Sygn. akt KIO 3804/24

WYROK

Warszawa, dnia 12 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:**Małgorzata Rakowska**

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r. przez wykonawcę **Suntar Professional Services Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Marii Drozd 12, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego:

1.wykonawcy **Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa,**

2.wykonawcy **K.F. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Integral K.F. z siedzibą w Stąporkowie, ul. Miła 1a, 26-220 Stąporków**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz ponowne badanie i ocenę ofert.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Suntar Professional Services Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Marii Drozd 12, 33-100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **Suntar Professional Services Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Marii Drozd 12, 33-100 Tarnów** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od **Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej w Warszawie, ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Suntar Professional Services Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Marii Drozd 12, 33-100 Tarnów** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..……..…….

Sygn. akt KIO 3804/24

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup usługi telekomunikacyjnej VoIP wraz z dostawą systemu IP PBX oraz świadczeniem usług serwisu na czas trwania umowy”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 czerwca 2024 r. pod numerem 113/2024 347468-2024.

W dniu 14 października 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Suntar Professional Services Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez unieważnienie prowadzonego postępowania, mimo że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonał ponownego badania i oceny oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., że w postępowaniu nie zaistniała jakakolwiek wada, w

szczególności wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przyjęte przez zamawiającego regulacje w zakresie określenia przedmiotu zamówienia czy też kryteriów oceny oferty nie naruszają jakichkolwiek przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że samo wskazanie na przepis art. 225 pkt 6 ustawy Pzp bez wykazania spełnienia się występujących w nim przesłanek, nie jest wystarczające dla wykazania zasadności podjętej czynności. Jak wynika z literalnego brzmienia wskazanego przepisu, dopiero łączne wystąpienie wskazanych w nim okoliczności skutkuje obowiązkiem jego zastosowania. Konieczne jest zatem łączne zaistnienie po pierwsze, naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania); po drugie, wada musi być niemożliwa do usunięcia; po trzecie, wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że nie wystarczy dla zaistnienia wskazanej przesłanki stwierdzić, że mamy w danym postępowaniu do czynienia z wadą, ale należy wykazać dodatkowo, że jest ona niemożliwa do usunięcia, a ponadto, że skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W treści uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania brak jest jakiegokolwiek odniesienia do przesłanek unieważnienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego – już tylko z tego powodu czynności zamawiającego w postaci unieważnienia postępowania jest wadliwa.

Nadto odwołujący wskazał, że przesłanki unieważnienia umowy opisane zostały w art. 457 ustawy Pzp. Żadne z przesłanek ze wskazanego przepisu ustawowego w żaden sposób nie jest powiązana z podstawami faktycznymi opisanymi przez zamawiającego. Powyższe również tylko z tego jednego powodu nie daje zamawiającemu podstaw do unieważnienia prowadzonego postępowania.

Brak obowiązku wskazania przez wykonawcę rodzaju/typu/marki oferowanego przedmiotu zamówienia tj. systemu IP PBX w żaden sposób nie stoi w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający wskazał konkretne parametry, które podlegały zadeklarowaniu przez wykonawcę i obowiązki w tym zakresie zostały przeniesione do projektowanych postanowień umownych. Tym samym tak zawarta umowa zawierać będzie wszystkie wymagane prawem przedmiotowo istotne elementy treści czynności prawnej. Zamawiający nie jest bowiem zobligowany żadnym przepisem ustawowym do wymagania przedmiotowych środków dowodowych. Weryfikacja deklarowanych parametrów będzie miała miejsce na etapie realizacji umowy. Tak jak przewidział to zamawiający porównanie zgodności oferowanego rozwiązania z określonymi wymaganiami ma miejsce w oparciu o deklarację wykonawcy, co do której przepisy prawa przewidują odpowiedzialność karą zgodnie z art. 297 kodeksu karnego.

W zakresie kryteriów oceny ofert zamawiający przewidział konkretne regulacje, które również nie naruszają przepisów ustawy Pzp. Zamawiający nie ma jakichkolwiek przeszkód aby zastosować przyjęty przez siebie sposób porównania ofert i dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o opisane przez siebie kryteria.

Na marginesie odwołujący podniósł, że w toku dokonywanych czynności badania i oceny ofert zamawiający nie dostrzegał jakichkolwiek podstaw do unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzając chociażby z odwołującym procedurę wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Dopiero w momencie, w którym zamawiający winien zmierzać do wyboru oferty najkorzystniejszej pojawiła się interpretacja o podstawach do unieważnienia postępowania. W ocenie odwołującego nie występują jakiekolwiek przesłanki do unieważnienia prowadzonego postępowania a opisane przez zamawiającego podstawy faktyczne wynikają z konkretnych decyzji zamawiającego na etapie przygotowania postępowania.

Informacja o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania została przekazana wykonawcy przez zamawiającego w dniu 15 października 2024 r.

W dniu 18 października 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „przystępującym Netia", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 18 października 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca K.F. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Integral K.F. z siedzibą w Stąporkowie, zwany dalej „przystępującym Integral", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 5 listopada 2024 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co

następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym Netia", do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy K.F. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Integral K.F. z siedzibą w Stąporkowie, zwanego dalej „przystępującym Integral", do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 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 dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia 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 także stanowiska oraz oświadczenia stron i przystępujących wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez strony i przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA zamieścił wymagania w zakresie realizacji zamówienia. Jednocześnie w pkt 2), ppkt 8 podał, że „*Na etapie oceny ofert, Zamawiający może poprosić o dostarczenie i uruchomienie urządzeń/licencji w celu sprawdzenia zgodności ich funkcji z wymaganiami przedmiotu zamówienia*.".

Zamawiający w rozdziale 15 KRYTERIA ORAZ SPOSÓB OCENY OFERT podał:

„*15.1 Ocenie będą podlegały oferty niepodlegające odrzuceniu.*

15.2 Oferty oceniane będą na podstawie następujących kryteriów:

15.2.1 cena brutto – waga 70 %,

15.2.2 parametry SLA – waga 30 %.

15.3 Ocena ofert zostanie dokonana wg poniższego wzoru:

P = Pc + Psla

gdzie:

P – łączna liczba punktów przyznanych badanej ofercie,

Pc – liczba punktów w kryterium „cena brutto",

Psla – liczba punktów w kryterium "parametry SLA"

15.4 Ocena w poszczególnych kryteriach dokonywana będzie na poniższych zasadach:

15.4.1 Każda spośród ofert nie podlegających odrzuceniu będzie punktowana w kryterium określonym w pkt 15.2.1 SWZ („cena brutto") poprzez porównanie ceny brutto oferty badanej do ceny brutto najniższej spośród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu, wg poniższego wzoru:

P = (Cn : Cb) x 70

gdzie:

P – łączna liczba punktów przyznanych badanej ofercie,

Cn – cena brutto najniższa spośród wszystkich ofert podlegających ocenie,

Cb – cena brutto oferty badanej.

Do porównania ofert w ramach kryterium „cena brutto" brana będzie pod uwagę cena brutto zamówienia podstawowego.

W ramach kryterium można otrzymać maksymalnie 70 punktów.

15.4.2. Każda spośród ofert nie podlegających odrzuceniu będzie punktowana w kryterium określonych w pkt 15.2.2 SWZ („parametry SLA") poprzez przyznanie punktów Wykonawcy w zależności od wskazanego przez niego wariantu realizacji usług SLA.

1) za wskazanie przez Wykonawcę WARIANTU A – Wykonawca otrzyma 0 punktów;

2) za wskazanie przez Wykonawcę WARIANTU B – Wykonawca otrzyma 15 punktów;

3) za wskazanie przez Wykonawcę WARIANTU C – Wykonawca otrzyma 30 punktów.

Do oceny w ramach kryteriów brane będą pod uwagę następujące warianty realizacji usług SLA: (….)".

Zamawiający, pismem z dnia 3 października 2024 r., poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania, wskazując m.in., że: *„prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem jest „Zakup usługi telekomunikacji VoIP wraz z dostawą systemu IP PBX oraz świadczeniem usług serwisu na czas trwania Umowy". Jeden z kluczowych (głównych) element zamówienia stanowi dostawa centrali telefonicznej (dostawa systemu IP PBX). Zamawiający w Opisie przedmiotu zamówienia przedstawił szczegółowe wymagania w zakresie systemu IP PBX. W dokumentacji postępowania (SWZ) w tym w szczególności w formularzach ofertowych oraz innych dokumentach składanych przez Wykonawcę, Zamawiający nie przewidział w żadnym miejscu obowiązku wskazania przez Wykonawcę rodzaju/typu/marki oferowanego przedmiotu zamówienia tj. systemu IP PBX. W związku z tym Zamawiający nie ma wiedzy oraz możliwości uzyskać wiarygodnej i wiążącej informacji stanowiącej treść oferty, jakie rozwiązania/produkty zostały mu faktycznie zaoferowane w stosunku do wymagań postawionych w SWZ. Prowadzi to wprost do braku możliwości dokonania weryfikacji czy zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania SWZ, a także czy zaoferowany przedmiot zamówienia będzie faktycznie realizowany (dostarczany i wdrażany na etapie wykonania umowy). Zamawiający nie przewidział w postępowaniu obowiązku złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w tym w szczególności próbki, opisu oferowanego produktu/rozwiązania, prezentacji etc. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia przewidział co prawda możliwość poproszenia wykonawców o dostarczenie i uruchomienie urządzeń/licencji lub o przeprowadzenie prezentacji w celach sprawdzenia działania wszystkich funkcjonalności Systemu VoiP na etapie oceny ofert, natomiast nie zostało to określone jako obowiązek Wykonawców do złożenia określonych przedmiotowych środków dowodowych, a treść czynności polegającej na prezentacji licencji nie stanowi treści oferty. Dodatkowo Zamawiający w żadnym z postanowień SWZ nie zastrzegł, że rozwiązanie będące przedmiotem prezentacji w rozumieniu OPZ jest rozwiązaniem oferowanym i że będzie rozwiązaniem wdrażanym. W związku z powyższym nie jest możliwe uzyskanie informacji na temat oferowanego rozwiązania bez naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz bez naruszenia zakazu negocjowania treści oferty oraz jej niezmienności przez cały okres obejmujący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Prowadzi to wprost do sytuacji, w której nie jest możliwe porównanie ofert wykonawców złożonych w postępowaniu w zakresie zgodności treści oferty z wymaganiami w zakresie przedmiotu zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty bez naruszenia przepisów postępowania, stanowiących podstawę do unieważnienia umowy.*

Zamawiający w opisie sposobu oceny ofert w kryterium „cena brutto" (pkt 6.1 SWZ) wskazał, że do porównania ofert w ramach ww. kryterium brana będzie pod uwagę cena brutto zamówienia podstawowego. Jednocześnie Zamawiający przewidział w warunkach postępowania, że uprawniony będzie do skorzystania z prawa opcji polegającej na zwiększeniu zapotrzebowania na abonamenty no limit bądź kanały SIP Trunk w taryfie no limit. Prawo opcji realizowane będzie na takich samych warunkach jak zamówienie podstawowe, w całym okresie obowiązywania Umowy, w szczególności cena jednostkowa zaoferowanych usług w ramach prawa opcji będzie identyczna jak cena jednostkowa oferowanych usług w ramach zamówienia podstawowego.

W załączniku nr 2 do SWZ zawarty został wzór formularza ofertowego w treści którego wykonawcy mieli obowiązek wskazać oprócz cen łącznych za zamówienie podstawowe/opcję, także wymagane ceny jednostkowe w rozbiciu na zamówienie podstawowe i opcję. Takie sformułowanie treści SWZ, w szczególności wprowadzenie zastrzeżenia określonego w pkt 6.1 doprowadziło do sytuacji w której Zamawiający otrzymuje ofertę najkorzystniejszą w kryterium cena brutto dla zamówienia podstawowego (ze względu na zaoferowanie bardzo niskich cen za dostawę, wdrożenie i uruchomienie Systemu IP PBX - centrali telefonii VoiP, a wysokiej za koszt abonamentów) i jednocześnie ofertę najdroższą pod względem ceny łącznej za całość przedmiotu zamówienia. Takie sformułowanie treści SWZ oraz formularza cenowego umożliwia wykonawcom zastosowania rozwiązań w zakresie inżynierii cenowej w celu uzyskania zamówienia, w związku z treścią przyjętego kryterium oceny ofert. Stoi to w sprzeczności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, a także stoi w sprzeczności z zasadami gospodarnego wydatkowania środków publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. (…)".

Zamawiający jako podstawę prawna unieważnienia postępowania podał *„art. 255 pkt 6 ustawy PZP w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 oraz w zw. z art. 99 ust. 1 w zw. z art. 106-107 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1. w zw. z art. 16 pkt 1 i 2. (…) W ocenie Zamawiającego zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu będzie wiązało się z naruszeniem następujących norm:*

1) art. 99 ust. 1 ustawy PZP

(…) Zamawiający w treści specyfikacji nie wprowadził wymogu określenia przez Wykonawcę jaki typ/model/rodzaj przedmiotu zamówienia będzie oferowany co uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie weryfikacji czy przedmiot zamówienia w ogóle spełnia wymagania określone w specyfikacji. Taki sposób sformułowania treści SWZ stanowi utrudnienie konkurencji pomiędzy wykonawcami oraz ich równe traktowanie.

2) art. 106-107 ust. 1 ustawy PZP

(…) Zamawiający wskazuje wymagane przedmiotowe środki dowodowe w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zamawiający pomimo wskazania w OPZ możliwości przeprowadzenia prezentacji danego rozwiązania nie zawarł w postanowieniach SWZ obowiązku złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Przeprowadzenie prezentacji, o której mowa w OPZ nie może stanowić substytutu przedmiotowych środków dowodowych, a także nie może stanowić podstawy do stwierdzenia co jest oferowane w ramach przedmiotu zamówienia przez danego wykonawcę oraz czy przedmiot zamówienia (oferowany) spełnia wymagania zamawiającego.

3) art. 223 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 16 pkt 1 i 2.

(…) Postanowienie zawarte w OPZ w zakresie prezentacji rozwiązania oferowanego, w celu weryfikacji czy spełnia ono wymagania specyfikacji, bez wcześniejszego wymogu określenia w dokumentach ofertowych modelu/marki/nazwy produktu, prowadzi wprost do uzupełniania treści oferty o taką informację oraz stanowi przejaw niedozwolonego modyfikowania treści oferty/negocjowania jej treści i stanowi o naruszeniu zasad równego traktowania wykonawców oraz stania na straży przestrzegania zasady uczciwej konkurencji.

4) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP

(…) W niniejszym postępowaniu błędne sformułowanie zasad w zakresie obliczania ceny prowadzi wprost do wyboru oferty, która nie ma najniższej ceny, a Zamawiający będzie zobowiązany do wyboru oferty wykonawcy, który zaproponował najwyższą cenę łączną za przedmiot zamówienia (zamówienie podstawowe wraz z opcją).".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 255 pkt 6 ustawy Pzp 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*.".

Oznacza to, że zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie tego przepisu zobowiązany jest wykazać, że:

- zaistniała wada postępowania, tj. miało miejsce naruszenie przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie,
- wada ma charakter nieusuwalny,
- na skutek zaistniałej wady postępowania nie ma możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (związek przyczynowo – skutkowy) – konieczne jest wykazanie, że umowa będzie podlegać unieważnieniu, w tym wskazanie podstawy prawnej unieważnienia.

Chodzi więc o takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Nie może to być przy tym błąd o charakterze marginalnym. Wada musi mieć charakter nieusuwalny i skutkować brakiem możliwości zawarcia niepodlagającej unieważnieniu umowy.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że jako pierwszą podstawę unieważnienia postępowania zamawiający wskazał OPZ, tj. opisanie szczegółowych wymagań w zakresie zamawianego systemu IP PBX i brak żądania podania przez wykonawców rodzaju/typu/marki oferowanego przedmiotu zamówienia co skutkuje brakiem wiedzy na temat tego co zostanie zamawiającemu zaoferowane i dostarczone przez wykonawcę. Zamawiający, jak przyznał i co wynika wprost z postanowień SWZ, przewidział prezentację. W ramach prezentacji wykonawca zobowiązany jest dostarczyć i uruchomić urządzenia/licencje w celu sprawdzenia zgodności ich funkcji z wymaganiami przedmiotu zamówienia. Zamawiający uważa jednak, że nawet gdyby pozytywnie została przeprowadzona prezentacja, to nie ma pewności, że finalnie wykonawca dostarczy przedmiot zamówienia zgodny z jego wymaganiami. Nie będzie mógł bowiem tego zweryfikować w oparciu o dokumenty przedmiotowe. Niemniej jednak to zamawiający przyznał na rozprawie, że w trakcie prezentacji, którą przewidział jest możliwe zweryfikowanie spełnienia wymagań zamawiającego. Nie można więc twierdzić, że doszło do naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, co w konsekwencji miałoby stanowić wadę tego postępowania. Przywołany przepis wskazuje bowiem na zasady jakimi powinien kierować się zamawiający, opisując przedmiot zamówienia. Przedmiot zamówienia powinien być więc opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W takie też sposób przedmiot zamówienia opisał zamawiający.

