

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

Warszawa, dnia 24 kwietnia 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Joanna Gawdzik-Zawalska

Małgorzata Jodłowska

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 11 kwietnia 2025 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez: **Polską Agencję Prasową S.A. w likwidacji**

od wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 kwietnia 2025 r. (znak: KND/152/24/DKZP)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą 170 sztuk telefonów komórkowych dla Polskiej Agencji Prasowej S.A. w likwidacji”, numer referencyjny: 24/24,

wyraża opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Jak wynika ze zgromadzonej w sprawie dokumentacji, Zamawiający pierwotnie prowadził w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą 170 sztuk telefonów komórkowych dla Polskiej Agencji Prasowej S.A. w likwidacji” (numer postępowania: 14/24). W postępowaniu tym w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł m.in. wymóg dotyczący telefonów komórkowych typu VIP: przesłona obiektywu - 2xf/2.4- tylny teleobiektyw.

W ww. postępowaniu ofertę złożyło dwóch wykonawców: Orange Polska S.A. oraz Polkomtel sp. z o.o. Obie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, z uwagi przede wszystkim na niespełnienie wymogu, aby wartość przesłony obiektywu

wynosiła f/2.4. Obaj wykonawcy zaoferowali bowiem telefon, w którym wartość ta wynosiła f/2.8, zatem ich oferty były niezgodne z warunkami zamówienia. W konsekwencji postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

Następnie Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki (numer postępowania: 24/24) w oparciu o art. 305 pkt 2 ustawy Pzp. W tymże postępowaniu w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający pominął wymóg dotyczący przesłony obiektywu. Po przeprowadzeniu negocjacji, w dniu 17.10.2024 r. Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą Orange Polska S.A.

W Informacji o wyniku kontroli z dnia 04.04.2025 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP) stwierdził w szczególności: *„Biorąc pod uwagę charakter różnic w zakresie przedmiotu zamówienia w Postępowaniu nr 24/24 względem Postępowania nr 14/24 uznać należy, iż usunięcie przez Zamawiającego wymogu dotyczącego przysłony obiektywu stanowiło o zmianie pierwotnych warunków zamówienia w sposób istotny przede wszystkim z uwagi na fakt, że jak wynika z treści pisma z dnia 13 września 2024 r. zawierającego uzasadnienie unieważnienia Postępowania nr 14/24, Zamawiający odrzucił oferty obu wykonawców ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie parametrów przysłony obiektywu, przy czym co najmniej w odniesieniu do oferty wykonawcy Polkomtel sp. z o.o., był to jedyny parametr niezgodny z warunkami zamówienia wskazany przez Zamawiającego, co potwierdził Zamawiający w piśmie do Urzędu z dnia 7 marca 2025 r. [lit. c) ww. pisma]. Tym samym, gdyby wymóg dotyczący przysłony obiektywu nie został zawarty w opisie przedmiotu zamówienia dla Postępowania nr 14/24, mogłoby skutkować to niezrealizowaniem podstawy odrzucenia danej oferty. Następnie należy zauważyć, że istotność zakresu zmiany pierwotnych warunków zamówienia w analizowanej sprawie warunkowana jest również faktem, iż usunięcie danego wymogu opisu przedmiotu zamówienia odnoszącego się do przysłony obiektywu, z zasady ograniczającego zakres urządzeń możliwych do zaoferowania, mogłoby skutkować umożliwieniem złożenia oferty także innym wykonawcom, którzy nie uczestniczyli w pierwotnym postępowaniu. (...) Tym samym poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki po uprzednim unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie podstawowym, w sytuacji zmiany pierwotnych warunków zamówienia w istotny sposób, Zamawiający naruszył art. 305 pkt 2 ustawy Pzp”.*

W piśmie z dnia 11.04.2025 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, w których podniósł w szczególności:

