



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Wiceprezes

Przemysław Grosfeld

DKZP.WKZ3.442.159.2024.JB
KND/152/24/DKZP

Warszawa, dnia 04.04.2025 r.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	Polska Agencja Prasowa S.A. w likwidacji ul. Bracka 6/8 00-502 Warszawa
Rodzaj zamówienia:	usługi
Rodzaj procedury:	zamówienie klasyczne
Przedmiot zamówienia:	„Świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą 170 sztuk telefonów komórkowych dla Polskiej Agencji Prasowej S.A. w likwidacji”
Tryb postępowania:	zamówienie z wolnej ręki – art. 305 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych
Data wszczęcia postępowania:	1 października 2024 r.
Numer ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy:	brak
Wartość zamówienia:	461 250,00 zł (99 469,50 euro)

Środki UE:

Nie

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej także: „Prezes Urzędu”) na podstawie art. 609 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp informuje o stwierdzonym naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 305 pkt 2 ustawy Pzp 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.

UZASADNIENIE

W toku kontroli doraźnej ustalono, iż Zamawiający – Polska Agencja Prasowa S.A. w likwidacji, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 2 ustawy Pzp pn. „Świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą 170 sztuk telefonów komórkowych dla Polskiej Agencji Prasowej S.A. w likwidacji” (numer postępowania: 24/24, dalej także: „Postępowanie nr 24/24”), zakończone zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego w dniu 17 października 2024 r. z wykonawcą Orange Polska S.A.

Jak ustalono w toku kontroli, przed wszczęciem Postępowania nr 24/24, Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym pn. „Świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą 170 sztuk telefonów komórkowych dla Polskiej Agencji Prasowej S.A. w likwidacji” (numer postępowania: 14/24, dalej także: „Postępowanie nr 14/24”), w toku którego zostały złożone dwie oferty przez wykonawców: Orange Polska S.A. oraz Polkomtel sp. z o.o.

Jak wynika z dokumentacji Postępowania nr 14/14, w treści załącznika nr 5 do specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), zawierającego zgodnie z treścią Rozdziału III ust. 2 SWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał co następuje (str. 40-41):

Załącznik nr 1 do przedmiotu zamówienia

(...)

II. Specyfikacja telefonów komórkowych typu VIP, objętych zamówieniem

(...)

12.	Przysłona obiektywu	f/1.8 – tylny obiektyw szerokokątny f/2.2 – tylny obiektyw ultraszerokokątny 2x f/2.4 – tylny teleobiektyw f/1,9 – przedni obiektyw
-----	---------------------	--

Postępowanie nr 14/14 zostało zakończone jego unieważnieniem na podstawie art. 255 ust. 2 ustawy Pzp, o czym Zamawiający poinformował pismem z dnia 13 września 2024 r., w którego treści Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne i prawne:

Podstawa prawna unieważnienia postępowania:

art. 255 ust. 2 ustawy Pzp: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.”

Podstawa faktyczna:

I. Zamawiający wymagał podania w treści formularza ofertowego nazwy modelu oraz producenta oferowanych telefonów (dla dwóch typów tzw. VIP oraz Standard). Ponadto zgodnie z treścią pkt 3 w rozdziale III SWZ Zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają określone przez niego wymagania, wymagał złożenia przez wykonawców przedmiotowego środka dowodowego, to jest specyfikacji oferowanych telefonów typu VIP i Standard umożliwiających „dokonanie porównania parametrów tych telefonów z wymaganiami zawartymi w SWZ”.

II. Wykonawca Orange Polska S.A. wraz z ofertą przedłożył przedmiotowe środki dowodowe, to jest Załącznik nr 4 (dotyczy telefonu VIP) oraz Załącznik nr 5 (dotyczy telefonu Standard). Dokumenty miały służyć porównaniu parametrów telefonów z wymaganiami zawartymi w SWZ. Porównując ofertę Wykonawcy oraz SWZ Zamawiającego, Zamawiający znalazł następujące braki przedmiotowych środków dowodowych w ofercie Orange Polska S.A., skutkujące brakiem potwierdzenia zgodności oferowanych telefonów z wymaganiami Zamawiającego:

1/ Telefon typu Standard: brak informacji o częstotliwości odświeżania ekranu, typie procesora, ładowarce, silikonowym etui czy zabezpieczeniu ekranu.

