

Sygn. akt: KIO/KU 20/23

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 19 grudnia 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 24 listopada 2023 r. przez **Centrum Obsługi Administracji Rządowej w Warszawie**, dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 17 listopada 2023 r. (znak: KU/59/23/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych, modemów i kart SIM*,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie : Anna Chudzik

Elżbieta Dobrenko

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych, modemów i kart SIM*. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził m.in. naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, skutkujące uprzywilejowaniem w postępowaniu o udzielenie

zamówienia sprzętu producentów konkretnych modeli telefonów, co powodowało, że zaoferowanie urządzeń innych producentów stanowiło wyłącznie teoretyczną możliwość.

W wyniku kontroli ustalono następujący stan faktyczny:

Zgodnie ze zmodyfikowanym Rozdziałem VI podrozdział I ust. 15 SWZ Zamawiający wymagał, by dla Grupy I Wykonawca zaoferował minimum trzy modele telefonu komórkowego, dla Grupy II i III Wykonawca zaoferował minimum cztery modele telefonu komórkowego, dla Grupy IV i V Wykonawca zaoferował minimum pięć modeli telefonu komórkowego, dla modemu Wykonawca zaoferował minimum jeden model modemu, spełniających minimalne parametry opisane w Załączniku nr 3 do SWZ. Zamawiający w Załączniku nr 3 do SWZ określił maksymalne ceny dla wymaganych modeli urządzeń.

W dniu 29 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty T-Mobile Polska S.A. oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Orange Polska S.A., na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż telefon wskazany w ofercie Orange Polska S.A., tj. Samsung Galaxy A14 w wariacie LTE oparty jest o procesor MediaTek Helio G80, który nie był bardziej wydajny niż procesor MediaTek 6833V Dimensity 700, co było minimalnym parametrem. Poza powyżej wskazanym przypadkiem zaoferowania przez Orange Polska S.A. innego modelu telefonu w grupie 2d, oferty obu wykonawców zawierały te same modele telefonów w każdej z pozostałych grup, tj.:

- dla grupy 1a – Motorola Moto G13 4/128 GB,
- dla grupy 1b – XIAOMI Redmi 12C 4/128 GB,
- dla grupy 1c – Nokia 800 Tough producent HMD Global,
- dla grupy 2a – Motorola Moto G53 5G 4/128 GB,
- dla grupy 2b – XIAOMI Redmi Note 12 4/128 GB,
- dla grupy 2c – Samsung Galaxy Xcover 5 4/64 GB,
- dla grupy 2d – Samsung Galaxy A14 5G 4/64 GB (model wskazany przez T-mobile) oraz Galaxy A14 LTE, Samsung (model zaoferowany przez Orange),
- dla grupy 3a – Motorola edge 30 neo 8/128 GB [5G],
- dla grupy 3b – Xiaomi Redmi Note 12 Pro 5G 6/128 GB,
- dla grupy 3c – Oppo Reno8 T 8/128 GB,
- dla grupy 3d – Samsung Galaxy A34 5G 6/128 GB,
- dla grupy 4a – Motorola Edge 30 Ultra 5G 12/256 GB,

- dla grupy 4b – Iphone 14 128 GB,
- dla grupy 4c – OnePlus 11 5G 8/128 GB,
- dla grupy 4d – Samsung Galaxy S23 Ultra 8/256 GB,
- dla grupy 4e – Samsung Galaxy S23 8/128 GB,
- dla grupy 5a – Motorola ThinkPhone 8/256 GB,
- dla grupy 5b – Iphone 14 Pro 256 GB,
- dla grupy 5c – Oppo Find X5 Pro 12/256 GB,
- dla grupy 5d – Samsung Galaxy S23 Ultra 8/256 GB,
- dla grupy 5e – Samsung Galaxy Z FOLD 4 12/256 GB.

W toku kontroli Zamawiający udzielił wyjaśnień w kwestii spełniania wymagań OPZ przez inne modele telefonów. Prezes Urzędu dokonał następujących ustaleń w odniesieniu do wskazanych przez Zamawiającego modeli:

- dla grupy 1a - **Samsung A54 Dual Sim** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego:
 - gniazda słuchawkowego – zamawiający wymagał gniazda jack 3,5 mm, powyższy model posiada gniazdo USB Type-C;
 - minimalnej wielkości wyświetlacza w calach – zamawiający wymagał minimalnej wielkości wyświetlacza 6,5”, powyższy model posiada 6,4”,
 - maksymalnej wagi telefonu – zamawiający wymagał maksymalnej wagi urządzenia 184 g, powyższy model posiada wagę 202 g,
 - maksymalnych wymiarów telefonu określonych przez zamawiającego 163 x 75 x 9, powyższy model posiada wymiary 158,2 x 76,7 x 8,2.
- dla grupy 1b - **Samsung A73 Dual Sim** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego obsługi standardu Bluetooth – zamawiający wymagał Bluetooth 5.1 lub nowsze, powyższy model posiada Bluetooth 5.0. Jedynie na marginesie należy wskazać, iż na polskiej stronie producenta Samsung powyższy model nie znajduje się wśród urządzeń dostępnych w oficjalnej sprzedaży na polskim rynku. Tym samym, powyższy model telefonu nie jest również w sprzedaży u operatorów T-mobile oraz Orange, tj. wykonawców którzy złożyli oferty w postępowaniu.
- dla grupy 1c - **Samsung M34 5G** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego
 - wagi – zamawiający wymagał, aby waga urządzenia maksymalnie wynosiła 163 g, powyższy model posiada wagę 208 g,