*„Zgodnie z konkluzją pisma (...) z dnia 4.04.2025 r. u podstaw naruszenia przez Zamawiającego art. 305 pkt 2 ustawy Pzp leży usunięcie parametru przesłony obiektywu telefonów kategorii VIP w postępowaniu nr 24/24, co jak wskazano, stanowiło istotną zmianę*

w odniesieniu do pierwotnych warunków postępowania nr 14/24. Nie zgadzamy się z powyższą oceną. Uważamy, że została ona dokonana powierzchownie, w oparciu o zawężającą i błędnie interpretowaną przesłankę z art. 305 ust. 2 Pzp, wyłącznie w oparciu o aspekty formalne, w oderwaniu od specyficznego kontekstu zaistniałej sytuacji, który w naszej ocenie ma zasadnicze znaczenie dla oceny postępowania Zamawiającego w tej sprawie.

Przede wszystkim po raz kolejny zwracamy uwagę (co zupełnie zostało pominięte w informacji o wynikach kontroli), że wskazany przez Zamawiającego w OPZ parametr przesłony obiektywu, dotyczący modeli telefonów VIP był błędny. Żaden dostępny na rynku telefon z kategorii VIP (zarówno w chwili przeprowadzania postępowania nr 14/24 jak i postępowania nr 24/24) nie posiada przesłony obiektywu o tej wartości. Była to niezamierzona pomyłka Zamawiającego a Polkomtel, jako podmiot profesjonalny, działający na rynku od wielu lat nie mógł tego nie wiedzieć. Dlatego powinien był zwrócić Zamawiającemu uwagę na ten błąd na etapie analizy zapisów OPZ (który to błąd na tym etapie postępowania byłby bardzo łatwy do wyeliminowania). Tymczasem niezgodność ta w niczym nie przeszkodziła Polkomtelowi w złożeniu oferty, obejmującej telefon nie spełniający tego parametru a zwrócił on na nią uwagę dopiero w swoim odwołaniu, kiedy wiedział już, że jego oferta w sposób wyraźny przegrała z ofertą konkurencyjną. W tym stanie rzeczy, Zamawiający nie miał już dobrego wyjścia z sytuacji i musiał odrzucić obie oferty i unieważnić postępowanie, gdyż przepisy Pzp nie dają już mu na tym etapie postępowania żadnych narzędzi sprostowania czy też naprawienia oczywistego błędu postępowania.

Polkomtel w swoim wniosku do Prezesa UZP słusznie wskazuje że „ (...) w przypadku postępowań na usługi telefonii komórkowej wraz z dostawą urządzeń, to umiejętność dopasowania urządzeń ma kluczowe znaczenie dla możliwości pozyskania zamówienia. To możliwość pozyskania aparatów zgodnych z wymaganiami i w atrakcyjnej cenie przesądza o możliwości skutecznego konkurowania. Wynika to z faktu, że usługi telekomunikacyjne stanowią znacząco mniejszą część wartości zamówienia oraz ceny tych usług kształtują się zasadniczo na tym samym poziomie u wszystkich wykonawców”. Tyle że Polkomtel doskonale wie, że brak wskazania w postępowaniu nr 24/24 parametru przesłony tylnego aparatu telefonów VIP (który to parametr o błędnej, niewystępującej w ogóle na rynku wartości znajdował się w OPZ postępowania nr 14/24) w żadnym razie nie powoduje poszerzenia katalogu potencjalnych, możliwych do zaoferowania modeli telefonów gdyż pozostałe, odnoszące się do tej kategorii telefonów parametry techniczne zawarte w OPZ obu postępowań, w sposób jednoznaczny określiły zamknięty katalog tych modeli. Innymi słowy gdyby ten parametr nie występował w OPZ postępowania nr 14/24 wykonawcy zaoferowaliby dokładnie te same modele telefonów. Na marginesie warto zwrócić uwagę, że Polkomtel w swoim wniosku o wszczęcie kontroli doraźnej próbował sprytnie ukryć fakt, że w swojej ofercie zaproponował dokładnie ten sam model telefonu VIP co Orange, nie spełniający dokładnie

