

Sygn. akt: KIO 2636/22

WYROK

z dnia 20 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Aleksandra Patyk

Irmina Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2022 r. przez wykonawcę **PolCam Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych Eservice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, **"TECS" Telecommunication & E-Commerce Solutions GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria)** oraz **Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 oraz części zarzutu nr 3 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych Eservice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, **"TECS" Telecommunication & E-Commerce Solutions GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria)** oraz **Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Ministerstwo Finansów 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 wykonawcę PolCam Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Ministerstwo Finansów, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Realizacja całodobowej obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych przez Użytkowników Systemu Poboru Opłat Drogowych*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lipca 2022 r. pod numerem 2022/S 142-406651.

W dniu 5 października 2022 r. wykonawca PolCam Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych Eservice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, "TECS" Telecommunication & E-Commerce Solutions GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria) oraz Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Konsorcjum”, w sytuacji w której pozycja nr 6 formularza cenowego, stanowiącego załącznik do oferty Konsorcjum pn. Wdrożenie Usług zawiera wartość 0 zł, co oznacza, że treść oferty jest niezgodna z pkt 15.7.1 SWZ i powinna zostać odrzucona;
- 2) art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia pisma Konsorcjum z dnia 12 września 2022 r. (wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej) wraz z załącznikami, w sytuacji w której zastrzeżenie fragmentów ww. pisma jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa nie było skuteczne, a zastrzeżone informacje nie były informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas gdy pozycja nr 6 pt. Wdrożenie Usług

formularza cenowego, stanowiącego załącznik do oferty Konsorcjum, zawiera wartość 0 zł, co oznacza, że Konsorcjum zamierza wykonać zamówienie poniżej kosztów świadczenia usługi ponoszonych przez Konsorcjum, w związku z czym oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (zarzut ewentualny do zarzutu nr 2);

- 4) art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, podczas gdy pozycja nr 6 pt. Wdrożenie Usług formularza cenowego, stanowiącego załącznik do oferty Konsorcjum, zawiera wartość 0 zł, co oznacza, że Konsorcjum w ogóle nie wyceniło usług objętych wspomnianą pozycją lub uwzględniło je w innych pozycjach formularza cenowego, co nie gwarantuje wykonawcy pokrycia tych kosztów i jednocześnie prowadzi do uzyskania przewagi nad pozostałymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu (zarzut ewentualny do zarzutów nr 1 i 3);
- 5) art. 137 ust. 6 i 7 w zw. z art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na wprowadzenie istotnych zmian w dokumentacji postępowania i zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty, podczas gdy zmiany wprowadzone przez Zamawiającego miały fundamentalny charakter i dotyczyły zarówno warunków udziału w postępowaniu, jak i kwestii merytorycznych odnoszących się do zakresu świadczenia wykonawcy, co skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania (zarzut ewentualny do zarzutów nr 1, 2 i 3).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Konsorcjum, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, ewentualnie unieważnienia postępowania.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych Eservice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, "TECS" Telecommunication & E-Commerce Solutions GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria) oraz Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej również „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 16 października 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Przystępujący również złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego, pisma Konsorcjum z dnia 12 września 2022 r. (wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej), informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 października 2022 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem postępowania jest realizacja obsługi płatności bezgotówkowych dokonywanych przez użytkowników Systemu Poboru Opłat Drogowych. Zgodnie z postanowieniami załącznika nr 1 do wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. opisu przedmiotu zamówienia, zadaniem wykonawcy jest świadczenie następujących usług:

- a. całodobowa autoryzacja oraz rozliczanie transakcji bezgotówkowych dokonywanych przy użyciu: kodu BLIK, transakcji PBL (Pay By Link) oraz przy użyciu kart płatniczych i kart flotowych przez użytkowników Systemu Poboru Opłat Drogowych;
- b. zapewnienie terminali płatniczych POS w sieci dystrybucji Zamawiającego oraz obsługa serwisowa w okresie trwania umowy;
- c. integracja oraz przeprowadzenie testów z systemem Zamawiającego i dostawcami kart flotowych.