- maksymalnych wymiarów telefonu określonych przez zamawiającego 147 x 64 x 18 powyższy model posiada wymiary 161,7 x 77,2 x 8,8.
- dla grupy 2a - **Redmi Note 12 5G** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego:
 - wagi – zamawiający wymagał, aby waga urządzenia maksymalnie wynosiła 183 g, powyższy model posiada wagę 189 g,
 - maksymalnych wymiarów telefonu – zamawiający wskazał, iż urządzenie powinno posiadać maksymalne wymiary 163 x 75 x 9, powyższy model posiada wymiary 165,88 x 76,21 x 7,98,
 - aparat minimalna rozdzielczość MP została przez zamawiającego określona na 50 MP, powyższy model posiada 48 MP,
 - minimalna wersja systemu operacyjnego – zamawiający wymagał Android 13, powyższy model posiada Android 12.
 - dla grupy 2b - **Poco F5 Pro** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego:
 - wagi - zamawiający wymagał, aby waga urządzenia maksymalnie wynosiła 184 g, powyższy model posiada wagę 204 g,
 - maksymalnych wymiarów określonych przez zamawiającego na 166 x 76 x 8, powyższy model posiada wymiary 162,78 x 75,44 x 8,59.
 - dla grupy 2d - **XIAOMI Redmi 12** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego:
 - maksymalnych wymiarów – zamawiający określił maksymalne wymiary na 168 x 79 x 10, powyższy model posiada wymiary 168,60 x 76,28 x 8,17,
 - dla grupy 3a - **LG Wing Dual Sim 5G** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego:
 - maksymalnej wagi – zamawiający wymagał, aby urządzenie posiadało maksymalną wagę 155 g, powyższy model posiada wagę 260 g,
 - maksymalnych wymiarów urządzenia – zamawiający wymagał, aby telefon posiadał maksymalne wymiary 153 x 72 x 8, powyższy model posiada wymiary 169,50 x 74,50 x 10,90,
 - minimalna wersja systemu operacyjnego – zamawiający wymagał Android 12, powyższy model posiada Android 10,
 - minimalnej pojemności akumulatora w mAh – zamawiający wymagał 4020, powyższy model posiada 4000.
 - dla grupy 3b - **Huawei P40 Pro** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego:

- maksymalnej wagi – zamawiający wymagał, aby urządzenie posiadało maksymalną wagę 187 g, powyższy model posiada wagę 203 g,
 - systemu operacyjnego – zamawiający wymagał, aby urządzenie posiadało minimalną wersję systemu operacyjnego Android 12, powyższy model telefonu posiada wersję systemu Android 10,
 - obsługa standardów Bluetooth – zamawiający wymagał Bluetooth 5.2, powyższy model posiada 5.1,
 - maksymalnych wymiarów urządzenia – zamawiający wymagał, aby telefon posiadał maksymalne wymiary 163 x 76 x 8, powyższy model posiada wymiary 158 x 73 x 9,
 - Minimalna pojemność akumulatora w mAh – zamawiający wymagał 5000, powyższy model posiada 4200,
 - Możliwa do uzyskania częstotliwość odświeżania ekranu – zamawiający wymagał 120 Hz, powyższy model posiada 90 Hz.
- dla grupy 3c - **Xiaomi Redmi Note 10 Pro** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego:
- maksymalnej wagi – zamawiający wymagał, aby urządzenie posiadało maksymalną wagę 183 g, powyższy model posiada wagę 193 g,
 - systemu operacyjnego – zamawiający wymagał, aby urządzenie posiadało minimalną wersję systemu operacyjnego Android 13, powyższy model posiada wersję oprogramowania Android 11,
 - maksymalnych wymiarów urządzenia – zamawiający wymagał, aby model telefonu posiadał maksymalne wymiary 161 x 76 x 8, powyższy model posiada wymiary 164,00 x 76,50 x 8,10.
- dla grupy 3d - **Motorola Edge 40 Pro** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego:
- technologii wyświetlacza – zamawiający wymagał, aby urządzenie posiadało wyświetlacz Super AMOLED, powyższy model posiada wyświetlacz P-OLED,
 - minimalnej pojemności akumulatora w mAh – zamawiający wymagał 5000, powyższy model posiada 4600.
- dla grupy 4a – **Xiaomi 13T Pro** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego:
- maksymalnej wagi – zamawiający wymagał, aby urządzenie posiadało maksymalną wagę 199 g, powyższy model posiada wagę 206 g,