*tęgo samego parametru przesłony tylnego aparatu i że była to jedyna przyczyna odrzucenia jego oferty cyt: „wykonawca zaoferował telefon iPhone 15 Pro 256GB niezgodny z wymaganiami (przesłona tylnego obiektywu). Oferta Polkomtel w ocenie Zamawiającego także była niezgodna z wymaganiami. Nie spełniała bowiem wszystkich szczegółowych parametrów.”*

*Polkomtel w swoim wniosku o przeprowadzenie kontroli doraźnej wskazuje także, że usunięcie wymagań dotyczących przesłony obiektywu w postępowaniu nr 24/24 miało bezpośredni wpływ na jego sytuację, gdyż brak w OPZ postępowania nr 14/24 tego wymogu skutkowało by brakiem podstaw do odrzucenia jego oferty i (w domyśle) doprowadziłoby do jej wyboru (pomimo że jego oferta była znacznie droższa od oferty konkurencyjnej). Nie jest to prawdą. Brak formalnych podstaw do odrzucenia oferty Polkomtela nie oznaczał by w żadnym razie jej wyboru, gdyż przekraczała ona znacznie kwotę środków przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia, co jasno wynika z przekazanej w toku niniejszego postępowania dokumentacji postępowania.*

*Jednocześnie zawarty w przekazanej nam Informacji argument, że brak w postępowaniu nr 14/24, spornego parametru przesłony spowodowałby udział w postępowaniu innych oferentów nie znajduje potwierdzenia w historii zamówień publicznych dla tej usługi w PAP. Od 2018 r. w 4 kolejno ogłaszanych przez PAP postępowaniach na usługi telefonii komórkowej oferty składały maksymalnie dwie, te same firmy: Orange S.A. i Polkomtel Sp. z o.o. (w razie potrzeby gotowi jesteśmy przedstawić protokoły z powyższych postępowań).*

*Dodatkowo sam przebieg postępowania nr 14/24 (tj. fakt złożenia przez wykonawców ofert pomimo znajdującego się w OPZ błędnego parametru przesłony tylnego aparatu telefonów VIP) jasno wskazuje, że nie było to dla profesjonalnych, działających od wielu lat na rynku podmiotów żadną barierą uczestnictwa w tym postępowaniu. Gdyby więcej potencjalnych oferentów było zainteresowanych tym postępowaniem z pewnością wzięliby w nim udział niezależnie od tego czy w OPZ znalazłby się błędny zapis dot. wymaganych parametrów technicznych przesłony czy też takiego wymogu w ogóle by nie było.*

*Zwracamy uwagę, że przesłanka z art. 305 pkt. 2 Pzp (brak istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia) ma przeciwdziałać sytuacji wszczynania postępowań z niemożliwymi do spełnienia lub uciążliwymi wymaganiami celem ponowienia postępowania w trybie niekonkurencyjnym bez takich warunków. Istotny jest tutaj zatem zamiar Zamawiającego, który taki niemożliwy do spełnienia warunek zamieszcza, tj. konieczne jest tutaj świadome dążenie przez Zamawiającego do unieważnienia postępowania. Tymczasem przebieg postępowania nr 14/24 w żadnym razie na to nie wskazuje. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty a postępowanie zostało unieważnione wyłącznie na skutek odwołania Polkomtela, opartego na zarzucie braku spełnienia przez zaoferowany przez konkurenta model telefonu błędnego parametru przesłony, którego to parametru nie spełniał dokładnie ten sam telefon*

zaproponowany przez skarżącego. Jeżeli więc komukolwiek w tym postępowaniu można zarzucić intencjonalne, celowe działanie w złą wiarę to jest to Polkomtel a nie Zamawiający. Mając świadomość zawartego w SWZ niemożliwego do spełnienia, błędnego parametru, nie wskazał on tego błędu Zamawiającemu, świadomie złożył ofertę formalnie niespełniającą wymogów SWZ a kiedy okazało się, że przegrał postępowanie, złożył odwołanie, dążąc do powtórzenia postępowania w którym, posiadając wiedzę o wysokości oferty konkurenta, mógłby w sposób naruszający uczciwą konkurencję, złożyć kolejną ofertę i uzyskać zamówienie.

