

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2023 r. przez odwołującego – ORANGE Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sieć Badawczą Łukasiewicza – Instytut Chemii Przemysłowej im. Prof. Ignacego Mościckiego w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – ORANGE Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – ORANGE Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od odwołującego – ORANGE Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego – Sieci Badawczej Łukasiewicza – Instytutu Chemii Przemysłowej im. Prof. Ignacego Mościckiego w Warszawie kwotę 2 706 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące siedemset sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 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

Sieć Badawcza Łukasiewicz – Instytut Chemii Przemysłowej im. Prof. Ignacego Mościckiego w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej jako „ustawa PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„dostawę 200 sztuk telefonów komórkowych wraz z aktywacją karty i abonamentem miesięcznym na okres 24 miesięcy na potrzeby Zamawiającego”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 marca 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00130383/01.

W dniu 28 marca 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca ORANGE Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy PZP czynność Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy PZP poprzez dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na to, że w ocenie Zamawiającego postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na wcześniejszą nieprawidłową czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz brak możliwości dokonania, w oparciu o przyjęte kryteria, wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo, iż nieprawidłowa czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie przesądza o nieważności postępowania i jest usuwalna, a przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert pozwalają dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji brak jest możliwości uznania, że postępowanie obarczone

jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z uwagi na podniesiony zarzut Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert,
- 3) dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający w dniu 23 marca 2023 r. dokonał czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy PZP z uwagi na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej odrzuceniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednakże czynność tą zdaniem Odwołującego należy uznać za nieprawidłową.

Odwołujący powołał się przy tym na poglądy prawne Włodzimierza Dzierżanowskiego i Andrzeja Gawrońskiej-Baran wyrażone w komentarzach prawniczych do przepisów ustawy PZP na temat stosowania art. 255 ustawy PZP. Według poglądu pierwszego ze wskazanych autorów katalog zobowiązujących do unieważnienia postępowania przesłanek jest przy tym zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania. Czynność taka, jako dokonana bez podstawy prawnej, byłaby bowiem unieważniona w postępowaniu odwoławczym, gdyż stanowiłaby naruszenie ustawy PZP. Przepisy o unieważnieniu postępowania znajdują zastosowanie niezależnie od trybu udzielenia zamówienia oraz jego wartości. Jedynie niektóre przesłanki wymienione w art. 255 ustawy PZP odnoszą się wprost do konkretnych trybów udzielania zamówienia. Wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie skutkiem wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła wyraźnie do art. 457 ust. 1 i ust. 5 ustawy PZP, w których wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy

powodujące konieczność unieważnienia umowy. Wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP. Natomiast zdaniem drugiego z przywołanych autorów zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w art. 255 ustawy PZP, co oznacza, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione jakiegokolwiek uznaniowości w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania, a interpretacji przesłanek unieważnienia postępowania należy dokonywać w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej. Rozszerzająca wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia jest zatem niedopuszczalna, gdyż mogłaby prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia, w szczególności gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy to zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i zaoferowane przez nich warunki realizacji zamówienia. Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP ze względu na jego wadę, o ile spełnia ona dwa kryteria. Musi to być wada niemożliwa do usunięcia po jej stwierdzeniu ze względu na stan zaawansowania postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto chodzi o nieprawidłowości rzutujące bezpośrednio na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem postępowania jest bowiem zawarcie wyłącznie w pełni skutecznej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na przeszkodzie stają zatem wyłącznie nieusuwalne wady proceduralne (czyli nie podlegające konwalidacji), obciążające postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego. Warunkiem skuteczności unieważnienia postępowania jest wykazanie najpierw wady postępowania i jej nieusuwalności, a potem skutku w postaci niemożliwości zawarcia ważnej umowy finalnej. Jeżeli wada jest wprawdzie nieusuwalna, lecz umożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, zamawiający powinien doprowadzić do udzielenia zamówienia. Skoro wada postępowania skutkująca unieważnieniem postępowania nie może być wadą o charakterze nieistotnym, ponieważ co do zasady mogłaby zostać usunięta przez zamawiającego, nie każde naruszenie przepisów ustawy PZP może rzutować na wynik postępowania i zmusza zamawiającego do unieważnienia postępowania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający jest zobowiązany zatem do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co do zasady poprzez wybór oferty najkorzystniejszej

i udzielenie zamówienia publicznego. Jedynie w wyjątkowych przypadkach Zamawiający może albo jest zobowiązany do unieważnienia postępowania.

