



Warszawa,

2022 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ2.442.177.2021.JC

KND/191/21/DKZP

.....

X.Y.

Dyrektor

Wojewódzkiego Szpitala

Specjalistycznego nr 5

im. Św. Barbary w Sosnowcu

Plac Medyków 1

41-200 Sosnowiec

W odpowiedzi na pismo z dnia 28 października 2022 r. zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 17 października 2022 r., przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. **Usługa transportu pacjentów, krwi i preparatów krwiopochodnych, materiałów biologicznych (znak postępowania: 7/PNP/SW/2021)**, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko w sprawie naruszenia przepisów: art. 16 pkt 1) i 2) w związku z art. 239 oraz 240 ustawy Pzp ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 17 października 2022 r., przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ2.442.177.2021.JC.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów art. 16 pkt 1) i 2) w związku z art. 239 oraz 240 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieprzejrzysty oraz nie zapewniający zachowania zasady równego traktowania wykonawców, z powodu określenia wewnątrznie sprzecznych postanowień rozdziału XVIII SWZ (Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert) dotyczących sposobu ustalania punktacji ofert w ramach kryterium „ilość środków transportu”, oraz w konsekwencji art. 255 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający pismem z dnia 28 października 2022 r. wniósł zastrzeżenia w zakresie ww. naruszeń wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 17 października 2022 r.

W pierwszej kolejności Zamawiający poinformował, że w całości podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w wyjaśnieniach przekazanych do Urzędu. W szczególności Zamawiający wskazał, że w jego ocenie nie przyznał on w dowolny sposób rozstrzygającego znaczenia postanowieniu zawartemu w pkt XVIII ppkt 1 SWZ, pomijając bezpodstawnie wynikające z ppkt 2.2 przemnożenie liczby punktów przez wagę kryterium. Wzór wskazany w pkt 2.2 zawierał błąd logiczny, gdyż jego zastosowanie skutkowałoby brakiem możliwości przyznania którejkolwiek z ofert 100 % punktów w ramach kryteriów oceny ofert i stanowiłoby oczywistą sprzeczność z rzeczywistością przyjmowanym w postępowaniu sposobem przyznawania punktów w ramach kryteriów oceny ofert, ponieważ zgodnie z pkt XVIII ppkt 1 SWZ suma wag wszystkich kryteriów oceny ofert wynosiła 100%. W ocenie Zamawiającego obliczenie punktów przyznanych w ramach kryterium ilości środków transportu z zastosowaniem zasady wskazanej w XVIII ppkt 1 SWZ nie nosiło cech dowolności i stanowiło realizację od początku przyjmowanego przez Zamawiającego sposobu obliczania punktów za poszczególne kryteria oceny ofert, a zarazem wyraz obiektywnie prawidłowego działania, z uwagi na logiczną sprzeczność, która wystąpiłaby w przypadku zastosowania wzoru wskazanego w ppkt 2. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że ocenił wszystkie oferty na takich samych zasadach, tym samym zapewniając równe traktowanie uczestników postępowania.

W dalszej kolejności Zamawiający zwrócił uwagę, że wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie zwracali się do niego z prośbą o wyjaśnienie treści SWZ w spornym zakresie. Przytoczył również przykłady orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej na poparcie wyrażonego we wniesionych zastrzeżeniach poglądu, że w przypadku wątpliwości co do treści specyfikacji warunków zamówienia wykonawcy powinni skorzystać z prawa do wniesienia odwołania, w przeciwnym razie może to świadczyć o niedochowaniu należytej staranności przez wykonawcę; w przypadku nie skorzystania z uprawnienia do zadania zamawiającemu pytań dotyczących treści SWZ, stanie się ona obowiązująca, zaś wszelkie zarzuty co do wadliwego jej ukształtowania będzie należało uznać za spóźnione.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że również wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w odniesieniu do żadnej z części nie został zaskarżony odwołaniem, co w ocenie Zamawiającego również świadczy o tym, że wykonawcy uczestniczący w postępowaniu nie dostrzegali niezgodności treści SWZ z przepisami prawa. Wobec powyższego, w ocenie Zamawiającego błąd w treści wzoru w pkt XVIII ppkt 2 SWZ stanowił drobną omyłkę, nie zaś wadę postępowania, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a ustalenia zawarte w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* w zakresie zaistnienia podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy uznać za zbyt daleko idące.

Na koniec Zamawiający wskazał, że w przypadku unieważnienia przez niego postępowania, *skutki związane z koniecznością wszczęcia nowego postępowania – mając na uwadze przedmiot zamówienia, którego celem było zaspokojenie jednej z podstawowych potrzeb Zamawiającego jako podmiotu leczniczego, zwłaszcza w dobie pandemii – byłoby nieproporcjonalne do wagi uchybienia. Mając na uwadze natomiast przepis art. 16 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający są zobligowani do prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego m.in. w sposób proporcjonalny. Pomimo tego, że co do zasady proporcjonalność tę postrzega się jako konieczność formułowania*

warunków udziału w postępowaniu w sposób adekwatny do udzielanego zamówienia, to również unieważnienie przez zamawiającego postępowania w przypadku, gdy dojdzie do nieznaczącej omyłki w treści SWZ, należałoby kwalifikować jako naruszenie zasady proporcjonalności (...).

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego powoływanej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli uprzejmie informuję, co następuje.

Prezes Urzędu podtrzymuje w pełnym zakresie stanowisko wyrażone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 17 października 2022 r.

Dla przypomnienia, opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert został zamieszczony w rozdziale XVIII SWZ i zawierał następujące zapisy:

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:
 - 1) Cena (C) – waga kryterium 60%
 - 2) Ilość środków transportu (T) – waga kryterium 40%

Maksymalna liczba punktów w kryterium równa jest określonej wadze kryterium w %.

2. Zasady oceny ofert w poszczególnych kryteriach:
 - 1.1 Zasady oceny ofert w kryterium Cena (C) – waga 60%:

$$C = \frac{\text{cena najniższa brutto}^*}{\text{cena oferty ocenianej brutto}} \times 100 \text{ pkt} \times 60\%$$

*spośród wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu

- a) Podstawą przyznania punktów w kryterium „cena” będzie cena ofertowa brutto podana przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym.
- b) Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszelkie koszty jakie Wykonawca poniesie w związku z realizacją przedmiotu zamówienia.

- 1.2 Zasady oceny ofert w kryterium Ilość środków transportu (T) – waga 40%

Punktacja będzie przyznana według poniższego wzoru:

$$T = \text{ilość przyznanych pkt} \times 40\%$$

Punkty przyznawane za podane kryterium „ilość środków transportu”

- Wykonawca, który zaoferuje 5 i więcej pojazdów (w tym min 2 dla każdego z typu pojazdu) otrzyma 40 pkt

- Wykonawca, który zaoferuje od 3 do 4 pojazdów (w tym min 2 dla każdego z typu pojazdu) otrzyma 20 pkt
 - Wykonawca, który zaoferuje 2 pojazdy (dla każdego z typu pojazdu) otrzyma 0 pkt
3. Punktacja przyznawana ofertom w poszczególnych kryteriach oceny ofert będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z zasadami arytmetyki.
 4. W toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym zaoferowanej ceny.
 5. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający nie kwestionuje ustaleń faktycznych dokonanych przez Prezesa Urzędu w wyniku przeprowadzonej kontroli co do współwystępowania w SWZ wzajemnie sprzecznych postanowień w ramach kryterium „ilość środków transportu”, odmiennie oceniając jednakże wagę zaistniałych w postępowaniu naruszeń. W odniesieniu do powyższego należy zauważyć, że sam Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach przyznał, że wzór wskazany w rozdziale XVIII ppkt 2 SWZ zawierał błąd logiczny, jak również, że hipotetycznie możliwe (choć w ocenie Zamawiającego niezasadne) byłoby jego zastosowanie w celu oceny ofert, co spowodowałoby przyznanie ofertom innej liczby punktów aniżeli obliczona bez użycia tego wzoru. Powyższe ustalenie w ocenie Prezesa Urzędu było wystarczające do stwierdzenia, że specyfikacja warunków zamówienia jest wewnętrznie sprzeczna i niespójna w istotnym stopniu (potencjalnie rzutującym na wynik postępowania) i z tego względu stanowiło ono podstawę do wszczęcia kontroli doraźnej.

Należy podkreślić, że ocenie w toku kontroli doraźnej podlega wyłącznie treść zapisów specyfikacji warunków zamówienia (i ewentualnie treść jej wyjaśnień w trybie udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców, jeśli takowe zostały zadane). Dlatego przytoczone przez Zamawiającego argumenty dotyczące przyczyn zastosowanego przez niego w postępowaniu sposobu oceny ofert w ocenie Prezesa Urzędu można uznać jedynie za wyjaśnienie motywów działań podjętych przez Zamawiającego po upływie terminu składania ofert i mających na celu „sanowanie” błędów dostrzeżonych w dokumentacji zamówienia. W ocenie Prezesa Urzędu działania te nie spowodowały jednakże „uzdrowienia” wadliwych zapisów, a jedynie stanowiły próbę dokonania ich interpretacji w taki sposób, aby możliwe było kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz uniknięcie konieczności jego unieważnienia. W ocenie Prezesa Urzędu interpretacja ta – wbrew stanowisku Zamawiającego wyrażonemu we wniesionych zastrzeżeniach - była dowolna i wybiórcza, ponieważ – jak wskazano w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* – żaden zapis SWZ nie przyznawał decydującego znaczenia zapisowi w rozdziale XVIII w ppkt 1 lub w ppkt 2. Okoliczność, że Zamawiający ocenił oferty w sposób zgodny ze swoimi intencjami nie zmienia faktu, że zapisy SWZ nadal zawierały treści wzajemnie sprzeczne a wykonawcy składający oferty nie mogli mieć pewności co do tego, w jaki sposób Zamawiający będzie przyznawał punkty podczas oceny ofert. Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu – jak wskazano w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* - stanowi przejaw naruszenia zasady przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców. Istotnie, dokonując oceny ofert Zamawiający ocenił wszystkie oferty według tej samej metody. W ocenie Prezesa Urzędu jednakże naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp miało miejsce na wcześniejszym etapie aniżeli ocena ofert i wynikało z samej treści SWZ.

Powoływana przez Zamawiającego w wyjaśnieniach przesłanych do Urzędu oraz we wniesionych zastrzeżeniach okoliczność, że wykonawcy w toku postępowania nie zgłaszali Zamawiającemu wątpliwości w tym zakresie, nie stanowi podstawy do uznania, że świadczy to o prawidłowości zakwestionowanych we wniosku o kontrolę zapisów SWZ. Ocenie Prezesa Urzędu (w ramach przyznanych mu kompetencji kontrolnych) podlega bowiem wyłącznie zgodność działań i zaniechań Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, a okoliczność, czy wykonawcy w toku postępowania potencjalne nieprawidłowości zauważyli i zgłosili, czy nie, może mieć co najwyżej znaczenie pomocnicze. Co do powołanego przez Zamawiającego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego braku możliwości kwestionowania zapisów SWZ, które nie zostały zakwestionowane w trybie pytań dotyczących treści SWZ, należy po pierwsze zauważyć, że powołane wyroki dotyczyły innych stanów faktycznych aniżeli mający miejsce w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO 1001/22) dotyczył zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 64 ustawy Pzp, tj. treści SWZ dotyczącej elektronicznego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia oraz błędu technicznego związanego ze złożeniem oferty. W wyroku KIO z dnia 14 grudnia 2020 r. (sygn. akt KIO 3049/20) zarzuty odwołania dotyczyły natomiast zaniechania wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty. Należy również mieć na uwadze, że w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą obowiązują ściśle określone terminy na zgłaszanie poszczególnych zarzutów. W przypadku ich niedochowania, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3) ustawy Pzp lub spóźniony zarzut nie podlega rozpoznaniu. Tego rodzaju reguły, mające na celu zapewnienie szybkości i sprawności postępowania odwoławczego, nie obowiązują natomiast podczas prowadzenia kontroli przez Prezesa Urzędu na podstawie art. 607 i n. ustawy Pzp. Jedynym ograniczeniem czasowym co do możliwości wszczęcia kontroli przez Prezesa Urzędu jest upływ 4 lat od dnia udzielenia zamówienia lub unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia (art. 607 ust. 4 ustawy Pzp). Możliwe jest zatem objęcie kontrolą prowadzoną przez Prezesa Urzędu kwestii, które nie stanowiły przedmiotu pytań wykonawców w toku prowadzonego postępowania ani przedmiotu środków ochrony prawnej.

Na koniec należy odnieść się do wyrażonego w treści wniesionych zastrzeżeń stanowiska Zamawiającego, że popełnione przez niego uchybienie stanowi w istocie drobną omyłkę, nie może być natomiast uznane za wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a także, że *unieważnienie przez zamawiającego postępowania w przypadku, gdy dojdzie do nieznaczącej omyłki w treści SWZ, należałoby kwalifikować jako naruszenie zasady proporcjonalności*. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że Prezes Urzędu w pełni podziela stanowisko ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrażone również w przykładach orzeczeń KIO, na które powołuje się Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach), że za wadę postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp nie może być uznana jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie, ani wada o marginalnym znaczeniu.

W ocenie Prezesa Urzędu wada zaistniała w kontrolowanym postępowaniu z pewnością nie stanowi wady nieistotnej ani marginalnej. Po pierwsze, zapisy SWZ dotyczące kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert stanowią postanowienia o podstawowym znaczeniu dla każdego zamówienia publicznego. Kryteria oceny ofert, opis przedmiotu zamówienia oraz (ewentualnie) warunki udziału w postępowaniu kryteria oceny ofert są to zasadnicze kwestie konstytuujące dane zamówienie. Powyższe oczywiście nie oznacza, że każdy błąd w rozdziale SWZ dotyczącym kryteriów

oceny ofert będzie implikował konieczność unieważnienia postępowania. W ocenie Prezesa Urzędu jednakże konieczność taką będzie implikował każdy błąd, skutkujący możliwością (choćby hipotetyczną) istnienia więcej niż jednego sposobu przyznawania punktów w oparciu o kwestionowane zapisy. Tego rodzaju sytuacja miała zaś właśnie miejsce w kontrolowanym postępowaniu. Nieprecyzyjne lub wadliwie skonstruowane postanowienia SWZ dotyczące opisu kryteriów oceny ofert i sposobu oceny ofert mogą stanowić wadę postępowania, obligującą Zamawiającego do unieważnienia postępowania w świetle art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, co znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (przywołanym w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*).

Uwzględniając powyższe, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli* z dnia 17 października 2022 r. naruszenie przepisów art. 16 pkt 1) i 2) w związku z art. 239 oraz 240 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nieprzejrzysty oraz nie zapewniający zachowania zasady równego traktowania wykonawców, z powodu określenia wewnątrznie sprzecznych postanowień rozdziału XVIII SWZ (Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert) dotyczących sposobu ustalania punktacji ofert w ramach kryterium „ilość środków transportu”, który wbrew dyspozycji art. 240 ust. 1 ustawy Pzp nie został określony w sposób jednoznaczny i zrozumiały. W konsekwencji powyższych naruszeń doszło także do naruszenia art. 255 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Stosownie do art. 610 ust. 3 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 22 listopada 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 32/22) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że *zastrzeżenia zgłoszone do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie*. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *Usługę transportu pacjentów, krwi i preparatów krwiopochodnych, materiałów biologicznych (znak postępowania: 7/PNP/SW/2021)*.

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 32/22).

Załącznik:

odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 32/22).