Rekapitulując powyższe: w przypadku w którym Zamawiający po unieważnieniu pierwszego postępowania zdecydowałby się jednak na przeprowadzenie kolejnego postępowania w trybie konkurencyjnym, według wszelkiego prawdopodobieństwa udział w nim ponownie wzięłoby dwóch, tych samych oferentów. Zważywszy, że na skutek wskazanych wyżej obiektywnych, technicznych uwarunkowań, katalog proponowanych modeli telefonów byłby dokładnie taki sam jak w postępowaniu nr 14/24 (w ramach złożonych ofert oferenci musieliby zaproponować dokładnie te same modele telefonów VIP co w pierwszym postępowaniu) oferta Polkomtela musiałaby być wyższa od konkurenta, co oznacza, że powtarzanie postępowania w trybie konkurencyjnym nie miało by żadnego racjonalnego uzasadnienia. Jeżeli natomiast Polkomtel, wykorzystując wiedzę o wysokości oferty Orange z pierwszego postępowania obniżyłby cenę w celu rozstrzygnięcia postępowania na swoją korzyść Zamawiający zmuszony byłby odrzucić ofertę Polkomtela ze względu na złożenie jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji”.

W odpowiedzi na zastrzeżenia z dnia 15.04.2025 r. Prezes UZP podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli i wskazał w szczególności:

„W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem wyjątkowym na tle procedur regulowanych treścią ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 213 ust. 1 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, enumeratywnie wymienionych w ustawie Pzp przypadkach. (...)

Podkreślić należy, iż w tym względzie dla oceny dopuszczalności zastosowania przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 2 ustawy Pzp irrelevantną pozostaje kwestia, czy opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu nr 14/24 w rzeczywistości dopuszczał złożenie jakiegokolwiek ważnej oferty z uwagi na możliwe nieistnienie na rynku produktu spełniającego wymogi tegoż opisu i czy doszło w związku z powyższym do błędu po stronie Zamawiającego. Istotne znaczenie ma bowiem fakt, iż Zamawiający wszczął w następstwie unieważnienia pierwotnego postępowania prowadzonego w trybie

*podstawowym, postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki zawierające odmienne, bardziej inkluzywne wymogi dotyczące przedmiotu zamówienia, poprzez usunięcie jednego z wymaganych parametrów dotyczących telefonu. Niemniej jednak, nawet w przypadku przyjęcia argumentacji Zamawiającego w tym zakresie, potwierdzałoby to jedynie fakt, iż doszło do dokonania zmiany pierwotnych warunków zamówienia w sposób istotny, bowiem w pierwotnym postępowaniu ważnej, niepodlegającej odrzuceniu oferty nie mógłby złożyć żaden wykonawca, podczas gdy po zmianie zakresu wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia w sposób, który dawał już techniczną i faktyczną możliwość zaoferowania produktu zgodnego z tymi wymogami, krąg potencjalnych wykonawców z natury rzeczy został rozszerzony.*

*Uzupełniając wskazać należy, iż Zamawiający nie może powoływać się na własne zaniechania czy błędy w pierwotnym postępowaniu dla uzasadnienia wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w postępowaniu kolejnym, w pierwszej bowiem kolejności stanowiłoby to o naruszeniu ogólnej zasady niedopuszczalności czerpania korzyści z własnego bezprawia, a po drugie – prowadziłoby to de facto do samoistnego wykreowania przez Zamawiającego przesłanek zastosowania trybu niekonkurencyjnego, która to praktyka nosi charakter próby obejścia przepisów regulujących procedury wyboru trybu udzielenia zamówienia i została zakwestionowana przez Krajową Izbę Odwoławczą m.in. w uchwale z dnia 7 grudnia 2020 r., sygn. akt: KIO/KD 55/20 (...)*

