

Sygn. akt: KIO 2460/22

WYROK
z dnia 3 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 29 września 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2022 roku przez Odwołującego wykonawcę Enter T&T spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina – Miasto Elbląg

przy udziale wykonawcy Netia spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2460/22 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Enter T&T spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Enter T&T spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy Enter T&T spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu na rzecz Zamawiającego Gmina – Miasto Elbląg kwotę 3 600, 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 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

Zamawiający – Gmina – Miasto Elbląg prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii stacjonarnej i dostępu do Internetu na rzecz Gminy Miasto Elbląg przy ul. Łączności 1”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lipca 2022 roku pod numerem 00276427/01 .

W dniu 19 września 2022 roku Odwołujący działając na podstawie działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 dalej „ustawa”, „PZP”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na:

- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę NETIA SA z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- niezgodnym z przepisami dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy w stosunku do którego zachodzą podstawy odrzucenia oferty i zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego

ewentualnie

- zaniechaniu unieważnienia postępowania pomimo obarczenia go niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty NETIA SA, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na manipulację wykonawcy stawkami jednostkowymi w celu otrzymania jak najwyższej punktacji w rankingu oceny ofert i przeniesienia faktycznych kosztów jakie będzie wykonawca ponosił w celu wykonania zamówienia do innych pozycji, które nie były przez zamawiającego punktowane,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz art. 224 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnienia kalkulacji swojej oferty, w szczególności wobec stawek jednostkowych, których koszty zostały przeniesione do innych pozycji w celu

uzyskania większej punktacji w rankingu ofert, a tym samym zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w pozycji „cena za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787”;

- 3) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego;
- 4) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący zachowania równego traktowania wykonawców oraz w sposób niegwarantujący zachowanie zasady przejrzystości w związku z dokonaniem odrzucenia oferty Odwołującego, która spełnia wszelkie warunki oraz wymagania zawarte w ustawie Pzp oraz SWZ, a w szczególności w stosunku do odwołującego nie zachodzi żadna z przesłanek wykluczenia z postępowania;

ewentualnie, w przypadku braku uwzględnienia przez Izbę powyższych zarzutów Odwołujący podniósł, że Zamawiający dopuścił się naruszenia:

- 5) art. 255 pkt 6 w związku z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy przez określenie kryteriów oceny ofert dotyczących ceny prowadzących do wyboru oferty droższej pomimo, że nie przedstawia ona innych różnic w zakresie jakości oraz innych elementów, a tym samym zaniechania unieważnienia postępowania obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę NETIA SA,
- ewentualnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przez Zamawiającego na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania w zakresie ustalenia stanu faktycznego sprawy;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie faktur i rachunków.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ustawy albowiem Odwołujący złożył najkorzystniejszą (najtańszą) ofertę w przedmiotowym postępowaniu, co oznacza że ubiega się o udzielenie zamówienia. Odwołujący składając ofertę miał interes w uzyskaniu zamówienia, natomiast zamawiający

ze względu na błędną ocenę oferty odwołującego, zamawiający pozbawił go tak rozumianego interesu. Odwołujący wskazuje, że utrzymanie w mocy błędnej decyzji zamawiającego o zaniechaniu dorzucenia oferty konkurencyjnej powoduje brak możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący – błędną decyzją zamawiającego - doznał również szkody, bowiem zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym samym zamawiający doprowadził do stanu zaaprobowania niezgodnej z przepisami czynności prawnej, która ma wpływ na wynik postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Odwołujący podał, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest usługa „Świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii stacjonarnej i dostępu do Internetu na rzecz Gminy Miasto Elbląg przy ul. Łączności. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym tj. na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy.

Zamawiający w dniu 10 sierpnia 2022 r. dokonał otwarcia złożonych ofert oraz zamieścił na swojej stronie prowadzonego postępowania informację z tej czynności. W postępowaniu zostały złożone następujące oferty: tj.:

Oferta nr 1 - Enter T&T Sp. z o.o.

cena (brutto): 211 057,96 zł tj.: cena bez VAT 171 591,84 zł + VAT 23 %, tj. 39 466,12 zł

Oferta nr 2 - NETIA S.A.

cena (brutto): 326 286,04 zł tj.: cena bez VAT 265 273,20 zł + VAT 23 %, tj. 61 012,84 zł

W dniu 13 września 2022 r. Zamawiający przedstawił informację o wyborze oferty najkorzystniejszej zgodnie z którą wybrana została oferta NETIA SA. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał na następującą punktację:

Punktacja przyznana ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączna punktacja:

Numer oferty	Cena (brutto) - 15%	cena bez VAT za 1 minutę połączeń lokalnych i strefowych - 12%	cena bez VAT za 1 minutę połączeń międzyszlifowych - 3%	cena bez VAT za 1 minutę połączeń do sieci komórkowych - 21%	cena bez VAT za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787 - 3%	cena bez VAT miesięcznej opłaty abonamentowej za wiązkę łączny 2x2Gb/s - 6%	czas usunięcia awarii od momentu zgłoszenia – 40%	łączna punktacja
1	45 pkt	36 pkt	9 pkt	63 pkt	0,45 pkt	9,48 pkt	120 pkt	282,93 pkt
2	29,10 pkt	36 pkt	9 pkt	63 pkt	9 pkt	18 pkt	120 pkt	284,10 pkt

Odwołujący podał, że z informacji tej wynika, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która przedstawia najdroższą cenę za realizację zamówienia. Wyboru Zamawiający dokonał mając na uwadze określone przez siebie wyłącznie podkryteria cenowe, bowiem kryteria jakościowe zostały określone w obu ofertach na identycznym najwyższym poziomie.

Odwołujący nie zgodził się z powyższym rozstrzygnięciem wskazując, iż stanowi ono aprobatę Zamawiającego dla czynności prawnej w postaci złożenia oferty przez wykonawcę NETIA SA, która narusza podstawowy porządek prawny, w tym dobre obyczaje, ze względu na manipulację wykonawcy NETIA stawkami jednostkowymi w celu otrzymania jak najwyższej punktacji w rankingu oceny ofert i przeniesienia faktycznych kosztów jakie będzie wykonawca ponosił w celu wykonania zamówienia do innych pozycji, które nie były przez zamawiającego punktowane.

Odwołujący podał następnie merytoryczne uzasadnienie zarzutów

Zamawiający w treści SWZ wskazał, że:

Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami o następujących wagach

- (1) cena (brutto) - 15%*
- (2) cena bez VAT za 1 minutę połączeń lokalnych i strefowych - 12%*
- (3) cena bez VAT za 1 minutę połączeń międzystrefowych - 3%*
- (4) cena bez VAT za 1 minutę połączeń do sieci komórkowych - 21%*
- (5) cena bez VAT za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787 - 3%*
- (6) cena bez VAT miesięcznej opłaty abonamentowej za wiązkę łączny 2x2Gb/s - 6%*
- (7) czas usunięcia awarii od momentu zgłoszenia – 40%*

Zamawiający zastosował kryteria cenowe oraz jakościowe (czas usunięcia awarii). Dla istoty niniejszej sprawy znaczenie ma fakt, że obaj wykonawcy którzy złożyli swe oferty wykazali najwyższą jakość w realizacji usunięcia awarii w przypadku jej wystąpienia i tym samym otrzymali najwyższą możliwą ilość punktów. Wobec tego, Zamawiający w istocie dokonywał wyboru oferty ze względu na zaoferowaną przez wykonawców cenę

Numer oferty	Cena (brutto)	cena bez VAT za 1 minutę połączeń lokalnych i strefowych	cena bez VAT za 1 minutę połączeń międzystrefowych	cena bez VAT za 1 minutę połączeń do sieci komórkowych	cena bez VAT za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787	cena bez VAT miesięcznej opłaty abonamentowej za wiązkę łącz 2x2Gb/s	czas usunięcia awarii od momentu zgłoszenia
1	211 057,96 zł	0,01 zł	0,01 zł	0,01 zł	0,20 zł	3 800,00 zł	1 godzina
2	326 286,04 zł	0,01 zł	0,01 zł	0,01 zł	0,01 zł	2 004,00 zł	1 godzina

Na podstawie cen Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, której cena jest droższa od ceny Odwołującego i to aż o 35,32%.