- minimalnej rozdzielczości aparatu – zamawiający wymagał 200 MP, powyższy model posiada 50 MP,
 - maksymalnych wymiarów – zamawiający określił maksymalne wymiary na 162 x 74 x 9, powyższy model posiada wymiary 162,2 x 75,7 x 8,49.
- dla grupy 4b - **iPhone 15** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego:
- maksymalnych wymiarów – zamawiający określił maksymalne wymiary na 146,7 x 71,5 x 7,8, powyższy model posiada wymiary 141,6 x 71,6 x 7,8
 - aparat – zgodnie z wymaganiami zamawiającego przesłona f 1,5 lub lepsza, powyższy model posiada przesłonę 1,6.
- dla grupy 4c - **OPPO Find X5 Pro** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego:
- maksymalnej wagi – zamawiający określił wagę urządzenia maksymalnie 208 g – powyższy model posiada wagę 218 g,
 - systemu operacyjnego – zamawiający wskazał, iż urządzenie powinno posiadać minimalną wersję oprogramowania Android 13 – powyższy model posiada system operacyjny Android 12,
 - obsługa standardów Bluetooth 5.3 lub nowsze – powyższy model posiada obsługę Bluetooth 5.2.
- dla grupy 4e - **Samsung S23 Ultra** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego:
- maksymalnych wymiarów urządzenia określonych przez zamawiającego na 147 x 71 x 8, powyższy model posiada wymiary 163,4 x 78,1 x 8,9,
 - maksymalnej wagi urządzenia określonej przez zamawiającego maksymalnie na 168 g, powyższy model posiada wagę 233 g,
- dla grupy 5b - **iPhone 15 Pro** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego:
- maksymalnych wymiarów, określonych przez zamawiającego na 150 x 72 x 8, powyższy model posiada wymiary 146,6 x 70,6 x 8,25.
- dla grupy 5e - **Oneplus Open** nie spełnia m.in. wymagania dotyczącego:
- maksymalnych wymiarów określonych przez zamawiającego na 156 x 68 x 16 (po złożeniu), telefon posiada wymiary 153,4 x 73,3 x 11,7,
 - technologii wyświetlacza – zamawiający wymagał Dynamic AMOLED, powyższy model posiada wyświetlacz AMOLED, OLED,

- aparat podstawowy minimalna rozdzielczość MP – zamawiający określił na 50 MP, powyższy model posiada 48 MP.

Dla grupy 4d Zamawiający wskazał jako inny model telefonu, który spełnia wymagania OPZ, Samsung Galaxy S23 Ultra, który został zaoferowany przez wykonawców i spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ, a zatem nie jest innym modelem, którego parametry odpowiadają wymaganiom zawartym w Załączniku nr 3 Specyfikacji technicznej urządzeń. Ponadto, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego parametry telefonów dla grupy 5a oraz 5d wskazują na konkretny model telefonu – odpowiednio Motorola ThinkPhone 8/256 GB oraz Samsung Galaxy S23 Ultra 8/256 GB. W ocenie Zamawiającego powyższe podyktowane jest uzasadnionymi potrzebami, tj. użytkowaniem telefonu przez kadrę kierowniczą, dla której telefon komórkowy jest głównym narzędziem pracy.

Oceniając ustalony stan faktyczny pod kątem zgodności z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, Prezes Urzędu podniósł, że przepis ten służy realizacji jednej z podstawowych zasad wyrażonych w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, nakładającej na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Przywołany przepis zakazuje takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję przez użycie sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a których spełnienie powoduje, że wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Prezes Urzędu podkreślił, że dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa na mniejszą liczbę ofert złożonych w postępowaniu oraz może spowodować oferowanie produktów tylko i wyłącznie jednego producenta, co prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Prezes Urzędu stwierdził, że zamawiany sprzęt nie był sprzętem specjalistycznym, lecz powszechnie używanym, zatem w każdej z 21 kategorii powinno znaleźć się co najmniej kilku producentów sprzętu, spełniającego wymagania Zamawiającego. Z tych względów – zdaniem Prezesa Urzędu – ocena postępowania Zamawiającego w zakresie zachowania uczciwej konkurencji musi opierać się na całościowej ocenie postępowania (duża liczba pytań potencjalnych wykonawców, ilość zmian w SWZ, bardzo wąski opis przedmiotu zamówienia, sposób oceny ofert, wpływ tylko dwóch ofert w postępowaniu z czego tylko jedna spełniała wymagania). Kontrolujący podkreślił przy tym, że wartość zamówienia była

znaczna oraz że typu zamówienia cieszą się dużą popularnością wśród wykonawców, tym bardziej że przedmiotem zamówienia były typowe zestawy telefonów do użytku w codziennej pracy pracowników jednostek administracji państwowej. Należałoby więc oczekiwać, że Zamawiający otrzyma co najmniej kilka ofert od potencjalnych wykonawców, zawierających różne modele telefonów w każdej z grup, które spełnią wymagania zamawiającego określone w dokumentacji postępowania. W ocenie Prezesa Urzędu wyjaśnieniem tak nikłego zainteresowania przetargiem i zaoferowanie tych samych modeli telefonów (z wyłączeniem modelu w grupie 2d) przez dwóch wykonawców składających oferty, są rażąco ograniczające parametry zamawianego sprzętu, poprzez opisanie go w sposób umożliwiający w praktyce złożenie oferty bazującej wyłącznie na konkretnych modelach telefonów. Potwierdzeniem jest również fakt, że Zamawiający w udzielonych wyjaśnieniach, które miały potwierdzać możliwość zaoferowania innych modeli telefonów w każdej z grup, wskazał urządzenia, które nie spełniają wymagań określonych w dokumentacji postępowania.