W dalszej części uzasadnienia odwołania Odwołujący stwierdził, że przedmiotowe postępowanie nie jest obarczone żadną wadą, a tym bardziej nieusuwalną. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający za nieusuwalne wady uznał dwie okoliczności. Po pierwsze Zamawiający wskazał na okoliczność, że *„W przedmiotowym postępowaniu dokonano wyboru oferty w oparciu o błędnie sformułowane kryteria oceny, oraz z naruszeniem ustawy PZP, poprzez wcześniejsze wadliwe dopuszczenie zmiany w treści wybranej oferty, w ramach wyjaśnień składanych zgodnie z art. 223 ust. 1 i 2 ustawy PZP, które to zmiany nie stanowiły korekty oczywistych omyłek pisarskich lub rachunkowych, lecz niedopuszczalną na tle art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy PZP istotną zmianę w treści oferty – co spowodowało unieważnienie wyboru oferty przez zamawiającego”*. Według Odwołującego nie można nieprawidłowej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej uznać za nieusuwalną wadę postępowania, lecz jedynie za nieprawidłową czynność Zamawiającego w postępowaniu, którą z resztą sam Zamawiający naprawił poprzez jej unieważnienie. W konsekwencji nieprawidłowa czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie może być uznana za nieusuwalną wadę postępowania, która nie pozwala na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i prowadzić do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP. Po drugie Zamawiający wskazał na fakt, że *„Ponowna ocena ofert niepodlegających odrzuceniu, z zastosowaniem wzorów zawartych w SWZ również nie doprowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty z powodu niemożliwej do usunięcia wadliwości w sformułowaniu kryteriów oceny ofert oraz niejednoznacznej interpretacji postanowień SWZ przez wykonawców, którzy złożyli oferty, co skutkuje niemożliwością udzielenia zamówienia w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”*. W odniesieniu do drugiej ze wskazanych okoliczności Odwołujący stwierdził, że nie można w ogóle mówić o wadzie tego postępowania. Przede wszystkim Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że kryteria oceny ofert nie pozwalają na wybór oferty najkorzystniejszej w toku powtórzonej czynności badania i oceny ofert, ponieważ kryteria oceny ofert zostały opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały, w tym za pomocą wzorów matematycznych. Następnie Zamawiający za pomocą określonych przez siebie w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) kryteriów, ocenił oferty i dokonał ich klasyfikacji. Natomiast to, że jeden z wykonawców sporządził ofertę w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, a przez to niemożliwy do oceny

w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert, nie oznacza, że kryteria były sporządzone w sposób nieprawidłowy, w szczególności, że błąd tego wykonawcy odnosił się do wiadomości powszechnie znanych, tj. możliwości dzielenia przez 0. Inne oferty zostały sporządzone zgodnie z warunkami zamówienia, były możliwe do oceny i klasyfikacji na podstawie przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Według Odwołującego nieprawidłowość czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie wynikała zatem z nieprawidłowości kryteriów, lecz z tego, że Zamawiający wziął pod uwagę przy ocenie ofert ofertę, której treść była niezgodna z warunkami zamówienia, co nie jest wadą postępowania, tylko nieprawidłową czynnością Zamawiającego w postępowaniu i może zostać usunięta, a nawet zostało usunięte przez Zamawiającego poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Poza tym w ocenie Odwołującego nie jest możliwe zrównanie nieusuwalnego błędu w postępowaniu ze złożeniem oferty niezgodnej z warunkami zamówienia przez jednego z wykonawców. Nie ma podstaw do tego ani w treści art. 255 pkt 6 ustawy PZP, ani w wypracowanych przez orzecznictwo i doktrynę poglądach, aby uznać, iż złożenie przez wykonawcę oferty niezgodnej z warunkami zamówienia oznacza, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą niepozwalającą na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego sporządzenie przez wykonawcę oferty w sposób niezgodny z warunkami zamówienia przesądza o konieczności odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, a nie o tym, że postępowanie jest obarczone nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważył, że nawet gdyby przyjąć, że którakolwiek z okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu jego czynności stanowiła nieusuwalną wadę postępowania, to – aby doszło do unieważnienia postępowania – wada ta musi jeszcze skutkować brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie podlegałaby unieważnieniu. Odwołujący wskazał, że umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać unieważniona jedynie w ściśle określonych sytuacjach, przewidzianych w art. 457 ust. 1 i ust. 5 ustawy PZP. Natomiast czynności dokonane przez Zamawiającego w postępowaniu nie mogły doprowadzić do zaistnienia żadnej z przesłanek unieważnienia umowy, ani z art. 457 ust. 1 ustawy PZP, ani z art. 457 ust. 5 ustawy PZP.

W odniesieniu do przesłanki z art. 457 ust. 1 ustawy PZP brak jest nieusuwalnego błędu w postępowaniu, który mógłby prowadzić do unieważnienia umowy, w następujących sytuacjach:

- 1) art. 457 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP – brak ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych – ogłoszenie takie zostało zamieszczone,
- 2) art. 457 ust. 1 pkt 2) ustawy PZP – zawarcie umowy przed upływem terminu stand still, albo przed wydaniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą – w postępowaniu nie doszło jeszcze w ogóle do zawarcia umowy,
- 3) art. 457 ust. 1 pkt 3) ustawy PZP – postępowanie nie jest prowadzone w trybie z wolnej ręki,
- 4) art. 457 ust. 1 pkt 4) ustawy PZP – postępowanie nie dotyczy zamówienia w ramach umowy ramowej, ani zawarcia umowy ramowej,
- 5) art. 457 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP – postępowanie nie obejmuje dynamicznego systemu zakupów.

Poza tym czynności w postępowaniu dokonane przez Zamawiającego, nie prowadzą również do unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 5 ustawy PZP w zw. z art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360) – nie doszło bowiem do wpływu na wynik przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia oraz stanowiska stron wyrażone w pismach i złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zawarł wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy PZP z uwagi na to, że jego zdaniem odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, tj. przez wykonawcę nieposiadającego interesu prawnego we wniesieniu odwołania, który na skutek czynności unieważnienia postępowania nie poniósł i nie może ponieść szkody, gdyż nie pozyska zamówienia. W ocenie Izby na gruncie przepisu art. 505 ust. 1 ustawy PZP przesłankę „interesu w uzyskaniu zamówienia”, czyli samą możliwość uzyskania zamówienia, należy interpretować w sposób szeroki i odnosić ją już do potencjalnej możliwości pozyskania przez Odwołującego

zamówienia. Niewątpliwie tak rozumiany interes wykonawca ORANGE Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w niniejszej sprawie posiada, ponieważ jest jednym z wykonawców biorących udział w przetargu, który liczy na wybranie przez Zamawiającego jego oferty. Jednocześnie wykonawca ten może ponieść szkodę w postaci nieosiągnięcia zakładanego zysku, gdyby nie udało mu się pozyskać przedmiotowego zamówienia z powodu, jego zdaniem, nieuzasadnionego unieważnienia postępowania przetargowego. W związku z tym za niemającą znaczenia dla oceny istnienia „interesu w uzyskaniu zamówienia” należy uznać dokonaną przez Zamawiającego symulację, która dotyczyła punktacji przyznanej poszczególnym wykonawcom w ramach rankingu ofert w sytuacji, gdyby nie doszło do unieważnienia postępowania, a z której wynika, że Odwołujący i tak nie wygrałby tego przetargu. Takiego rodzaju dywagacje są również przedwczesne, charakteryzują się dużym stopniem hipotetyczności i niepewności, biorąc zaś pod uwagę nieprzewidywalność czynności samych wykonawców oraz możliwość skorzystania przez nich w postępowaniu ze środków ochrony prawnej nie dają one podstaw do przesądzenia, jaki w ostateczności byłby wynik przetargu. Z tego też względu Izba stwierdziła, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP. Wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania nie mógł zostać zatem przez Izbę uwzględniony.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez obie strony postępowania oraz uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 kwietnia 2023 r.

Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

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

Zamawiający – Sieć Badawcza Łukasiewicz – Instytut Chemii Przemysłowej im. Prof. Ignacego Mościckiego w Warszawie działając w trybie przepisów ustawy PZP prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„dostawę 200 sztuk telefonów komórkowych wraz z aktywacją karty i abonamentem miesięcznym na okres 24 miesięcy na potrzeby Zamawiającego”*. Numer referencyjny tego zamówienia to FL.250.7.2023.MR.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 marca 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00130383/01.

W rozdziale XIV SWZ Zamawiający opisał kryteria oceny ofert wraz z podaniem wag kryteriów i sposobu oceny ofert. W ust. 1 rozdziału XIV SWZ Zamawiający wskazał, że przy wyborze wykonawcy posługiwał się będzie następującymi kryteriami oceny ofert:

- a) Cena za aparat telefoniczny – waga kryterium 60%,
- b) Cena za miesięczny abonament – waga kryterium -30%,
- c) Termin gwarancji na aparat telefoniczny – waga kryterium 10%.

Sposób obliczenia punktów:

- a) w ramach kryterium nr 1 Cena:

Cena: 60% (C)

Sposób dokonania oceny według wzoru:

$$C = (C_{\min} : C_b) \times 100 \times 60\%$$

C – wartość punktowa ceny brutto

C_{min} – cena najniższa

C_b – cena badanej oferty

b) w ramach kryterium nr 2 Cena za abonament (A)-

Sposób dokonania oceny według wzoru:

$$A = (A_{\min} : A_b) \times 100 \times 30\%$$

A – wartość punktowa abonamentu brutto

A_{min} – najniższy abonament

A_b – abonament z badanej oferty

c) w ramach kryterium nr 3 – termin gwarancji (G) – Zamawiający przyzna punkty na podstawie zadeklarowanego terminu gwarancji podanego przez wykonawcę w formularzu ofertowym.

W przypadku zaoferowania:

- 24 miesiące – 0 punktów

- 36 miesięcy – 10 punktów

Ok – Ocena końcowa

$$Ok = C + A + G$$

Punkty liczone są z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

W ust. 2 rozdziału XIV SWZ przewidziano natomiast, że Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które odpowiadają zasadom określonym w ustawie i spełniają wymagania określone w SWZ.

Oferty w postępowaniu złożyło pięciu wykonawców, w tym POLKOMTEL Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „wykonawcą POLKOMTEL”), który zaoferował cenę 0 złotych za dostawę 200 sztuk aparatów telefonicznych, a także Odwołujący. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 20 marca 2023 r., za którą została uznana oferta wykonawcy POLKOMTEL.

Następnie w dniu 23 marca 2023 r. Komisja Przetargowa powtórnie przeanalizowała czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i stwierdziła, że wybór oferty był obarczy wadą z następujących powodów:

- 1) W związku z tym, że wykonawca POLKOMTEL w formularzu ofertowym zawarł cenę 0 zł za aparat, oferta ta winna być odrzucona z powodu braku możliwości dokonania wyliczenia punktów w kryterium „Cena za aparat telefoniczny”.
- 2) Zgodnie z art. 223 ust. 1 i 2 ustawy PZP wyjaśnienia składane przez wykonawcę nie powinny powodować istotnych zmian w treści oferty. Uznanie przez Komisję poprawionej wartości brutto za 200 sztuk aparatów spowodowało taką zmianę, co jest niezgodne z zapisami ustawy PZP.
- 3) Wybrana oferta nie zawierała najniższej ceny umowy ogółem, zatem nie była ofertą najkorzystniejszą dla zamawiającego.
- 4) Wykonawcy składający oferty w sposób niejednoznaczny zrozumieli opis kryteriów oceny, co spowodowało złożenie nieporównywalnych ofert.
- 5) Zaproponowane przez Zamawiającego kryteria oceny, już po otwarciu ofert okazały się kryteriami uniemożliwiającymi rzetelny wybór najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z powodu wybrania oferty z naruszeniem przepisów ustawy PZP. Dokonał również unieważnienia samego postępowania na podstawie przesłanki z art. 255 pkt 6 ustawy PZP wskazując, że:

- 1) W przedmiotowym postępowaniu dokonano wyboru oferty w oparciu o błędnie sformułowane kryteria oceny, oraz z naruszeniem ustawy PZP, poprzez wcześniejsze wadliwe dopuszczenie zmiany treści wybranej oferty, w ramach wyjaśnień składanych zgodnie z art. 223 ust. 1 i 2 ustawy PZP, które to zmiany nie stanowiły korekty oczywistych omyłek pisarskich lub rachunkowych, lecz niedopuszczalną na tle art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP istotną zmianę w treści oferty – co spowodowało unieważnienie wyboru oferty przez zamawiającego.

2) Ponowna ocena ofert niepodlegających odrzuceniu, z zastosowaniem wzorów zawartych w SWZ również nie doprowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty z powodu niemożliwej do usunięcia wadliwości w sformułowaniu kryteriów oceny ofert oraz niejednoznacznej interpretacji postanowień SWZ przez wykonawców, którzy złożyli oferty, co skutkuje niemożliwością udzielenia zamówienia w sposób przejrzysty, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawców, że w trybie pilnym zostanie wszczęte kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące tego przedmiotu, wraz z naniesionymi zmianami zapisów dotyczących kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Po przeprowadzeniu rozprawy oraz zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała merytorycznie odwołanie złożone przez wykonawcę ORANGE Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Według regulacji art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Art. 255 ustawy PZP zawiera obligatoryjne przesłanki unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, w tym w pkt 6 stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dokonana przez Zamawiającego czynność unieważnienia postępowania była co do zasady prawidłowa, choć nie wszystkie wskazane w jej uzasadnieniu

powody można uznać za odpowiadające regulacji ustawowej. Przede wszystkim stwierdzić należy, że trafnie uznał Zamawiający, iż kryteria oceny ofert zostały ustalone w sposób wadliwy, albowiem Zamawiający nie przewidział możliwości wycenienia jednego z elementów przedmiotu zamówienia, dodatkowo punktowanego w ramach kryteriów oceny ofert, na 0 (zero) złotych. W konsekwencji podstawienia cyfry 0 do wzoru matematycznego w ramach kryterium nr 1 nie da się w ogóle przyznać punktacji ofercie wykonawcy POLKOMTEL, ponieważ w takim przypadku cyfra 0 jest dzielnikiem, co w świetle reguł matematycznych jest niedopuszczalne. Natomiast w odniesieniu do ofert pozostałych wykonawców każdy z nich otrzymałby 0 punktów w ramach kryterium nr 1, niezależnie od wysokości zaoferowanej przez siebie ceny, albowiem w takim przypadku cyfra 0 jest dzielną, co w świetle reguł matematycznych powoduje, że ilorazem zawsze będzie cyfra 0. Oznacza to, że ofert pozostałych wykonawców w ramach kryterium nr 1, chociaż obiektywnie różnią się one od siebie ceną, to nie da się ich w ogóle porównać. Izba stwierdziła zatem, że pierwotnym błędem Zamawiającego było właśnie wadliwe sformułowanie w dokumentacji postępowania zasad odnoszących się do kryterium oceny ofert, albowiem Zamawiający nie zastrzegł wyraźnie w dokumentach zamówienia, że nie jest dozwolone wycenienie jakiegokolwiek składnika oferty na 0 złotych. Po otwarciu ofert nie było już możliwe naprawienie tego błędu przez Zamawiającego, nie było również podstaw do interpretowania kryteriów oceny ofert w inny sposób aniżeli wynikający z dokumentacji postępowania. W tych okolicznościach Zamawiający był więc zobligowany do unieważnienia całego postępowania na podstawie przesłanki z art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