Ponadto, do obowiązków wykonawcy miało należeć:

- a. wykonanie projektu technicznego (§ 3 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego);
- b. przeprowadzenie wdrożenia usług zgodnie z wykonanym projektem technicznym (§ 4 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego);
- c. naprawę terminali płatniczych POS i ponoszenie nakładów połączonych z korzystaniem z

terminali, z wyjątkiem kosztów energii elektrycznej (§ 5 pkt 5.6 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego);

d. ubezpieczenie terminali płatniczych POS od wszelkich zdarzeń losowych (§ 5 pkt 5.7 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego);

e. deinstalację i odbiór terminali płatniczych POS od Zamawiającego po upływie okresu świadczenia usługi (§ 5 pkt 5.8 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego);

f. utrzymanie SLA (§ 7 ppkt 7.3.2.3 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego);

g. udzielenie licencji i przeniesienie autorskich praw majątkowych (§ 7 ppkt 7.3.2.4 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Dalej, Izba ustaliła, że zgodnie z rozdz. 12.1 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, za pośrednictwem Platformy, wykonawca składa wraz z ofertą (w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym) uzupełniony zgodnie z pkt 12.2 Formularz ofertowy zawierający informacje określone w Załączniku 2 do SWZ oraz m.in. Formularz cenowy zgodnie z załącznikiem 3 do SWZ.

W Formularzu ofertowym należało podać 1 pozycję cenową, tj. cenę całkowitą oferty (brutto). Formularz cenowy składał się łącznie z 7 pozycji, przy czym w 5 pozycjach wykonawcy byli zobowiązani do podania prowizji lub cen za poszczególne rodzaje świadczeń. Pod pozycją nr 6 należało wpisać wartość dla Wdrożenia Usług.

Stosownie do rozdz. 15.3- 15.8 SWZ *Z tytułu realizacji umowy Wykonawcy będzie przysługiwać następujące wynagrodzenie:*

15.3.1 regularne wynagrodzenie z tytułu autoryzacji i rozliczenia transakcji bezgotówkowych zgodnie z postanowieniami OPZ naliczane według stawek procentowych prowizji określonych w formularzu cenowym zawartym w Ofercie od rzeczywistej wartości transakcji autoryzowanych i rozliczonych przez Wykonawcę,

15.3.2 jednorazowe wynagrodzenie z tytułu wykonania Wdrożenia Usług w wysokości określonej w formularzu cenowym zawartym w Ofercie, które obejmuje wszelkie Usługi nie objęte wynagrodzeniem regularnym, a w szczególności wynagrodzenie za:

15.3.2.1 Wdrożenie Usług, w tym zapewnienie Terminali płatniczych POS,

15.3.2.2 świadczenie Usług związanych z Terminalami płatniczymi POS określonych w OPZ,

15.3.2.3 SLA (Service Level Agreement) gwarantowane przez Wykonawcę dla Systemów Autoryzacyjno-Rozliczeniowych i realizację zobowiązań Wykonawcy związanych z SLA określone w OPZ,

15.3.2.4 udzielenie licencji i przeniesienie autorskich praw majątkowych zgodnie z

postanowieniami § 17 projektowanych postanowień umowy.

15.4 Wynagrodzenie o którym mowa w punkcie 15.3 powyżej jest jedynym wynagrodzeniem jakie przysługuje Wykonawcy z tytułu realizacji umowy i Wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek inne wynagrodzenie. Wynagrodzenie to obejmuje wszelkie wydatki i koszty jakie Wykonawca musi ponieść w celu prawidłowej realizacji i Wykonawcy nie przysługuje prawo do żądania od Zamawiającego zwrotu jakichkolwiek wydatków lub kosztów ponoszonych przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy.

15.5 Cena oferty, na potrzeby porównania ofert, stanowi sumę:

15.5.1 jednorazowego wynagrodzenia z tytułu wykonania Wdrożenia Usług w wysokości określonej w formularzu cenowym,

15.5.2 wynagrodzenia Wykonawcy za świadczenie usługi autoryzacji i rozliczenia transakcji bezgotówkowych przez okres 30 miesięcy, obliczanego zgodnie z wzorem: (...)

15.6 Cenę należy rozumieć jako cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. z 2019 r. poz. 178).

15.7 Zamawiający zastrzega, że żadna z pozycji formularza cenowego za realizację przedmiotu zamówienia wskazana przez Wykonawcę w formularzu ofertowym nie może mieć:

15.7.1 dla wartości wyrażonych w złotych - wartości równej lub niższej niż 0,00 złotych

15.7.2 dla wartości wyrażonych w procentach - wartości równej lub niższej niż 0,000 procent

15.8 Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację zamówienia, określone zostały projektowanych postanowieniach umowy stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ.