Prezes Urzędu zauważył, że wykonawcy w toku postępowania wnosili o dokonanie zmian treści SWZ w kierunku złagodzenia wymaganych parametrów sprzętu, w taki sposób, aby produkty o zbliżonych parametrach zostały dopuszczone jako spełniające przez niego wymagania, a część wykonawców wprost postawiło Zamawiającemu zarzut ograniczania konkurencji w przetargu. Pod wpływem wątpliwości wykonawców Zamawiający tylko częściowo rozszerzył katalog akceptowalnych przez niego parametrów sprzętu, co jednak było niewystarczające, aby zachować zasadę uczciwej konkurencji, parametry te w dalszym ciągu bowiem wskazywały na konkretne modele telefonów. Kontrolujący zaznaczył przy tym, że brak wniesienia odwołania na czynność opisu przedmiotu zamówienia nie przesądza o tym, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Prezes Urzędu podniósł, że Zamawiający przygotowując opis przedmiotu zamówienia powinien unikać wszelkich sformułowań lub też parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego producenta. Podkreślił, że nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazywany przez zamawiającego, wystarczy aby wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia zostały określone w taki sposób, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Kontrolujący podkreślił, że do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w SWZ, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

W ocenie Prezesa Urzędu tak ścisłe więc ograniczenie parametrów m.in. do

konkretnego rodzaju gniazda słuchawkowego czy konkretnej generacji technologii bluetooth nie ma znaczenia dla sprawnego użytkowania telefonów podczas pracy i w przypadku przedmiotowego zamówienia nie znajduje uzasadnienia. Zdaniem Prezesa Urzędu nie zmienia tego okoliczność, że telefon będzie użytkowany przez kadre kierowniczą, dla której jest on głównym narzędziem pracy, współczesne telefony komórkowe, w szczególności smartfony, obfitują bowiem w szereg różnych funkcjonalności i dawno już przestały służyć jedynie wykonywaniu połączeń głosowych.

Wobec powyższego Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania i na podstawie art. 616 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zalecił Zamawiającemu *unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

W dniu 24 października 2023 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli, w zakresie stwierdzonego naruszenia art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz sformułowanego w informacji zalecenia unieważnienia postępowania.

Zamawiający podniósł w zastrzeżeniach, że głównym przedmiotem tego zamówienia jest świadczenie usług – usług mobilnej łączności głosowej, tekstowej SMS i MMS oraz usług mobilnego dostępu do Internetu w technologii LTE i 5G z obustronną transmisją danych, a dostawa sprzętu, w tym telefonów komórkowych, to zaledwie kilkanaście procent ceny ofert wykonawców. Zamawiający stwierdził, że dostawa telefonów komórkowych ma w tym przypadku charakter poboczny, akcesoryjny, czego wyrazem było zaklasyfikowanie tego zamówienia do kategorii usług. W związku z tym – zdaniem Zamawiającego – utrudnianie uczciwej konkurencji powinno być rozpatrywane nie przez pryzmat telefonów komórkowych, a przez pryzmat świadczenia usług, ewentualnie przez pryzmat dostępu do tego rodzaju sprzętu przez podmioty będące w stanie zrealizować główny przedmiot zamówienia. Zamawiający podkreślił, że zamówienie było skierowane do operatorów telekomunikacyjnych, a nie do producentów telefonów, czy też dystrybutorów urządzeń konkretnych producentów.

Zamawiający podniósł również, że Prezes Urzędu wskazał na nierówne traktowanie wykonawców, ograniczenie kręgu wykonawców, a nie producentów, których urządzenia są zamawiane. Tymczasem opis przedmiotu zamówienia w zakresie wymagań dla poszczególnych telefonów komórkowych pozwalał na złożenie oferty każdemu wykonawcy działającemu na rynku usług telekomunikacyjnych w Polsce, którzy mieli możliwość

zaoferowania modeli znajdujących się w szeroko dostępnej dystrybucji. W ocenie Zamawiającego, ze względu na powszechną dostępność telefonów komórkowych zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia, nie sposób mówić o ograniczeniu wykonawcom dostępu do zamówienia, czy też nierównym ich traktowaniu. Zamawiający zaznaczył, że żaden z operatorów telekomunikacyjnych nie jest jednocześnie producentem ani dystrybutorem sprzętu, wobec tego każdy z podmiotów nabywa urządzenia na zasadach rynkowych, nie jest więc uprawnione twierdzenie, że precyzyjne opisanie wymagań w zakresie zamawianych urządzeń faworyzowało któregokolwiek z wykonawców – operatorów telekomunikacyjnych, czy ograniczało krąg wykonawców.

Zamawiający podniósł, że kluczową przesłanką stwierdzenia naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp jest możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji między wykonawcami. Zastosowanie opisu wskazującego na konkretny produkt nie będzie stanowić naruszenia, jeśli nie prowadzi do zaburzenia konkurencji między wykonawcami działającymi na danym rynku. Prezes Urzędu nie stwierdził chociażby prawdopodobieństwa uniemożliwienia któremukolwiek z operatorów telekomunikacyjnych złożenia oferty. W przypadku gdy dany operator dysponował potencjałem do świadczenia usług telekomunikacyjnych objętych zamówieniem, kwestia dostarczenia telefonów komórkowych opisanych w Specyfikacji technicznej urządzeń nie stanowiła przeszkody w złożeniu oferty.