Istotnie zamawiający nie żądał złożenia przedmiotowych środków dowodowych, z których miałyby wynikać informacje na temat tego co wykonawca oferuje. Niemniej jednak zamawiający przewidział, że „na etapie oceny ofert dostarczenie i uruchomienie urządzeń/licencji w celu sprawdzenia zgodności ich funkcji z wymaganiami przedmiotu zamówienia". Możliwe było więc dokonanie oceny ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w oparciu o prezentację przedmiotu zamówienia. Prezentacja – jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej - stanowi przedmiotowy środek dowodowy. Dlatego też, jeżeli po dokonaniu prezentacji okaże się, że zaoferowany przez

wykonawcę produkt nie spełnia wymagań zamawiającego opisanych w SWZ (OPZ) oferta podlega odrzuceniu.

Brak w opisie wskazanego przez zamawiającego sformułowania, na który wskazuje zamawiający nie może stanowić wady tego postępowania. Przepisy ustawy Pzp – jak słusznie podniósł odwołujący – nie nakładają na wykonawcę obowiązku żądania złożenia przez wykonawców przedmiotowych środków dowodowych (każdy z przepisów oddziału 5 „Przedmiotowe środki dowodowe" zawiera w swej treści jedynie sformułowanie „może żądać"). Przepis daje więc możliwość żądania takich dokumentów. Nie nakłada natomiast takiego obowiązku.

W konsekwencji powyższe nie stanowi i nie może stanowić wady tego postępowania. A tym samym nie może skutkować jego unieważnieniem.

Drugą wskazaną przez zamawiającego wadą postępowania miał być opis sposobu oceny ofert w kryterium „cena brutto" (pkt 6.1 SWZ), w którym zamawiający wskazał, że do porównania ofert w ramach ww. kryterium brana będzie pod uwagę cena brutto zamówienia podstawowego. Miało to doprowadzić do sytuacji, w której zamawiający otrzymuje ofertę najkorzystniejszą w kryterium cena brutto dla zamówienia podstawowego i jednocześnie ofertę najdroższą pod względnie ceny łącznej za całość przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał także, że takie sformułowanie treści SWZ oraz formularza cenowego umożliwia wykonawcom zastosowanie rozwiązań w zakresie inżynierii cenowej w celu uzyskania zamówienia, jak również stoi w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Wskazane przez zamawiającego zapisy SWZ dotyczące kryterium oceny ofert nie są jednak niezgodne z przepisami ustawy Pzp. W tym zakresie sam zamawiający takich przepisów wprost nie wskazał. Co więcej szczegółowo opisał sposób skalkulowania ceny, oczekując od wykonawców także podania ceny zamówienia netto i brutto w ramach prawa opcji. Przewidział bowiem – jak słusznie podniósł odwołujący - możliwość zastosowania prawa opcji w rozumieniu przepisów ustawy Pzp zgodnie z przedstawionym zakresem a więc w sytuacji zwiększenia zapotrzebowania u zamawiającego w związku z abonamentami no limit bądź kanałami SIP Trunk w taryfie no limit. Natomiast w ramach kryterium „cena brutto" wprowadził jedynie cenę zamówienia podstawowego. Tak sformułowane kryterium odnoszące się wyłącznie do zamówienia podstawowego a więc tego, które zostanie faktycznie zrealizowane nie jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Nie jest też wadą postępowania.

Rzekomą niezgodność zamawiający upatrywał także w okolicznościach mogących powstać w postępowaniu (wskazuje np. na możliwość zastosowania przez wykonawców tzw. inżynierii cenowej) a nie tych, które faktycznie mają miejsce. Zamawiający, co jest bezsporne, wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wskazując jako podstawę wezwania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i takie wyjaśnienia zostały złożone. Jednak ani ten wykonawca, ani też żaden inny nie był wzywany do wyjaśnień z uwagi na podnoszone przez zamawiającego obawy i wątpliwości co do możliwości zastosowania przez wykonawców inżynierii cenowej.

Izba podzieliła więc stanowisko odwołującego, że zamawiający nie wykazał zaistnienia wszystkich przesłanek składających się na podstawę unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Przede wszystkim nie wykazał, że w postępowaniu wystąpiły wskazane przez niego wady postępowania, tj. doszło do naruszenie przepisów regulujących prawidłowe przeprowadzenie postępowania. Wada taką na co już wielokrotnie wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach nie jest nawet „opisanie kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny i nieumożliwiający jednoznacznej oceny złożonych ofert" (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 264/23). W tym przypadku ocena ofert w kryterium „cena brutto" jest możliwa.

Tak więc przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp nie może prowadzić do sytuacji, w której zamawiający powołując się na rzekome nieprawidłowości w postępowaniu dąży do jego nieuprawnionego unieważnienia.

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty odwołania potwierdziły się.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: ……