Zgodnie z pkt 7.7. załącznika nr 1 do SWZ Zamawiający wskazuje/przewiduje, że wysokość regularnego wynagrodzenia z tytułu autoryzacji i rozliczenia transakcji bezgotówkowych w całym okresie obowiązywania w Umowie nie będzie w sumie niższa niż 10% kwoty, o której mowa w §7 ust 7.1.

Do upływu terminu składania ofert oferty złożyli Odwołujący oraz Przystępujący, który w formularzu cenowym dla pozycji Wdrożenia Usług wpisał 0 zł.

Dalej, Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 31 sierpnia 2022 r. na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w zakresie pozycji wskazanych w załączniku 2 – formularzu ofertowym i załączniku nr 3 – formularzu cenowym.

W odpowiedzi na powyższe w dniu 12 września 2022 r. Przystępujący przedłożył Zamawiającemu pismo stanowiące odpowiedź na powyższe wezwanie, z czego część pisma

została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 26 września 2022 r. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba, odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania w oparciu o art. art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, postanowiła oddalić przedmiotowy wniosek. Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp. Zamawiający wskazywał, że Odwołujący posiada tylko hipotetyczny interes w uzyskaniu zamówienia.

Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania został określony w art. 505 ustawy Pzp, który stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują: wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, a także organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców - okoliczność bezsporna - odwołanie nie dotyczy ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia.

Biorąc pod uwagę tak zakreślony krąg podmiotów, w odniesieniu do Odwołującego, Izba uznała, że należy on do jednej z wyżej wymienionych kategorii. Niewątpliwie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, zgodnie z którym przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący – osoba prawna, która złożyła ofertę – jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Zatem, w ocenie składu orzekającego podmiot będący osobą prawną, który złożył ofertę w postępowaniu, jest wykonawcą mogącym składać środki ochrony prawnej.

Równocześnie Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego podnoszonym na posiedzeniu, kwestia badania interesu we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi materialnoprawną podstawę oceny odwołania i nie mieści się w dyspozycji art. 528 ustawy Pzp, tj. formalnych podstaw do odrzucenia odwołania. Brak interesu w uzyskaniu zamówienia skutkuje oddaleniem odwołania, a nie jego odrzuceniem. Wobec powyższego wniosek o odrzucenie odwołania został przez Izbę oddalony.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła dalej, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego oraz Przystępującego co do braku wykazania interesu Odwołującego do wniesienia odwołania. Odnosząc się do stanowiska, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, bowiem nie spełnia warunku udziału określonego w pkt 7.1.2 SWZ, należy wskazać, co następuje. Skoro oferta Odwołującego nie została odrzucona, to cały czas ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i Odwołujący może ponieść szkodę na skutek niezgodnych z ustawą Pzp decyzji zamawiającego, a tym samym ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ustawy Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie składu orzekającego źródłem interesu Odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia jest sam fakt złożenia oferty w tym postępowaniu oraz okoliczność, że zamówienie nie zostało jeszcze udzielone, gdyż umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta. Stosownie do art. 7 pkt 18 ustawy Pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia należy rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Przepisy ustawy Pzp potwierdzają, że postępowanie kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania. Zgodnie z art. 254 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania. Warunkiem zawarcia umowy jest uprzedni wybór oferty najkorzystniejszej w sposób przewidziany w dokumentach zamówienia. Art. 223-226 ustawy Pzp opisują procedurę oceny ofert. Z kolei art. 239-253 ustawy Pzp dotyczą wyboru oferty

najkorzystniejszej.

Przepisy ustawy Pzp nie zrównują natomiast w skutkach czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z zawarciem umowy o zamówienie publiczne. Potwierdzeniem powyższego jest art. 264 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób oraz art. 265 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie wskazano, że zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia przekazuje do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zawierające informację o wynikach tego postępowania. Oznacza to, że dopiero zawarcie umowy jest równoznaczne z zakończeniem postępowania. Zatem, dopóki wykonawca nie zawrze umowy, jego interes w uzyskaniu danego zamówienia nie zostaje zaspokojony.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Przesłanka szkody powinna być badana w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia, a nie wyłącznie danego postępowania odwoławczego. Pojęcie szkody nie ma swojej definicji legalnej, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem odnosi się do wszelkiego rodzaju pomniejszenia dóbr i interesów prawnie chronionych, wbrew woli zainteresowanego. Szkada, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, może mieć charakter nie tylko bezpośredni, ale też ewentualny. W pierwszym przypadku wykonawca zostaje pozbawiony wprost możliwości uzyskania zamówienia, w drugim przypadku jest jedynie zagrożony możliwością poniesienia szkody skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Taka możliwość istnieje w stosunku do Odwołującego, którego oferta wprawdzie nie została wybrana, jednak nie została też odrzucona. Izba nie może zastępować Zamawiającego w czynnościach w postępowaniu. Uznanie zaś, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w sytuacji gdy Zamawiający nie wzywał go do podmiotowych środków dowodowych byłoby przedsądem.

W dalszej kolejności Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części. Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter

zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Ponadto, uwzględniając art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnianiem treści oferty na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jediną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16).

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszy stan faktyczny należy wskazać, że bezsporna między stronami była okoliczność wpisania przez Przystępującego wartość 0 zł w ramach pozycji Wdrożenie Usług. Osłą sporu było ustalenie czy wskazanie wartości 0 zł w pozycji dotyczącej Wdrożenia Usług jest sprzeczne z postanowieniami SWZ.

Po zapoznaniu się ze stanowiskami Stron i Przystępujących oraz analizie przywołanych przez nich postanowień specyfikacji warunków zamówienia Izba uznała, że z racjonalnego i logicznego punktu widzenia za prawidłowe należy uznać stanowisko Odwołującego. Natomiast nie znalazła żadnych logicznych i racjonalnych podstaw do przyjęcia interpretacji, którą przedstawili Zamawiający i Przystępujący.

W ocenie składu orzekającego niezgodność treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia zachodzi, bowiem prawidłowa wykładnia sformułowania pkt 15.7 SWZ (*żadna z pozycji formularza cenowego za realizację przedmiotu zamówienia wskazana przez Wykonawcę w formularzu ofertowym nie może mieć dla wartości wyrażonych w złotych - wartości równej lub niższej niż 0,00 złotych*) winna prowadzić do wniosku, że żadna z pozycji formularza cenowego nie może wynosić 0 zł. Jest to jedyna logiczna i racjonalna interpretacja ww. postanowienia SWZ, uwzględniająca w szczególności celowościowe znaczenie żądania przez Zamawiającego, aby żadna z pozycji formularza cenowego nie wynosiła 0 zł.

Ponadto, ze stanowiska Przystępującego wynika, że postanowienie pkt 15.7 SWZ rozumiał dokładnie tak samo jak Odwołujący, na co wskazuje chociażby twierdzenie o formalnym spełnieniu wymogu SWZ jako niekorzystnego z punktu widzenia Zamawiającego i oszczędnego wydatkowania środków pieniężnych. Natomiast, wbrew twierdzeniom Przystępującego, art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp nie uzależnia jego zastosowania od pozycji wykonawcy w rankingu ofert, wpływu na rozstrzygnięcie postępowania, czy też stopnia uchybienia wykonawcy. Dla zastosowania przedmiotowego przepisu powszechnie obowiązującego prawa nie jest konieczne określenie w SWZ przesłanek odrzucenia ofert wykonawców. Wywodzenie zatem przez Przystępującego, że dla skuteczności odrzucenia oferty niezbędne jest *przewidzenie sankcji za wpisanie wartości 0 zł do formularza cenowego za pozycję Wdrożenie Usług*, nie znajduje oparcia w przepisach Pzp, a w konsekwencji nie zasługuje na uwzględnienie.

W kontekście zaś wskazanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie przykładów orzeczeń dotyczących zasady *In dubio contra proferentem* znaczącej w języku polskim *Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi*, podnieść należy za stanowiskiem Sądu Najwyższego, opartym na przepisach wcześniejszej ustawy Pzp, ale wciąż aktualnym, że *z uwagi na wątpliwości występujące po stronie wykonawcy, art. 38 p.z.p. stanowi w związku z art. 354§2 k.c. nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ; zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 k.c.*” (tak wyrok SN z 5 czerwca 2014 r. w sprawie o sygnaturze IV CSK 626/2013). Odnosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, należy wskazać, że Przystępujący nie skorzystał ze swojego uprawnienia, a w ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy — wręcz obowiązku zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie postanowienia SWZ.

