

Warszawa, dnia 3 marca 2023 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
ul. Postępu 17A  
02-676 Warszawa

**Zamawiający Miasto Rybnik**  
ul. Bolesława Chrobrego 2,  
44-200 Rybnik  
e-mail: [zam\\_pub@um.rybnik.pl](mailto:zam_pub@um.rybnik.pl)  
nr telefonu: +48 324392000

**Odwołujący Solaris Bus & Coach sp. z o. o.**  
ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle  
62-005 Owińska  
KRS: 0000856560  
nr tel: 48 691 969 678,  
e-mail: [rafal.zajas@solarisbus.com](mailto:rafal.zajas@solarisbus.com)

zastępowany przez:  
adwokata Jana Rolińskiego  
radcę prawnego Ludmiłę Kitaszewską  
WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr sp.k.  
pl. Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa  
tel.: 22 201 00 00, faks: 22 201 00 99  
e-mail: [jan.rolinski@wkb.pl](mailto:jan.rolinski@wkb.pl),  
[ludmila.kitaszewska@wkb.pl](mailto:ludmila.kitaszewska@wkb.pl),

**Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup 20 sztuk autobusów elektrycznych zasilanych wodorem”, znak postępowania: ZP.271.78.2022, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 14 listopada 2022 r. pod nr 2022/S 219-628647.**

Przedmiot zamówienia zgodny z opisem zawartym w ww. ogłoszeniu. Przedmiotem zamówienia jest wyprodukowanie i dostarczenie fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów miejskich wodorowych o dwóch typach wyposażenia (12M i 12Z). Zamówienie obejmuje dostawę: 15 sztuk autobusów oznaczonych jako typ 12M oraz 5 sztuk autobusów oznaczonych jako typ 12Z.

## ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy **Solaris Bus & Coach sp. z o.o.** z siedzibą w Bolechowie-Osiedlu, (dalej jako „**Odwołujący**”), w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 513 pkt. 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 19 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**PZP**”) wnoszę odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego - Miasta Rybnik (dalej jako „**Zamawiający**”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Zakup 20 sztuk autobusów elektrycznych zasilanych wodorem*” (dalej jako „**Postępowanie**”), tj.:

- 1) **zaniechania unieważnienia Postępowania** w sytuacji, gdy Postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) **dokonania wyboru oferty wykonawcy PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej** podczas gdy oferta ta nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, a Postępowanie winno być unieważnione.

Wobec powyższego zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie następujących przepisów:

- 1) **art. 239 ust. 2 PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 PZP** poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, gdyż jest w rzeczywistości wyłoniona wyłącznie w oparciu o kryterium Ceny, a jakość ofertowanego przedmiotu zamówienia (Kryterium Techniczne) ma znaczenie pozorne i nie wpływa realnie na pozycję oferty w rankingu ofert, czym Zamawiający narusza zasadę efektywności ekonomicznej;
- 2) **art. 246 ust. 1 PZP** poprzez dokonanie wyboru oferty PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. wyłącznie w oparciu o kryterium Ceny (a nie Kryterium Ceny i Kryterium Techniczne), gdyż w rzeczywistości przy zastosowaniu wzoru określonego przez Zamawiającego w ramach kryterium to Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert, a Kryterium Techniczne jest jedynie pozorne i nie ma realnego wpływu na ocenę ofert;
- 3) **art. 255 pkt 6 PZP w zw. z art. 457 ust. 5 PZP w zw. z art. 70<sup>5</sup> Kodeksu Cywilnego** poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania w sytuacji, gdy Postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. w sytuacji, gdy Zamawiający (strona umowy) przez nieprawidłowe opisanie wzoru w ramach kryterium oceny ofert wpływa na wynik tego Postępowania w sposób sprzeczny z prawem prowadząc do sytuacji, w której dochodzi do wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu PZP.