Odwołujący twierdził, że Zamawiający zaniechał w całości badania oferty ze względu dokonaną przez wykonawcę NETIA manipulację cenami jednostkowymi i przeniesienie faktycznych kosztów realizacji usług do pozycji, które nie były przez zamawiającego punktowane. Zamawiający bowiem w niniejszym postępowaniu przedstawił (rozdz. XIX ust. 4 SWZ) następujące pozycje, które wykonawcy powinni wycenić w ramach swojej oferty, ale nie wszystkie tak określone pozycje stanowiły podstawę do przyznania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert

4. W ofercie należy wyszczególnić również następujące elementy:

1) ceny bez VAT:

a) za 1 minutę połączeń lokalnych i strefowych

b) za 1 minutę połączeń międzystrefowych

c) za 1 minutę połączeń międzynarodowych (pozycja zaznaczona w odwołaniu jako nie stanowiąca podstawy do przyznania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert)

d) za 1 minutę połączeń do sieci komórkowych

e) za 1 minutę połączeń do sieci inteligentnych (pozycja zaznaczona w odwołaniu jako nie stanowiąca podstawy do przyznania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert)

f) za 1 minutę połączeń do pozostałych sieci, w tym do Biura Numerów (pozycja zaznaczona w odwołaniu jako nie stanowiąca podstawy do przyznania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert)

g) za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787

2) opłaty bez VAT dla szacunkowego miesięcznego czasu połączeń w rozliczeniu sekundowym:

a) średnia miesięczna opłata za połączenia lokalne i strefowe (czas połączeń 17 000 minut x ... zł/min. bez VAT)

b) średnia miesięczna opłata za połączenia międzystrefowe

(czas połączeń 8 000 minut x ... zł/min. bez VAT)

c) średnia miesięczna opłata za połączenia międzynarodowe

(czas połączeń 50 minut x ... zł/min. bez VAT)

d) średnia miesięczna opłata za połączenia do sieci komórkowych

(czas połączeń 25 000 minut x ... zł/min. bez VAT)

e) średnia miesięczna opłata za połączenia do sieci inteligentnych

(czas połączeń 800 jednostek x ... zł/min. bez VAT)

f) średnia miesięczna opłata za inne połączenia, w tym do Biura Numerów

(czas połączeń 23 minuty x ... zł/min. bez VAT)

g) średnia miesięczna opłata za połączenia przychodzące do numeru 800889787

(czas połączeń 2 minuty x ... zł/min. bez VAT)

3) miesięczna opłata abonamentowa za wiązkę łączy 4xPRA 30B+D (pozycja zaznaczona w odwołaniu jako nie stanowiąca podstawy do przyznania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert)

4) miesięczna opłata abonamentowa za wiązkę łączy 2x2Gb/s

5) łączną wartość wszystkich średnich opłat miesięcznych za ruch w rozliczeniu sekundowym i opłat abonamentowych za 1 miesiąc

6) sumę wszystkich średnich miesięcznych opłat bez VAT za ruch w rozliczeniu sekundowym za 36 miesięcy

7) opłatę abonamentową bez VAT za wiązkę łączy 4xPRA 30B+D za 36 miesięcy (pozycja zaznaczona w odwołaniu jako nie stanowiąca podstawy do przyznania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert)

8) opłatę abonamentową bez VAT za wiązkę łączy 2x2Gb/s za 36 miesięcy

Odwołujący przedstawił dwie tabele dotyczące oferty NETIA. Pierwsza stanowi ofertę ww. wykonawcy, natomiast druga wskazuje na faktyczny (procentowy) udział danej pozycji w cenie oferty:

Lp	Nazwa	Netia
1	za 1 minutę połączeń lokalnych i strefowych	0,01
2	za 1 minutę połączeń międzystrefowych	0,01
3	za 1 minutę połączeń międzynarodowych	0,60
4	za 1 minutę połączeń do sieci komórkowych	0,01
5	za 1 minutę połączeń do sieci inteligentnych	0,01
6	za 1 minutę połączeń do pozostałych sieci, w tym do Biura Numerów	1,16

7	za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787	0,01
8	miesięczna opłata abonamentowa za wiązkę łączy 4xPRA 30B+D	4 800
9	miesięczna opłata abonamentowa za wiązkę łączy 2x2Gb/s	2004

NETIA			
wartość miesięczna		wartość 36 miesięcy	Procentowy udział w cenie
0,01	170,00 zł	6 120,00 zł	2,31%
0,01	80,00 zł	2 880,00 zł	1,09%
0,6	30,00 zł	1 080,00 zł	0,41%
0,01	250,00 zł	9 000,00 zł	3,39%
0,01	8,00 zł	288,00 zł	0,11%
1,16	26,68 zł	960,48 zł	0,36%
0,01	0,02 zł	0,72 zł	0,00027%
	4 800,00 zł	172 800,00 zł	65,14%
	2 004,00 zł	72 144,00 zł	27,20%
		265 273,20 zł	92,34%

Odwołujący podał, że z powyższej tabeli w sposób jednoznaczny wynika sposób działania wykonawcy NETIA, który w pozycjach punktowanych dokonał wyceny na poziomie 0,01 zł, natomiast wszelkie koszty przeniósł do pozycji niepunktowanej (w kwocie 4800 zł). Wykonawca w pozycji „miesięczna opłata abonamentowa za wiązkę łączy 4xPRA 30B+D” uwzględnił aż 65,14% wszystkich kosztów z tytułu realizacji niniejszego zamówienia dla wszystkich czynności określonych w SWZ, w tym dla wszystkich pozycji wymienionych przez zamawiającego. Zabieg ten, który Odwołujący nazwał celową manipulacją ceny swojej oferty, pozwolił wykonawcy NETIA na uzyskanie m.in. maksymalnej ilości punktów w dwóch pozycjach, a tym samym na uzyskanie łącznie wyższej liczby punktów – pomimo, że łączna cena jego oferty jest aż o ponad 1/3 wyższa od ceny Odwołującego.

Odwołujący wskazał na fakt wykorzystania przez wykonawcę NETIA, irrelevantnej z punktu widzenia łącznej ceny oferty, pozycji „cena za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787”. Zamawiający bowiem określił, że szacunkowa liczba minut w skali jednego miesiąca wynosi tutaj ... 1 minutę (SIC). Tym samym wykonawca ten wykorzystał tak kuriozalne kryterium oceny ofert do uzyskania maksymalnej liczby punktów ze względu na zaoferowanie ceny poniżej kosztów, tj.: ceny z jednym groszem.

Zamawiający zarówno zaniechał zbadania oferty ze względu na opisaną powyżej manipulację, jak również zaniechał badania i wyjaśnienia tej ceny ze względu na przepis art.