Zamawiający wskazał ponadto, że przychylił się do niektórych wniosków wykonawców o zmianę wymagań technicznych zgodnie z oczekiwaniem wykonawców, co świadczy o rozszerzaniu konkurencyjności w postępowaniu. Podkreślił jednak, że wnioski wykonawców o zmianę SWZ nie oznaczają, że zamawiający mają rezygnować z parametrów spełniających ich wymagania i godzić się na wszelkie modyfikacje. Doprowadziłoby to bowiem do sytuacji, gdy przedmiot zamówienia nie odpowiadałby potrzebom zamawiającego. W związku z tym, że Zamawiający zgodził się na częściową modyfikację wymagań, ostateczny kształt wymagań nie był więc wyłącznie wizją Zamawiającego, a wynikiem modyfikacji wnioskowanych przez wykonawców.

Dalej Zamawiający podniósł, że nie znajduje również oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym twierdzenie, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie telefonów komórkowych doprowadził do uprzywilejowania konkretnych producentów urządzeń. Zamawiający zaznaczył, że w 5 grupach należało zaoferować łącznie 21 modeli telefonów, a w zaoferowanych przez wykonawców urządzeniach znalazło się: 5 modeli urządzeń Motorola, 3 modele urządzeń Xiaomi, 1 model urządzenia Nokia, 7 modeli urządzeń Samsung, 2 modele urządzeń Oppo, 2 modele urządzeń iPhone oraz 1 model urządzenia OnePlus. Wobec tego, nawet gdyby przyjąć, że wskazane przez Zamawiającego parametry telefonów odpowiadały wyłącznie konkretnym urządzeniom, to Zamawiający uwzględnił

modele aż 7 różnych producentów, nie może więc być mowy o preferowaniu jednego, czy kilku producentów, gdyż Zamawiający uwzględnił niemal wszystkie najpopularniejsze marki. Ponadto Zamawiający podkreślił, że ostateczna decyzja, które urządzenia zostaną zamówione należy do poszczególnych Jednostek Administracji Państwowej, a nie Zamawiającego. Wobec tego Zamawiający nie ma wpływu na to, które urządzenia zostaną zamówione i dostarczone.

W ocenie Zamawiającego, złożenie dwóch ofert w postępowaniu nie oznacza w żaden sposób, że opis przedmiotu zamówienia, w tym telefonów komórkowych, ograniczał krąg wykonawców mogących złożyć oferty. Zamawiający nie zgodził się też z twierdzeniem, że brak odwołań nie przesądza o tym, że przedmiot zamówienia został opisany zgodnie z ustawą Pzp. Zdaniem Zamawiającego to właśnie instytucja wnoszenia środków ochrony prawnej jest tutaj kluczowa dla oceny, czy przedmiot zamówienia jest opisany zgodnie z ustawą Pzp. Okoliczność, że na żadnym etapie postępowania nie wniesiono środków ochrony prawnej, oznacza, że treść SWZ, w tym specyfikacja techniczna urządzeń była opisana z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp, w tym równego traktowania wykonawców i nie ograniczała w żaden sposób dostępu do zamówienia wykonawcom świadczącym usługi telefonii ruchomej.

W odniesieniu do sformułowanego przez Prezesa Urzędu zalecenia pokontrolnego Zamawiający podniósł, że sankcja w postaci zalecenia unieważnienia postępowania jest nieproporcjonalna do naruszenia i jego skutków. Zamawiający wskazał, że postępowanie to zostało ogłoszone 27 lutego 2023 r., a więc trwa już prawie 9 miesięcy, a konieczność wszczęcia nowego postępowania spowoduje potrzebę m.in. przygotowania nowego opisu przedmiotu zamówienia, przeprowadzenia postępowania. Ponadto Zamawiający podniósł, że dokonując czynności unieważnienia postępowania powinien wykazać, że w okolicznościach faktycznych, z których wywodzi podstawę do unieważnienia postępowania, brak było możliwości podjęcia innych alternatywnych czynności, umożliwiających kontynuowanie postępowania, a zawarcie umowy nie podlegającej unieważnieniu nie było możliwe. Zamawiający podkreślił, że art. 255 pkt 6 ustawy Pzp odsyła do art. 457 ustawy Pzp, w którym wymieniono enumeratywnie wszystkie przypadki naruszenia ustawy Pzp, skutkujące koniecznością unieważnienia umowy, a wystąpienie innych wad postępowania nie może być przyczyną unieważnienia postępowania, gdyż stanowiłoby naruszenie ustawy Pzp, jak i art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Powołujący się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający podniósł, że błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania.