2/ Telefon typu VIP: brak informacji o taktowaniu procesora, pamięci RAM, ładowarce czy silikonowym etui.

Zamawiający wymagał od Wykonawców konkretyzacji przedmiotu oferty, co miało potwierdzić zgodność oferty z treścią wymagań zawartych w SWZ. Zamawiający wymagał m.in., aby wartość przysłony obiektywu w oferowanym telefonie wynosiła f/2.4. Wykonawca zaoferował telefon, w którym wartość ta wynosi f/2.8, co powoduje, że zaoferowane przysłony obiektywu są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę,

Zamawiający nie miał możliwości porównania parametrów oferowanych przez Wykonawcę Orange Polska S.A. telefonów z wymaganiami zawartymi w SWZ, gdyż dokumenty złożone z ofertą nie potwierdzają spełnienia przez oferowane telefony wymagań Zamawiającego. Ponadto, oferowany przez Wykonawcę telefon typu VIP jest niezgodny z wymaganiami SWZ. W związku z powyższym na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oferta Wykonawcy Orange Polska S.A., jako niezgodna z warunkami zamówienia, została odrzucona.

III. Wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. wraz z ofertą przedłożył przedmiotowe środki dowodowe, to jest Załącznik nr 3, Załącznik nr 3a (dotyczy telefonu Standard) oraz Załącznik nr 3b (dotyczy telefonu VIP). Dokumenty miały służyć porównaniu parametrów telefonów z wymaganiami zawartymi w SWZ. Porównując ofertę Wykonawcy oraz SWZ Zamawiającego, Zamawiający stwierdził, że specyfikacja telefonu VIP zaoferowana przez Wykonawcę Polkomtel Sp. z o.o. nie potwierdza jej zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający wymagał od Wykonawców konkretyzacji przedmiotu oferty, co miało potwierdzić zgodność oferty z treścią wymagań zawartych w SWZ. Zamawiający wymagał m.in., aby wartość przesłony obiektywu w oferowanym telefonie VIP wynosiła f/2.4. Wykonawca zaoferował telefon, w którym wartość ta wynosi f/2.8, co powoduje, że zaoferowane przesłony obiektywu są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, a przez to telefon typu VIP jest niezgodny z wymaganiami SWZ. W związku z powyższym na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oferta Wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o., jako niezgodna z warunkami zamówienia, została odrzucona.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający postanawia jak na wstępie.

Po unieważnieniu Postępowania nr 14/24, Zamawiający wszczął Postępowanie nr 24/24 poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji w dniu 1 października 2024 r. wykonawcy Orange Polska S.A.

W pkt 5 protokołu postępowania dla Postępowania nr 24/24, Zamawiający wskazał następujące uzasadnienie wyboru trybu postępowania:

Prawne:

Na podstawie art. 305 ust. 2 [omyłka pisarska – powinno być: art. 305 pkt 2] ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych zwaną dalej ustawą

Faktyczne:

W postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie podstawowym wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Jak ustalono na podstawie informacji przekazanych przez Zamawiającego w toku kontroli, jak również – informacji wynikających z treści pkt 3.1.2 ogłoszenia o wyniku postępowania

dla Postępowania nr 24/24, Zamawiający uznał, iż postępowaniem prowadzonym uprzednio w trybie podstawowym dla Postępowania nr 24/24 było Postępowanie nr 14/24.

Jak stwierdzono, wraz z zaproszeniem do negocjacji w ramach Postępowania nr 24/24, Zamawiający przekazał wykonawcy Orange Polska S.A. załącznik nr 3 – „Opis przedmiotu zamówienia”, w którego sekcji *II. Specyfikacja telefonów komórkowych typu VIP, objętych zamówieniem* określenie przedmiotu zamówienia nie zawierało wymogu dotyczącego przystoły obiektywu.