244 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym zakresie warto wskazać, że tylko z tego tytułu wykonawca Netia otrzymał 9 pkt, natomiast odwołujący jedynie 0,45 pkt. W ogólnej liczbie punktów tylko ta jedna pozycja zadecydowała o wyborze oferty złożonej przez NETIA.

Odwołujący podał uzasadnienie prawne

Zgodnie z art. 3 ust. 1 z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09, norma ta może stanowić samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2010 r., sygn. akt II CSK 191/10). Omawiany przepis oddziela zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurencji, od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Zatem wytycza granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. Za naruszenie prawa należy uznać czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się go przedsiębiorca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej - w szczególności, jeżeli wykonawca uzyskuje przewagę nad konkurentami, w następstwie czego zaczyna zagrażać ich interesom. Przy czym pod pojęciem "sprzeczne z prawem" należy rozumieć działanie sprzeczne nie tylko z ustawą z.n.k., ale również bezprawne na kanwie odrębnych ustaw, mające wpływ na sytuację innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i naruszające ich uzasadnione interesy gospodarcze. Natomiast zakaz naruszania dobrych obyczajów chroni przede wszystkim uczciwość we współzawodnictwie na rynku towarów i usług, czyli rzetelność w konkurencji (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 marca 2015 r., sygn. akt III APa 28/14). Istotnym jest również, aby działanie wykonawcy, stojące w sprzeczności z prawem lub z dobrymi obyczajami, powodowało powstanie stanu zagrożenia, albo naruszenia interesu prawnego osób trzecich - innego przedsiębiorcy, czy zamawiającego, a także winien istnieć związek pomiędzy naruszeniem. Ponadto zauważyć należy, że dokonując wykładni omawianej normy nie można pominąć, że przedmiotem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest, w najszerszym zakresie, działalność przedsiębiorcy przed zamachami przeciwko niej skierowanymi. Ustawa ta zmierza do zapewnienia prawidłowości zachowania się i działania przedsiębiorcy w warunkach wolnej konkurencji i dostępu do rynku na równych prawach (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1995 r., sygn. akt III CZP 12/95).

W granicach wyznaczonych przez zamawiającego w SWZ to wykonawcy decydują o treści składanych oświadczeń woli, ale wykonawcy nie mogą wykorzystywać relacji pomiędzy kryteriami oceny ofert i ich wagami w celu uzyskania zamówienia. Jest to niewątpliwie

działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami (por. wyrok KIO 1142/20). Jak słusznie podkreślił Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 31 marca 2015 r. o sygn. akt III APa 28/14 „zakaz naruszania dobrych obyczajów z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. chroni przede wszystkim uczciwość we współzawodnictwie na rynku towarów i usług, rzetelność w konkurencji”. Zgodnie z wyrokiem KIO 1042/20 za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy m.in. manipulowanie ceną oferty przez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, nie pozwalającym na pokrycie rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia. Odwołujący zacytował również fragment wyroku Izba sygn. akt KIO 1013/21 oraz wyroku sygn. akt KIO 338/21. Odwołał się również do tezy wyroku Izby sygn. akt KIO 2680/20.

W zakresie nieważnienia postępowania

W odwołaniu Odwołujący podniósł zarzut ewentualny, tj.: na wypadek gdyby Izba nie podzieliła argumentacji dotyczącej powyższych zarzutów w zakresie złożenia przez wykonawcę NETIA oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut zaniechania unieważnienia postępowania ze względu na określenie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert oraz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który prowadzi do wyboru oferty obiektywnie droższej przy jednoczesnej ocenie wyłącznie kryterium Ceny oferty. Odwołujący uważał, że zamawiający określił kryteria oceny ofert zbędne z punktu widzenia interesu zamawiającego (np. punktacja dla usługi telefonicznej z szacunkową ilością miesięczną jednej minuty), a tym samym spowodował możliwość manipulacji cenami jednostkowymi w celu uzyskania większej ilości punktów. Odwołujący zacytował fragment wyroku Izby sygn. akt KIO 2598/20.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył również podstawowe i fundamentalne zasady zamówień publicznych, które wynikają z przepisu art. 17 ustawy Pzp. *„Do rangi zasady po raz pierwszy od początku istnienia systemu zamówień publicznych w Polsce w nowej ustawie podniesiona została efektywność udzielenia zamówienia. Jednym z podstawowych celów wszelkich systemów regulujących udzielanie zamówień publicznych jest osiągnięcie efektywności ekonomicznej zakupu, przez co rozumieć należy zawarcie umowy na możliwie najlepszych warunkach (używany jest często termin value for money) (szerzej o efektywności ekonomicznej M. Szydło, Prawna koncepcja zamówienia publicznego, Warszawa 2014, rozdz. 1 § 2; S. Arrowsmith, Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules [w:] Public Procurement Regulation: An Introduction, red. S. Arrowsmith, <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/publicprocurementregulationintroduction.pdf>, dostęp: 5.05.2021 r.)”* - M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł.

Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 17.

Odwołujący wskazał, że udostępnione przez Zamawiającego warunki zamówienia są wewnętrznie sprzeczne w zakresie określenia kryteriów oceny ofert. W treści ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał inne kryteria, aniżeli w treści SWZ. W ogłoszeniu wskazano:

Kryterium 1

4.3.5.) *Nazwa kryterium: Cena* 4.3.6.) *Waga: 60*

Kryterium 2

4.3.4.) *Rodzaj kryterium: inne.* 4.3.5.) *Nazwa kryterium: czas usunięcia awarii od momentu zgłoszenia* 4.3.6.) *Waga: 40*

Tym samym, zgodnie z informacją wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu wykonawca mieli świadomość, że ocenie ofert będzie podlegać cena łączna z wagą 60%. Natomiast w treści SWZ cena łączna otrzymała wagę tylko 15%. Nadto, w treści ogłoszenia nie wskazano pozostałych kryteriów. Wady tej nie można na obecnym etapie naprawić, wobec tego zachodzi konieczność unieważnienia postępowania.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 września 2022 roku (poniedziałek) od czynności Zamawiającego z dnia 13 września 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego w dniu 22 września 2022 roku, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 20 września 2022 roku przystąpienie zgłosił, po stronie Zamawiającego wykonawca Netia spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku

w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 19 września 2022 roku „Odpowiedź na odwołanie”.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu złożonego przez Odwołującego za pismem przewodnim – Oferta ramowa SOR, wyciąg 2 karty (dowód nr 1, nr 2); Stawki za rozpoczęcie i zakończenie połączenia w sieci TP z Ramowej oferty TP, wyciąg 1 karta (dowód nr 3); Informacja z Raportu cenowego, wyciąg 1 karta (dowód nr 4).

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu złożonego przez uczestnika postępowania odwoławczego – Umowa nr 13 /2019, wyciąg 2 kart (dowód nr 5).

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 13 września 2022 roku Zamawiający powiadomił Odwołującego:

Jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez:

NETIA S.A.

02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13

Nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności Wykonawców, którzy złożyli oferty:

Oferta nr 1: EnterT&T Sp. z o.o.

60-307 Poznań, ul. Grunwaldzka 104

Oferta nr 2: NETIA S.A.