*Kontynuując, za bezprzedmiotowe należy uznać argumenty Zamawiającego odnoszące się do motywacji i działań poszczególnych wykonawców w toku postępowania nr 14/24, podkreślić należy bowiem, iż przedmiotem niniejszej kontroli doraźnej nie jest prawna ocena prawidłowości czynności Zamawiającego w ramach postępowania nr 14/24, a wyłącznie weryfikacja zaistnienia przesłanek właściwych dla trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie prawnej powołanej przez Zamawiającego dla uzasadnienia wszczęcia postępowania nr 24/24 w tymże trybie.*

*Należy także zwrócić uwagę na niezasadność wyrażonego na str. 2 zastrzeżeń od wyniku kontroli twierdzenia Zamawiającego o treści: (...) „brak wskazania w postępowaniu nr 24/24 parametru przesłony tylnego aparatu telefonów VIP (który to parametr o błędnej, niewystępującej w ogóle na rynku wartości znajdował się w OPZ postępowania nr 14/24) w żadnym razie nie powoduje poszerzenia katalogu potencjalnych, możliwych do zaoferowania modeli telefonów gdyż pozostałe, odnoszące się do tej kategorii telefonów parametry techniczne zawarte w OPZ obu postępowań, w sposób jednoznaczny określiły zamknięty katalog tych modeli. Innymi słowy gdyby ten parametr nie występował w OPZ postępowania nr 14/24 wykonawcy zaoferowaliby dokładnie te same modele telefonów” – bowiem to właśnie fakt, że ten parametr został zawarty w opisie przedmiotu zamówienia dla postępowania nr 14/24, spowodował faktyczną niemożność zaoferowania modeli telefonów (skutkującą koniecznością odrzucenia ofert referujących do owych modeli z uwagi na niezgodność z*

warunkami zamówienia), które to modele mogłyby zostać realnie zaoferowane, gdyby owego parametru Zamawiający nie zastosował. Należy ponownie podkreślić, iż dla oceny charakteru zmiany jako istotnej nie mają znaczenia intencje wykonawców, z uwagi na które składali oni oferty, które musiały podlegać odrzuceniu ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. (...)

W kontekście wyrażonego przez Zamawiającego argumentu, jakoby „brak formalnych podstaw do odrzucenia oferty Polkomtela nie oznaczał by w żadnym razie jej wyboru, gdyż przekraczała ona znacznie kwotę środków przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia” należy zauważyć, iż ocena istotności zmiany warunków zamówienia w kontekście spełnienia przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki określonych w art. 305 pkt 2 ustawy Pzp odbywa się abstrakcyjnie, tj. w oderwaniu od innych aspektów podmiotowych i przedmiotowych, mających znaczenie z perspektywy faktycznego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym względem powyższego, irrelevantna jest kwestia, czy niezależnie od faktu odrzucenia oferty danego wykonawcy z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia, zaistniałyby także inne podstawy dla ostatecznego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Istotne jest jedynie, czy konkretnie z uwagi na określoną zmianę treściową warunku zamówienia możliwe byłoby uznanie oferty złożonej w ramach pierwotnego postępowania jako zgodną z warunkami zamówienia. Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż w przypadku złożenia co najmniej jednej oferty niepodlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub 5 ustawy Pzp w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym, nawet w przypadku unieważnienia tego postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp wobec przewyższania przez cenę oferty kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, Zamawiający nie mógłby wszcząć kolejnego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na nieziszczenie się przesłanki dotyczącej podstawy prawnej odrzucenia ofert wykonawców. (...)

Końcowo zauważyć należy, iż z istoty trybu zamówienia z wolnej ręki wynika fakt szczególnego uprzywilejowania wykonawcy zaproszonego do negocjacji jako odstępstwo od ogólnej zasady konkurencyjności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stąd też, jak przyjmuje się w orzecznictwie KIO, ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki spoczywa na zamawiającym (tak m.in. uchwała KIO z dnia 16 lipca 2021 r., sygn. akt: KIO/KD 10/21). Konsekwencją powyższego jest także uznanie, iż ewentualne wątpliwości powinny być rozstrzygane „na korzyść konkurencyjności”, tj. wyłączając dopuszczalność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji niedostatecznego uzasadnienia zaistnienia ustawowych przesłanek jego wyboru przez Zamawiającego. Tym samym nie mogą podlegać uwzględnieniu argumenty Zamawiającego odnoszące się wyłącznie do pewnego prawdopodobieństwa zaistnienia

*określonych faktów, które mogłyby świadczyć o zaistnieniu przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Jakkolwiek Kontrolujący stoi na stanowisku bezprzedmiotowości dokonywania ustaleń dotyczących innych okoliczności postępowania aniżeli charakter samej zmiany warunków zamówienia dla oceny jej istotności w kontekście art. 305 pkt 2 ustawy Pzp, niemniej jednak zaznaczyć należy, że w szczególności nie jest możliwe antycypowanie przez Zamawiającego na etapie przed wszczęciem ewentualnego postępowania o udzielenie zamówienia, zaistnienia podstaw wykluczenia względem określonego wykonawcy w tymże postępowaniu. Analogicznie za niezrozumiałe należy uznać argumenty Zamawiającego odnoszące się do możliwego naruszenia zasady uczciwej konkurencji poprzez ponowne złożenie oferty przez jednego z wykonawców w potencjalnym postępowaniu w trybie konkurencyjnym jako uzasadnienie dla wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, tj. trybu z istoty rzeczy wyłączającego jakąkolwiek konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może powoływać się także na ogólnie rozumianą ekonomikę postępowania celem rozszerzenia zakresu dopuszczalności wyboru trybu z wolnej ręki poza okoliczności sprecyzowane w treści ustawy Pzp. (...)"*

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

Zgodnie z art. 305 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie podstawowym nie złożono żadnej oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub 5, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

W pierwszej kolejności Izba pragnie zauważyć, że stosowanie trybu z wolnej ręki, jako całkowicie wyłączającego konkurencję, stanowi absolutny wyjątek od zasady udzielania zamówień w sposób zapewniający m.in. zachowanie uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp). W związku z tym tryb ten może być stosowany wyłącznie w sytuacji, gdy zachodzą przewidziane w ustawie Pzp przesłanki, traktowane w sposób ścisły. Oznacza to, że zastosowanie trybu z wolnej ręki przy braku wystąpienia ww. przesłanek nie może być racjonalizowane czy usprawiedliwiane okolicznościami, których te przesłanki nie obejmują. Każdorazowo zatem dopuszczalność zastosowania ww. trybu musi być badana wyłącznie pod kątem konkretnych przesłanek przewidzianych w ustawie Pzp.

W przedmiotowej sprawie nie jest sporne, że Zamawiający prowadził pierwotnie postępowanie w trybie podstawowym i wszystkie oferty złożone w tamtym postępowaniu



zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Przedmiotem sporu jest natomiast to, czy pierwotne warunki zamówienia obowiązujące w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym zostały następnie w istotny sposób zmienione w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki. Konkretnie chodzi zaś o warunek dotyczący wartości f/2.4 dla przesłony obiektywu, z powodu którego wszystkie (dwie) oferty złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym zostały odrzucone, a w ogóle nie został on przewidziany w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki.

