

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 28 kwietnia 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 29 marca 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Pomoc Doraźna”, ul. H. Sienkiewicza 15A, 57-200 Ząbkowice Śląskie** od wyniku kontroli doraźnej, zawartego w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 21 marca 2017 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: **„Dostawa ambulansu sanitarnego typu B wg PN 1789 na podstawie umowy leasingu operacyjnego”**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Piotr Kozłowski
Emil Kuriata

wyraża następującą opinię:

Nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP”) w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 21 marca 2017 r. stwierdził naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jak również zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz dyspozycji art. 40 ust. 1 i art. 42 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu opublikowania na stronie internetowej ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 38 ust. 2 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu opublikowania pytań i odpowiedzi dotyczących treści SIWZ, a także wynikających z nich modyfikacji jej treści na stronie internetowej oraz przekazywaniu odpowiedzi na pytania wykonawców jedynie niektórym podmiotom;
- 3) art. 86 ust. 2 ustawy Pzp polegające na wyznaczeniu terminu otwarcia ofert przypadającego na inny dzień, niż dzień, w którym upłynął termin ich składania;
- 4) art. 22 ust. 5 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp polegające na sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej w sposób niedookreślony, tj. bez wskazania konkretnej kwoty ubezpieczenia na jaką miała być wystawiona polisa;
- 5) art. 22 ust. 5 i art. 25 ust. 1 ustawy Pzp polegające na żądaniu przez Zamawiającego wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli* dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków w zakresie posiadania uprawnień oraz wiedzy i doświadczenia przy jednoczesnym braku wyznaczenia przez Zamawiającego konkretnych warunków udziału w postępowaniu, których spełnianie te dokumenty miałyby potwierdzać;
- 6) § 1 ust. 1 pkt 10) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), polegające na żądaniu od wykonawcy przedstawienia informacji potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo – kredytową, w których wykonawca posiada rachunek, zamiast - zgodnie z obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania brzmieniem ww. przepisu - informacji dowolnego banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej;
- 7) art. 25 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na określeniu przez Zamawiającego katalogu dokumentów, wymaganych od wykonawców

w odmienny sposób w ogłoszeniu oraz SIWZ, co mogło wprowadzić wykonawców w błąd co do rzeczywistych wymagań Zamawiającego w tym zakresie, mając na uwadze zwłaszcza brak publikacji treści SIWZ na stronie internetowej;

- 8) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wezwania przez Zamawiającego wykonawców Prime Car Management S.A. oraz ADF Auto sp. z o.o. do uzupełnienia wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli*, brakujących dokumentów w złożonych przez ww. wykonawców ofertach oraz zaniechanie wyjaśnienia kwestii złożenia przez wykonawcę ADF Auto sp. z o.o. dokumentów dotyczących innego podmiotu;
- 9) art. 38 ust. 4a pkt 1) w zw. z art. 144 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu opublikowania ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu w związku z dokonaną zmianą SIWZ w zakresie dopuszczalnych zmian umowy, skutkujących zmianą ogłoszenia o zamówieniu;
- 10) art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16) oraz art. 140 ust. 1 Pzp, polegające na „blankietowym” dopuszczeniu załączenia dopiero na etapie podpisywania umowy bliżej niesprecyzowanych „dokumentów leasingowych”, określających sposób realizacji zamówienia oraz braku zapewnienia, aby podpisywana umowa uwzględniała postanowienia SIWZ i załączonego do niej wzoru umowy w wymaganym w toku postępowania zakresie (w tym praw i obowiązków stron tej umowy, warunków dokonywania jej zmian oraz przedmiotu zamówienia);
- 11) art. 8 ust. 1, art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegające na prowadzeniu protokołu postępowania w sposób nierzetelny, w zakresie wskazanym w *Informacji o wyniku kontroli*;
- 12) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, polegające na nieprawidłowym określeniu algorytmu służącego do przyznawania punktów w ramach kryterium mocy silnika, co spowodowało, że najwyższą liczbę punktów otrzymał wykonawca oferujący silnik o najniższej a nie najwyższej mocy, co było wprost sprzeczne z istotą tego kryterium oceny ofert.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku przedmiotowej kontroli w odniesieniu do naruszeń wskazanych w pkt 1 i 2 *Informacji*, stąd też Izba przytoczy ustalenia i ocenę Prezesa dokonaną w zakresie, który podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Ad. 1.