02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13

Punktacja przyznana ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączna punktacja:

Numer oferty	Cena (brutto) - 15%	cena bez VAT za 1 minutę połączeń lokalnych strefowych - 12%	cena bez VAT za 1 minutę połączeń międzystrefowych - 3%	cena bez VAT za 1 minutę połączeń do sieci komórkowych - 21%	cena bez VAT za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787 - 3%	cena bez VAT miesięcznej opłaty abonamentowej za wiązkę łączności 2x2Gb/s - 6%	czas usunięcia awarii od momentu zgłoszenia — 40%	Łączna punktacja
1	45 pkt	36 pkt	9 pkt	63 pkt	0,45 pkt	9,48 pkt	120 pkt	282,93 pkt
2	29,10 pkt	36 pkt	9 pkt	63 pkt	9 pkt	18 pkt	120 pkt	284,10 pkt

Uzasadnienie faktyczne:

Oferta złożona przez NETIA S.A. 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13 została wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ, tj.

- (1) cena (brutto) - 15%
- (2) cena bez VAT za 1 minutę połączeń lokalnych i strefowych - 12%
- (3) cena bez VAT za 1 minutę połączeń międzystrefowych - 3%
- (4) cena bez VAT za 1 minutę połączeń do sieci komórkowych - 21%
- (5) cena bez VAT za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787 - 3%
- (6) cena bez VAT miesięcznej opłaty abonamentowej za wiązkę łączności 2x2Gb/s - 6%
- (7) czas usunięcia awarii od momentu zgłoszenia — 40%

Punktacja została przyznana na podstawie oceny ofert określonych w punkcie XX. SWZ, zgodnie z informacjami zawartymi w złożonej ofercie. Oceny oferty dokonało 3 członków komisji. Punktacja w każdym z kryteriów stanowi iloczyn 3 oceniających i liczby punktów przyznanych przez jednego oceniającego.

Numer oferty	Cena (brutto)	cena bez VAT za 1 minutę połączeń lokalnych i strefowych	cena bez VAT za 1 minutę połączeń międzysieciowych	cena bez VAT za 1 minutę połączeń do sieci komórkowych	cena bez VAT za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787	cena bez VAT miesięcznej opłaty abonamentowej za wiązkę łączności 2x2Gb/s	czas usunięcia awarii od momentu zgłoszenia
1	211 057,96 zł	0,01 zł	0,01 zł	0,01 zł	0,20 zł	3 800,00 zł	1 godzina
2	326 286,04 zł	0,01 zł	0,01 zł	0,01 zł	0,01 zł	2 004,00 zł	1 godzina

Uzasadnienie prawne:

art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

- nie odrzucono żadnej oferty

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający podał:

XIX.SPOSÓB OBLICZENIA CENY

1.W formularzu OFEERTA należy podać cenę (brutto) wykonania zamówienia, cenę bez VAT wykonania zamówienia oraz stawkę i kwotę VAT.

2.W formularzu OFERTA należy podać łączną wartość bez VAT wszystkich średnich opłat miesięcznych za cały okres trwania umowy za 36 miesięcy.

3.Do obliczenia ceny bez VAT oferty należy przyjąć:

a) lokalne i strefowe – czas trwania połączeń miesięcznie - 17 000 minut

b) międzystrefowe – czas trwania połączeń miesięcznie - 8 000 minut

c) międzynarodowe – czas trwania połączeń miesięcznie - 50 minut

d) do sieci komórkowych – czas trwania połączeń miesięcznie - 25 000 minut

e) do sieci inteligentnych – czas trwania połączeń miesięcznie - 800 jednostki

f) pozostałe (w tym do BN) – czas trwania połączeń miesięcznie - 23 minut

g) Bezpłatne do służ powołanych ustawowo do niesienia pomocy posiadających numery skrócone między innymi: 112; 999;998;997;994;992;991;986;984;985

h) Na bezpłatną linię 0-800889787 – czas trwania połączeń miesięcznie - 1 minuta

Podany czas trwania połączeń został obliczony na podstawie czasu połączeń z okresu kwiecień 2021– marzec 2022 roku i ma charakter szacunkowy. Rzeczywisty czas trwania połączeń może być inny i w takim przypadku nie będzie to miało wpływu na koszt połączeń.

3. W ofercie należy wyszczególnić również następujące elementy:

1) ceny bez VAT:

a) za 1 minutę połączeń lokalnych i strefowych

b) za 1 minutę połączeń międzystrefowych

c) za 1 minutę połączeń międzynarodowych

d) za 1 minutę połączeń do sieci komórkowych

e) za 1 minutę połączeń do sieci inteligentnych

f) za 1 minutę połączeń do pozostałych sieci, w tym do Biura Numerów

g) za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787

2) opłaty bez VAT dla szacunkowego miesięcznego czasu połączeń w rozliczeniu sekundowym:

a) średnia miesięczna opłata za połączenia lokalne i strefowe

(czas połączeń 17 000 minut x ... zł/min. bez VAT)

b) średnia miesięczna opłata za połączenia międzystrefowe

(czas połączeń 8 000 minut x ... zł/min. bez VAT)

c) średnia miesięczna opłata za połączenia międzynarodowe

(czas połączeń 50 minut x ... zł/min. bez VAT)

d) średnia miesięczna opłata za połączenia do sieci komórkowych

(czas połączeń 25 000 minut x ... zł/min. bez VAT)

e) średnia miesięczna opłata za połączenia do sieci inteligentnych

(czas połączeń 800 jednostek x ... zł/min. bez VAT)

f) średnia miesięczna opłata za inne połączenia, w tym do Biura Numerów

(czas połączeń 23 minuty x ... zł/min. bez VAT)

g) średnia miesięczna opłata za połączenia przychodzące do numeru 800889787

(czas połączeń 2 minuty x ... zł/min. bez VAT)

3) miesięczna opłata abonamentowa za wiązkę łączy 4xPRA 30B+D

4) miesięczna opłata abonamentowa za wiązkę łączy 2x2Gb/s

5) łączną wartość wszystkich średnich opłat miesięcznych za ruch w rozliczeniu sekundowym i opłat abonamentowych za 1 miesiąc

6) sumę wszystkich średnich miesięcznych opłat bez VAT za ruch w rozliczeniu sekundowym za 36 miesięcy

7) opłatę abonamentową bez VAT za wiązkę łączy 4xPRA 30B+D za 36 miesięcy

8) opłatę abonamentową bez VAT za wiązkę łączy 2x2Gb/s za 36 miesięcy

Jeżeli Wykonawca zamierza zastosować ulgi dotyczące cen połączeń wychodzących np. w postaci opustów w cenie minuty połączenia to należy je uwzględnić w podawanych cenach za 1 minutę.

Cenę (brutto) oferty i cenę bez VAT należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

(...)

XX.OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT

(...)

2.Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami o następujących wagach

- (1) cena (brutto) - 15%
- (2) cena bez VAT za 1 minutę połączeń lokalnych i strefowych - 12%
- (3) cena bez VAT za 1 minutę połączeń międzystrefowych - 3%
- (4) cena bez VAT za 1 minutę połączeń do sieci komórkowych - 21%
- (5) cena bez VAT za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787 - 3%
- (6) cena bez VAT miesięcznej opłaty abonamentowej za wiązkę łączy 2x2Gb/s - 6%
- (7) czas usunięcia awarii od momentu zgłoszenia – 40%

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający podał:

4.3) Kryteria oceny ofert

4.3.2.) Sposób określenia wagi kryteriów oceny ofert: Procentowo

4.3.3.) Stosowane kryteria oceny ofert: Kryterium ceny oraz kryteria jakościowe

Kryterium 1

4.3.5.) Nazwa kryterium: Cena 4.3.6.) Waga: 60

Kryterium 2

4.3.4.) Rodzaj kryterium: inne. 4.3.5.) Nazwa kryterium: czas usunięcia awarii od momentu zgłoszenia 4.3.6.) Waga: 40

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazując, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) przejrzysty,
- 3) proporcjonalny,

- art. 17 ust. 2 ustawy – Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,

- art. 224 ustawy -

ust. 1. 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.

