *brak wyceny utrzymania i aktualizacji terminali mPOS należy traktować jako niezgodność oświadczenia woli Wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.**

Przedmiotem sporu jest okoliczność, czy wykaz (Tabela nr 1) stanowiący podział wynagrodzenia wykonawcy - ceny ryczałtowej, zawarty w formularzu ofertowym, stanowi treść oferty sensu stricto czy też ma charakter informacyjny. W pierwszym przypadku, braki treści stanowić będą o niezgodności oferty z treścią SIWZ, które nie mogą być uzupełnione w drodze wyjaśnień. W drugim przypadku, braki w oświadczenia Tabeli nr 1 oferty nie będą stanowić istotnego błędu, skutkującego odrzuceniem oferty. W ocenie Izby wycena oferty niewątpliwie jest treścią oferty, o dużym znaczeniu merytorycznym, określającą istotny element świadczenia oferenta, podlegającą dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zatem niezgodność wyceny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł wymóg, aby cena oferty obejmowała pełny zakres czynności określonych w rozdziale III SIWZ oraz w załącznikach i uwzględniała wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Stosownie do załącznika nr 1 do SIWZ (formularz ofertowy) cenę za realizację Etapu I i Etapu II należało obliczyć zgodnie z Tabelą nr 1, która po ostatniej modyfikacji zawierała 13 pozycji do wyceny, z czego pozycja nr 13 dotyczyła kosztów utrzymania i aktualizacji terminali mPOS. Wykonawcy (prócz Odwołującego) pozycję tę wycenili na kwoty – od 49.200 zł do 118.080 zł brutto, nie jest więc to wartość pomijalna.

Z takiego sformułowania formularza cenowego wynika, że w pozycji 12 należało wycenić dostawę terminali mPos z oprogramowaniem, a w pozycji 13 koszty utrzymania i aktualizacji terminali mPos. W danej pozycji tabeli formularza należało więc wycenić konkretne elementy rozliczeniowe. Nie mogło być tak, że np. część kosztów utrzymania i aktualizacji terminali została wyceniona w pozycji dotyczącej kosztów dostawy terminali, nawet jeśli cena z założenia była ceną ryczałtową. Nie ma też podstawy do twierdzenia, że wykonawcy pozycję tę mogli wycenić według własnego uznania w tym znaczeniu, że dopuszczalne było jej pominięcie lub zawarcie w pozycji 11, dotyczącej pozostałych kosztów wynikających z zakresu opisu przedmiotu zamówienia. Takie działanie byłoby niezgodne z samymi wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pozycja nr 13 nie była pozycją fakultatywną, nadto działanie takie mogłoby zaburzyć późniejszą ewidencję i wycenę rachunkowo-podatkową poszczególnych elementów oraz wzajemne rozliczenia pomiędzy stronami w przypadku chociażby rozwiązania umowy.

Oferty tej nie można też skorygować w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani jako omyłkę pisarską, ani rachunkową, ani inną nieistotną omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający bowiem nie mógłby skorygować pozycji 12 „wyciągając” z niej wliczone przez wykonawcę koszty inne niż sama dostawa terminali z oprogramowaniem.

W przypadku, gdy wykonawca składając ofertę pomija niektóre postanowienia SIWZ, musi liczyć się z ryzykiem odrzucenia jego oferty jako nie odpowiadającej treści SIWZ. Wykonawca nie może samodzielnie redukować wymagań zamawiającego w odniesieniu do zawartości merytorycznej oferty.

Na zakończenie należy odnieść się również do twierdzenia Odwołującego, że korekta w formularzu ofertowym z

grudnia 2018 r. nie spowodowała deaktualizacji formularza ofertowego z listopada 2018 r. Izba wskazuje, że każda następna zmiana postanowień SIWZ w zakresie formularza ofertowego powoduje, że poprzednie wersje stają się nieaktualne. Nadto, Izba podziela argumentację prezentowaną przez przystępujących, że zamawiający nie jest zobowiązany do publikowania jednolitej wersji specyfikacji, niemniej w niniejszym postępowaniu dochował najwyższej staranności i każdorazowo publikował aktualne wersje zmienianych dokumentów. Odwołujący zaś za swoje zaniechania i brak należytej staranności, wymaganej od profesjonalisty, chciałby obciążyć Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Izba uznała podniesiony zarzut za niezasadny. Należy wskazać, iż wezwanie do wyjaśnień, jakich domaga się Odwołujący, wykraczałoby poza dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ skutkowałaby zmianą treści oferty nieprzewidzianą we wskazanym przepisie. Tym samym żądanie Odwołującego w zakresie wezwania go do złożenia wyjaśnień należy uznać za bezpodstawne.

Izba nie odnosi się do kwestii, czy ziściły się przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji, czy też rażąco niską cenę, bowiem Izba w ramach wykonywanej funkcji kontroli prawidłowości czynności i zaniechań Zamawiającego zgodnie z ustawą, orzekając jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Naruszenia wskazane przez Odwołującego dotyczyły w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że na tej podstawie jego oferta została odrzucona. Wykonawca Pixel Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy nie złożył samodzielnie odwołania, dopiero w piśmie procesowym (będącym stanowiskiem przystępującego) oraz podczas rozprawy podniósł okoliczność skonstruowania przez Odwołującego Tabeli nr 1 w taki sposób, który może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Niemniej uwzględnienie tejże argumentacji przy orzekaniu stanowiłoby wykroczenie poza granice faktyczne zarzutów.

W ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny i odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mera Systemy Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim oraz Atos Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, czym potwierdził, że równo traktuje wykonawców w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....