Po przeprowadzeniu negocjacji z wykonawcą Orange Polska S.A. w dniu 2 października 2024 r., strony zawarły umowę w sprawie zamówienia publicznego w dniu 17 października 2024 r.

W związku z powyższym, Prezes Urzędu zważył co następuje.

Stosownie do treści 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.*

Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja hipotezy danego przepisu wskazuje, iż dla ziszczenia się przesłanek zastosowania danej podstawy prawnej dla udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki niezbędna jest koniunkcja dwóch okoliczności:

- 1) niezłożenie żadnej oferty albo odrzucenie wszystkich ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub 5 ustawy Pzp w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie podstawowym;
- 2) niedokonanie zmiany w sposób istotny pierwotnych warunków zamówienia.

Ustalenia stanu faktycznego sprawy dają podstawę do stwierdzenia, iż nie ziszcza się przesłanka, o której mowa w pkt 2).

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż pojęcie „warunków zamówienia” należy rozumieć w zgodzie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, gdzie wskazano, że *ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.* Nie może budzić zatem wątpliwości, iż elementy określające przedmiot zamówienia, zarówno w postępowaniu w trybie konkurencyjnym, jak również w trybie z wolnej ręki, stanowią „warunki zamówienia” w rozumieniu art. 305 pkt 2 ustawy Pzp.

Dalej stwierdzić należy, iż jakkolwiek przepisy ustawy Pzp nie definiują wprost pojęcia „istotności” w kontekście zmian pierwotnych warunków zamówienia, jego zakres znaczeniowy został doprecyzowany w orzecznictwie, m.in. w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

10 sierpnia 2018 r., sygn. KIO/KD 31/18, gdzie wskazano, iż w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie TSUE) należy uznać, że zmiany w zakresie warunków udziału w postępowaniu stanowią istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia, która uniemożliwia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu. Za stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać taką modyfikację warunków udziału w postępowaniu, która gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych, umożliwiłaby udział w nim innym wykonawców (por. orzeczenie z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 Komisja przeciwko Grecji; analogiczne stanowisko wyrażone zostało w wyroku w sprawie C-496/99 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA, ECR 2004, s. I-3801, w wyroku z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presse-text Nachrichtenagentur oraz w wyroku z 5 października 2000 roku w sprawie C-337/98 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej.).

Istotność zmiany należy rozpatrywać także w kontekście wytycznych przedstawionych w treści wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 czerwca 2009 r., sygn. C-250/07, z których wynika, że zmiana początkowego warunku zamówienia może być uznana za istotną (...), w szczególności gdy zmieniony warunek, jeżeliby 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.

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 przystoły 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 przystoły 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 przystoły obiektywu nie został zawarty w opisie przedmiotu zamówienia dla Postępowania nr 14/24, mogłoby skutkować to niezainstaniem 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 przystoły obiektywu, z zasady ograniczającego zakres urządzeń możliwych do zaoferowania, mogłoby skutkować umożliwieniem złożenia oferty także innym wykonawcom, którzy nie uczestniczyli w pierwotnym postępowaniu.

Wobec powyższego uznać należy, iż wobec faktu, że Zamawiający, wszczynając Postępowanie nr 24/24 w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 2 ustawy Pzp, zmienił w sposób istotny pierwotne warunki zamówienia względem Postępowania nr 14/24, w rzeczywistości nie ziszcili się przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki określone w art. 305 pkt 2 ustawy Pzp.

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.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp dotyczących przesłanek stosowania trybu z wolnej ręki.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 610 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadza kontrolę w zakresie zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych działań lub zaniechań zamawiającego. Kontrola prowadzona jest niezależnie od kontroli innych instytucji i organów, prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy prawa.

Przemysław
Grosfeld; Urząd
Zamówień
Publicznych

Elektronicznie podpisany
przez Przemysław
Grosfeld; Urząd
Zamówień Publicznych
Data: 2025.04.04 09:26:55
+02'00'