- art. 226 ustawy –

ust. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 239 ustawy -

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

- art. 255 ustawy – Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

(...)

6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Art. 516 ustawy

ust. 1. Odwołanie zawiera:

(...)

- 7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy;
- 8) zwięźle przedstawienie zarzutów;
- 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania;
- 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności;

W zakresie zarzutu 1 odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 16 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty NETIA spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na manipulację wykonawcy stawkami jednostkowymi w celu otrzymania jak najwyższej punktacji w rankingu oceny ofert i przeniesienia faktycznych kosztów jakie będzie wykonawca ponosił w celu wykonania zamówienia do innych pozycji, które nie były przez zamawiającego punktowane – Izba zarzut odwołania uznała za niezasadny.

Izba, w odniesieniu do zarzutu odwołania wyjaśnia i podkreśla w tym miejscu, że w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą ocenie poddawane są, tylko i jedynie w ramach podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołania, wskazane czynności bądź zaniechania zamawiającego w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie podniesionego zarzutu odwołania tj. zaniechania odrzucenia oferty NETIA spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Netia lub uczestnik postępowania odwoławczego) Izba podkreśla w tym miejscu, że w zakresie odwołania i podniesionego w odwołaniu zarzutu 1, a dokładniej w zakresie uzasadnienia faktycznego jakie w zakresie tego zarzutu podniósł Odwołujący brak jest faktycznej argumentacji jaka dałaby się poddać ocenie w zakresie tego zarzutu odwołania.

Odwołujący, w treści odwołania, w prezentowanym uzasadnieniu zarzutów odwołania lakonicznie, w zasadzie blankietowo odniósł się do podstaw faktycznych jakie miałyby potwierdzać zasadność podniesionego zarzutu odwołania. W treści uzasadnienia odwołania w odniesieniu do zarzutu 1 Odwołujący w znacznej mierze przytacza treść pisma Zamawiającego z dnia 13 września 2022 roku oraz przedstawia zestawienia tabelaryczne odnoszące się do danych z oferty Netia również w prezentacji procentowej. Powyższe

informacje zawarte w uzasadnieniu odwołania stanowią w zasadzie ustalenie przez Odwołującego stanu faktycznego z jego prezentacją procentową, ale nie uzasadniają w żaden sposób zarzutu odwołania. Natomiast uzasadnienie faktyczne jakie podnosi w odwołaniu Odwołujący ogranicza się do kilku zdań i w zasadzie do stwierdzenia, że Netia przeniosła część kosztów z pozycji wycenionych na 0,01 zł do pozycji niepunktowanej „miesięczna opłata abonamentowa za wiązkę łączy 4xPRA 30B+D”. Izba dostrzegła, że w odwołaniu Odwołujący nie wymienia tych pozycji, tj. nie podaje o jakie dokładnie pozycje wyceny chodzi Odwołującemu, tylko odnosi się do nich ogólnie przez wskazanie pozycji punktowanych wycenionych na 0,01 zł. Izba ustaliła na podstawie akt sprawy, że po pierwsze; wartości do jakich odnosi się Odwołujący dotyczą wyceny za 1 minutę połączenia – a czego Odwołujący nie wskazuje w treści odwołania, po drugie; że pozycji z wyceną za jedną minutę połączenia wycenionych przez Netia na 0,01 zł jest cztery (4) tj.: - połączenia lokalne i strefowe; - połączenia międzystrefowe; - połączenia do sieci komórkowych; - połączenia przychodzące do numeru 800889787. Odwołujący w odwołaniu twierdzi, że Netia dokonała manipulacji cenowej, niemniej nie wyjaśnia, nie argumentuje i co najważniejsze w ogóle nie podnosi żadnych okoliczności faktycznych w odwołaniu, które wskazywałyby i uzasadniały fakt przenoszenia wszelkich kosztów z pozycji wycenionych na 0,01 zł i niejednoznacznie wskazanych, do pozycji miesięczna opłata abonamentowa za wiązkę łączy 4xPRA 30B+D. Izba stwierdziła również, że w odwołaniu Odwołujący nawet różnie odnosi się do kwestii wycenionych pozycji, z których nastąpiło przeniesienie kosztów raz pisząc „w pozycjach punktowanych dokonał wyceny na poziomie 0,01 zł, natomiast wszelkie koszty przeniósł do pozycji niepunktowanej (w kwocie 4800 zł)”, a następnie odnosząc się do dwóch pozycji, w których wykonawca Netia uzyskał maksymalną ilość punktów jednocześnie nie podając o jakie pozycje Odwołującemu chodzi. Izba ustaliła na podstawie informacji z dnia 13 września 2022 roku, że uzyskana przez Netia ilość punktów w zakresie podanych cen dla „cena bez VAT za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787” oraz „cena bez VAT miesięcznej opłaty abonamentowej za wiązkę łączy 2x2Gb/s” jest wyższa, maksymalna w tym postępowaniu. Wymaga wskazania, że Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do tego, czy po pierwsze chodzi Odwołującemu o powyższe pozycje oraz po drugie w jaki sposób dokonano tej, jak twierdzi manipulacji cenowej. Poziom ogólności uzasadnienia, argumentacji, stanowiska faktycznego Odwołującego nie pozwala na jednoznaczną identyfikację pozycji poddanych ocenie punktowej w tym postępowaniu o zamówienie w jakich to pozycjach miałyby - które jak twierdzi Odwołujący - dojść do manipulacji cenowej. Odwołujący, co wymaga podkreślenia, w swoim ogólnym stanowisku odnosi się do pozycji wycenionych na 0,01 zł, przy czym tych pozycji jest cztery, o czym była mowa wyżej, a dodatkowo odnosi się do pozycji wycenionej na 2004,00 zł, jednocześnie nie wyjaśniając w jaki sposób doszło do manipulacji cenowej.

Samo wskazanie, że wycena dla pozycji „miesięczna opłata abonamentowa za wiązkę łączy 4xPRA 30B+D” na poziomie 65,14% wszystkich kosztów w żaden sposób nie uzasadnia przenoszenia kosztów z pozycji wycenionych na 0,01 zł (nadal niezidentyfikowanych z nazwy), jak również kosztów z pozycji „cena bez VAT miesięcznej opłaty abonamentowej za wiązkę łączy 2x2Gb/s”. Podanie wartości procentowej odzwierciedla jedynie wartość tej pozycji w znaczeniu procentowym, przy czym nie uzasadnia w żaden sposób, że doszło do jakiegokolwiek manipulacji cenowej.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, w zakresie pozycji „cena bez VAT za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787”, że wykonawca Netia „wykorzystał tak kuriozalne kryterium oceny ofert do uzyskania maksymalnej liczby punktów ze względu na zaoferowanie ceny poniżej kosztów tj. ceny z jednym groszem”. Jednakże poza powyższym stwierdzeniem, oceną Odwołującego, nie uzasadnia Odwołujący w żaden sposób tej okoliczności, nie podaje argumentacji faktycznej, stanowiska które uzasadniałyby postawioną tezę, że zaoferowana cena jest poniżej kosztów. Samo dezawuowanie określonego kryterium cenowego i stwierdzenie, że jest ono „kuriozalne” nie uzasadnia w żaden sposób tezy, że oferowana cena jest poniżej kosztów.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnosząca się do żadnych konkretnych. Wykonawca składający odwołanie obowiązany jest do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do sprecyzowania zakresu zarzutu. Izba podkreśla, że Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Jednakże, aby to było możliwe niezbędne jest podanie argumentacji faktycznej przez Odwołującego. Tym samym odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne i uzasadnione faktycznie zarzuty wobec tych czynności lub