W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z powoływanym także przez Prezesa UZP wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 04.06.2009 r. o sygn. akt C-250/07: *„zmiana początkowego warunku zamówienia może być uznana za istotną w rozumieniu art. 20 ust. 2 lit. a) dyrektywy 93/38, w szczególności gdy zmieniony warunek, jeżeli by został ujęty w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłby uznanie ofert złożonych w ramach procedury z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie za prawidłowe lub umożliwiłby złożenie ofert przez oferentów innych niż ci, którzy uczestniczyli w pierwotnym postępowaniu”* (pkt 52 wyroku). Z ww. wyroku wynika zatem, że istotna zmiana pierwotnych warunków zamówienia ma miejsce wtedy, gdy można stwierdzić, że gdyby zmieniony warunek od początku był zastosowany w pierwotnym postępowaniu, to albo złożone w nim oferty nie podlegałyby odrzuceniu albo w ogóle oferty mogłyby złożyć inni wykonawcy.

W niniejszej sprawie Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP, zgodnie z którym rezygnacja przez Zamawiającego w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki z warunku dotyczącego wartości f/2.4 dla przesłony obiektywu stanowiła istotną zmianę pierwotnego warunku zamówienia.

Po pierwsze, należy zauważyć, że ww. warunek był podstawą odrzucenia obu ofert złożonych w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym jako niezgodnych z warunkami zamówienia. Gdyby więc od początku Zamawiający nie postawił warunku dotyczącego wartości f/2.4 dla przesłony obiektywu, oferty te nie musiałyby zostać odrzucone z tego powodu. Nie mają przy tym znaczenia intencje Zamawiającego, ponieważ bez względu na to, czy ww. warunek znalazł się w pierwotnym OPZ w wyniku omyłki czy celowego działania, faktem pozostaje, że jego niespełnienie spowodowało odrzucenie dwóch ofert, a w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki warunek ten nie został już powtórzony. Jest to zatem klasyczny przypadek sytuacji, o której mowa w wyroku TSUE w sprawie C-250/07, a tym samym klasyczny przypadek istotnej zmiany pierwotnego warunku zamówienia.

Po drugie, nie ma znaczenia podnoszony przez Zamawiającego argument, zgodnie z którym warunek dotyczący wartości f/2.4 dla przesłony obiektywu był błędny, gdyż żaden telefon na rynku nie ma takiej wartości, z czego Zamawiający wywodzi, że nie doszło do

istotnej zmiany warunku. W ocenie Izby jest natomiast odwrotnie, ponieważ warunek niemożliwy do spełnienia mógł zniechęcać część potencjalnych wykonawców do złożenia oferty, co oznacza, że gdyby nie był postawiony w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym, także inni wykonawcy (nie tylko Orange Polska S.A. i Polkomtel sp. z o.o.) mogliby być zainteresowani złożeniem oferty. Na powyższe nie ma wpływu fakt, że - jak twierdzi Zamawiający - od kilku lat w prowadzonych przez niego postępowaniach oferty składają tylko ci dwaj wykonawcy. Pomijając to, że dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego nie wykluczają możliwości rozszerzenia kręgu zainteresowanych wykonawców w kolejnych latach udzielania zamówień, przede wszystkim należy stwierdzić, że art. 305 pkt 2 ustawy Pzp nie uzależnia ziszczenia się przesłanki zakazu istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia od dotychczasowego kręgu wykonawców składających oferty w postępowaniach prowadzonych przez danego zamawiającego.

Już tylko na marginesie należy zauważyć, że fragment zastrzeżeń od wyniku kontroli: *„brak wskazania w postępowaniu nr 24/24 parametru przesłony tylnego aparatu telefonów VIP (...) w żadnym razie nie powoduje poszerzenia katalogu potencjalnych, możliwych do zaoferowania modeli telefonów gdyż pozostałe, odnoszące się do tej kategorii telefonów parametry techniczne zawarte w OPZ obu postępowań, w sposób jednoznaczny określiły zamknięty katalog tych modeli”*, nie dowodzi braku istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia, natomiast może być rozumiany jako przyznanie się Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny model telefonu, czyli w sposób mogący utrudnić uczciwą konkurencję, a przez to niezgodny z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Takie lub inne warunki stawiane w postępowaniach powinny skłonić Zamawiającego do rozważenia, dlaczego od lat oferty składają ciągle ci sami wykonawcy, a nie do powoływania się na nie w celu uzasadnienia zastosowania trybu z wolnej ręki całkowicie już wykluczającego konkurencję.

Po trzecie, nie można zgodzić się z Zamawiającym, że ww. warunek „w niczym nie przeszkodził Polkomtelowi w złożeniu oferty”. Wykonawcy nie składają ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia po to, żeby je tylko złożyć, ale po to, by uzyskać zamówienie. Nie ma zatem znaczenia, że Polkomtel sp. z o.o. złożył ofertę, skoro następnie postawiony przez Zamawiającego warunek spowodował jej odrzucenie jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Tym samym warunek ten, wbrew argumentacji Zamawiającego, był barierą w skutecznym uczestniczeniu w postępowaniu, gdyż uniemożliwił wykonawcy po złożeniu oferty podejmowanie działań w celu uzyskania zamówienia.

Po czwarte, bez znaczenia jest to, że w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym cena oferty wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. przewyższała kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Ani art. 305 pkt 2 ustawy Pzp ani orzecznictwo TSUE nie uzależnia ziszczenia się przesłanki istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia od tego, czy w razie nieodrzucenia oferty zachodziłaby konieczność unieważnienia

postępowania. Poza tym słusznie zwrócił uwagę Prezes UZP, że w przypadku unieważnienia przez Zamawiającego postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający tym bardziej nie miałby podstaw do zastosowania trybu z wolnej ręki z art. 305 pkt 2 ustawy Pzp.

Po piąte, nie jest zasadna argumentacja Zamawiającego, zgodnie z którą w razie powtórzenia przez niego postępowania w trybie podstawowym i złożenia przez Polkomtel sp. z o.o. oferty z niższą ceną, oferta ta musiałaby zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Pomijając to, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, dlaczego opisana wyżej sytuacja miałaby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), przede wszystkim należy zauważyć, że ponownie Zamawiający przywołuje argumenty, które są irrelewantne z punktu widzenia przesłanek opisanych w art. 305 pkt 2 ustawy Pzp. Jak wskazano już wyżej przepis ten uzależnia możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki m.in. od braku istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia. W niniejszej sprawie Zamawiający najpierw odrzucił dwie oferty z powodu niezgodności z warunkiem zamówienia dotyczącym wartości f/2.4 dla przesłony obiektywu, a następnie w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki zrezygnował z tego warunku. Ten właśnie fakt przesądza o tym, że doszło do istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia, a nie hipotetyczne założenia, co by się stało z ofertą, gdyby Zamawiający wszczął kolejny raz postępowanie w trybie podstawowym (bez ww. warunku) zamiast w trybie za wolnej ręki.

Reasumując, w zastrzeżeniach od wyniku kontroli Zamawiający powołuje się na domniemywane przez siebie okoliczności takie jak: konieczność unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie podstawowym, czy złożenie ofert przez tych samych wykonawców z tymi samymi telefonami i konieczność odrzucenia oferty Polkomtel sp. z o.o. w ewentualnie powtórzonym postępowaniu w trybie podstawowym. Jak wskazano jednak wyżej, dopuszczalność zastosowania trybu z wolnej ręki bada się w oparciu o przesłanki przewidziane w ustawie Pzp, traktowane w sposób ścisły. Tymczasem argumentacja Zamawiającego nie tylko opiera się na okolicznościach przez niego domniemywanych, ale w dodatku nie objętych przesłankami z art. 305 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający pomija natomiast fakty zaistniałe w niniejszej sprawie, czyli to że nie przewidział w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki warunku, który w poprzednim postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym był określony i jego niespełnienie skutkowało odrzuceniem wszystkich złożonych ofert. Te fakty przesądzają, że doszło do istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji – że niedopuszczalne było zastosowanie trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 305 pkt 2 ustawy Pzp. Dlatego Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższych ustaleń Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodnicząca: .....

.....

.....