Rację należy przyznać Zamawiającemu, że co do zasady należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień specyfikacji warunków zamówienia, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie badania i oceny ofert. Może się jednak zdarzyć, że w okolicznościach danej sprawy wykładnia literalna ustąpi przed celowościową, gdy np. literalna wykładnia postanowienia nie da się pogodzić z zasadą proporcjonalności, uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania wykonawców.

Dlatego też w ocenie składu orzekającego niezrozumiałe są wywody Zamawiającego dotyczące literalnego brzmienia pkt 15.7 SWZ sprowadzającego się do ceny całkowitej. Izba dostrzega, że formularz cenowy i formularz ofertowy to dwa odrębne dokumenty, a jedyną pozycję formularza cenowego, którą należało wpisać do formularza ofertowego to cena całkowita oferty. Bezspornie też formularz ofertowy nie przewidywał podania jakiegokolwiek

wartości procentowej, w odróżnieniu od formularza cenowego. Nie zmienia to jednak faktu, że pkt 15.7 należy czytać logicznie oraz przy uwzględnieniu także innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli w taki sposób, że żadna z pozycji formularza cenowego nie może mieć dla wartości wyrażonych w złotych - wartości równej lub niższej niż 0,00 złotych.

Reasumując, Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp za zasadny. Dlatego też nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych Eservice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, "TECS" Telecommunication & E-Commerce Solutions GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria) oraz Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba uwzględniła również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy pozycja nr 6 pt. „Wdrożenie Usług” formularza cenowego zawiera wartość „0 zł”, co oznacza, że wykonawca zamierza wykonać zamówienie poniżej kosztów świadczenia usługi, w związku z czym oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Stosownie do art. 537 pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego

Zatem, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, winien wykazać, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. W przypadku niewykazania przez wykonawcę powyższego uzasadnione jest przyjęcie, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszty.

Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Ponadto, każdy dowód złożony w odpowiedzi na wezwanie podlega ocenie przez samego zamawiającego, który może uznać złożone dokumenty za niewystarczające lub niepotwierdzające okoliczności przez wykonawcę podnoszonych. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne i wskazywać w odniesieniu do poszczególnych składników ceny co najmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszty osobowe, zaangażowania określonego sprzętu, jego montaż, obsługę, naprawę.

W ocenie składu orzekającego, Przystępujący nie sprostował obowiązkowi z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Z przedstawionych przez Przystępującego wyjaśnień nie sposób wywieść, aby rzeczywiście nie ponosił żadnych kosztów związanych z usługą wdrożenia. Zdaniem Izby, Przystępujący nie przedstawił szczegółowych wyjaśnień dotyczących poz. nr 6 formularza cenowego.

Odnosząc się do głównych argumentów podnoszonych przez Przystępującego, jakoby podał w wyjaśnieniach jaka okoliczność przemawia za zaoferowaniem za Wdrożenie Usług 0 zł należy wskazać, że są to twierdzenia lakoniczne i gołosłowne. Dlatego też, z powodu braku szczegółowych wyjaśnień należało przyjąć, że wyjaśnienia miały charakter ogólny, niekompletny i niewystarczający. Na podstawie zaprezentowanych wyjaśnień w żaden sposób nie można wywieść, że Przystępujący nie będzie ponosił żadnych kosztów związanych z wdrożeniem usługi, tym bardziej, że nawet sam w pkt 5.11 pisma procesowego przyznaje, że wycena pozycji na poziomie 0 zł nie jest wyceną poniżej kosztów, bowiem z punktu widzenia Przystępującego mają one charakter pomijalny.

Izba przeanalizowała złożone wyjaśnienia i doszła do przekonania, że nie są one konkretne, wyczerpujące i pozostawiają szereg wątpliwości co do rzetelności kalkulacji pozycji nr 6 z formularza cenowego, która również zawiera pewne podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszty osobowe, czy koszty serwisu. Przystępujący podnosi np. w piśmie procesowym, że pkt 4.15 wyjaśnień dotyczący utrzymania SLA wskazuje na brak dodatkowych kosztów po jego stronie. Tymczasem z samych wyjaśnień nie wynika, aby okoliczność ta nie generowała żadnych kosztów. Zresztą zasoby osobowe zawsze stanowią pewien koszt, a sam fakt przewagi nad innymi podmiotami ze względu na dotychczasową współpracę z Zamawiającym nie stanowi automatycznie o nieponoszeniu żadnych kosztów, w tym kosztów utrzymania SLA. Dodatkowo, Przystępujący wspomina, że w pkt 4.10 zawarł kwestie związane z bieżącą realizacją tożsamej usługi na rzecz Zamawiającego, a tym

samym z ubezpieczeniem terminali płatniczych od wszelkich zdarzeń losowych. Niemniej ta okoliczność nie pojawia się w pkt 4.10 ww. wyjaśnień, abstrahując już od tego, że z pewnością umowę ubezpieczenia terminali płatniczych nie zawiera się na czas nieokreślony.

Izba uznała więc, że Przystępujący, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych winien mieć wiedzę co do tego, jaki skutek odnosi niezłożenie wyczerpujących wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny. To w jego interesie było, aby złożone wyjaśnienia były konkretne i niebudzące wątpliwości. Przystępujący przedstawił ogólną odpowiedź, dlatego też Izba uznała, że istniały podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy przez zamawiającego, z uwagi na niewykazanie przez oferenta, że przedłożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Oceniając całość zgromadzonego materiału dowodowego, należało przyznać rację Odwołującemu, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił odpowiedź wykonawcy. Wyjaśnienia w zakresie wskazania 0 zł za Wdrożenie Usługi były bowiem niepełne i niewyjaśniające wątpliwości co do podania 0 zł. W związku z powyższym, istniały podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na niewykazanie przez niego, że zaoferowana oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. Skoro bowiem wykonawca składający wyjaśnienia nie udowodnił, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, to jest to równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Cena rażąco niska to bowiem cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy. Przykładem oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie oferta z ceną poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo symboliczna cena. Wycenienie pozycji pn. Wdrożenie Usług w formularzu cenowym na 0 zł oznacza, że Przystępujący w ogóle tych kosztów nie uwzględnił w ofercie, a to z kolei oznacza, że zamierza wykonać zamówienie poniżej kosztów świadczenia usługi ponoszonych przez niego.

Dlatego też Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp za zasadny i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Elektronicznych Usług Płatniczych Eservice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, "TECS" Telecommunication & E-Commerce Solutions GmbH z siedzibą w Wiedniu (Austria) oraz Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Izba oddaliła natomiast zarzut nr 3 w tej części, w której Odwołujący podnosił, że

złożenie oferty Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem Przystępujący zamierza wykonać zamówienie poniżej kosztów świadczenia usługi ponoszonych przez niego. Izba zwraca uwagę, że czyn taki musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej. Odwołujący stawiając ten zarzut powinien był więc udowodnić, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, potwierdzających podniesiony zarzut co do tego, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a tym samym w ocenie Izby, ww. zarzut nie potwierdził się.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego co do odmowy ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, niemniej oddaliła zarzut nr 2 dotyczący zaniechanie udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego, bowiem nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Tym samym, przy tak sformułowanym rozstrzygnięciu, jednoczesne nakazanie Zamawiającemu ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień byłoby bezprzedmiotowe. Skoro bowiem skład orzekający nakazał odrzucenie oferty Przystępującego w związku z tym, że zawiera rażąco niską cenę, niedopuszczalne w świetle art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp byłoby ujawnianie wyjaśnień ceny oferty. Wobec czego, zarzut nr 2 z odwołania nie mógł zostać uwzględniony jako niemający żadnego wpływu na wynik rozstrzygnięcia.

Z kolei podnoszone, jako ewentualne, zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego (zarzut nr 4), oraz zarzut naruszenia art. 137 ust. 6 i 7 w zw. z art. 255 pkt 6 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania (zarzut nr 5) nie podlegały merytorycznemu rozpoznaniu w związku z uwzględnieniem odwołania w zakresie zarzutu nr 1 i 3. Z sentencji wyroku wynika, że uwzględniony został przez Izbę zarzut nr 1 oraz zarzut nr 3 w części, pozostałe zaś podlegały oddaleniu, zatem powyższe zarzuty (zarzut nr 4 oraz zarzut nr 5), z uwagi na ich sformułowanie jako zarzuty ewentualne, nie podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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:

.....

.....