zaniechań przypisanych Zamawiającemu. To oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, wskazującymi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę. Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano, w nieprzerwanie aktualnym orzeczeniu, w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny zarzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą *da mihi factum, dabo tibi ius* – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (*causa petendi*) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę

zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienia faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obowiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odwzorowanie w piśmiennictwie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że stanowisko zaprezentowane w odwołaniu nie zawiera żadnego uzasadnienia faktycznego, które można byłoby poddać ocenie w kontekście podnoszonego zarzutu odwołania. Izba ocenia czynność Zamawiającego w kontekście podniesionego zarzutu i przypisanej mu argumentacji faktycznej co do ustalonego stanu faktycznego. Natomiast brak takiej argumentacji powoduje, że nie jest możliwe dokonanie oceny zarzutu w kontekście podanej przez Zamawiającego podstawy naruszenia wskazanego przepisu. Izba nie ma obowiązku, ani prawa, poszukiwania za Odwołującego uzasadnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie sposób poddać ocenie czynność Zamawiającego w sytuacji, gdy poza przedstawieniem okoliczności faktycznych sprawy, bowiem do tego sprowadza się pisemne uzasadnienie odwołania, Odwołujący nie przedstawia żadnej argumentacji faktycznej uzasadniającej, że czynność Zamawiającego z dnia 13 września 2022 roku była nieprawidłowa.

Wzmacnia powyższe również fakt, że wskazana podstawa prawna, tj. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy odnosi się do odrzucenia oferty, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w pisemnym uzasadnieniu odwołania w części dotyczącej merytorycznego uzasadnienia zarzutów w ogóle nie odnosił się do kluczowego i bezwzględnie niezbędnego, a wymagającego wykazania przez Odwołującego bezprawności działania Netia. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta - określa przesłanki uznania konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Wymieniony wyżej przepis określa przesłanki jakie muszą być spełnione aby dany czyn można uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, są nimi: działanie lub zaniechanie, podjęte w związku z działalnością gospodarczą, będące szkodliwym, ponieważ zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (względnie przedsiębiorców) lub klienta (względnie klientów), jeżeli jednocześnie jest bezprawne, jako sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami (tak: *J. Szwaja* (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2019*). Tym samym, aby można dany czyn uznać za czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy, który to narusz dobre obyczaje

niezbędne jest wykazanie przez Odwołującego zaistnienia przesłanek o jakich mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W treści odwołania brak jest jakiegokolwiek odniesienia do powyższych przesłanek oraz ich wykazania. Oznacza to, że żadna z powyższych przesłanek nie mogła zostać oceniona w ramach tego postępowania odwoławczego. Brak wykazania zaistnienia powyższych przesłanek powoduje niezasadność podniesionego zarzutu odwołania. Nie wypełnia obowiązku wykazania przesłanek danego czynu nieuczciwej konkurencji, które pozwalałaby na ocenę naruszenia przepisu ustawy pzp, odwołanie się i cytowanie orzeczeń Izby lub sądów oraz Sądu Najwyższego. Dla oceny konkretnego czynu niezbędne jest wykazanie spełnienia przesłanek w danym przypadku, w zachowaniu danego podmiotu, w odniesieniu do danego wykonawcy skarżącego takie zachowanie innego wykonawcy. Izba nie zastępuje w argumentacji faktycznej Odwołującego i nie poszukuje faktycznego uzasadnienia czy też go nie tworzy za Odwołującego. Izba jedynie poddaje ocenie przedstawioną argumentację w zakresie spełnienia powyższych przesłanek, natomiast brak ich przedstawianie skutkować musi niezasadnością podniesionego zarzutu odwołania.

Izba wskazuje, że Odwołujący za pismem przewodnim złożył na rozprawie dowody oraz przedstawił argumentację faktyczną odnoszącą się do wyceny pozycji „cena bez VAT za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787”. Przedstawiona na rozprawie argumentacja jak również stanowisko pisemne, co należy zaznaczyć odnoszą się tylko i wyłącznie do jednej pozycji wycielonej na 0,01 zł, co oznacza, że lakoniczne stanowisko prezentowane w odwołaniu w odniesieniu do wszystkich pozycji zostało w trakcie rozprawy pominięte i ograniczone jedynie do tej jednej pozycji. Izba wskazuje, że prezentowane na rozprawie stanowisko i argumentacja nie zostały zawarte w uzasadnieniu faktycznym odwołania i wraz z przedstawionymi dowodami stanowią nowy element, uzasadnienie jakie nie było artykułowane w uzasadnieniu podniesionego zarzutu odwołania. Zarzut odwołania został również w sposób nieuprawniony rozszerzony, bowiem Odwołujący wskazał także na naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) zgodnie z którym, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dowodzi tego argumentacja z uzasadnienia odwołania, gdzie Odwołujący w części uzasadnienia prawnego przedstawia orzecznictwo uzasadniające przyjęcie normy z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako samodzielnej podstawy uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Powyższe dowodzi tego, że Odwołujący zdawał sobie sprawę z konieczności podniesienia argumentacji faktycznej, czego nie uczynił w treści odwołania.

Izba zobowiązana była pominąć tę argumentację faktyczną prezentowaną na rozprawie, bowiem zgodnie z art. 555 ustawy Izba może orzekać jedynie w zakresie zarzutów odwołania zawartych w odwołaniu, natomiast zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą zarówno Izby jak i sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego niezbędnym jest w zakresie zarzutu odwołania zaprezentowanie uzasadnienia faktycznego, argumentacji która podlegać będzie ocenie w kontekście podnoszonego naruszenia prawa. Przyjęcie prezentowanej w piśmie przewodnim oraz na rozprawie argumentacji stanowiącej uzasadnienie merytoryczne stanowiłoby rozszerzenie zarzutów odwołania po upływie terminu na wniesienie odwołania, co jest niedopuszczalne, bowiem termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym. Pominięcie przy rozpoznaniu zarzutu odwołania ww. argumentacji Odwołującego powoduje bezprzedmiotowości dowodów przedstawionych przez Odwołującego za pismem przewodnim (dowody 1-4), bowiem dowody te złożone zostały na potwierdzenie rozszerzonej, niezawartej w odwołaniu argumentacji faktycznej.