Zamawiający podkreślił, że w informacji o wyniku kontroli nie wykazano, dlaczego wskazana wada postępowania uniemożliwi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie odniesiono się w żaden sposób do przyczyn określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, jak również nie wskazano, która z przesłanek w nim określona powoduje, że w postępowaniu niemożliwe jest zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Jeżeli w ogóle można byłoby rozważać unieważnienie postępowania, to wada postępowania musiałaby być istotna, prowadząca do wypaczenia wyniku postępowania. Zamawiający podniósł, że art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odnosi się do sytuacji udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy polegającym na niedopełnieniu obowiązków związanych z ogłoszeniem o zamówieniu, przepis ten nie obejmuje natomiast dwóch odrębnych sytuacji, tj. udzielenia zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy oraz naruszenia obowiązków dotyczących ogłoszeń.

Prezes Urzędu nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń, podtrzymując stanowisko z informacji o wyniku kontroli.

Uzasadniając swoje stanowisko Prezes Urzędu podniósł m.in., że Zamawiający w zastrzeżeniu nie podważył ustaleń kontroli, iż SWZ, w tym Specyfikacja techniczna urządzeń zawarta w załączniku nr 3 do SWZ, została sporządzona w sposób wskazujący na konkretne modele telefonów w poszczególnych grupach, a określone parametry tylko teoretycznie dopuszczały możliwość zaoferowania urządzeń innych producentów. Prezes Urzędu wskazał, że nie kwestionuje prawa zamawiającego do opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego rzeczywiste potrzeby, warunkiem jednak prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego Prezes Urzędu podkreślił, że przepisy ustawy Pzp odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia nie dopuszczają możliwości jedynie fragmentarycznego opisu przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp. Wręcz przeciwnie, sformułowanie użyte w przepisach „opis przedmiotu zamówienia”, w ocenie Prezesa Urzędu, powinno być odnoszone do całego zakresu zamówienia, nie zaś jedynie do jego głównej części. Tym samym Prezes Urzędu nie podzielił argumentacji Zamawiającego, że dostawa telefonów stanowi jedynie kilkanaście procent zakresu zamówienia, a zatem naruszenie zasady uczciwej konkurencji winno być rozpatrywane przez pryzmat świadczenia usług.

Prezes Urzędu nie zgodził się też z Zamawiającym, że nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż telefony, których oczekiwał Zamawiający, są dostępne w ofercie wszystkich operatorów telefonii komórkowej. Takie rozumienie przepisów, w ocenie Prezesa Urzędu jest nieuprawnione, w świetle art. 99 ust. 4 ustawy Pzp za naruszenie zasady uczciwej konkurencji należy bowiem uznać wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt. W przypadku gdy konkretny opis przedmiotu zamówienia faworyzuje lub eliminuje wykonawcę lub produkt zapis należy rozpatrywać w kontekście zawężenia konkurencji w sposób sztuczny, a zatem nieuprawniony. Prezes Urzędu powołał się na wyrok TSUE w sprawie C-413/17 Roche Lietuva, w którym Trybunał zalecił ostrożność przy dokonywaniu drobiazgowego opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając, że im bardziej jest on szczegółowy, tym większe jest ryzyko, że wyroby danego producenta będą faworyzowane. Tym samym bez znaczenia – w ocenie Prezesa Urzędu – pozostaje fakt, że dany produkt, w tym przypadku telefon komórkowy może być dostarczony przez operatorów telekomunikacyjnych, a nie producentów tych urządzeń. Bez znaczenia pozostaje również argumentacja, że Zamawiający uwzględnił modele 7 różnych producentów w ramach 5 grup, gdyż w tym stanie rzeczy istotne jest to, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w każdej z pięciu grup w ten sposób, że wskazuje on na konkretne modele telefonów, a określone w opisie parametry dla 21 wymaganych modeli telefonów tylko teoretycznie dopuszczały możliwość zaoferowania urządzeń innych producentów. Tym samym Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia uwzględnił konkretne modele telefonów bez możliwości zaoferowania w każdej z grup urządzenia innego producenta. W wyjaśnieniach udzielonych na wezwanie Urzędu Zamawiający nie był w stanie wskazać wiarygodnego wykazu, w którym wymieniłby inne modele telefonów i ich producentów, spełniających jego zdaniem wymagania OPZ.

Prezes Urzędu zauważył również, że w pytaniach zadawanych do treści SWZ wykonawcy wprost wskazywali, że kwestionowane parametry wykluczają możliwość zaoferowania jedyne go urządzenia, które w danej grupie spełniałoby wszystkie pozostałe wymagania określone przez Zamawiającego. Tym samym modyfikacja SWZ w zakresie kwestionowanych parametrów, wbrew temu co twierdzi Zamawiający nie rozszerzyła konkurencyjności, a jedynie umożliwiła wykonawcom zaoferowanie jedyne go modelu telefonu, który spełniał wszystkie wymagane parametry.

Odnosząc się do zastrzeżeń w zakresie zalecenia pokontrolnego Prezes Urzędu powołał się na treść art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, stwierdzając, że przepis ten zawiera kilka przesłanek unieważnienia umowy, a sformułowanie „z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia” nie jest zawężone jedynie do naruszeń związanych z niezamieszczeniem ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nieprzekazaniem ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Tym samym – zdaniem Prezesa Urzędu – sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp winno prowadzić do unieważnienia postępowania przez Zamawiającego. Prezes Urzędu podkreślił, że na obecnym bowiem etapie postępowania, tj. po otwarciu ofert, nie ma możliwości konwalidowania wady postępowania w zakresie błędów popełnionych w opisie przedmiotu postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny został ustalony w toku kontroli prawidłowo, a istotą sporu jest interpretacja tego stanu faktycznego i jego ocena pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Na wstępie podkreślenia wymagało, że system zamówień publicznych opiera się na szeregu zasad, w tym m.in. zasadzie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 16 Pzp. Opisanie przedmiotu zamówienia przez wymagania, które charakteryzują jedynie jeden z porównywalnych produktów dostępnych na rynku, służących temu samemu celowi, może stanowić o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. Takie działanie bowiem ogranicza konkurencję w postępowaniu. Powyższe znajduje odbicie w przepisie art. 99 ust. 4 Pzp regulującym kwestię przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przy konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia. Jak wynika bowiem jednoznacznie z art. 99 ust. 4 Pzp *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*. Dostrzeżenia wymaga przy tym, że przepis ten stanowi, iż zabroniony jest nie tylko taki opis, który utrudnia uczciwą konkurencję, ale nawet taki, który „może ją utrudniać”. Polski ustawodawca tytułem przykładu wskazuje w katalogu otwartym, że przejawem utrudniania uczciwej konkurencji jest wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli

mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

W orzecznictwie Izby wykształcił się pogląd, że nie stanowi utrudniania uczciwej konkurencji takie opisanie przedmiotu zamówienia, które znajduje odbicie w obiektywnie uzasadnionych potrzebach zamawiającego i którego brak spowoduje, że cele postępowania nie zostaną osiągnięte. Ciężar wykazania istnienia uzasadnionych potrzeb i tego, że w braku spornych wymagań cel postępowania nie zostanie osiągnięty, spoczywa zaś na zamawiającym. Udowodnienie to nie powinno wzbudzać jakichkolwiek wątpliwości.

Zdaniem Izby w świetle całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie zostało udowodnione przez zamawiającego, że istnieją takie obiektywne potrzeby zamawiającego, które uzasadniałyby ograniczenie konkurencji w postępowaniu. Zamawiający nie wykazał też, że w braku spornych wymagań, cel postępowania nie zostanie osiągnięty.

Zamawiający nie zakwestionował ustaleń Prezesa UZP, że opis przedmiotu zamówienia, w części dotyczących telefonów zamawianych w poszczególnych grupach, wskazywał na konkretne urządzenia. Zamawiający stwierdził natomiast, że dostawa sprzętu, w tym telefonów komórkowych, to zaledwie kilkanaście procent ceny ofert wykonawców (nieco ponad 14% ceny oferty T-Mobile Polska S.A. i ok. 17,5% ceny oferty Orange Polska S.A.), a przeważającym zakresem tego zamówienia jest świadczenie usług telekomunikacyjnych. Argumentował, że zamówienie było skierowane do operatorów telekomunikacyjnych, a nie do producentów telefonów, czy też dystrybutorów urządzeń konkretnych producentów. Zdaniem zamawiającego kwestię naruszenia konkurencji należy więc rozpatrywać nie przez pryzmat urządzeń, a całości przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby, taka argumentacja zamawiającego nie zasługiwała na uwzględnienie. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że przepis art. 99 ust. 4 Pzp odnosi się do reguł opisywania całego opisu przedmiotu zamówienia, a nie tylko jego głównej części.

Nie można było się zgodzić także ze stanowiskiem, że do naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy opisywaniu przedmiotu zamówienia nie doszło, gdyż konkretne modele telefonów w poszczególnych grupach, na które wskazywał wyraźnie opis przedmiotu zamówienia, znajdowały się w ofercie wszystkich operatorów telekomunikacyjnych. Zdaniem Izby zasadę uczciwej konkurencji przy opisywaniu przedmiotu zamówienia, wyrażoną w art. 99 ust. 4 Pzp, należy odnosić nie tylko do kręgu potencjalnych wykonawców, ale i urządzeń, które mogą oni zaoferować w ramach swych ofert. Naruszeniem reguł uczciwej konkurencji przy opisywaniu przedmiotu zamówienia jest bowiem także eliminowanie czy faworyzowanie określonych produktów. Uszło także uwadze zamawiającego, że wadliwy opis przedmiotu

zamówienia wpływa na przedmiot i cenę ofert. Gdyby przedmiot zamówienia został opisany prawidłowo i nawet ofertowali ci sami wykonawcy, to jednak treść ich ofert i ranking mógłby być inny.

Zdaniem Izby, przychylenie się przez zamawiającego do wniosków wykonawców o zmianę treści SWZ nie świadczyło o przestrzeganiu zasad uczciwej konkurencji przy opisywaniu przedmiotu zamówienia w postępowaniu. Owszem, zamawiający w odpowiedzi na pytania nr 1, 3 i 4 przychylił się do treści wniosków o zmianę wymagań technicznych zgodnie z oczekiwaniem wykonawców. Jednakże dostrzeżenia wymagało, że we wnioskach tych wykonawcy wyraźnie wskazywali, że ich nieuwzględnienie skutkować będzie brakiem na rynku jakiegokolwiek telefonu spełniającego wszystkie wymagania określone dla danej grupy telefonów. Argument ten nie zasługiwał zatem na uwzględnienie. Działania zamawiającego nie przyczyniły się bowiem do możliwości zaoferowania przez wykonawców w każdej z grup choćby kilku porównywalnych telefonów, ale jedynie do możliwości złożenia jakichkolwiek ofert niepodlegających odrzuceniu. Czynności te należało uznać zatem za niewystarczające.

Za chybiony należało uznać także argument zamawiającego, że nawet jeśli wskazane przez niego parametry telefonów odpowiadały wyłącznie konkretnym urządzeniom, to uwzględnił on modele 7 różnych producentów. Nie zmienia to bowiem faktu, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia uwzględnił konkretne modele telefonów bez możliwości zaoferowania w żadnej z grup urządzenia innego producenta. Działania zamawiającego nie przyczyniły się zatem do możliwości zaoferowania przez wykonawców w każdej z grup choćby kilku porównywalnych telefonów. Podkreślenia wymagało, że przedmiotem zamówienia były zestawy telefonów do użytku w codziennej pracy pracowników jednostek administracji państwowej. Skoro, co zresztą nie było sporne, zamawiane urządzenia nie były telefonami specjalistycznymi, lecz powszechnie stosowanymi, to Prezes UZP trafnie wywiódł, że w każdej z kategorii powinno znaleźć się co najmniej kilka aparatów, spełniających wymagania Zamawiającego.

Zdaniem Izby nie świadczył o braku naruszenia uczciwej konkurencji fakt, że żaden z wykonawców nie zdecydował się na skorzystanie ze środka ochrony prawnej wobec opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego przez zamawiającego. Okoliczność, że wykonawcy na skutek swych wniosków doprowadzili do sytuacji, w której mogli złożyć jakąkolwiek ofertę, będąc w dalszym ciągu zmuszeni w poszczególnych kategoriach oferować tylko jeden model telefonu, nie świadczyła jeszcze o tym, że zamawiający nie naruszył art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*. Przepis ten łączy obowiązek unieważnienia postępowania z takimi wadami, które uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Regulacja ta nakazuje zatem przesłankę unieważnienia umowy, które z kolei zostały opisane przez ustawodawcę w art. 457 ustawy Pzp.

Nie można było podzielić stanowiska Prezesa UZP, że w takim stanie faktycznym, jaki ustalono w toku kontroli, umowa podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp. Ten ostatni przepis stanowi, że *umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający 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*. Powyższy przepis zawiera kilka przesłanek unieważnienia umowy, lecz sformułowanie „z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia” jest zawężone jedynie do naruszeń związanych z niezamieszczeniem ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nieprzekazaniem ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Przyjęcie założenia, że sformułowanie „z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia”, o którym mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, stanowi samodzielną przesłankę unieważnienia umowy oznaczałoby, że każde bez wyjątku naruszenie ustawy, nawet niemające wpływu na wynik postępowania, prowadziło do takiego skutku. W tej sytuacji wszystkie inne przesłanki unieważnienia umowy opisane odrębnie przez ustawodawcę w art. 457 Pzp okazałyby się zbędne, gdyż objęte byłyby zakresem przesłanki „z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia”. Wykładnia przepisu art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp dokonana przez Prezesa UZP okazała się zatem chybiona.

Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że postępowanie nie powinno podlegać unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, jak wskazał Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia.

Jednakże uszło uwadze zarówno zamawiającego, jak i Prezesa UZP, że przepis art. 457 ust. 1 ustawy Pzp nie jest jedynym, który reguluje przypadki, kiedy umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Zdaniem Izby zasadne jest bowiem także wskazanie na przepis art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia

1964 r. – Kodeks cywilny. Art. 70⁵ § 1 Kc stanowi zaś, że *organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami*. W ocenie Izby przepis ten mógłby być podstawą unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą Pzp opisanie przedmiotu zamówienia, prowadzące do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, wpływa na wynik tego postępowania. Stanowisko takie zostało wyrażone przez Izbę w wyroku z dnia 2 listopada 2021 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2939/21 na tle zbliżonego stanu faktycznego, w którym istotne wady opisu przedmiotu zamówienia zostały stwierdzone po upływie terminu składania ofert. Prawidłowość ww. rozstrzygnięcia Izby została potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28 stycznia 2022 r. wydanym w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 139/21.

Nie można było się także zgodzić z zamawiającym, że zalecenie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp w analizowanej sprawie jest nieproporcjonalne do wykazanego naruszenia. Naruszenie art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp miało charakter doniosły, mogło istotnie wpłynąć na wynik postępowania, a zatem sankcją unieważnienia postępowania należało uznać za pozostającą w adekwatnym związku z jego wadą.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że sformułowane w informacji o wyniku kontroli zalecenie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp jest kierunkowo prawidłowe, a jedynie argumentacja Prezesa UZP prowadząca do tego zalecenia, przedstawiona w odpowiedzi na zastrzeżenia, okazała się wadliwa. Zdaniem Izby, postępowanie powinno bowiem podlegać unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 5 Pzp w zw. z art. 70⁵ § 1 Kc. Wobec powyższego Izba uznała, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli nie zasługiwały na uwzględnienie.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....