Prezes UZP wskazał, że z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że Zamawiający nie zamieścił SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej. W toku postępowania wyjaśniającego, uzasadniając powyższe zaniechanie Zamawiający wskazał, że nie posiada strony internetowej.

Prezes UZP zauważył, że zgodnie z treścią art. 40 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. Z kolei z treści art. 42 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że Zamawiający udostępnia na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert.

Powyższe regulacje nie wskazują, jak zauważył Prezes UZP, że strona internetowa musi być własną stroną zamawiającego. Zamawiający, w celu wypełnienia dyspozycji ww. przepisów może zatem skorzystać ze strony internetowej innego podmiotu. Zauważyć bowiem należy, że informacja o miejscu opublikowania SIWZ jest wskazywana w ogłoszeniu o zamówieniu, co umożliwia dotarcie do tego dokumentu zainteresowanym wykonawcom nawet, jeśli SIWZ nie jest publikowana na stronie internetowej zamawiającego.

Prezes UZP podkreślił, że obowiązek udostępnienia SIWZ na stronie internetowej służy umożliwieniu wykonawcy złożenia prawidłowej oferty bez konieczności ubiegania się o wersję papierową SIWZ. Wykonawcy nie są bowiem zobowiązani do ubiegania się o udostępnienie SIWZ przez samego zamawiającego.

Podkreślić także należy, zdaniem Prezesa UZP, że wynikający z przepisów ustawy obowiązek przekazania wykonawcy SIWZ na jego wniosek, o którym mowa w art. 42 ust. 2 ustawy, nie stanowi alternatywy wobec obowiązku zamieszczenia jej na stronie internetowej ani tego obowiązku nie wyłącza.

Tym samym, w ocenie Prezesa UZP, Zamawiający nie publikując ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ na stronie internetowej naruszył zasadę jawności postępowania wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jak również zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz dyspozycję art. 40 ust. 1 oraz 42 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazane naruszenie przepisów ustawy i podstawowych zasad prowadzenia postępowania uznać należy, zdaniem Prezesa UZP, za istotne i jednocześnie uniemożliwiające zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem z uwagi na powyższe uchybienia, w opinii Prezesa UZP, Zamawiający powinien był unieważnić przedmiotowe postępowanie w oparciu o przesłankę wskazaną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Ad. 2.

Prezes UZP podał, że w toku postępowania wykonawcy zwracali się do Zamawiającego z wnioskami o wyjaśnienie i zmianę treści SIWZ, m.in. w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności w dniu 9 kwietnia 2015 r. jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem następującej treści: „Czy zamawiający dopuszcza do zaoferowania ambulans spełniający wymogi normy PN EN 1789 i NFZ, który posiada silnik o pojemności 2299 cm³ zapewniający osiągnięcie przyspieszeń wymaganych w pkt 4.2.1. normy PN EN 1789 o mocy 120 kW (163 KM), o max momencie obrotowym wynoszącym 360 Nm?” Odpowiadając na powyższe pytanie Zamawiający wskazał, że dopuszcza taką możliwość. Jednocześnie w pierwotnej treści SIWZ w odniesieniu do ww. wymogów przewidziano, iż silnik pojazdu powinien być wysokoprężny o pojemności min. 2,5 l i posiadać moc min. 170 km (załącznik nr 1 do SIWZ pkt A.II).

Z treści dokumentacji postępowania, jak zauważył Prezes UZP, nie wynika jednakże, by zarówno ww. pytanie, jak i treść odpowiedzi Zamawiającego została udostępniona jakimkolwiek wykonawcom (pismo nie zawiera daty i adresowane jest wyłącznie do wnioskodawcy, przy czym brak dowodu przekazania go innym podmiotom).

Zamawiający w toku postępowania wyjaśniającego poinformował, jak podał Prezes UZP, że treść zapytań oraz odpowiedzi dotyczących SIWZ przekazywał zainteresowanym wykonawcom w drodze elektronicznej. W przesłanej dokumentacji brak jest jednak dowodów mogących potwierdzić ten fakt. Z ustaleń Prezesa UZP wynika, iż poszczególne odpowiedzi zostały przekazane tylko tym wykonawcom, którzy zadali poszczególne pytania. Wskazują na to przekazane przez Zamawiającego raporty transmisji faksów (numery telefonów i liczba stron odpowiedzi).

W odniesieniu do powyższego Prezes UZP wskazał, że art. 38 ust. 2 i 4 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek publikacji na stronie internetowej treści zapytań dotyczących SIWZ wraz z wyjaśnieniami zamawiającego oraz treści wszelkich modyfikacji dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Celem wprowadzenia przez ustawodawcę obowiązku publikacji w internecie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień dotyczących jej treści oraz wszelkich jej zmian jest zapewnienie dostępu na równych zasadach do podstawowych dokumentów określających warunki udziału w tych postępowaniach, jak również dotyczących szczegółowego opisu zamówienia jak najszerszemu gronu odbiorców.

Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Prezes UZP podkreślił, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest jednym z najważniejszych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W oparciu o treść SIWZ wykonawcy podejmują bowiem decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu oraz sporządzają swoje oferty. Od momentu złożenia ofert wykonawcy są związani postanowieniami specyfikacji m.in. odnośnie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto treść SIWZ stanowi podstawę weryfikacji zgodności oferty z wymaganiami zamawiającego. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, w ocenie Prezesa UZP, iż udostępnienie SIWZ jest czynnością powodującą powstanie zobowiązania również po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania, opisu przedmiotu zamówienia i innych elementów wymienionych w SIWZ (por. wyrok KIO z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 868/10). Zatem, zamawiający od chwili upublicznienia SIWZ jest zobowiązany postępować zgodnie z jej zapisami.

Mając na uwadze powyższe, Prezes UZP stwierdził, że działanie Zamawiającego, polegające na zaniechaniu opublikowania pytań i odpowiedzi dotyczących treści SIWZ, a także wynikających z nich modyfikacji jej treści na stronie internetowej oraz przekazywanie odpowiedzi na pytania wykonawców jedynie niektórym podmiotom stanowiło naruszenie art. 38 ust. 2 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Prezesa UZP, naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp, dotyczących sposobu udostępniania SIWZ oraz trybu dokonywania jej zmian, a także udzielania wyjaśnień, dotyczących jej treści, miało negatywny wpływ na zachowanie uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu oraz skutkowało nierównym traktowaniem wykonawców, a także wyborem oferty niezgodnej z pierwotną treścią SIWZ. Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał bowiem ofertę, która nie spełniała wyższych wymogów pierwotnie wskazanych w specyfikacji w zakresie mocy i pojemności silnika. Jednocześnie druga ze złożonych ofert, spełniająca pierwotne wymagania znacznie różniła się ceną, która była wyższa od ceny oferty wykonawcy oferującego pojazd odpowiadający złagodzonej wymaganiom.

Dokonanej modyfikacji SIWZ nie można także uznać za skuteczną, ponieważ, zdaniem Prezesa UZP, nie została ani upubliczniona we właściwy sposób ani przekazana wszystkim wykonawcom. Powyższe wskazuje, w opinii Prezesa UZP, że naruszenie przepisów ustawy Pzp, którego dopuścił się Zamawiający miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaniechanie Zamawiającego doprowadziło bowiem do sytuacji, w której wykonawcy posiadający rozbieżne informacje odnośnie istotnych cech przedmiotu zamówienia złożyli nieporównywalne oferty. Tym samym stwierdzić należy, że przedmiotowe postępowanie

zostało obarczone niemożliwą do usunięcia wadą i winno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 29 marca 2017 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia wobec zarzutów zawartych w pkt 1 i 2 Informacji o wyniku kontroli.

Ad. 1.

Zamawiający wskazał, że w jego ocenie, pomimo niezamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ na stronie internetowej, wykonawcy mieli zapewniony dostęp do informacji o przedmiotowym zamówieniu, ponieważ ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na tablicy ogłoszeń Zamawiającego, jak również Zamawiający wyczerpująco udzielał informacji na temat prowadzonego postępowania telefonicznie, a do zainteresowanych wykonawców drogą elektroniczną zostało wysłanych 8 kompletów SIWZ.

Zamawiający poinformował, że nie zamieścił ogłoszenia oraz SIWZ na stronie internetowej, ponieważ na dzień wszczęcia kontrolowanego postępowania nie posiadał swojej strony internetowej. Dołożył jednak wszelkich starań, ażeby pomimo braku opublikowania ww. dokumentów na stronie internetowej wykonawcy posiadali pełną wiedzę o prowadzonym postępowaniu, co jego zdaniem, w rzeczywistości miało miejsce.

Ad.2.

Zamawiający podniósł, że w jego ocenie, pomimo niezamieszczenia na stronie internetowej zapytań wykonawców dotyczących treści SIWZ wraz z odpowiedziami oraz wynikających z nich modyfikacji SIWZ, wykonawcy posiadali wiedzę w tym zakresie, ponieważ odpowiedzi były wysyłane do wykonawców za pośrednictwem faksu lub elektronicznie. Zamawiający wskazał, iż nie może przedstawić wszystkich dowodów ich wysłania z powodu awarii poczty Zamawiającego, lecz jednocześnie zapewnił, że w zakresie pytania dotyczącego wymaganej pojemności silnika wszyscy wykonawcy otrzymali odpowiedź. Dotyczy to również wykonawcy ADF Auto sp. z o.o., na co wskazuje fakt dołączenia przez niego do oferty treści odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ, w tym również w zakresie wymaganej pojemności silnika.

Konstatując Zamawiający wyjaśnił, że mimo istotnych uchybień dołożył wszelkich starań, aby w postępowaniu zapewnić konkurencję i uzyskać najkorzystniejszą ofertę.

Jednocześnie Zamawiający zauważył, że jest małym zakładem, który posiada trzy zespoły RM, a w czasie prowadzenia przedmiotowego postępowania miał bardzo trudną sytuację w zakresie wyposażenia, w szczególności jeśli idzie o transport. Jego karetki miały częste awarie ze względu na wiek i przebieg kilometrów, a przez to stwarzały trudności w

dotarciu do pacjentów, a w konsekwencji w ratowaniu zdrowia, a nawet życia. Zaś przedmiotowe postępowanie pozwoliło w znacznym stopniu ograniczyć to niebezpieczeństwo, a zakupiony ambulans od 2 lat służy mieszkańcom powiatu i nie ulega żadnym awariom, co w znacznym stopniu poprawiło bezpieczeństwo mieszkańców.

Zamawiający podkreślił również, że postępowanie w tym przedmiocie prowadził po raz pierwszy, zmuszony był szybko przeprowadzić postępowanie i zakupić ambulans, a osoby przeprowadzające postępowanie nie dysponowały wystarczającą wiedzą. Obecnie jednak dysponuje stroną internetową i edukuje swoich pracowników w zakresie zamówień publicznych.

Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego wskazując, że podniesione okoliczności były przedmiotem oceny w toku kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż Izba stwierdziła, że ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie nie są kwestionowane (za wyjątkiem faktu, że wyjaśnienia dotyczące SIWZ zostały przekazane wszystkim wykonawco), stąd też Izba uznaje je własne i dokonana oceny zastrzeżeń na ich gruncie.

Izba wskazuje, że przedmiotowa opinia ogranicza się wyłącznie do oceny zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego i nieuwzględnionych przez Prezesa UZP (art. 167 ust. 1 w zw. z ust. 2 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp).

Ad. 1.

W trybie przetargu nieograniczonego wszczęcie postępowania następuje przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej (art. 40 ust. 1 ustawy Pzp). Wszczęcie postępowania następuje zatem z chwilą ziszczenia się obu tych zdarzeń. Niedopełnienie tych obowiązków powoduje, że postępowanie już na wstępnym etapie obarczone jest wadą.

Celem zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej jest umożliwienie dostępu do ogłoszenia każdemu zainteresowanemu. Ustawodawca w powołanej regulacji przesądził o publicznym dostępie do ogłoszenia o zamówieniu, a o tym możemy mówić tylko wtedy, gdy zastało ono zamieszczone nie tylko w siedzibie zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym, ale również na stronie internetowej zamawiającego. W tym zakresie ustawodawca nie przewidział alternatywny. Zdaniem ustawodawcy, wypełnienie jednego z tych warunków nie jest wystarczające do uznania, że postępowanie zostało wszczęte (w sposób prawidłowy). Sytuacji tej nie zmienia również zrealizowanie obowiązku

zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych (art. 40 ust. 2 ustawy Pzp). Obowiązki te bowiem są rozłączne, zrealizowanie jednego z nich nie wpływa na obowiązek zrealizowania drugiego.

Ogłoszenie o zamówieniu musi więc mieć charakter publiczny. Wynika to z powołanej regulacji, ale również z samej istoty przetargu nieograniczonego, który ma charakter publiczny (Przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy - art. 39 ustawy Pzp). Publikacja ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej ma na celu zachowanie zasad: jawności postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp), równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Analogiczny obowiązek, a więc zamieszczenia na stronie internetowej, dotyczy również SIWZ (art. 42 ust. 1 ustawy Pzp). I tu podobnie, zamieszczenie SIWZ w Biuletynie Zamówień Publicznych nie powoduje, że odpada obowiązek jej udostępnienia na stronie internetowej.

Rzeczona regulacja stanowi realizację założenia, że SIWZ ma charakter publiczny, zdaniem ustawodawcy, uzyskuje go poprzez nie tylko poprzez zamieszczenie jej w Biuletynie Zamówień Publicznych, ale również udostępnienie na stronie internetowej. Bez wpływu na przedmiotowe obowiązki pozostaje ten, który stanowi o konieczności przekazania SIWZ wykonawcy na jego wniosek (art. 42 ust. 2 ustawy Pzp).

Niezrealizowanie tego obowiązku (udostępnienia SIWZ na stronie internetowej), podobnie jak w przypadku ogłoszenia, godzi w zasadę jawności (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Podkreślenia przy tym wymaga, że z powołanych przepisów nie wynika obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ na stronie internetowej zamawiającego, choć wydaje się to pożądane.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego podkreślić należy, że jak wskazano wyżej, obowiązek udostępnienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ na stronie internetowej wynika z przepisów bezwzględnie obowiązujących, a zatem nie ma możliwości odstąpienia od realizacji tego obowiązku, czy też zrealizowania go w inny sposób.

Okoliczność zamieszczenia tych dokumentów w Biuletynie Zamówień Publicznych pozostaje bez wpływu na przedmiotowe obowiązki. Nie jest bowiem tak, że zamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych rzeczonych dokumentów powoduje, że nie aktualizuje się obowiązek ich publikacji na stronie internetowej.

Irrelevantny dla oceny właściwego zrealizowania spornych obowiązków pozostaje fakt braku posiadania przez Zamawiającego strony internetowej. Ustawodawca nie przewidział bowiem żadnych odstępstw dla podmiotów, które tej strony nie posiadają.

Jednakże dostrzeżenia przy tym wymaga, że nie wiąże tych obowiązków z koniecznością posiadania przez zamawiającego własnej strony internetowej.

Nie ma znaczenia dla przedmiotowej oceny również i ta okoliczność, że Zamawiający udzielał informacji na temat prowadzonego postępowania telefonicznie, a także, że wysłał SIWZ do zainteresowanych wykonawców drogą elektroniczną.

Jednocześnie brak zrealizowania tych obowiązków, w ocenie Izby, godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), a także jawności postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp), bowiem w świetle art. 40 ust. 1 i art. 42 ust. 1 ustawy Pzp nie zagwarantowano publicznego charakteru dokumentów, jakimi są ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ.

Zatem, stanowisko Prezesa UZP, który w podanych okolicznościach faktycznych stwierdził naruszenie przepisów art. 40 ust. 1 i art. 42 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 i 7 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za słuszne.

Ad. 2.

Zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji treść zapytań wykonawców dotyczących SIWZ oraz wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego powinny zostać przekazane wszystkim wykonawcom, którzy otrzymali SIWZ. Ponadto, w postępowaniach, w których zamawiający umieścił SIWZ na stronach internetowych, a więc zawsze w przypadku zastosowania trybu przetargu nieograniczonego, zamawiający jest obowiązany do umieszczenia rzeczonych pytań i wyjaśnień na stronie internetowej (art. 38 ust. 2 ustawy Pzp). Wykonawcy, którzy pobrali SIWZ ze stron internetowych, będą mieli dzięki temu zapewniony dostęp do informacji na równi z tymi, którzy zdecydowali się na pobranie SIWZ w tradycyjnej formie. Analogiczna zasada dotyczy zmiany SIWZ (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp).

Powyższe regulacje mają zagwarantować jawność postępowania przez zapewnienie dostępu wykonawcom do przedmiotowych wyjaśnień i zmian SIWZ (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Ustawodawca podkreślił publicznych charakter tych dokumentów i obowiązek zapewnienia dostępu do nich wszystkim wykonawcom, a nie tylko tym, którzy otrzymali od zamawiającego SIWZ. Zwrócić bowiem należy uwagę, że obowiązek przekazania rzeczonych wyjaśnień i zmian SIWZ wykonawcom, którzy otrzymali SIWZ od zamawiającego istnieje niezależnie od obowiązku zamieszczenia tych wyjaśnień i zmian na stronie internetowej.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający nie wypełnił wskazanych wyżej obowiązków. Z ustaleń Prezesa UZP wynika, że Zamawiający przekazywał treść wyjaśnień wyłącznie wykonawcom, którzy zadali pytania, czyli udzielał odpowiedzi temu, który zwrócił się z zapytaniem. Brak dowodu na okoliczność przeciwną. Sam Zamawiający przyznał, że z powodu awarii poczty elektronicznej nie jest w stanie tego

udowodnić. Zaś raporty transmisji faksów potwierdzają stanowisko Prezesa UZP, którego Zamawiający nie kwestionował. Co prawda Zamawiający zwrócił uwagę, że jeden z wykonawców przedłożył wraz z ofertą odpowiedź na udzielone pytanie co, w ocenie Zamawiającego, stanowi potwierdzenie, że wykonawcy znali treść udzielonych wyjaśnień, jednakże Izba tego stanowiska nie podziela. Nawet przyjmując, że wykonawca ten otrzymał odpowiedź od zamawiającego to nie świadczy to o tym, że wszyscy wykonawcy rzeczono wyjaśnienia otrzymali.

Niezależnie od powyższego nie budzi wątpliwości fakt, że zarówno treści zapytań, jak i udzielonych wyjaśnień, a także zmiany SIWZ (bo w istocie Zamawiający jej dokonał) Zamawiający nie zamieścił na stronie internetowej. W tym zakresie zachowują aktualność poglądy wyrażone powyżej.

Nie realizując obowiązku wynikającego z art. 38 ust. 2 i 4 ustawy Pzp Zamawiający uchybił zasadzie równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) i jawności postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp).

Izba nie przeczy, że Zamawiający podjął starania w celu zachowania konkurencyjności tego postępowania, dążąc do tego, aby jak najwięcej wykonawców wzięło w nim udział i aby uzyskać jak najkorzystniejszą ofertę, jednakże przedsięwzięte środki należy ocenić jako niewystarczające w świetle powołanych przepisów. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że to nie Zamawiający decyduje, jakie środki i w jaki sposób wykorzysta dla zapewnienia konkurencyjności postępowania, bowiem te wynikają z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Izba dostrzega trudności, na które wskazywał Zamawiający, związane z przedmiotowym postępowaniem. Niemniej jednak okoliczność, że Zamawiający jest małym zakładem, działał pod presją czasu i nie dysponował dostatecznie wykwalifikowaną kadrą do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania są irrelewantne dla stwierdzenia przedmiotowych naruszeń, bowiem ich zaistnienie, w świetle powołanych wyżej przepisów (pkt 1 i 2) nie zwalnia Zamawiającego z realizacji obowiązków tam wskazanych.

Wystąpienie tego rodzaju uchybień, w ocenie Izby, winno prowadzić do unieważnienia postępowania w trybie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wykonawcy składający ofertę nie mieli bowiem zagwarantowanego publicznego i równego dostępu do dokumentów, a tym samym do informacji, które są kluczowe z punktu widzenia konstruowania ofert.

Wobec powyższego, skład orzekający Izby, wyraził opinię ja w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....