Nieskuteczne jest podnoszenie zarzutów, również w warstwie ich argumentacji faktycznej, dopiero na etapie rozprawy i takie zarzuty Izba musi pominąć. Również na podstawie art. 583 ustawy sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 21 października 2021 r. XXIII Zs 93/21: *Ponieważ Sąd Okręgowy, z przedstawionych względów, doszedł do wniosku, że zarzuty podniesione w skardze Konsorcjum (...) nie pokrywały ją się z tymi z odwołania, na podstawie art. 583 ustawy Prawo zamówień publicznych, musiał powstrzymać się od ich rozpoznania, a to na podstawie art. 588 ust. 1 tej ustawy skutkowało oddaleniem skargi.*)

Reasumując, Izba poddała zarzut nr 1 rozpoznaniu w odniesieniu do stanowiska jakie zostało zaprezentowane w uzasadnieniu zarzutu odwołania uznając że zarzut, z uwagi na lakoniczność, ogólnikowość argumentacji faktycznej oraz brak wykazania spełnienia przesłanek z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest bezzasadny. Izba nie mogła, zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi, uwzględnić stanowiska Odwołującego zawierającego faktyczną argumentację, a zaprezentowaną dopiero na rozprawie, bowiem stanowiła ona nową, nieznaną w terminie na złożenie odwołania argumentację, która nie była znana stronom postępowania. Tym samym Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy za niezasadny, a co za tym idzie nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 16 ustawy.

W zakresie zarzutu 2 tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy oraz art. 224 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnienia kalkulacji swojej oferty, w

szczegółności wobec stawek jednostkowych, których koszty zostały przeniesione do innych pozycji w celu uzyskania większej punktacji w rankingu ofert, a tym samym zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w pozycji „cena za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787” – Izba zarzut uznała za niezasadny.

W zakresie powyższego zarzutu odwołania Izba stwierdziła brak argumentacji faktycznej w uzasadnieniu odwołania. Zarzut odwołania wskazany przez Odwołującego w petitum odwołania wiąże w sobie dwie odrębne podstawy prawne rodzące w efekcie konieczność podnoszenia różnej argumentacji faktycznej uzasadniającej zaistnienie podnoszonego naruszenia prawa.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy 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 wycięcia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Przepis ten określa i charakteryzuje konieczność podejmowania określonych czynności przez Zamawiającego z uwagi na zaistnienie po stronie Zamawiającego określonego subiektywnego odczucia po stronie Zamawiającego. Powyższa regulacja prawna tym samym determinuje kryterium badania ceny oferty lub jej istotnej części składowej, którym jest przekonanie Zamawiającego co do tego, że dana cena wydaje się być rażąco niska lub budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Skoro Odwołujący kwestionuje brak wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie oferowanych stawek jednostkowych, które zostały w jego ocenie przeniesione do innych pozycji to obowiązany był wykazać taką okoliczność oraz fakt, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do wyceny tych stawek. W odwołaniu brak jest jakiegokolwiek argumentacji w powyższym zakresie. Izba podkreśla w tym miejscu, że treść ww. artykułu ustawy z 11 września 2019 roku zbieżna jest z treścią art. 90 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych. Tym samym wykładnia ww. przepisu ustawy art. 224 ust. 1 ustawy, a co za tym idzie i podstawy kwestionowania zaniechania Zamawiającego w czynności wezwania do złożenia wyjaśnień szeroko zostały omówione w doktrynie przedmiotu jak również znajdują swoją wykładnię w orzecznictwie Izby ale i sądów okręgowych. Za niewystarczające uzasadnienie zarzutu odwołania w części dotyczącej naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy należy uznać w zasadzie jedno zdanie odwołania tj. „zaniechanie badania i wyjaśnienia ceny z względu na przepis art. 244 ust. 1 ustawy Pzp”. Natomiast ogólna argumentacja faktyczna

w odwołaniu dotycząca stawek jednostkowych, w kontekście przesłanek z art. 224 ust. 1 ustawy nie dowodzi w żaden sposób naruszenia tego przepisu przez Zamawiającego. Izba stwierdziła również, że dowód złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego (dowód nr 5), potwierdza oferowanie stawek jednostkowych poszczególnych pozycji na poziomie 0,01 zł w poprzedni postępowaniu. Izba nie dokonuje oceny stawek wymienionych w dowodzie nr 5, ale stwierdza, że to po stronie Odwołującego brakło jakiegokolwiek argumentacji faktycznej, która dowodziłaby, że Zamawiający powinien nabrać jakichkolwiek wątpliwości co do zaoferowanych cen jednostkowych poszczególnych pozycji. Przy czym ponownie Odwołujący nie odnosi się do żadnych konkretnych pozycji cenowych.

Mając na uwadze powyższe, jak również argumentację prawną przedstawioną przy zarzucie 1, a odnoszącą się do zakresu zarzutu odwołania i uzasadnienia faktycznego odwołania Izba uznała, że brak argumentacji faktycznej naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy powoduje niezasadność tego zarzutu. Jednocześnie podobnie jak w zakresie rozpoznania zarzutu 1 uznanie argumentacji przedstawionej na rozprawie stanowiłoby nieuprawnione przywrócenie wykonawcy terminu na wniesienie odwołania, dlatego też argumentacja faktyczna co do jednej z pozycji wycenionych na 0,01 zł została przez Izbę pominięta. Uwzględniając powyższe oraz wskazywane stanowisko w zakresie argumentacji prawnej i faktycznej zawarte w zarzucie 1 Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy nie potwierdził się.

W zakresie podnoszonego dalszego naruszenia w tym zarzucie 2 tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Izba stwierdziła niezasadność zarzutu. Zgodnie ze wskazanym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podobnie jak w odniesieniu do art. 224 ust. 1 ustawy, ww. podstawa odrzucenia oferty jest tożsama z podstawą odrzucenia oferty z ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku (art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy). Tak więc i w zakresie tak podnoszonego naruszenia zasadne jest korzystanie z wypracowanego stanowiska w doktrynie oraz orzecznictwie. Wymaga podkreślenia, że podnoszenie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, bez uprzedniego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jest niezasadne. Odrzucenie ofert jako tej, która zawiera rażąco niską cenę może nastąpić dopiero wtedy, gdy wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Takie stanowisko jednoznaczne i niezmiennie jak również jednolite w orzecznictwie Izby, sądów okręgowych ale i Trybunału Sprawiedliwości UE, mimo zmiany ustawy w 2021 roku, nie uległo zmianie.

Mając na uwadze powyższe, przy braku uprzedniego wezwania do złożenia wyjaśnień, Izba uznała niezasadność zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy

zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w pozycji „cena za 1 minutę połączeń przychodzących do numeru 800889787”.

W zakresie zarzutu 3 tj. naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Powyższy zarzut Izba uznała za niezasadny, bowiem za niezasadne Izba uznała zrzuty 1 i 2 odwołania, co w konsekwencji powoduje niezasadność zarzutu zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych w SWZ kryteriów oceny ofert.

W zakresie zarzutu 4 tj. naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący zachowania równego traktowania wykonawców oraz w sposób niegwarantujący zachowanie zasady przejrzystości w związku z dokonaniem odrzucenia oferty Odwołującego, która spełnia wszelkie warunki oraz wymagania zawarte w ustawie Pzp oraz SWZ, a w szczególności w stosunku do odwołującego nie zachodzi żadna z przesłanek wykluczenia z postępowania – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba zarzut uznała za niezasadny, bowiem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 13 września 2022 roku w postępowaniu nie została odrzucona żadna oferta. Skoro nie została odrzucona żadna oferta, to również nie została odrzucona oferta Odwołującego, co potwierdza chociażby fakt, że Odwołujący nie podnosi zarzutów odwołania co do odrzucenia swojej oferty oraz podnosi uzasadnienie interesu we wniesieniu odwołania. Ten zarzut odwołania nie znajduje żadnego umocowanie w stanie faktycznym sprawy, a tym samym jest bezzasadny.

W zakresie zarzutu 5 (zarzut ewentualny) tj. naruszenia art. 255 pkt 6 w związku z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy przez określenie kryteriów oceny ofert dotyczących ceny prowadzących do wyboru oferty droższej pomimo, że nie przedstawia ona innych różnic w zakresie jakości oraz innych elementów, a tym samym zaniechania unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego – Izba zarzut uznała za niezasadny.

W zakresie tego zarzutu odwołania Izba stwierdziła, że podniesiona argumentacja faktyczna, zamykająca się w tezie dotyczącej ukształtowania kryteriów oceny ofert zbędnych z punktu widzenia interesu zamawiającego oraz określenie przez zamawiającego kryteriów oceny ofert i opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który prowadzi do wyboru oferty obiektywnie droższej przy jednoczesnej ocenie wyłączenie kryterium Ceny oferty stanowi argumentację bardzo lakoniczną oraz spóźnioną. Treść SWZ była znana Odwołującemu na etapie przed składaniem ofert i w zakresie ukształtowania kryteriów oceny oferty, a także ich znaczenia w postępowaniu wykonawca miał prawo i możliwość kwestionowania tych postanowień SWZ w przewidzianym na to okresie, zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy. Zaniechanie znanych treści SWZ na etapie przed składaniem ofert nie przywraca wykonawcy możliwości kwestionowania tych postanowień na etapie po terminie składania ofert, po wyborze oferty najkorzystniejszej. Stanowisko takie wyrażane jest w orzecznictwie Izby nieprzerwanie i jest jednolite. Również w odniesieniu do argumentu dotyczącego niespójności kryteriów oceny ofert podanych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ Izba wskazuje, że odwołanie w tym zakresie również powinno być podnoszone na wcześniejszym etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 2 ustawy.

W odniesieniu do podstaw prawnych wskazanych w zarzucie odwołania wyartykułowanym w petitum odwołania tj. naruszenia art. 255 pkt 6 w związku z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, Izba wyjaśnia, że na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezbędne jest zatem kumulatywne wystąpienie w prowadzonym postępowaniu przesłanek: (1) naruszenia przepisów ustawy, czyli wady, (2) której nie da się już usunąć, (3) a powoduje ona, że zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu.

Jednakże ostatnia z wymienionych wyżej przesłanek została sprecyzowana w art. 457 ust. 1 ustawy - umowa podlega unieważnieniu, jeżeli Zamawiający: (1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

(2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; (3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2; (4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową; 5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5) udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Tym samym, co należy podkreślić, ponieważ art. 457 ust. 1 ustawy zawiera zamknięty katalog pięciu przesłanek, związanych z naruszeniem konkretnie wskazanych tam przepisów ustawy dotyczących prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu – unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy udzielenie zamówienia prowadziło do zaistnienia jednego z tych pięciu przypadków, o których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy.

Wartym jest odnotowania w tym miejscu, że w przypadku powyższych regulacji, odmiennie jak to miało miejsce w przypadku regulacji z art. 224 ust. 1 ustawy czy też art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych pierwotnie przyznano Zamawiającemu szerokie uprawnienie do unieważnienia prowadzonego postępowania, gdyż w ramach katalogu zawartego w art. 146 ust. 1 tejże ustawy z 2004 roku zwarte były przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy (w pkt 5) albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (w pkt 6). Przy czym od 29 stycznia 2010 r. obowiązywał już zbliżony do aktualnego stan prawny, w którym analogiczna przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z 2004 roku (art. 255 pkt 6 obowiązującej obecnie ustawy z 2019 roku) była doprecyzowana w 146 ust. 1 pkt 1-7 ustawy z 2004 roku (art. 457 ust. 1 pkt 1-5 obowiązującej obecnie ustawy z 2019 roku), czyli uprawnienie zamawiającego do unieważnienia prowadzonego postępowania jako obarczonego nieusuwalną wadą ograniczone zostało do zamkniętego katalogu kazuistycznie uregulowanych sytuacji, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Jednocześnie w znowelizowanym art. 146 ust. 6 ustawy z 2004 roku zawarto przepis o charakterze klauzuli generalnej, uprawniający wyłącznie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z jednej strony nastąpiło zatem ograniczenie podmiotowe legitymacji czynnej wyłącznie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a więc z pominięciem Zamawiających, z drugiej

zakres przedmiotowy podstawy unieważnienia, w stosunku do poprzednio obowiązujących art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy z 2004 roku uległ dalszemu rozszerzeniu, gdyż wystarczające było, aby wada postępowania potencjalnie mogła mieć, a nie rzeczywiście miała, wpływ na jego wynik. W doktrynie i orzecznictwie ukształtowało się jednak przekonanie, że wykładnia literalna znowelizowanego art. 146 ust. 6 ustawy z 2004 roku prowadzi do absurdalnych rezultatów, gdyż Zamawiający zmuszeni byłiby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku przeprowadzenia postępowań obarczonych poważnymi i nieusuwalnymi wadami i wyczekiwania, czy ewentualnie Prezes UZP wystąpi z powództwem o stwierdzenie nieważności takiej umowy. Innymi słowy oznaczałoby to przyzwolenie na zawieranie umów, które mogłyby podlegać późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, przy czym stwierdzenie wystąpienia okoliczności skutkujących unieważnieniem tych umów było możliwe lub wręcz nastąpiło jeszcze przed ich zawarciem. Stąd orzecznictwo i doktryna stanęły na stanowisku, że zamawiający przy unieważnianiu prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z 2004 roku jest również uprawniony do brania pod uwagę okoliczności mieszczących się w klauzuli generalnej z art. 146 ust. 6 ustawy z 2004 roku.

Tymczasem w aktualnym stanie prawnym z art. 459 ust. 1 pkt 2 ustawy wynika, że Prezes Urzędu Zamówień publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy wyłącznie w tych sytuacjach, o których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy, czyli w tych samych, w których Zamawiający mógł zapobiec zawarciu tej umowy dzięki unieważnieniu postępowania jako obciążonego nieusuwalną wadą. Należy zaznaczyć, że art. 256 ustawy przyznaje dodatkowo Zamawiającemu uprawnienie do unieważnienia postępowania, ale wyłącznie przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania byłoby nieuzasadnione. Przesłanka unieważnienia z art. 256 ustawy jest nieostra i pozostawia Zamawiającemu pewien bufor dowolności co do tego, w jakiej sytuacji uzna, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione (przy czym oczywiste jest, że chodzi o okoliczności, które zaistniały lub ujawniły się po wszczęciu postępowania, ale nie później niż do upływu terminu składania ofert). Odmiennie natomiast uregulowana jest podstawa unieważnienia z art. 255 pkt 6 ustawy w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy, która nie pozostawia żadnego zakresu dowolności. Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, że o ile na początkowym etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający ma szeroko zakreślone uprawnienie do jego unieważnienia, o tyle po otwarciu ofert ulega ono zawężeniu do ściśle oznaczonych okoliczności. (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2022 r. sygn. akt KIO 1074/22).

W przedmiotowej sprawie odwoławczej Odwołujący nie wykazał, że zaistniały określone prawem jednoznaczne okoliczności stanowiące podstawę do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby brak wykazania spełnienia określonych i podanych wyżej przesłanek skutkuje niezasadnością postawionego zarzutu odwołania oraz w efekcie uznaniem, że nie zostały naruszone zasady prawa zamówień publicznych określonych w art. 17 ust. 1 i 2 ustawy.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawaniu sprawy odwołanie okazało się niezasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: