

Sygn. akt KIO/KD 37/20

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 10 lipca 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 15 czerwca 2020 r., pismem z dnia 15 czerwca 2020 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. WAM - Centralny Szpital Weteranów z siedzibą w Łodzi

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej o sygn. akt UZP/DKZP/WKZ2/421/16(4)/20/PW z dnia 1 czerwca 2020 r., w przedmiocie zamówienia publicznego na:

Dostawę aparatu USG

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Odrzywolska
Członkowie:	Anna Osiecka
	Irmina Wiktorja Pawlik

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie w części dotyczącej naruszenia art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione skrócenie terminu składania ofert w postępowaniu, co w rezultacie oznaczało naruszenie art. 43 ust. 2 ustawy Pzp, o którym mowa w punkcie 1 Informacji o wyniku kontroli.

W pozostałym zakresie zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie

UZASADNIENIE

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. WAM – Centralny Szpital Weteranów z siedzibą w Łodzi przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa aparatu USG” (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych - dalej: „Prezes UZP”, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Pzp, przeprowadził kontrolę doraźną przedmiotowego postępowania, w konsekwencji której, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione skrócenie terminu składania ofert w postępowaniu, co w rezultacie oznaczało naruszenie art. 43 ust. 2 ustawy Pzp;
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, a także równego traktowania oraz przejrzystości w wyniku zaniechania przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w postaci przedłużenia terminu realizacji zamówienia;
3. art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert o czas nie krótszy niż 15 dni od dnia wystąpienia obowiązku przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w zakresie terminu realizacji zamówienia;
4. art. 7 ust. 1 oraz art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 41 pkt 9 ustawy Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zawierającego treść odmienną od treści SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, bez następczego ich sprostowania lub zmiany;
5. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia ww. postępowania w konsekwencji stwierdzonych i opisanych powyżej w pkt 1, 2, 3 i 4 naruszeń, świadczących o wadliwości postępowania i braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

6. art. 8 ust. 1, art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r., poz. 1128), polegające na prowadzeniu protokołu postępowania w sposób nierzetelny.

Prezes UZP w zakresie, w jakim zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów wskazanych w punkcie 1 ustalił, co następuje. Zamawiający, z uwagi na wartość zakupów urządzeń medycznych dokonanych do lipca 2019 r. na kwotę 2 432 972,79 zł. netto (co stanowi równowartość 564 272,28 euro), udzielił przedmiotowego zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, w związku z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp w reżimie odpowiednim dla zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W toku postępowania wyjaśniającego Zamawiający stwierdził, że nie mógł dzielić zamówienia i przeprowadzić procedury przetargowej poniżej 144 000 euro, mimo iż szacunkowa wartość zamówienia tj. 139 000,00 zł. dopuszczała takie rozwiązanie. Stąd, zamawiający przekazał w dniu 23 lipca 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej. Ogłoszenie to zostało następnie opublikowane w dniu 26 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 143-351485 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W pkt IV. 1.1 ww. ogłoszenia o zamówieniu wskazano, iż postępowanie będzie odbywać się w procedurze przyśpieszonej, dla której zastosowania podano następujące uzasadnienie: Aparat jest niezbędny dla Oddziału Intensywnej Terapii, brak aparatu stanowi zagrożenie dla życia pacjentów hospitalizowanych w OIT. Aparat USG jest także niezbędny do wykonywania procedury medycznej kaniulacji naczynia centralnego u chorych innych oddziałów. Aparat stanowi podstawowy i obowiązkowy element wyposażenia oddziału anestezjologii i intensywnej terapii. Otwarcie ofert, zgodnie z pkt IV.2.7) ogłoszenia o zamówieniu miało nastąpić w dniu 8 sierpnia 2019 r. Termin składania ofert wynosił zatem 16 dni od dnia przekazania ogłoszenia do UPUE.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania, Zamawiający wszczynając postępowanie określił w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt 11.2.7) oraz w SIWZ (pkt 111.1), że zamówienie ma zostać zrealizowane w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy. Następnie Zamawiający pismem z 2 sierpnia 2019 r., udzielając odpowiedzi na pytanie do treści SIWZ, dokonał modyfikacji „dopuszczając dostawę, montaż i uruchomienie w całości urządzenia w terminie do 28 dni od dnia podpisania umowy”. Zamawiający nie dokonał zmiany terminu składania ofert.

W odpowiedzi na wezwanie Urzędu o uzasadnienie skrócenia terminu składania ofert, w tym o wykazanie związku przyczynowego między pilną potrzebą udzielenia zamówienia, a skróceniem terminu składania ofert w oparciu o przepis art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp, mając na uwadze fakt, iż Zamawiający wydłużył termin realizacji zamówienia, Zamawiający w toku postępowania wyjaśniającego wskazał, że: podjął decyzję o skróceniu terminu składania ofert w związku z otrzymanym pismem z dnia 15 lipca 2019 r. w sprawie pilnego zakupu aparatu USG dla Oddziału Klinicznego Anestezjologii i Intensywnej Terapii, mieszczącego się w Łodzi przy ul. Żeromskiego 113.

W związku z wymogami zawartymi w zarządzeniu Ministra Zdrowia dot. Wyposażenia Oddziału Klinicznego Anestezjologii i Intensywnej Terapii, aparat USG stanowi podstawowy i obowiązkowy element wyposażenia. Brak ww. sprzętu stanowi zagrożenie dla zdrowia i życia pacjentów hospitalizowanych w Oddziale Klinicznym Anestezjologii i Intensywnej Terapii. Aparat USG jest niezbędny do codziennej pracy z pacjentem na Oddziale Klinicznym Anestezjologii i Intensywnej Terapii, w diagnostyce przyłóżkowej między innymi zmian płucnych, do kontroli szerokości osłonek nerwu wzrokowego u pacjentów po zabiegach neurochirurgicznych celem wczesnego wykrycia obrzęku mózgu, do uwidaczniania naczyń podczas kaniulacji naczyń, jak również przy wykonywaniu kaniulacji naczyń u pacjentów z innych oddziałów szpitala, którzy często przyjmują leki p/krzepiwe oraz u pacjentów wymagających znieczulenia regionalnego do zabiegów operacyjnych i leczenia bólu pooperacyjnego. Z powodu braku aparatu USG pacjenci z Oddziału Klinicznego Anestezjologii i Intensywnej Terapii, którzy wymagali diagnostyki USG musieli zostać przetransportowani do pracowni ultrasonograficznej, co narażało ich na niedogodności podczas transportu oraz ryzyko zagrożenia zdrowia i życia pacjentów. W 2018 roku został zakupiony jeden aparat USG z głowicami typu F37 do Poradni Kardiologicznej, oddalonej od siedziby Zamawiającego, mieszczącej się w Łodzi na ul. Sterlinga 1/3. Zamawiający podkreślił, iż aparat IJSG typu X-PORTE, który posiada parametry techniczne spełniające wymagania określone powyżej i został zakupiony w przedmiotowym postępowaniu dla Oddziału Klinicznego Anestezjologii i Intensywnej Terapii, jest jedyny w całym Szpitalu. Zamawiający dopuścił dostawę, montaż i uruchomienie w całości urządzenia w terminie do 28 dni od dnia podpisania umowy, w odpowiedzi na zadane pytanie przez firmę w dniu 30 lipca 2019 r. Decyzja taka została podjęta w celu dopuszczenia do złożenia ofert jak największej liczbie wykonawców. Zamawiający nie mógł przewidzieć, że ofertę złoży tylko jeden Wykonawca, który zaoferował termin dostawy, montaż i uruchomienie urządzenia do 28 dni od dnia podpisania umowy. Brak zgody na dopuszczenie dłuższego terminu realizacji umowy niósł ryzyko, że postępowanie nie zostanie rozstrzygnięte i będzie konieczne wdrożenie nowej

procedury, co w efekcie znacznie wydłuży realizację zakupu niezbędnego sprzętu dla Oddziału Klinicznego Anestezjologii i Intensywnej Terapii.

Prezes UZP wskazał na treść art. 43 ust. 2 ustawy Pzp, który reguluje kwestię wyznaczania terminów składania ofert w przetargu nieograniczonym. Podkreślił, że terminy określone w tym przepisie mają charakter minimalny, co oznacza, że Zamawiający może zawsze wyznaczyć termin składania ofert dłuższy niż przewidziany w ustawie. Obowiązkiem Zamawiającego jest dostosowanie długości terminów składania ofert do stopnia złożoności przedmiotu zamówienia oraz uwzględnienie czasu niezbędnego do przygotowania oferty przez potencjalnych wykonawców. Przepisy ustawy Pzp akcentują przede wszystkim konieczność ustalania terminów składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w wymiarze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, jego wielkości lub parametrom technicznym, a także uwarunkowaniom organizacyjnym lub gospodarczym związanym z określonym świadczeniem. Terminy te są zatem w każdym przypadku konkretyzowane w toku czynności przygotowujących wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustalenie terminów składania ofert na etapie planowania, ma być gwarancją, że do postępowania zdążą zgłosić się wszyscy zainteresowani wykonawcy, będą mieli oni wystarczający czas na przygotowanie oferty i w związku z tym będzie można wybrać najkorzystniejszą ofertę.

Prezes UZP stwierdził w toku kontroli, że Zamawiający, uzasadniając swoją decyzję o skróceniu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, opierał się przede wszystkim na Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 16 grudnia 2016 r. (publikacja w dniu 29 grudnia 2016 r.) w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii, w szczególności na wskazanych w powyższym dokumencie wymogami dotyczącymi wyposażenia Oddziału Klinicznego Anestezjologii i Intensywnej Terapii. W załączniku nr 1 ww. rozporządzenia, będącym szczegółowym określeniem warunków dla oddziałów anestezjologii i intensywnej terapii oraz oddziałów anestezjologicznych w szpitalach, w rubryce pozostałe wymagania wskazano, iż: W oddziale anestezjologii i intensywnej terapii zapewnia się dodatkowo przyłóżkowy aparat usg (...). Jednocześnie zgodnie z §17 tego rozporządzenia: Podmioty lecznicze prowadzące szpitale, które w dniu wejścia w życie niniejszego rozporządzenia nie spełniają wymagań określonych w załączniku nr 1 do rozporządzenia, dostosują się do tych wymagań do dnia 31 grudnia 2018 r. Tym samym, jak wynika z powyższych ustaleń omawiane rozporządzenie, które między innymi określa wymagania dotyczące obowiązkowego wyposażenia oddziału anestezjologii i intensywnej terapii zostało opublikowane na 2 lata przed terminem, do upływu którego szpitale były zobowiązane

się do tych wymagań dostosować. Dodatkowo termin 31 grudnia 2018 r. został przesunięty w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 12 grudnia 2018 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii, do dnia 31 grudnia 2021 r. Mając na uwadze powyższe oraz fakt, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w lipcu 2019 r., nie sposób doszukać się słuszności uzasadnienia skrócenia terminu składania ofert ze względu na wymogi określone w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii.

Ponadto Zamawiający wskazał również w wyjaśnieniach, iż: Brak ww. sprzętu stanowi zagrożenie dla zdrowia i życia pacjentów hospitalizowanych w Oddziale Klinicznym Anestezjologii i Intensywnej Terapii. Aparat IJSG jest niezbędny do codziennej pracy z pacjentem na Oddziale Klinicznym Anestezjologii i Intensywnej Terapii, w diagnostyce przyłóżkowej między innymi zmian płucnych, do kontroli szerokości osłonek nerwu wzrokowego u pacjentów po zabiegach neurochirurgicznych celem wczesnego wykrycia obrzęku mózgu, do uwidaczniania naczyń podczas kaniulacji naczyń, jak również przy wykonywaniu kaniulacji naczyń u pacjentów z innych oddziałów szpitala, którzy często przyjmują leki p/krzepliwe oraz u pacjentów wymagających znieczulenia regionalnego do zabiegów operacyjnych i leczenia bólu pooperacyjnego. Z powodu braku aparatu USG pacjenci z Oddziału Klinicznego Anestezjologii i Intensywnej Terapii, którzy wymagali diagnostyki USG musieli zostać przetransportowani do pracowni ultrasonograficznej, co narażało ich na niedogodności podczas transportu oraz ryzyko zagrożenia zdrowia i życia pacjentów. Jak zauważył Prezes UZP, powyższe okoliczności, o których pisze Zamawiający nie wystąpiły nagle i podmiot prowadzący od wielu lat działalność w zakresie leczenia pacjentów powinien doskonale zdawać sobie sprawę z tego jakiego sprzętu potrzebuje, aby zapewnić chorym odpowiednie warunki leczenia i uwzględnić powyższe z wyprzedzeniem w planie zamówień. Najbardziej istotny w okolicznościach niniejszej sprawy jest jednak fakt, iż Zamawiający w wyniku pytań do SIWZ, przedłużył pierwotny maksymalny termin realizacji zamówienia z 14 do 28 dni, co samo w sobie przeczy czynności skrócenia terminu składania ofert w postępowaniu w celu jak najszybszego zapewnieniu pacjentom Oddziału Klinicznego Anestezjologii i Intensywnej Terapii dostępu do aparatu USG. Na marginesie należy dodać, iż Wykonawca kierując zapytanie do SIWZ wskazał, iż wykonanie zamówienia w ciągu wymaganych 14 dni będzie trudne do wykonania, a nie niemożliwe.

Również wyjaśnienia Zamawiającego, jakoby wydłużenie terminu realizacji zamówienia było spowodowane chęcią dopuszczenia do złożenia ofert jak największej grupie wykonawców, należy uznać za chybione, gdyż decyzja o skróceniu terminu składania ofert mogła spowodować znaczne ograniczenie grupy potencjalnych wykonawców, o czym świadczy przede wszystkim fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu do upływu terminu składania ofert, została złożona tylko jedna oferta.

W związku z powyższymi ustaleniami Prezes UZP stwierdził, iż poprzez nieuzasadnione skrócenie terminu składania ofert, Zamawiający naruszył art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 43 ust. 2 ustawy Pzp, co w przedmiotowym postępowaniu mogło mieć wpływ na jego wynik.

W toku kontroli Prezes UZP zauważył również, że Zamawiający nie dopełnił, ciążącego na nim, obowiązku zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, czym naruszył podstawowe zasady udzielania zamówień określonych w ustawie Pzp, tj. uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. Zamawiający nie spełniając założeń art. 38 ust 4a pkt 2 ustawy Pzp ograniczył możliwość pozyskania wiedzy przez potencjalnych wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu z uwagi na zmianę okoliczności wykonania przedmiotu zamówienia.

Jak wynika z ustaleń poczynionych przez Prezesa UZP, Zamawiający w rozdziale III pkt 1 SIWZ wskazał, że zamówienie będzie realizowane w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy. Powyższe wynika również z rozdziału VIII pkt 2 SIWZ: Wymagany przez Zamawiającego termin dostaw sprzętu - maksymalnie 14 dni, licząc od dnia otrzymania danego zamówienia. Jednocześnie w pkt 11.2.7 ogłoszenia o zamówieniu wskazano, iż okres obowiązywania zamówienia wynosi 14 dni.

Następnie Prezes UZP ustalił, że 30 lipca 2019 r., na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca WhiteMed Sp. z o.o., zadał pytanie do treści SIWZ, wnioskując, aby Zamawiający wyraził zgodę na dostawę, montaż i uruchomienie w całości urządzenia w terminie do 28 dni od dnia podpisania umowy. Swoją prośbę uzasadnił tym, że w związku z okresem wakacyjnym, co przekłada się na okres urlopowy pracowników oraz niepełną obsadę na linii Produkcyjnej, wykonanie zamówienia w ciągu wymaganych obecnie 14 dni będzie trudne do wykonania. W dniu 2 sierpnia 2019 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi na powyższe pytanie do treści SIWZ: Zamawiający dopuszcza dostawę, montaż i uruchomienie w całości urządzenia w terminie do 28 dni od dnia podpisania umowy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania nadesłanej przez Zamawiającego do Urzędu, Prezes UZP ustalił, iż Zamawiający w związku z powyższą modyfikacją nie dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz nie przedłużył terminu składania ofert, wbrew treści przepisu art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto ustalono, że zgodnie z protokołem przedmiotowego postępowania, do upływu terminu składania ofert została złożona jedna oferta: Wykonawcy WhiteMed Sp. z o.o., cena brutto: 149 904,00 zł., która została wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza 21 sierpnia 2019 r. Następnie 23 sierpnia 2019 r. z ww. Wykonawcą została zawarta umowa będąca wynikiem przedmiotowego postępowania.

Należy zatem stwierdzić, iż poprzez zaniechanie przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o modyfikacji treści SIWZ, w postaci przedłużenia terminu realizacji zamówienia, Zamawiający naruszył art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, co mogło skutkować ograniczeniem grona wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a tym samym mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Prezes UZP podnosił ponadto, uzasadniając zarzuty opisane w punkcie 3 powyżej, że zgodnie z art. 12a ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne. Jeżeli powyższa zmiana jest istotna, o czym mowa w ust. 2 przywołanego przepisu, a więc w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, Zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, termin składania: 1) ofert nie może być krótszy niż 15 dnia od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej - w trybie przetargu nieograniczonego.

Co więcej, przepisy ustawy Pzp nakazują, w przypadku wprowadzania zmian w ogłoszeniu, powodujących konieczność wprowadzenia zmian w ofertach, aby Zamawiający wydłużył termin składania ofert lub wniosków. Nie wszystkie zmiany ogłoszenia spowodują wprawdzie konieczność przedłużania terminu składania ofert, ale z pewnością dotyczy to wszystkich zmian istotnych. Ustawodawca wyszczególnił, które zmiany w treści ogłoszenia o zamówieniu należy traktować jako istotne, co nie oznacza, że katalog zmian istotnych wymienionych w art. 12a ust. 2 ustawy Pzp jest zamknięty. Zasadniczo bowiem zmianami istotnymi, a więc implikującymi konieczność przesunięcia terminu składania ofert, będą wszystkie zmiany wpływające na krąg potencjalnych wykonawców w postępowaniu (tak m.in. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2019 r.; sygn. akt KIO/KD 40/19). Co jednak należy zaznaczyć, oznaczenie terminu realizacji zamówienia jest jednym z kluczowych elementów, który pozwala wykonawcy podjąć decyzję o zamiarze wzięcia udziału w postępowaniu.

Jak ustalono w kontrolowanym postępowaniu, pomimo zaistnienia takiego obowiązku, Zamawiający nie dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu, co jednak nie powoduje w okolicznościach przedmiotowej sprawy wyłączenia obowiązywania przepisu art. 12a ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten bowiem dotyczy zmian, które wiążą się z obligatoryjną zmianą ogłoszenia, a do takich zmian z pewnością należy zaliczyć zmianę terminu realizacji zamówienia.

Należy zauważyć, iż Zamawiający wyraził zgodę na zmianę określonego w SIWZ terminu realizacji zamówienia w dniu 2 sierpnia 2019 r., a więc na 6 dni przed upływem terminu składania ofert w kontrolowanym postępowaniu. Nie można wykluczyć sytuacji, w której część potencjalnych wykonawców, którzy wcześniej zdecydowali o zaniechaniu wzięcia udziału w postępowaniu ze względu na brak możliwości realizacji zamówienia w okresie 14 dni, mogła z uwagi na wydłużenie tego okresu do 28 dni podjąć decyzję o zamiarze złożenia oferty. Wówczas mieliby na to tylko 6 dni, czyli nawet mniej niż ustawowy minimalny termin składania ofert w postępowaniu w przypadku postępowań prowadzonych w tak zwanej procedurze krajowej.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UZP stwierdził, że dokonana przez Zamawiającego zmiana treści SIWZ, w postaci przedłużenia terminu realizacji zamówienia z 14 do 28 dni, miała charakter istotny, a więc należało uznać, iż w toku niniejszego postępowania Zamawiający naruszył przepis art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem wydłużenia terminu składania ofert o czas nie krótszy niż 15 dni od dnia wystąpienia obowiązku przekazania zmiany

ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, co w przedmiotowej sprawie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Prezes UZP w toku kontroli ustalił ponadto, że Zamawiający w pkt 11.2.5 ogłoszenia o zamówieniu, określił następujące kryteria udzielenia zamówienia: kryterium jakości - waga 40 oraz cena - waga 60. Z kolei w rozdziale XIV pkt 1 SIWZ, podał, iż: Przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierował się kryterium: cena - 60 pkt, jakość (ocena techniczna) - 20 pkt, warunki gwarancji - 20 pkt.

Ustawodawca w art. 36 ust. 1 ustawy Pzp określił minimalny zakres informacji, jakie musi zawierać SIWZ. Zgodnie z pkt 13 cytowanego przepisu, do informacji tych należy m.in. opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, Zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego. Jak natomiast stanowi art. 41 pkt 9 ustawy Pzp, ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, zawiera co najmniej kryteria oceny ofert i ich znaczenie. Jak wskazuje konstrukcja ww. przepisów, informacje zawarte w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ powinny być ze sobą spójne. A zatem wszelkie obowiązkowe elementy ogłoszenia, w tym również kryteria oceny ofert, powinny być analogiczne do tych zawartych w SIWZ. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp nie pozwalają stwierdzić, który z tych dokumentów pełni w postępowaniu o udzielenie zamówienia ważniejszą rolę, co oznacza, że należy traktować je jako równie istotne. Praktyka pokazuje, że ogłoszenie jest zazwyczaj pierwszym dokumentem z jakim zapoznają się potencjalni wykonawcy, z uwagi na fakt, iż jest ono zamieszczone nie tylko na stronie internetowej zamawiającego (jak ma to miejsce w przypadku SIWZ), ale również w odpowiednim ze względu na wartość zamówienia publikatorze. Poprzez ogłoszenie o zamówieniu zamawiający wstępnie określa zarówno wymagania co do przedmiotu zamówienia jak i sposób oceny spełnienia tych wymagań, natomiast SIWZ jest swoistym rozwinięciem tych informacji.

Odnosząc się do powyższego Prezes UZP stwierdził, iż niedopuszczalne jest zamieszczanie rozbieżnych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Zamawiający, decydując się na określenie kryteriów oceny ofert, musi być w swoim postępowaniu konsekwentny tzn. nie może zawierać sprzecznych ze sobą informacji w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ. Powyższe jest konieczne, aby zapewnić wykonawcom przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania. Wyrazem respektowania tych zasad jest jednakowe traktowanie wykonawców oraz zapewnienie im jednakowej wiedzy o zamówieniu niezależnie od źródła z jakiego czerpią informację na temat zamówienia. Należy przy tym mieć

na uwadze, że opis kryteriów i znaczenia każdego z nich przy ocenianiu jest, obok sformułowania przedmiotu zamówienia, jednym z najistotniejszych elementów SIWZ. Zamawiający zatem, jeżeli zdecydował się na zawarcie w SIWZ dodatkowych lub odmiennych niż w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów oceny ofert, był zobligowany do zamieszczenia odpowiedniej zmiany w ogłoszeniu, na podstawie art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

Taki sposób działania zapobiega sytuacji, w której potencjalny wykonawca musi się zastanawiać jakimi kryteriami będzie kierował się zamawiający podczas oceny złożonych w postępowaniu ofert. Należy bowiem podkreślić, że rozstrzyganie sprzeczności pomiędzy informacjami zawartymi w podstawowych dokumentach postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, nie należy do obowiązków potencjalnych wykonawców. A zatem w opisywanym przypadku na Zamawiającym spoczywał obowiązek wyeliminowania ewentualnych niezgodności, poprzez ujednoczenie treści SIWZ. Wobec powyższego Zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią SIWZ, bez następczego ich sprostowania lub zmiany, naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp w zw. z przepisami art. 41 pkt 9 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W konsekwencji ustaleń, poczynionych w przedmiotowej kontroli doraźnej, opisanych powyżej, Zamawiający bezzasadnie skrócił termin składania ofert w postępowaniu, zaniechał przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o modyfikacji treści SIWZ, w postaci przedłużenia terminu realizacji zamówienia oraz wydłużenia terminu składania ofert o czas nie krótszy niż 15 dni od dnia wystąpienia obowiązku przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w zakresie terminu realizacji zamówienia, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, zawierającego treść odmienną od treści SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert. Powyższe działania skutkowały wyborem najkorzystniejszej oferty z naruszeniem podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj.: zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ww. przepisie wskazane są zatem 3 przesłanki, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy Pzp (wada postępowania). Po drugie, wada ta musi uniemożliwiać zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Po trzecie zaś musi być to wada niemożliwa do usunięcia. W myśl przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Powyższe oznacza, że błędy podczas przygotowania lub prowadzenia postępowania, które miały wpływ na jego wynik i są nieusuwalne, skutkują koniecznością unieważnienia postępowania.

Prezes UZP wskazał, iż zgodnie z orzecznictwem za wadę niemożliwą do usunięcia należy uznać tylko taką wadę, której Zamawiający nie jest w stanie usunąć z własnej inicjatywy, poprzez dokonanie czynności określonych w ustawie Pzp. Musi to być zatem wada powodująca zdarzenie nieodwracalne, którego konsekwencji Zamawiający nie jest w stanie naprawić poprzez własne działania. Nie każda wada postępowania wywołuje skutek w postaci obligatoryjnego unieważnienia procedury. Dla zastosowania tego skrajnego rozwiązania wymagane jest by wada była bezwzględnie nieusuwalna, przy czym wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że podlegać może unieważnieniu. Przesłanka unieważnienia postępowania wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp powinna być rozumiana wąsko, a niemożliwa do usunięcia wada to taka, która dotyczy czynności niedającej się unieważnić lub powtórzyć. Podstawa unieważnienia całego postępowania może zachodzić w szczególności, kiedy jeszcze przed otwarciem ofert zaistnieje wada postępowania, a mimo to oferty zostaną otwarte. Taka sama sytuacja dotyczy treści postanowień ogłoszenia o zamówieniu czy SIWZ. Jeśli błędna treść postanowień uniemożliwia złożenie poprawnej oferty - to postępowanie winno być unieważnione, gdyż po otwarciu ofert treść SIWZ nie podlega zmianie czy poprawie.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne oraz prawne, stwierdzić zatem należy, że Zamawiający był zobligowany do unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż było ono obarczone niemożliwymi do usunięcia wadami uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto, Prezes UZP zauważył, że w pkt 2.4 protokołu postępowania (druk ZP-PN) wskazano wartość zamówienia w wysokości 139 000,00 zł. (32 237,86 euro), podczas gdy zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami, Zamawiający do lipca 2019 roku dokonał zakupów urządzeń medycznych na kwotę 2 432 972,79 zł netto, w związku z czym podjął decyzję o przeprowadzeniu postępowania zgodnie z regulacją ustawową przewidzianą dla wartości zamówienia (całkowitej sumy wszystkich części) w procedurze powyżej kwot określonych w art.

11 ust. 8 ustawy Pzp. Z powyższego wynika, iż przedmiotowe zamówienie było jedną z części zamówienia na zakup urządzeń medycznych, udzielanego jako odrębne zamówienie, co nakładało na Zamawiającego także obowiązek podania w protokole postępowania łącznej kwoty zamówienia zgodnie z dyspozycją przepisu art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

W pkt 4.1 protokołu postępowania Zamawiający nie zaznaczył czy kierownik Zamawiającego wykonuje czynności w postępowaniu. Następnie w pkt 6.3 protokołu Zamawiający wskazał, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone na stronie internetowej od 16 października 2018 r., podczas gdy zgodnie z dokumentacją postępowania ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 23 lipca 2019 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20196143-354485 z dnia 26 lipca 2019 r. Dalej w pkt 14 oraz 16 protokołu, dotyczących odpowiednio wezwania do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia dokumentów oświadczeń, pełnomocnictw oraz wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz poprawienia omyłek w ofercie, Zamawiający zaznaczył, że zastosował art. 26 ust. 3 lub 3a ustawy Pzp, a także art. 26 ust. 4 oraz 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, podczas gdy z treści nadesłanej do Urzędu dokumentacji wynika, iż Zamawiający wzywał Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, jedynie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp pismem z 12 sierpnia 2019 r. Jak podkreślono w Informacji o wyniku kontroli, zgodnie z opisanymi przez Zamawiającego załącznikami do wyjaśnień złożonych na wezwanie Urzędu z 26 września 2019 r., przekazał on całą korespondencję prowadzoną z Wykonawcami w trakcie trwania postępowania.

Prezes UZP wskazał, że protokół postępowania jest dokumentem odwzorującym przebieg postępowania i służy realizacji zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Tylko prowadzenie protokołu postępowania na bieżąco i w sposób rzetelny prowadzi do wypełnienia jego funkcji informacyjnej. Ustawa Pzp, w art. 96 ust. 1, określa minimalny zakres informacji, które muszą być podane w protokole w tym m.in. dane osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia oraz osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Szczegółowy zakres informacji, jakie powinien zawierać protokół, został określony w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r., poz. 1128). Zgodnie z §2 ust. 2 pkt 4 cytowanego rozporządzenia

protokół, oprócz informacji, o których mowa w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, zawiera m.in. informacje dotyczące ogłoszeń o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei zgodnie z §3 pkt 1 lit. a rozporządzenia, wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego stanowi załącznik nr 1 do rozporządzenia. W pkt 2.4 Zamawiający jest zobowiązany podać wartość zamówienia. Pkt 4.1. wzoru protokołu nakazuje podać dane kierownika Zamawiającego oraz czy wykonuje on czynności w postępowaniu. Następnie zgodnie z pkt 6.3 wzoru protokołu należy podać datę zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej. Z kolei w pkt 14 protokołu należy podać informację czy w postępowaniu zastosowano art. 26 ust. 3 lub 3a ustawy Pzp, a także art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W pkt 16 protokołu należy podać natomiast czy Zamawiający zastosował art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający, nie prowadząc protokołu postępowania w sposób rzetelny, uchybił treści art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w związku z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie zgodził się z powyżej opisanymi stwierdzeniami naruszeń przepisów ustawy Pzp i 15 czerwca 2020 r. złożył zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, w których polemizował ze stwierdzeniami odnośnie naruszeń przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Prezesa UZP.

Odnosząc się do stwierdzonego naruszenia przepisu art. 43 ust. 2 pkt 2b ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione skrócenie terminu składania ofert w postępowaniu, co w rezultacie oznaczało naruszenie art. 43 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że nie zgadza się ze stwierdzonym naruszeniem i w tym kontekście podtrzymuje w pełni swoją argumentację zawartą w uzasadnieniu skrócenia terminu składania ofert w Ogłoszeniu o zamówieniu, iż przedmiotowy aparat jest niezbędny dla Oddziału Intensywnej Terapii a jego brak stanowi zagrożenie dla życia pacjentów hospitalizowanych w OIT. Ponadto urządzenie jest także niezbędne do wykonywania procedury medycznej kaniulacji naczynia centralnego u chorych innych oddziałów, aparat stanowi podstawowy i obowiązkowy element wyposażenia oddziału anestezjologii i intensywnej terapii.

Wskazywał również, że wbrew stwierdzeniom kontrolującego, powołane przez Zamawiającego Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii nie było podstawową przyczyną skrócenia terminu składania ofert w ogłoszonym przez Zamawiającego postępowaniu. Powołując ww. Rozporządzenie, Zamawiający wskazał jakie, jako Szpital, winien w tym zakresie spełniać standardy. Jednakże, dla Zamawiającego zakup

przedmiotu zamówienia był niezbędny celem ratowania życia pacjentów hospitalizowanych w OIT. Oczywiście, Zamawiający nie kwestionuje, że jako podmiot leczący od wielu lat pacjentów powinien doskonale zdawać sobie sprawę z tego jakiego sprzętu potrzebuje, aby zapewnić chorym odpowiednie warunki leczenia jednakże, czego nie uwzględnił kontrolujący Zamawiający ma również wiedzę (a wiedza o niedofinansowaniu służby zdrowia jest wiedzą powszechnie znaną), jakimi środkami finansowymi dysponuje, nie tylko na zakup niezbędnej aparatury/ sprzętu na potrzeby OIT, ale także innych oddziałów Szpitala, takich jak: zakup leków, sprzętu jednorazowego użycia, środków czystości itp. Ten oczywisty fakt mógł być także powodem wydłużenia przez Ministra Zdrowia terminu obowiązywania powołanego wyżej rozporządzenia.

W dalszej części Zamawiający zauważył, iż jak wskazał w udzielonych wyjaśnieniach, wobec braku aparatu USG na oddziale OIT pacjenci tegoż oddziału którzy wymagali diagnostyki USG musieli zostać przetransportowani do pracowni ultrasonograficznej. Oddział korzystał także z aparatów USG przekazywanych do testowania w ramach użyczenia. Testowanie urządzeń medycznych mogło odbywać się na zasadach użyczenia w krótkich okresach czasu (zazwyczaj tygodniowych, jak np. umowa użyczenia z EUROMED - kopia w załączeniu). Ten stan trzeba było zmienić w trybie pilnym, z uwagi na konieczność posiadania przez szpital w Oddziale Klinicznym Anestezjologii i Intensywnej Terapii aparatu USG, który jest niezbędny w diagnostyce przyłożkowej hospitalizowanych pacjentów. Realizacja przedmiotowego zamówienia miała zatem znaczenie dla ogółu społeczeństwa, co w pełni uzasadnia konieczność zakupu aparatu USG w trybie pilnym.

Ponadto, Zamawiający podkreślił, iż zastosowanie art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp nie zostało uzależnione przez ustawodawcę od tego, czy stan pilnej potrzeby wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, ani od tego, czy zaistnienie pilnej potrzeby można było przewidzieć, o czym świadczy wykładnia literalna powołanego przepisu. Inaczej zatem, jak ma to miejsce w przypadku chociażby art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (przesłanka do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia). Przyjmując racjonalność ustawodawcy, powyższego dokonano w sposób świadomy i celowy. Przepis zawarty w art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp służy jedynie skróceniu terminu składania ofert w postępowaniu konkurencyjnym, a nie udzieleniu zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Powyższe potwierdza uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustawy. W druku sejmowym nr 366, jako motyw wprowadzenia art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp do porządku prawnego, wskazano, iż: „Procedura przyspieszona została przewidziana m.in. na potrzeby sytuacji wynikających ze zwykłych błędów ludzkich, jak np. zamówienie dla szpitala,

które musi być zrealizowane w określonym terminie (np. dostawa określonego sprzętu czy leków), w którym zamawiający nie dopilnował, aby opublikować ogłoszenie o zamówieniu w terminie umożliwiającym uwzględnienie minimalnych terminów składania ofert.” W świetle powyższego, Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że zarzut kontrolującego, iż Zamawiający nie miał podstaw do skrócenia terminu składania ofert, bowiem mógł przewidzieć od 2016 r. zakup przedmiotowego aparatu USG i go zaplanować jest nieuzasadniony.

Zamawiający nie zgodził się także ze stwierdzeniem, że decyzja o skróceniu terminu składania ofert mogła spowodować znaczne ograniczenie grupy potencjalnych wykonawców, o czym ma świadczyć przede wszystkim fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu do terminu składania ofert została złożona tylko jedna oferta. Zamawiający nie ma żadnego wpływu na to: ilu potencjalnych wykonawców i czy w ogóle jakikolwiek wykonawca złoży ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego, bez względu na to czy termin do złożenia ofert zostanie skrócony, czy też nie. W kontrolowanym postępowaniu wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ składał nie tylko wykonawca, który w zakreślonym przez Zamawiającego terminie złożył ofertę.

W ocenie Zamawiającego, skrócenie terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie pozbawiło wykonawców możliwości udziału w tym postępowaniu. Biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia, przygotowanie przez wykonawców ofert nie było czasochłonne zwłaszcza, iż są to profesjonalne podmioty zajmujące się tą materią. Obiektywnie rzecz biorąc, każdy z tych podmiotów jest w stanie przygotować i złożyć ofertę na realizację przedmiotowego zadania w warunkach, gdy termin składania ofert ulegnie skróceniu.

Trudno zaakceptować Zamawiającemu również stwierdzenie kontrolującego, że wydłużenie terminu realizacji zamówienia przeczy zasadności skrócenia terminu do składania ofert. Są to dwa różne terminy. Bez skrócenia terminu na złożenie oferty i z jednoczesnym wydłużeniem terminu realizacji umowy - postępowanie trwałoby o wiele dłużej. Mogło zakończyć się także unieważnieniem na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Dodatkowo, Zamawiający podkreślił również, iż jedynie z ostrożności zastosował procedurę właściwą dla wartości powyżej progów unijnych, ze względu na ewentualne kontrole, które zazwyczaj odbywają się po zakończeniu danego roku, jak również zróżnicowane wnioski kontrolujących na podstawie tych samych dokumentów. Z perspektywy czasu procedura ta okazała się zbędna, gdyż jak pokazała analiza zakupów przeprowadzonych przez

Zamawiającego w roku 2019 (którą w ujęciu szczegółowym przedstawił w formułowanych zastrzeżeniach) u Zamawiającego nie wystąpiła przesłanka podmiotowa. Wykonawcy funkcjonują na rynku w bardzo wyspecjalizowanym zakresie sprzętu medycznego, zatem nie można powiedzieć, że adresatem wszystkich postępowań byli ci sami wykonawcy. Efektem takiego stanu rzeczy jest to, że wartość tego postępowania przeprowadzonego w roku 2019 należy traktować jako wartość odrębnego postępowania. Faktyczną wartością przedmiotowego zamówienia była zatem kwota 139 999,00 zł., a wyznaczony termin składania ofert był zgodny z art. 43 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż przekraczał 7 dni.

W dalszej części Zamawiający odniósł się do stwierdzonego przez Prezesa UZP zarzutu, naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, a także równego traktowania oraz przejrzystości w wyniku zaniechania przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o modyfikacji treści SIWZ, w postaci przedłużenia terminu realizacji zamówienia. Przyznał, że istotnie nie zmienił treści ogłoszenia, ograniczył się jedynie do odpowiedzi na zadane przez potencjalnego wykonawcę pytanie. Jednakże, trudno uznać, iż „mogło to skutkować ograniczeniem grona wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a tym samym mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Wykonawca, który planuje udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może poprzestać na obserwacji miejsca, gdzie ukazało się ogłoszenie o zamówieniu, ze względu na fakt, że wszystkie informacje niezbędne do przygotowania i złożenia oferty znajdują się na stronie internetowej Zamawiającego, m.in. odpowiedzi na pytania, SIWZ czy opis przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym powzięcie informacji o wydłużeniu terminu realizacji zamówienia było obowiązkiem każdego wykonawcy (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2018 r.; sygn. akt KIO 929/18). Pogląd, że wyjaśnienia Zamawiającego do SIWZ, stanowią jej integralną część, jest ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych. Tym samym, zarówno Zamawiający, jak i wykonawcy, są nimi związani. Skoro, zainteresowani przedmiotowym postępowaniem potencjalni wykonawcy zwracali się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, w tym z pytaniem o możliwość przedłużenia terminu wykonania zamówienia, trudno przyjąć, iż nie zapoznali się z udzielonymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami.

Nadto, podnosił, iż o ile wykonawca w zapytaniu zawarł sformułowanie, że wykonanie zamówienia w wyznaczonym terminie „będzie trudne do wykonania”, to w ocenie zamawiającego stawiło pod znakiem zapytania zarówno złożenie przez tegoż wykonawcę oferty, jak i wykonanie zamówienia. Dlatego, aby ograniczyć ryzyko unieważnienia

postępowania ze względu na brak ofert, Zamawiający wydłużył termin wykonania zamówienia do 28 dni.

Odnosząc się do stwierdzonego naruszenia art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert o czas nie krótszy niż 15 dni od dnia wystąpienia obowiązku przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w zakresie terminu realizacji zamówienia w ocenie Zamawiającego, jak i ustawodawcy (gdyż przepis nie wymienia wśród najważniejszych zmian ogłoszenia), zmiana terminu wykonania zamówienia nie jest zmianą istotną, czyli jest taką zmianą, która nie wymaga wydłużenia terminu składani ofert o 15 dni. Ponadto, dokonana przez Zamawiającego zmiana terminu dostawy aparatu USG z 14 dni na 28 dni, nie skutkowała koniecznością udzielenia dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, a taki jest cel tegoż przepisu.

Jednocześnie, jak wskazał wcześniej Zamawiający, jeżeli przyjąć za prawidłowe, iż publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamiast w Biuletynie Zamówień Publicznych, ze względu na przyjętą z ostrożności wartość zamówienia powyżej progu, wówczas termin składania ofert powinien być nie krótszy niż 7 dni (termin składania ofert właściwy dla procedury biuletynowej). Zmiana terminu wykonania zamówienia została wprowadzona przez Zamawiającego na 6 dni przed terminem składnia ofert, zatem wszyscy potencjalni wykonawcy mieli wystarczającą ilość czasu, aby uwzględnić odpowiedź Zamawiającego (zmianę termu realizacji zamówienia) w przygotowywanej ofercie.

Zamawiający nie podzielił również opinii Prezesa UZP co do stwierdzonego naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 41 pkt 9 ustawy Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zawierającego treść odmienną od treści SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, bez następczego ich sprostowania lub zmiany. Zamawiający nie kwestionuje, że ogłoszenie jak i SIWZ są równie istotne, zwraca jednakże uwagę, że pkt 11.5 ogłoszenia o zamówieniu zawiera tylko dwa kryteria. Kryterium jakości i cenę. Nie umożliwia Zamawiającym wpisanie innego kryterium. Tym samym, Zamawiający przyjęte do oceny ofert kryterium „gwarancja” uwzględnił we wskazanym w pkt. 11.5 ogłoszenia - kryterium jakości, sumując jednocześnie wagę przyznaną obydwu kryteriów tj. 40 . Natomiast w SIWZ Zamawiający szczegółowo opisał kryteria oceny ofert i przyznaną im wagę.

Stwierdził ponadto, że każdy wykonawca sam podejmuje decyzję o ewentualnym udziale w postępowaniu nie tylko na podstawie ogłoszenia o zamówieniu. Jak zauważył kontrolujący, jest to zazwyczaj pierwsza, ale nie jest to jedyna informacja, na podstawie której podejmuje tę decyzję. Musi zapoznać się z dokumentacją przetargowa zamieszczoną na

stronie Zamawiającego (przetarg nieograniczony). Nie jest obowiązkiem wykonawcy rozstrzygnięcie ewentualnych sprzeczności pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu a SIWZ, ale jest nim niewątpliwie uzyskanie wszystkich niezbędnych informacji, które pozwolą mu złożyć konkurencyjną ofertę. Istotnymi elementami oferty są te, które podlegają ocenie na podstawie przyjętych kryteriów oceny, czyli wykonawca może złożyć ofertę po rozwianiu wszystkich wątpliwości dotyczących danego postępowania, tak aby żaden element oferty nie budził wątpliwości Zamawiającego. Z treści zadawanych przez potencjalnych wykonawców w kontrolowanym postępowaniu pytań wynika, iż nie mieli oni żadnych wątpliwości co do przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

W zakresie stwierdzonego naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w konsekwencji stwierdzonych powyżej naruszeń, świadczących o wadliwości postępowania i braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w pierwszej kolejności stwierdził, że nie podziela stanowiska kontrolującego co do wystąpienia w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu naruszeń, które świadczyłyby o wadliwości postępowania i braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stąd też, unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający naraziłby się na ryzyko wniesienia odwołania na tą czynność przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę, a także na zarzuty w czasie innej kontroli przez jednostki do tego uprawnione.

Ponadto, Kontrolujący zarzuca zamawiającemu zaniechanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, podczas gdy żadna z ustawowych przesłanek w tym wypadku nie wystąpiła. Z kolei w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp to tylko Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Na podstawie przywołanego przepisu Zamawiający nie ma takiej możliwości.

Odnosząc się do stwierdzonych naruszeń przepisów art. 8 ust. 1, art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016r., poz. 1128), poprzez prowadzenie protokołu postępowania w sposób nierzetelny, w zakresie wskazanym w Informacji o wyniku kontroli doraźnej stwierdzić należy, że mimo niewypełnienia poszczególnych rubryk we wzorze protokołu - wszystkie informacje wymagane przepisami zostały zawarte w załącznikach do protokołu, a co za tym idzie są elementem protokołu.

Zamawiający poinformował jednocześnie, że osoba sporządzająca protokół w przedmiotowym postępowaniu została upomniana przez Dyrektora Szpitala, również została zwrócona uwaga wszystkim osobom zajmującym się prowadzeniem procedur o udzielenie zamówienia publicznego, aby protokoły były sporządzane skrupulatnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami.

W odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego, biorąc pod uwagę argumentację w zakresie naruszeń stwierdzonych w toku kontroli, Prezes UZP w piśmie z 25 czerwca 2020 r. wyraził stanowisko, iż uwzględnia zastrzeżenia w zakresie, w jakim zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 41 pkt 9 ustawy Pzp i art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zawierającego treść odmienną od treści SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, bez następczego ich sprostowania lub zmiany. W odniesieniu do pozostałych zarzutów – poinformował, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza

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

Zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie w części, w jakiej Prezes UZP zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione skrócenie terminu składania ofert w postępowaniu, co w rezultacie oznaczało naruszenie art. 43 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 43 ust. 2 ustawy Pzp: "Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej". Z kolei, jak stanowi przepis szczególny, zawarty w art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp: "Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy niż termin określony w ust. 2, nie krótszy jednak niż 15 dni, w następujących przypadkach: [..] jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione". Należy zauważyć, że przepis art. 43 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji art. 27 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, na mocy którego, jeżeli ze względu na stan pilnej konieczności należy uzasadniony przez instytucją zamawiającą termin składania ofert

nie może być dotrzymany, instytucja zamawiająca może wyznaczyć termin, który nie może być krótszy niż 15 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu. Jednocześnie z motywu 46 preambuły do tej dyrektywy wynika, że zgodnie z intencją ustawodawcy unijnego, instytucje zamawiające powinny mieć możliwość skrócenia niektórych terminów mających zastosowanie w procedurze otwartej i ograniczonej oraz w procedurach konkurencyjnych z negocjacjami, w przypadkach gdy dane terminy byłyby niewykonalne ze względu na pilną konieczność, która powinna zostać należycie uzasadniona przez instytucję zamawiającą. Przy czym nie musi to być wyjątkowo pilna konieczność spowodowana okolicznościami, których instytucja zamawiająca nie może przewidzieć i których nie można jej przypisać. Jak wskazuje się w doktrynie będzie to sytuacja, w której zamawiający powinien podjąć pilnie działania zmierzające do wykonania zamówienia publicznego. Stan pilnej konieczności nie oznacza jednak wymogu natychmiastowej reakcji np. w celu usunięcia awarii lub katastrofy. Tego rodzaju sytuacje upoważniają zamawiającego do zastosowania procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia, przewidzianej w art. 32 dyrektywy 2014/24/UE (tak: A. Sołtysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wolters Kluwer, Warszawa 2016). Przesłankami skrócenia terminu składania ofert wskazanymi w dyrektywie 2014/24/UE są zatem: pilna konieczność udzielenia zamówienia, wynikająca z niemożności zachowania podstawowych terminów przez zamawiającego, oraz podanie przez zamawiającego uzasadnienia powstałego stanu pilnej konieczności.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy zauważyć należy, że Zamawiający uzasadnił w ogłoszeniu o zamówieniu, że potrzeba skrócenia terminu składania ofert wynika z tego, iż: „Aparat będący przedmiotem zamówienia jest niezbędny dla Oddziału Intensywnej Terapii, brak aparatu stanowi zagrożenie dla życia pacjentów hospitalizowanych w OIT. Aparat USG jest także niezbędny do wykonywania procedury medycznej kaniulacji naczynia centralnego u chorych innych oddziałów. Aparat stanowi podstawowy i obowiązkowy element wyposażenia oddziału anestezjologii i intensywnej terapii”. Ponadto, jak wyjaśniał w toku kontroli Zamawiający, potrzeba dokonania tego zakupu wynikała z braku tego urządzenia na oddziale OIT, co wiązało się z koniecznością transportowania pacjentów, wymagających niezbędnej diagnostyki, do pracowni ultrasonograficznej. Jak tłumaczył Zamawiający, chociaż był świadom istniejących braków w wyposażeniu, które służy zapewnieniu pacjentom odpowiedniego standardu leczenia, nie miał wcześniej możliwości dokonania stosownego zakupu z tego powodu, iż potrzeby bieżące szpitala, takie jak zakupy leków, sprzętu jednorazowego użycia czy środków czystości, muszą mieć pierwszeństwo przed zakupami niezbędnego sprzętu medycznego.

Izba zwraca uwagę, że stanowisko Kontrolującego, że skoro potrzeba zakupu „nie wyniknęła z dnia na dzień”, tym samym Zamawiający nie miał podstaw dla skrócenia terminów przewidzianych na składanie ofert - nie znajduje uzasadnienia w treści przepisów, dotyczących możliwości skracania terminów podstawowych. Jak zauważono wcześniej owa pilna konieczność udzielenia zamówienia, o której mowa w przepisach Pzp nie musi oznaczać, że potrzeba zakupu pojawiła się nagle i musi zostać zrealizowana w ciągu kilku dni. W takim przypadku mielibyśmy bowiem do czynienia z sytuacją nadzwyczajną, wymagającą natychmiastowej reakcji i koniecznością zaspokojenia potrzeb Zamawiającego praktycznie natychmiast. Dla takich sytuacji i w takich okolicznościach Zamawiający decydują się na tryby negocjacyjne, bez uprzedniego ogłoszenia, w których to trybach żadne terminy nie zostały przewidziane.

Izba nie podzieliła również opinii Kontrolującego, że „najbardziej istotny w okolicznościach niniejszej sprawy jest jednak fakt, iż Zamawiający w wyniku pytań do SIWZ, przedłużył pierwotny maksymalny termin realizacji zamówienia z 14 do 28 dni, co samo w sobie przeczy czynności skrócenia terminu składania ofert w postępowaniu w celu jak najszybszego zapewnieniu pacjentom Oddziału Klinicznego Anestezjologii i Intensywnej Terapii dostępu do aparatu USG”. Zauważyć należy, że skrócenie terminu składania ofert, w przypadku kiedy zaistniały ważne i obiektywne okoliczności, pozostaje bez wpływu na następczą możliwość wydłużenia terminu na realizację zamówienia. Jak słusznie zauważył Zamawiający decyzja o przedłużeniu terminu realizacji zapadła, w związku z pytaniem zadany przez jednego z wykonawców. Zamawiający, mając na uwadze pilną konieczność dokonania zakupu, obawiając się, że w postępowaniu nie zostanie złożona żadna oferta, przychylił się do wniosku o wydłużenie tego terminu. Nie stoi to jednak w sprzeczności z ustalonym przez Zamawiającego, krótszym terminem składania ofert.

W konsekwencji, przyjmując powyższe uzasadnienie Zamawiającego, po dokonaniu analizy całokształtu okoliczności związanych z udzieleniem przedmiotowego zamówienia, skład orzekający stoi na stanowisku, że skrócenie przez Zamawiającego terminu składania ofert w tym postępowaniu było uprawnione. Miało bowiem na celu dokonanie pilnego zakupu niezbędnego sprzętu, służącego zdrowiu pacjentów, przy zachowaniu konkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia publicznego.

Na marginesie zauważyć należy, że skrócenie terminu składania ofert, jak każda czynność Zamawiającego dokonywana w postępowaniu, podlegać może zaskarżeniu. Jeżeli wykonawcy uznaliby, że zamawiający bezpodstawnie skrócił termin składania ofert, mieli prawo to zakwestionować przez wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. W niniejszym

postępowaniu żaden wykonawca nie kwestionował tego terminu, stąd uznać należy, że przy dostawie, która nie wymagała sporządzania szczegółowej wyceny czy kosztorysów, wykonania szeregu czynności związanych z przygotowaniem oferty - skrócenie tego terminu nie miało wpływu, wbrew twierdzeniom Kontrolującego, na znaczne ograniczenie grupy potencjalnych wykonawców, w rezultacie na fakt, że do upływu terminu składania ofert została złożona tylko jedna oferta. Dostrzec należy, że inne, popełnione przez Zamawiającego błędy w tym postępowaniu, stwierdzone w toku prowadzonej kontroli, wśród których wymienić należy między innymi brak spójności między dokumentami tj. Ogłoszeniem o zamówieniu i SIWZ - mogły mieć wpływ na małe zainteresowanie wykonawców przedmiotowym zamówieniem.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający podejmując decyzję o skróceniu terminu składania ofert, uzasadnił w sposób dostateczny, że zaszła pilna potrzeba udzielenia zamówienia, nie doszło zatem do naruszenia wskazywanych przez Prezesa UZP przepisów ustawy Pzp.

W zakresie w jakim Prezes UZP zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, a także równego traktowania oraz przejrzystości w wyniku zaniechania przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w postaci przedłużenia terminu realizacji zamówienia - zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że w wyniku pytania, zadanego przez jednego z wykonawców, Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie w jakim ustalony został termin realizacji zamówienia. W wyniku dokonanej zmiany termin dostawy aparatu USG został wydłużony z 14 do 28 dni od dnia podpisania umowy. Zamawiający nie kwestionował również, że wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, wynikającemu z art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający w związku z powyższą modyfikacją nie dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz nie przedłużył terminu składania ofert, wbrew treści przepisu.

Nie sposób przyjąć w tym przypadku, w ocenie Izby, wyjaśnień Zamawiającego, który twierdzi, że obowiązkiem każdego wykonawcy jest zapoznanie się ze wszystkimi dokumentami publikowanymi przez Zamawiającego, w tym w szczególności z treścią Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Podkreślić należy, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania w sposób jawny i przejrzysty, z zachowaniem zasad wymienionych w ustawie Pzp. Nie można zatem twierdzić, że wystarczające jest dokonanie zmiany w jednym z dokumentów (w tym wypadku zmiana SIWZ), aby uznać, że dokonana zmiana jest skuteczna.

Należy zauważyć, że ustawa Pzp w swej treści nie zawiera przepisu, który hierarchizowałby takie kluczowe dla postępowania dokumenty jak Ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ. Stąd też należy uznać, są one zrównane w swej istotności. Dlatego też istotna rozbieżność między ogłoszeniem o zamówienie publiczne a SIWZ, np. w postaci braku opisu zamówienia, braku istotnych warunków związanych z jego udzieleniem jak np. termin realizacji czy też w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu musi być zawsze uznana za mającą realny wpływ na wynik postępowania. Takie znaczące uchybienia mogą prowadzić nie tylko do weryfikacji ofert na podstawie różnie sformułowanych warunków udziału w postępowaniu, lecz także do tego, że część wykonawców mogłaby całkowicie zrezygnować z udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie Zamawiający nie dokonał stosownej zmiany treści Ogłoszenia o zamówieniu, do czego był zobowiązany. W przypadku, gdy wykonawca zapoznał się więc jedynie z jego treścią i wyznaczonym w tym dokumencie terminem składania ofert, mógł w konsekwencji zrezygnować z udziału w postępowaniu uznając, że termin ten jest niemożliwy do dotrzymania. W tym wypadku okoliczność, że ofertę złożył jedynie wykonawca WhiteMed Sp. z o.o., który zadał pytanie do treści SIWZ, i na wniosek którego wydłużony został termin na dostawę, montaż i uruchomienie w całości urządzenia do 28 dni od dnia podpisania umowy – może stanowić okoliczność potwierdzającą, że tylko ten oferent po zmianie warunków zamówienia, zdecydował się na złożenie oferty.

Izba podzieliła zatem opinię Kontrolującego, że doszło do naruszenia cytowanych przepisów a zaniechanie przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o modyfikacji treści SIWZ, w postaci przedłużenia terminu realizacji zamówienia, mogło skutkować ograniczeniem grona wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a tym samym mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Nie zasługują także na uwzględnienie zastrzeżenia w zakresie naruszenia art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert o czas nie krótszy niż 15 dni od dnia wystąpienia obowiązku przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w zakresie terminu realizacji zamówienia.

Skład orzekający przychyła się, w tym zakresie, do stanowiska wyrażonego przez Prezesa UZP, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający miał obowiązek, wydłużenia terminu składania ofert lub wniosków.

W myśl art. 12a ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający dokonując zmian ogłoszenia, jeżeli jest to konieczne, przedłuża termin składania wniosków lub ofert. Na podstawie przytoczonego przepisu zamawiający nie jest obowiązany do przedłużenia terminu składania ofert ale spoczywa na nim obowiązek zweryfikowania czy jest to niezbędne i w zależności od wyniku

analizy odpowiedniego zachowania. Swoboda zamawiającego dotycząca przedłużenia terminu składania ofert doznaje ograniczenia w przypadku modyfikacji istotnych. Jeżeli zmiana jest istotna, w szczególności dotyczy: określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, Zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach. Ustawodawca użył w tym wypadku sformułowania „przedłuża” co wyraża nakaz, a nie autonomiczną decyzję Zamawiającego.

Ustawodawca zatem odrębnie potraktował wprowadzanie do ogłoszenia zmian istotnych. Po pierwsze wyszczególniono, które zmiany należy traktować jako istotne, czyli zawsze wymagające zmiany terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert. Są to zmiany w zakresie określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania. Zatem chodzi tu zasadniczo o modyfikacje przedmiotu zamówienia oraz sposobu kwalifikacji wykonawców. Konieczność wydłużenia terminu w przypadku ww. zmian istnieje zawsze, przepis bowiem kategorycznie nakłada ten obowiązek na zamawiających. Zasadniczo zmianami istotnymi, a więc implikującymi konieczność przesunięcia terminu składania wniosków lub ofert, będą wszystkie zmiany wpływające na krąg potencjalnych wykonawców w postępowaniu. Zmiany istotne to bez wątpienia zmiany w zakresie przesłanek wykluczenia wykonawców czy kryteriów oceny ofert, ale niewątpliwie również w zakresie terminu realizacji zamówienia, albowiem ten jest jednym z kluczowych elementów, który pozwala wykonawcy podjąć decyzję o zamiarze wzięcia udziału w postępowaniu.

Jak ustalił Prezes UZP w kontrolowanym postępowaniu, Zamawiający wyraził zgodę na zmianę określonego w SIWZ terminu realizacji zamówienia w dniu 2 sierpnia 2019 r., a więc na 6 dni przed upływem terminu składania ofert. Skład orzekający podziela zatem stanowisko Kontrolującego, że nie można wykluczyć, iż część potencjalnych wykonawców, którzy wcześniej zdecydowali o tym, że nie wezmą udziału w postępowaniu ze względu na brak możliwości realizacji zamówienia w okresie 14 dni, mogła z uwagi na wydłużenie tego okresu do 28 dni podjąć decyzję o zamiarze złożenia oferty. Wówczas mieliby na to tylko 6 dni, czyli nawet mniej niż wynosi ustawowy minimalny termin składania ofert w postępowaniu w przypadku postępowań prowadzonych w tak zwanej procedurze krajowej.

W zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia ww. postępowania w konsekwencji stwierdzonych i opisanych przez Prezesa UZP naruszeń, świadczących o wadliwości postępowania i braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego - zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający uznał w niniejszej sprawie, że naruszenia Zamawiającego, które miały miejsce w toku postępowania powodują, że zaistniała podstawa opisana w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, skutkująca w takich przypadkach koniecznością unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepis ten stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie ulega przy tym wątpliwości, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu tego przepisu, związana jest z zaistnieniem przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Jak zauważył Prezes UZP, jest on uprawniony, na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Zamawiający, unieważniając postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp są uprawnieni do brania pod uwagę zarówno okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, jak i powinni brać pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Przy czym zaznaczyć należy, że fakt przyznania kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinien ograniczać możliwości Zamawiających niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą mającą wpływ na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć wykraczającą

poza dyspozycje art. 146 ust. 1 pkt 1-6 ustawy Pzp. Słusznie zatem zauważył Kontrolujący, w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego, że unieważnienie postępowania przez Zamawiającego i unieważnienie umowy przez Prezesa UZP – to dwie odmienne instytucje prawne.

Zamawiający, jeśli stwierdzi w postępowaniu wadę, która jest niemożliwa do usunięcia, powstała w wyniku czynności lub zaniechania jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik - unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wykazała kontrola Prezesa UZP Zamawiający naruszył w postępowaniu przepisy ustawy Pzp, które mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W szczególności wskazać należy ponownie na niezgodność pomiędzy treścią dokumentów w postępowaniu tj. Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, i to w kwestii istotnej, jaką był termin realizacji zamówienia. Niewątpliwie zatem zaistniała w tym przypadku przesłanka, wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, skutkująca koniecznością unieważnienia postępowania.

W zakresie w jakim Prezes UZP zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 1, art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r., poz. 1128), polegające na prowadzeniu protokołu postępowania w sposób nierzetelny - zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający w zastrzeżeniach kierowanych do Prezesa UZP potwierdził, że sporządzając protokół postępowania nie zostały wypełnione niektóre z rubryk, których wypełnienie jest konieczne. Polemizując ze stanowiskiem Prezesa UZP stwierdził jedynie, że zgodnie z art. 96 ust. 2 ustawy Pzp inne dokumenty są załącznikami do protokołu postępowania, a zatem mimo niewypełnienia poszczególnych rubryk we wzorze protokołu - wszystkie informacje wymagane przepisami zostały zawarte w załącznikach do protokołu, a co za tym idzie są elementem protokołu.

Izba podziela stanowisko Prezesa UZP, wyrażone w odpowiedzi na zastrzeżenia, że poczynione uwagi Zamawiającego nie stanowią umotywowanych zastrzeżeń.

Bez wpływu na ocenę zarzutu pozostaje również informacja zamawiającego, że osoba, która sporządzała protokół w tym postępowaniu została pouczona przez Dyrektora Szpitala, co do ciężących na niej obowiązków.

Reasumując, naruszenia przepisów ustawy Pzp, stwierdzone przez Prezesa UZP w toku kontroli doraźnej, opisane w pkt 2, 3, 5 i 6 wystąpiły w kontrolowanym postępowaniu, dlatego stwierdzenia w Informacji o wyniku kontroli odnośnie uchybień Zamawiającego w tym zakresie były prawidłowe.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....