Podnoszona dodatkowo w uzasadnieniu czynności Zamawiającego okoliczność wcześniejszego wadliwego dopuszczenia zmiany treści oferty wykonawcy POLKOMTEL, co doprowadziło potem do wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, nie może być sama w sobie traktowana jako nieusuwalna wada postępowania. Izba wskazuje, że czynność poprawienia oferty wykonawcy z naruszeniem regulacji art. 223 ust. 2 ustawy PZP, czy też będąca jej następstwem czynność wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty nieprawidłowo poprawionej były to osobne czynności, które można było unieważnić bez unieważnienia całego postępowania. Natomiast w niniejszej sprawie były to uchybienia wtórne względem uchybienia pierwotnego, czyli wadliwego opisanie kryteriów oceny ofert, w tym stworzenia matematycznego wzoru bez uczynienia odpowiednich zastrzeżeń co do braku możliwości wycenienia elementów oferty, podstawianych następnie do tego wzoru, na 0 złotych. Tak samo niejednoznaczna interpretacja postanowień SWZ przez wykonawców sama w sobie nie może być postrzegana

jako nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która powinna skutkować jego unieważnieniem, tylko może być ona traktowana jako niezamierzony rezultat nieprecyzyjnie, ogólnikowo lub wadliwie sformułowanych zapisów dokumentacji postępowania.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że to tylko jeden z wykonawców sporządził ofertę w sposób niezgodny z warunkami zamówienia a w konsekwencji niemożliwy do oceny w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert, w szczególności zaś, że błąd tego wykonawcy odnosił się do wiadomości powszechnie znanych, czyli możliwości dzielenia przez 0, co miałyby oznaczać, że kryteria oceny ofert zostały sporządzone w sposób prawidłowy, to należy stwierdzić, iż jest to nieuprawnione i nieudowodnione twierdzenie, albowiem z dokumentacji postępowania wcale nie wynika niezgodność treści oferty wykonawcy POLKOMTEL z warunkami zamówienia. Ponadto Odwołujący uzasadniając zarzut odwołania nie wskazał, z którymi konkretnie postanowieniami SWZ oferta wybranego początkowo wykonawcy miałyby być niezgodna. W SWZ brak jest postanowienia, które zakazywałoby wycenienia jakiegokolwiek z elementów zamówienia na zero złotych. Poza tym wbrew twierdzeniom Odwołującego w świetle obowiązującej ustawy PZP umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu nie tylko na podstawie przesłanek z art. 457 ust. 1 i ust. 5 ustawy PZP. Zgodnie bowiem z art. 611 pkt 2 ustawy PZP w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów ustawy PZP Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części. Jeśli zatem w wyniku przeprowadzenia kontroli doraźnej, czyli już po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzi naruszenie przepisów ustawy PZP, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania przetargowego, to zyskuje on uprawnienie do skierowania do sądu powszechnego powództwa o unieważnienie umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą.

Podsumowując podkreślić trzeba, że Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentacji zamówienia, których opis nie może pozostawiać Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty i co, również trzeba mocno zaakcentować, powinien umożliwić mu weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie konkretnych informacji, które wykonawcy przedstawili w ofertach. Brak zastrzeżenia zakazującego dokonania wyceny jednego z elementów oferty na 0, przy jednoczesnym oparciu jednego ze wzorów matematycznych

w ramach kryteriów oceny ofert na ilorazie najniższej zaoferowanej ceny i ceny badanej oferty, sprawia, że naruszone zostały opisane powyżej zasady opisywania kryteriów oceny ofert. A to powoduje, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co z kolei powinno skutkować unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

Zamawiający zatem analizując każdorazowo przesłanki do unieważnienia postępowania w trybie art. 255 pkt 6 ustawy PZP powinien mieć na względzie nie tylko nieusuwalność samej wady, którą obciążone zostało postępowanie, ale również powinien przewidzieć, czy wada ta może w przyszłości skutkować unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym na podstawie regulacji art. 611 pkt 2 ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze zarzut dotyczący naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy PZP przez Zamawiającego został uznany przez Izbę za nieuzasadniony.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego obejmujących wydatek na wynagrodzenie pełnomocnika na podstawie złożonej faktury VAT na kwotę 2 706 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące siedemset sześć złotych zero groszy).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: