



Warszawa,

2022 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ2.442.122.2021.JC

KND/126/21/DKZP

.....

X.Y.

Prezes Zarządu

.....

Y.Z.

Członek Zarządu ds. Ekonomicznych

Kopalnia Soli „Wieliczka” S.A.

Park Kingi 1

32-200 Wieliczka

W odpowiedzi na pismo z dnia 4 stycznia 2022 r. zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 grudnia 2021 r., przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn. **Dostawę rur (znak postępowania: KSW/2019/EZM/73)**, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko w sprawie naruszenia: art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp2004”), wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 23 grudnia 2021 r., przekazanej przy piśmie (znak: DKZP.WKZ2.442.122.2021.JC).

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp2004”), poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję, co mogło prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert.

Zamawiający pismem z dnia 4 stycznia 2022 r. wniósł zastrzeżenia w zakresie ww. naruszenia wskazanego w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*. Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej w szczególności wskazał, że:

- 1) brzmienie SIWZ oraz reguły wykładni językowej nie dają podstaw do przyjęcia, że całość oferowanego asortymentu (tj. każdy oferowany produkt) miał służyć do budowy rurociągów transportujących wodę, wodne zawiesiny oraz sprężone powietrze.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że w jego ocenie nie ma podstaw do przyjęcia, że literalne brzmienie spójnika „oraz” oznacza, że łączy on dwa wymagania, które muszą być spełnione łącznie. Na potwierdzenie powyższej tezy Zamawiający przytoczył m.in. brzmienie art. 5 ust. 4 pkt 7) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, zgodnie z którym *Działalnością sektorową w zakresie (...) wydobywania paliw jest działalność polegająca na wydobywaniu ropy naftowej lub gazu i ich naturalnych pochodnych oraz poszukiwaniu lub wydobywaniu węgla brunatnego, węgla kamiennego lub innych paliw stałych.* Powyższe zdaniem Zamawiającego oznacza, że użyty w ustawie spójnik „oraz” łączy dwie różne kategorie działalności, dokładnie w taki sam sposób jak w kwestionowanym opisie przedmiotu zamówienia łączy różne rodzaje rurociągów używanych w odrębnych używanych w odrębnych celach, odmiennie niż spójnik „i” łączący w jedną kategorię ropę lub gaz i ich naturalne pochodne. Za przyjęciem tego rodzaju interpretacji świadczy zdaniem Zamawiającego także brzmienie art. 7 pkt 4) oraz pkt 33) ustawy Pzp.

Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej wskazał, że *żadne z zapisów SIWZ nie wskazują, aby w postępowaniu wymagane było dostarczenie rur służących jednocześnie do transportu wody, wodnych zawieszin oraz sprężonego powietrza do całości oferowanego asortymentu. W szczególności w pkt 3.1, 3.4 oraz 3.5 postępowania KSW/2019/EZM/73 (...) nie pojawia się takie sformułowanie ani również podobne, które wskazywałoby – wbrew zasadom wiedzy technicznej – że te same rurociągi jednocześnie miałyby służyć do transportu różnych substancji.* Zdaniem Zamawiającego przyjęcie takiej interpretacji **byłoby wyjściem poza literalne brzmienie SIWZ.**

Oprócz przytoczonej powyżej argumentacji opartej na wykładni językowej spójnika „oraz” Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej zwrócił również uwagę na powoływaną także w pismach kierowanych do Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego okoliczność, iż kontrolowane postępowanie było skierowane do podmiotów profesjonalnych z branży górniczej, które są świadome faktu iż w Kopalni wykorzystuje się różne typy rurociągów, w związku z czym *nie ma uzasadnienia dla nadmiernego rozbudowywania treści SIWZ o kwestie techniczne, które są okolicznościami powszechnie znanymi uczestnikom rynku, już choćby z tego powodu że wynikają z technicznych uwarunkowań funkcjonowania każdego zakładu górniczego.* Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Zamawiającego, *dla Wykonawców – uczestników rynku dostaw i usług dla górnictwa, zapisy SIWZ musiały być jasne.*

Zamawiający wskazał również, że w jego ocenie powodem kwestionowania zapisów SIWZ w postępowaniu KSW/2019/EZM/73 był fakt wyboru przez Zamawiającego oferty innego wykonawcy aniżeli dotychczas realizującego przedmiotowe zamówienie.

- 2) Nawet gdyby przyjąć interpretację (z czym Zamawiający się nie zgadza) że całość oferowanego asortymentu miała służyć do transportu wszystkich wymienionych w SIWZ rodzajów substancji - w ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do stwierdzenia, że Wykonawcy nie dysponowali jasnymi i jednakowymi informacjami w oparciu o które będą sporządzali i wyceniali swoje oferty, przez co miałyby dojść do ograniczenia lub utrudnienia uczciwej konkurencji.

Zdaniem Zamawiającego, *nie znajduje również potwierdzenia teza, że odmienne procesy technologiczne mogły stanowić „potencjalnie istotny czynnik cenotwórczy”.*

W pierwszej kolejności Zamawiający zaznaczył, że: *Sam fakt niewielkiej odmienności parametrów technicznych różnych typów rur nie wskazuje sam przez się, że jest on istotnym czynnikiem cenotwórczym, za czym przemawia analiza cen oferowanych w postępowaniach.*

W postępowaniu na: „Dostawę rur” (nr sprawy: KSW/2019/EZM/73) wpłynęły dwie oferty o bardzo zbliżonej cenie: oferta spółki AB na kwotę 1 896 801,75 zł (brutto) oraz oferta spółki CD na kwotę 1 915 269,90 zł (brutto). Różnica pomiędzy wartościami ofert wynosi zatem zaledwie 18 468 zł brutto, a więc przy wartości zamówienia oszacowanej na kwotę 2 337 000 zł brutto, różnica między ofertami stanowi zaledwie 0,79% wartości zamówienia.

Powyższe zdaniem Zamawiającego świadczy o tym, że *istotnym czynnikiem cenotwórczym jest raczej całościowy koszt produkcji rur, w tym koszt surowców, energii, maszyn, pracy ludzi oraz marża a być może także organizacja procesu technologicznego jak również koszty transportu rur do siedziby Zamawiającego, natomiast sam koszt wyprodukowania rur spełniających wymagania dla transportu sprężonego powietrza nie wpływa znacząco na wysokość cen (jak wynika z analizy ofert w postępowaniu KSW/2019/EZM/73).*

Zamawiający wskazał również, że w postępowaniu nie było żadnych różnic w zakresie informacji jakimi dysponowali Wykonawcy.

Zamawiający w konkluzji ww. pisma z dnia 4 stycznia 2021 r. wniósł o uwzględnienie zastrzeżeń w całości i stwierdzenie, że brak jest podstaw do przyjęcia, żeby w kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności brak jest podstaw do przyjęcia, że sposób opisu przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

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

Kontrolujący podtrzymuje w pełnym zakresie stanowisko wyrażone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 23 grudnia 2021 r.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do argumentacji Zamawiającego dotyczącego wykładni językowej spójnika „oraz” należy stwierdzić, że jest ona błędna, a ponadto nie ma znaczenia z punktu widzenia stwierdzonego w wyniku przeprowadzonej kontroli naruszenia. Kontrolujący nie kwestionuje bowiem faktów, które Zamawiający za jej pomocą stara się wykazać, a jedynie formułuje na ich podstawie inne konkluzje aniżeli czyni to Zamawiający.

Za słownikiem języka polskiego Polskiego Wydawnictwa Naukowego:

oraz «spójnik używany do łączenia zdań lub innych wyrażień, które odnoszą się do tych samych przedmiotów, osób lub faktów»¹

Pomiędzy spójnikiem „i” i „oraz” nie ma logicznej ani semantycznej różnicy, co do zasady można je stosować zamiennie, choć względy stylistyczne i gramatyczne (np. potrzeba uniknięcia zbyt wielu powtórzeń danego spójnika w obrębie jednego zdania lub istnienie określonej reguły

¹ <https://sjp.pwn.pl/slowniki/oraz.html> [dostęp w dniu 13 stycznia 2022 r.].

w związkach frazeologicznych) mogą w niektórych przypadkach wykluczać ich swobodną wymienialność.²

Zarówno w języku potocznym, jak i w aktach prawnych można zatem znaleźć różne przykłady użycia ww. spójników i czasami użycie konkretnego spójnika („i” lub „oraz”) będzie miało jakiś wpływ na znaczenie zdania, w którym występuje, a czasem nie, w zależności od kontekstu wynikającego z całego zapisu.

Ponadto Kontrolujący nie kwestionuje, że w zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 3.1, 3.4 i 3.5) spójnikiem „oraz” połączone zostały w jednym zdaniu odrębne typy rurociągów, jak również że – zgodnie z przesłanymi do Urzędu wyjaśnieniami - w rzeczywistości nie było intencją Zamawiającego, aby całość oferowanych rur spełniała wymagania dla transportu wszystkich rodzajów substancji. Nie kwestionując merytorycznej zasadności i racjonalności takiego zapatrywania należy jednak zauważyć, że nie znalazło ono żadnego odzwierciedlenia w treści SIWZ, której zapisy wskazywały (i to w kilku miejscach - pkt 3.1., pkt 3.4 oraz pkt 3.5) na interpretację przeciwną, tj. konieczność dostarczenia rur służących do transportu wody, wodnych zawiesin **oraz**³ sprężonego powietrza do całości oferowanego asortymentu. Jednocześnie żaden z zapisów SIWZ nie wskazywał zakresu rur mających służyć do transportu sprężonego powietrza. Nie sposób przy tym podzielić stanowiska Zamawiającego, że dla praktyków i specjalistów w dziedzinie stanowiącej przedmiot zamówienia było oczywiste, że należy przyjąć interpretację SIWZ zgodną z intencją Zamawiającego. Jest to stwierdzenie nie poparte żadnymi dowodami.

Ponadto należy podkreślić, że okoliczność, iż zamówienie dotyczy produktów oferowanych przez dość wąski krąg wyspecjalizowanych podmiotów w żadnym wypadku nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku precyzyjnego i jasnego określenia przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp2004. Obowiązek ten istnieje bowiem niezależnie od tego, czy przedmiot zamówienia stanowią towary lub usługi powszechnie dostępne, czy też specjalistyczne. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający nigdzie w dokumentacji postępowania nie wskazał konkretnego zakresu zamówienia dotyczącego transportowania poszczególnych rodzajów substancji, użył za to w kilku miejscach łącznego sformułowania „służących do transportu wody, wodnych zawiesin oraz sprężonego powietrza”, reguły wykładni językowej sugerowały przyjęć, że całość oferowanego asortymentu miała być przeznaczona do transportu wszystkich tych rodzajów substancji. Z drugiej jednak strony, interpretacja taka mogła istotnie budzić wątpliwości wykonawców z punktu widzenia jej praktycznej zasadności. Treść SIWZ nie zawierała jednak informacji, która ewentualnie część zamówienia powinna być przeznaczona do transportu sprężonego powietrza, a która do transportu cieczy. Tego rodzaju informacji w ocenie Kontrolującego nie można uznać za „*nadmierne rozbudowanie treści SIWZ o kwestie techniczne*”.

Odnosząc się do wskazywanych przez Zamawiającego potencjalnych trudności z precyzyjnym określeniem zakresu asortymentu dotyczącego transportu sprężonego powietrza należy wskazać, że w takim przypadku zakres ten mógł zostać podany w inny sposób aniżeli poprzez wskazanie konkretnej liczby lub numeru pozycji rur (jako pewien przedział, procent, zakres maksymalny itp). Zamawiający jednakże w SIWZ jednolicie odnosił zapisy dotyczące przedmiotu zamówienia

² <https://sjp.pwn.pl/poradnia/haslo/i-a-oraz;15379.html> [dostęp w dniu 13 stycznia 2022 r.].

³ Podkreślenie Kontrolującego.

do wszystkich rodzajów rur. Również powoływany w zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej zapis pkt 3.9 SIWZ, dotyczący opcjonalnego zakupu części zamówienia stanowiącego 50% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie, nie odnosi się w żaden sposób do asortymentu służącego do transportu sprężonego powietrza. Nie można w ocenie Kontrolującego uznać tego rodzaju zapisów za wystarczająco precyzyjne, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że Zamawiający zarówno w wyjaśnieniach przesyłanych do Urzędu, jak również w zastrzeżeniach do wyniku kontroli przyznawał, że rury służące do transportu sprężonego powietrza cechują się częściowo odmiennymi parametrami aniżeli rury służące do transportu cieczy (m.in. posiadają wewnętrzną warstwę zabezpieczającą). Brak jest więc podstaw do przyjęcia, że okoliczność ta nie mogła mieć żadnego wpływu na wycenę oferty. Należy zatem uznać, że kwestia zakresu zamówienia obejmującego rury służące do transportu sprężonego powietrza może mieć znaczenie dla ceny ofert, zaś nawet minimalne różnice w cenach ofert mogą w okolicznościach faktycznych danej sprawy decydować o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stwierdzenie przez Zamawiającego, iż odmiennie właściwości rur służących do transportu sprężonego powietrza nie mają istotnego wpływu na ceny ofert stanowi więc w ocenie Kontrolującego jedynie wyrażony przez niego pogląd, nie poparty żadnymi dowodami.

Odnosząc się z kolei do argumentu kontroli przeprowadzanych w 2021 r. przez Okręgowy Urząd Górniczy, które nie stwierdziły nieprawidłowości w zakresie rur używanych w Kopalni należy zauważyć, że – jak wynika z przesłanych do Urzędu dokumentów - zakres tej kontroli był inny aniżeli kontrola Prezesa Urzędu i koncentrował się na kwestiach związanych z stanem technicznym i bezpieczeństwem zastosowanych produktów (przy czym, skoro zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, wybrany wykonawca podczas realizacji umowy nie dostarczał w ogóle rur przeznaczonych do transportu sprężonego powietrza, to kontrola OUG i jej ustalenia nie dotyczyły tego rodzaju rur). Natomiast kontroli Prezesa Urzędu podlega zgodność przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami ustawy Pzp2004, w tym przypadku dotyczącymi przygotowania opisu przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu natomiast do powoływanego przez Zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2019 r. (sygn. akt KIO 2378/19) należy zauważyć, że zarzuty oddalonego odwołania, podlegające rozpoznaniu przez Izbę dotyczyły zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy AB na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp z powodu jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp2004, nie zaś naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp2004. Treść ww. orzeczenia Izby nie odnosi się zatem do kwestii będących przedmiotem niniejszej kontroli.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli. Zgodnie z treścią art. 610 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w zakresie wykazanego naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp2004 poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję, co mogło prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert, przekazane one zostały do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Stosownie do art. 610 ust. 3 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 3 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 4/22) 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 Pzp2004 Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *Dostawę rur*.

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 4/22).

Załącznik:

odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 4/22).