W związku z powyższym **wnoszę o** uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie 554 ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b PZP:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym Postępowaniu;
- 2) dokonania czynności unieważnienia niniejszego Postępowania jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Równocześnie wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

### **Legitymacja do wniesienia odwołania**

Zgodnie z art. 505 ust. 1 PZP środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Przepis art. 505 ust. 1 PZP wymaga wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, a nie interesu w uzyskaniu „danego” zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia należy więc rozumieć szeroko, jako odnoszący się do możliwości pozyskania świadczenia, będącego przedmiotem zamówienia. Nie jest przy tym istotne, w jakim postępowaniu zamówienie zostanie wykonawcy udzielone<sup>1</sup>. Stąd Odwołujący może podejmować czynności zmierzające do unieważnienia dotychczasowego Postępowania. W takim przypadku, gdyby Zamawiający wszczął kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia w tym samym przedmiocie, Odwołujący mógłby ponownie ubiegać się o jego udzielenie i złożyć ofertę w nowym postępowaniu. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia, który wyraża się właśnie w możliwości pozyskania świadczenia, będącego przedmiotem zamówienia w kolejnym postępowaniu. Taka wykładnia interesu w

---

<sup>1</sup> Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1299/21; Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 5 sierpnia 2021 r. XXIII Zs 48/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2019 r. sygn. akt KIO 873/19.

uzyskaniu zamówienia jest zgodna z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, gdzie wielokrotnie opowiadano się za szerokim znaczeniem pojęcia „interesu”.

Ponadto Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP – w efekcie braku dokonania przez Zamawiającego unieważnienia przedmiotowego Postępowania oraz wyboru oferty konkurenta (mimo, iż kryterium skonstruowane w Postępowaniu jest wadliwe i nie prowadzi w rzeczywistości do wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu PZP) Zamawiający pozbawia Odwołującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, co skutkować może szkodą po stronie Odwołującego. Odwołujący jest bowiem czołowym europejskim dostawcą autobusów posiadającym w swojej ofercie pojazdy spełniające wszystkie wymagania Zamawiającego i pozostaje zainteresowany udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia w przypadku jego ponownego wszczęcia przez Zamawiającego.

### **Wpływ na wynik postępowania naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP**

Naruszenie zarzucanych wyżej przepisów PZP miało bezpośredni wpływ na wynik Postępowania, bowiem doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o., która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 239 ust. 2 PZP.

### **Termin na wniesienie odwołania**

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a PZP odwołanie, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Ponadto w myśl art. 515 ust. 3 pkt 1 PZP odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 rzeczonego przepisu wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

W dniu 21 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w tym dniu Odwołujący powziął wiedzę o dokonaniu wyboru oferty PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. oraz o zaniechaniu unieważnienia Postępowania. Z uwagi na powyższe



uznać należy, iż termin na wniesienie niniejszego odwołania upływa w dniu 3 marca 2023 r. i został dochowany.

## **UZASADNIENIE**

### **I. STAN FAKTYCZNY**

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest wyprodukowanie i dostarczenie fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów miejskich wodorowych, Zamówienie jest finansowane z budżetu miasta oraz dotacji z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej. Ponadto zgodnie z informacją zawartą w SWZ zamówienie kwalifikuje się do kredytowania przez Europejski Bank Inwestycyjny. Kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia wynosi 88 000 000 zł brutto (informacja zawarta w SWZ).
2. W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „**SWZ**”) Zamawiający wskazał, iż, przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie kierował się następującymi kryteriami:
  - Kryterium I Cena (K1) - 60 pkt,
  - Kryterium II Kryterium techniczne (K2) - 40 pkt.
3. W Postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców – Odwołujący oraz PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o. o. (dalej jako „**PAK**”).

#### **Zbiorcze zestawienie ofert złożonych w Postępowaniu:**

<b>Nr oferty</b>	<b>Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres Wykonawcy</b>	<b>Cena brutto [zł]</b>
1	Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. Bolechowo-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska	76 998 000,00 zł
2	PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. ul. Kazimierska 45, 62-510 Konin	66 149 680,00 zł

4. Zamawiający w dniu 21 lutego 2023 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PAK, przyznając ofertom następującą punktację:

Nr oferty	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres Wykonawcy	Liczba punktów w kryterium K1	Liczba punktów w kryterium K2	Łączna liczba punktów
1	Solaris Bus & Coach Sp. z o.o. Bolechow-Osiedle, ul. Obornicka 46, 62-005 Owińska	0	34	34
2	PAK-PCE Polski Autobus Wodorowy Sp. z o.o. ul. Kazimierska 45, 62-510 Konin	60	38	98

5. Co istotne, Zamawiający przewidział, iż liczba przyznanych punktów w ramach Kryterium I Cena, dla poszczególnych ofert ma być obliczona zgodnie z poniższym wzorem:

$C_{max} - C_o$

-----  $\times 60 \text{ pkt} = \text{liczba punktów dla danej oferty}$

$C_{max} - C_{min}$

gdzie:

- $C_{max}$  – cena maksymalna spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu
- $C_{min}$  – cena minimalna spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu
- $C_o$  – cena oferty ocenianej

6. Odwołujący wskazuje, że zastosowanie wzoru przewidzianego przez Zamawiającego w SWZ prowadzi do nieakceptowalnych na gruncie PZP konsekwencji w postaci:
- wyboru oferty wyłącznie w oparciu o Kryterium Ceny (a nie Kryterium Ceny i Kryterium Techniczne), gdyż w rzeczywistości przy zastosowaniu wzoru określonego przez Zamawiającego to Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert, a Kryterium Techniczne jest jedynie pozorne – czym Zamawiający narusza art. 246 ust. 1 PZP obligujący go do stosowania także pozacenowych kryteriów oceny ofert;
  - wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu PZP tj. nie prezentuje najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, gdyż w rzeczywistości jakość oferowanego przedmiotu zamówienia nie ma wpływu na pozycję ofert – czym Zamawiający narusza art. 239 ust. 2 PZP, który wprost stanowi, iż ofertą najkorzystniejszą jest oferta prezentująca *najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny*;
  - naruszenia zasady efektywności ekonomicznej wyrażonej w art. 17 ust. 1 PZP – która nakazuje Zamawiającemu udzielić zamówienia w sposób zapewniający najlepszą

jakość dostaw uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację.

7. Powyższa wadliwość wzoru matematycznego uwidoczniła się po złożeniu ofert przez Odwołującego i PAK i ma szczególne znaczenie w sytuacji, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostają złożone jedynie dwie oferty (która to sytuacja ma właśnie miejsce w przedmiotowym Postępowaniu).
8. Odwołującego powyższa wadliwość skutkuje koniecznością unieważnienia Postępowania przez Zamawiającego i poprawnego określenia kryteriów oceny ofert w kolejnym, nowym postępowaniu, czego Zamawiający nie uczynił.

**Ad. 1 i 2 - Zarzut naruszenia art. 239 ust. 2 PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 PZP oraz art. 246 ust. 1 PZP**

9. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych ma status zamawiającego publicznego, o jakim mowa w art. 4 pkt 1 PZP. Z kolei w myśl art. 246 ust. 1 PZP. *Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 PZP, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%.*
10. **Zamawiający wprowadził formalnie przewidział w SWZ kryteria oceny ofert w postaci Ceny (K1) o wadze 60 oraz Kryterium technicznego (K2) o wadze 40. Faktycznie jednak wzór matematyczny zastosowany przez Zamawiającego w ramach kryterium Cena, został tak skonstruowany, że w przypadku dwóch ofert (a zatem w przypadku takim jak w Postępowaniu) oferta z nawet symbolicznie wyższą ceną (choćby o 0,01 zł), w każdym przypadku uzyska 0 punktów w ramach kryterium Cena niezależnie od poziomu spełniania przez oferenta drugiego kryterium w postaci Wymagań Technicznych. Uzyskanie 0 pkt w kryterium cenowym pozbawia natomiast oferenta jakichkolwiek szans na pozyskanie zamówienia, choćby uzyskał maksymalną ilość punktów w Kryterium Technicznym K2.**
11. Powyższe wynika, ze skonstruowania wzoru matematycznego w taki sposób, iż w liczniku wzoru znajduje się działanie matematyczne polegające na odjęciu od ceny maksymalnej ceny oferty ocenianej ( $C_{max}-C_o$ ).

$C_{max}-C_o$

----- x 60 pkt = liczba punktów dla danej oferty

$C_{max}-C_{min}$





12. W przypadku oferty prezentującej najwyższą ceną ( $C_{max}$ ) w ramach Kryterium Cena, oferta taka **zawsze otrzyma 0 punktów ( $C_{max} - C_{max} = 0$ )**. Każde kolejne działanie matematyczne polegające na dzieleniu liczby 0 przez różnicę w cenach ( $C_{max} - C_{min}$ ) prowadzi do rezultatu 0. Analogicznie  $0 \times 60 \text{ pkt} = 0$ .
13. Należy zauważyć, iż oferta zawierająca cenę maksymalną **zawsze przegra** z ofertą zawierającą cenę niższą, **niezależnie od poziomu spełniania pozostałych kryteriów oceny ofert tj. Kryterium Technicznego, nawet jeśli różnica w cenach wynosiłaby wyłącznie 0,01 zł**. Powyższe prowadzi do nieakceptowalnych pod względem zasady efektywności ekonomicznej rezultatów, w których dany wykonawca może złożyć najlepszą ofertę pod względem jakościowym (tj. uzyskać w ramach Kryterium Technicznego 40 punktów) oraz zaoferować cenę nieznacznie niższą od ceny najniższej oferty, jednak mimo wszystko nie mieć szans na wybór jego oferty ze względu na wadliwie skonstruowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert.
14. Kryterium zastosowane przez Zamawiającego mogłoby się ostać wyłącznie, gdyby Cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert. W sytuacji natomiast zastosowania co najmniej dwóch kryteriów wzór zastosowany przez Zamawiającego wypacza istotę pojęcia „*oferty najkorzystniejszej*” jako prezentującej „*najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny*” w rozumieniu art. 239 ust. 2 PZP. Taka metoda wyłaniania oferty najkorzystniejszej nie daje się pogodzić także z zasadą efektywności ekonomicznej – nakazującą Zamawiającemu udzielanie zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków jakimi Zamawiający dysponuje.
15. Wadliwość powyższego wzoru obrazują tabele przedstawione dla hipotetycznych przykładów:

**Przykład nr 1:**

- Wykonawca X, zaoferował cenę (K1) 1.000.000 zł (cena najniższa);
- Wykonawca X, nie zaoferował żadnego aspektu technicznego ocenianego w ramach kryterium technicznego (K2)
- Wykonawca Y, zaoferował cenę (K1) 8.000.000 zł (cena najwyższa)
- Wykonawca Y, zaoferował wszystkie aspekty techniczne oceniane w ramach kryterium technicznego na poziomie maksymalnym (K2)





Wykonawca	Cena – waga 60	Jakość – waga 40	Łączna Liczba punktów	Wynik
X	60	0	60	Wykonawca X złożył ofertę najkorzystniejszą, mimo, że nie uzyskał żadnego punktu w kryterium technicznym, jednak jego cena jest znacznie niższa niż cena drugiego oferenta.
Y	0	40	40	Wykonawca Y plasuje się na drugim miejscu, wprowadził jego oferta jest korzystniejsza technicznie – lecz cena jest 8 razy wyższa.
<b>W przypadku tego przykładu oferta z najniższą ceną jest ofertą najkorzystniejszą. W przykładowym stanie faktycznym różnica pomiędzy cenami jest znacząca (1.000.000 a 8.000.000).</b>				

**Przykład nr 2:**

- Wykonawca X, zaoferował cenę (K1) 1.000.000 zł (cena najniższa)
- Wykonawca X, nie zaoferował żadnego aspektu technicznego ocenianego w ramach kryterium technicznego (K2)
- Wykonawca Y, zaoferował cenę (K1) 1.000.100 zł (cena najwyższa), różnica w cenach 100 zł
- Wykonawca Y, zaoferował wszystkie aspekty techniczne oceniane w ramach kryterium technicznego na poziomie maksymalnym (K2)

Wykonawca	Cena – waga 60	Jakość – waga 40	Łączna Liczba punktów	Wynik
-----------	-------------------	---------------------	-----------------------------	-------

X	60	0	60	Wykonawca X złożył ofertę najkorzystniejszą, mimo, że nie uzyskał żadnego punktu w kryterium technicznym, a zaoferowana przez niego cena jest symbolicznie niższa od drugiej oferty (różnica 100 zł).
Y	0	40	40	Wykonawca Y plasuje się na drugim miejscu, mimo, że jego oferta uzyskała maksymalną ilość punktów w kryterium technicznym, lecz zaoferował cenę o 100 zł wyższą.

**W przypadku Przykładu nr 2 wynik postępowania jest analogiczny jak w Przykładzie nr 1, mimo, iż parametry ofert są skrajnie inne.**

**Bez wątplenia w takim przypadku nie można stwierdzić, że zastosowane kryteria doprowadzą do rezultatu w postaci wyboru oferty prezentującej „*najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny*”, bowiem różnica w cenie jest minimalna, natomiast różnica w jakości znacząca.**

**Przykład nr 2 obrazuje w jaki sposób zastosowane kryterium premiuje wyłącznie parametr cenowy, niezależnie od poziomu jakości.**

**16. Jak obrazuje Przykład nr 2 – zastosowane kryterium premiuje jedynie Cenę, powodując, że ocena parametrów takich jak długość udzielonej gwarancji, zużycie paliwa czy technologia zasilania silnika trakcyjnego w ramach Kryterium Technicznego pozostaje wyłącznie pozorna. Poziom spełniania tych parametrów nie ma bowiem najmniejszego wpływu na wynik Postępowania. Mimo przypisanej wagi 40, o wyniku Postępowania rozstrzyga wyłącznie Cena.**

**17. Powyższe skutkuje tym, że Zamawiający dokonując wyboru oferty PAK narusza art. 239 ust. 2 PZP, gdyż wybrana oferta nie przedstawia „*najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny*”, a w rzeczywistości jest wyłoniona wyłącznie w oparciu o kryterium Ceny. Jakość ofertowanego przez PAK przedmiotu zamówienia ma znaczenie pozorne**

i nie wpływa realnie na pozycję oferty w rankingu ofert – mimo, iż Zamawiający nabywa przedmiot zamówienia w postaci autobusów, których aspekty środowiskowe (takie choćby jak zużycie paliwa) powinny mieć kluczowe znaczenie zarówno dla wydatkowania środków publicznych jak i dla lokalnej społeczności. Ponadto Zamawiający narusza art. 246 ust. 1 PZP – gdyż mimo formalnego przewidzenia dwóch kryteriów oceny ofert, Zamawiający realnie zastosował wyłącznie jedno z nich w postaci Ceny.

18. Dodatkowo ocena ofert dokonana w oparciu o tak sformułowane kryterium narusza obowiązek efektywnego udzielania zamówień, który w nowej ustawie PZP został wyrażony w art. 17 ust. 1 PZP i podniesiony do rangi podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. obowiązujących na każdym etapie przygotowania i prowadzenia postępowania. W świetle art. 17 ust. 1 PZP Zamawiający zobowiązany jest bowiem do udzielenia zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które może przeznaczyć na jego realizację. W sytuacji natomiast gdy jakość oferowanego przedmiotu zamówienia nie ma realnego wpływu na pozycję oferty – dochodzi do naruszenia wyrażonej wyżej zasady efektywności ekonomicznej. Zamawiający w każdym bowiem przypadku wybierze ofertę najtańszą – bez względu na poziom kryteriów jakościowych, które, jak wskazano wyżej, winny mieć bez wątpienia wpływ na proces zakupowy dotyczący pojazdów komunikacji miejskiej.
19. Jak wskazuje przy tym Urząd Zamówień Publicznych: *„Swoboda przyznana zamawiającym w zakresie wyboru kryteriów ocen ofert może być realizowana tylko przy założeniu, że wybór dokonywany przez zamawiających nie jest arbitralny i że wybrane kryteria nie naruszają prawa. W swobodzie wyboru kryteriów oceny ofert zamawiający są również ograniczeni tym, że wybrane przez nich kryteria powinny pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia. Co więcej – wybrane kryteria powinny umożliwiać wybór najkorzystniejszej oferty, czyli muszą być odpowiednie dla ustalenia, która z ofert w odniesieniu do przedmiotu zamówienia będzie najkorzystniejsza.”<sup>2</sup>*

**Ad. 3 Zarzut zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 PZP w zw. z art. 457 ust. 5 PZP w zw. z art. 70(5) KC**

---

<sup>2</sup> Komentarz Prawo Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza.

20. Z uwagi na powyższe w Postępowaniu zachodzą przesłanki do jego unieważnienia. Przepis art. 255 pkt 6 PZP stanowi bowiem, że *zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*. Z kolei katalog sytuacji, w których umowa podlega unieważnieniu określa art. 457 PZP, przewidując w ust. 5 między innymi możliwość żądania unieważnienia umowy na podstawie przepisu art. 70<sup>5</sup> KC. Przepis ten stanowi, iż *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*.
21. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający poprzez wadliwe sformułowanie wzoru matematycznego w ramach kryterium oceny ofert dopuścił się tego rodzaju uchybień, które powinny zostać zakwalifikowane jako niemożliwa do usunięcia wada postępowania, która dodatkowo skutkuje tym, iż umowa w sprawie zamówienia winna podlegać unieważnieniu w oparciu o ww. przepis art. 70<sup>5</sup> KC.
22. Formułując działanie matematyczne w liczniku wzoru na obliczenie punktacji w ramach Kryterium Ceny Zamawiający doprowadził wystąpienia wady Postępowania w postaci:
- braku możliwości wyłonienia oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 239 ust. 2 PZP tj. prezentującej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny;
  - iluzorycznego zastosowania kryterium jakościowego, powodującego naruszenie art. 246 PZP zakazującego stosowania przez zamawiających publicznych jednego kryterium oceny ofert w postaci ceny;
  - naruszenia zasady efektywności ekonomicznej, która jako naczelna zasada zamówień publicznych winna obowiązywać w procesie udzielania przedmiotowego zamówienia;
  - pozbawienia oferentów możliwości skutecznego konkutowania o udzielenie zamówienia w warunkach równego traktowania i uczciwej konkurencji;
- która to wada z uwagi na etap Postępowania (po wyborze oferty najkorzystniejszej) ma charakter nieusuwalny.
23. Co istotne aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO”) potwierdza, że **przepis art. 70<sup>5</sup> KC może być podstawą unieważnienia umowy właśnie w takiej sytuacji, gdy Zamawiający – jako strona umowy - przez nieprawidłowe opisanie wzoru w ramach kryterium oceny ofert wpływa na wynik tego postępowania**. W tym kontekście szczególne znaczenie ma wyrok KIO z dnia 14

lutego 2022 r., sygn. akt KIO 229/22, w którym właśnie w przypadku błędnie skonstruowanego kryterium oceny ofert potwierdzono, iż:

- *kryteria oceny ofert określone w SWZ winny umożliwiać późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Wzory w ramach kryteriów oceny ofert winny być jednoznaczne, czytelne i niepozostawiające swobody interpretacji i nie mogą prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty najmniej korzystnej,*
- w sytuacji gdy oferty w postępowaniu zostały już otwarte, a dochodzi do błędu mającego wpływ na wynik postępowania, stanowi on wadę postępowania, a skoro nie jest możliwa zmiana w treści dokumentów zamówienia jedynym rozwiązaniem jest unieważnienie postępowania.

24. Możliwość unieważnienia postępowania w przypadku gdy Zamawiający (strona umowy) dokonał czynności niezgodnych z PZP prowadząc tym samym do ograniczenia konkurencji w postępowaniu została potwierdzona także w innym orzecznictwie, w szczególności w wyroku KIO z dnia 2 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2939/21 oraz orzecznictwie Sądu Okręgowego (Sądu Zamówień).<sup>3</sup> W wyrokach tych potwierdzono wyrażoną przez KIO możliwość unieważnienia umowy w zbliżonej sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z PZP opisanie przedmiotu zamówienia, prowadzące do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, wpływa na wynik tego postępowania.

25. Analogiczna argumentacja została wskazana także w najnowszym orzecznictwie KIO tj. w wyroku z dnia 2 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2939/21 czy też wyroku KIO z dnia 7 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 169/22, gdzie Izba wskazała:

*„Ostatnią przesłanką prawidłowego zastosowania przepisów umożliwiających unieważnienie postępowania według PrZamPubl jest to, że ustalona w postępowaniu wada, która jest niemożliwa do usunięcia, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka konstrukcja przepisu odsyła wprost do art. 457 ust. 1 PrZamPubl, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia PrZamPubl powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do przywołanego przepisu, który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy. Taka interpretacja skutkowałaby tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia.*

---

<sup>3</sup> Wyrok SO w Warszawie z 28.01.2022 r., XXIII Zs 139/21, LEX nr 3356307.

***Taka wykładnia prowadziłaby do błędnego zdaniem Izby wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów, czego w przypadku wad innych niż określone art. 457 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl nie zabrania. Izba zwraca uwagę, że w przepisach PrZamPubl istnieje możliwość uznania umowy za nieważną na podstawie art. 457 ust. 5 PrZamPubl który stanowi, że przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70<sup>5</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Dyspozycja art. 70<sup>5</sup> KC znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy PrZamPubl. Możliwość żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 70<sup>5</sup> KC jest niezależna od podstaw i ograniczeń unieważnienia na podstawie przepisów PrZamPubl.”***

Przepis ten bez wątpienia zatem winien być zastosowany w przypadku występowania nieusuwalnej wady przedmiotowego Postępowania.

26. Na marginesie Odwołujący wskazuje, iż nie może się ostać twierdzenie Zamawiającego zawarte w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21 lutego 2023 r. (pismo skierowane do Odwołującego), iż zastosowanie „popularnego wzoru matematycznego” w postaci  $[cena\ najniższa / cena\ danej\ oferty] \times 60\ pkt$  nadal powodowałoby, że oferta Odwołującego nie byłaby ofertą najkorzystniejszą, a co za tym idzie zastosowany przez Zamawiającego wzór nie ma wpływu na wynik.
27. Przede wszystkim Odwołujący wskazuje, iż nie jest możliwe antycypowanie na obecnym etapie wyniku kolejnego potencjalnego postępowania o udzielenie zamówienia, gdzie taki wzór mógłby być zastosowany. Nie jest również wykluczone, że z uwagi na inne ukształtowanie kryterium oceny ofert w nowym postępowaniu wzięło by udział więcej niż jedynie 2 oferentów, co za tym idzie wyniki mogłyby być zupełnie różne. Hipotetyczny wynik kolejnego postępowania nie ma bowiem wpływu na wadliwość aktualnie prowadzonej przez Zamawiającego procedury wyboru i wadliwości tej nie może sanować. Jak wykazał Odwołujący – aktualnie prowadzone Postępowanie skutkuje wyłonieniem oferty najtańszej, a nie oferty najkorzystniejszej w rozumieniu PZP.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak we wstępie.



---

Ludmiła Kitaszewska  
Radca prawny

---

Jan Roliński  
Adwokat

**Załączniki:**

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. Odpis z KRS Odwołującego;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Dowód przesłania Zamawiającemu kopii odwołania wraz z załącznikami.