



WICEPREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH  
*Mateusz Winiarz*

Warszawa,

DKZP.WKZ1.442.100.2021.MJ  
KND/103/21/DKZP

Dowódca  
31 Bazy Lotnictwa Taktycznego  
ul. Silniki 1  
61 – 325 Poznań  
31blt.sekretariat@ron.mil.pl

w odpowiedzi na pismo z dnia 8 października 2021 r., zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot **Dostawę materiałów elektrycznych – zadanie nr 2** (nr sprawy: ZP 37/VI/20), uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej jako: „ustawa Pzp2004”) wskazanego w pkt. 1 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 17 września 2021 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ1.442.100.2021.MJ. Jednocześnie uwzględnia zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w zakresie naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp2004 wykazanego w pkt 2 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania w zakresie zadania nr 2, co spowodowało złożenie przez Wykonawców ofert niezgodnych z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: „SIWZ”, jak również mogło uniemożliwić złożenie oferty innym Wykonawcom zainteresowanym udzieleniem tego zamówienia, co niewątpliwie mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania;
2. art. 91 ust. 2a ustawy Pzp2004 poprzez niewykazanie w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, a tym samym nieuprawnione zastosowanie ceny jako jedyne kryterium oceny ofert.

Pismem z dnia 8 października 2021 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania. We wniesionych zastrzeżeniach Zamawiający zakwestionował trafność ustaleń kontrolujących zarzucając błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż Zamawiający naruszył art. 93 ust 1 pkt 7) w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania oraz art. 91 ust 2a ustawy Pzp poprzez niewykazanie w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, co skutkowało nieuprawnionym zastosowaniem ceny jako jedyne kryterium wyboru oferty.

W uzasadnieniu zastrzeżeń Zamawiający w pierwszej kolejności przytoczył treść przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp2004, a następnie wskazał, iż wobec nieziszczenia się przesłanek uzasadniających unieważnienie postępowania zaniechał dokonania tej czynności. Zamawiający podniósł, iż cyt.: *wymagana w SIWZ rozdzielnica o współczynniku szczelności IP 65 nie jest obecnie produkowana, a także nie jest dostępna w obrocie, ponadto nie ma możliwości wyprodukowania jej na zamówienie. Dostępne na rynku były rozdzielnice podtynkowe posiadające współczynnik szczelności IP 40. Dokonując oceny ofert złożonych przez poszczególnych Wykonawców Zamawiający potraktował wszystkich wykonawców w taki sam sposób z zachowaniem zasady równego traktowania Wykonawców, dopuszczając wszystkie oferty rozdzielnic podtynkowych, o współczynniku szczelności IP 40. Istotnym w sprawie jest, iż żadna z ofert, które zawierały wymaganą rozdzielnicę podtynkową nie została odrzucona przez Zamawiającego. Jediną odrzuconą ofertą była oferta Wykonawcy , który zaoferował inny rodzaj rozdzielnicy tj. zamiast podtynkowej zaoferowano rozdzielnicę natynkową. Istotnym jest, iż potrzebą Zamawiającego w zadaniu 2 było pozyskanie rozdzielnicy podtynkowej i to ten parametr urzędującego był dla Zamawiającego najistotniejszy przy dokonywaniu wyboru.*

Dalej, Zamawiający dodał, iż *odrzucone oferty Wykonawcy nie miały wpływu na wynik postępowania przetargowego, gdyż przedstawiona przez niego oferta nie była ofertą najkorzystniejszą. Podkreślić należy, iż Zamawiający prowadził postępowanie z poszanowaniem zasad określonych w ustawie pzp, w szczególności zasady równego traktowania Wykonawców, z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz przy zastosowaniu takich samych kryteriów oceny ofert.*

*Każdy z Wykonawców, który jest potencjalnie zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu przetargowym ma możliwość złożenia zapytania do Zamawiającego dotyczącego wątpliwości związanych z opisem przedmiotu zamówienia. Nawet w sytuacji udzielenia błędnej odpowiedzi przez Zamawiającego, Wykonawca ma możliwość złożenia dobrej oferty. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu są fachowcami w swoich dziedzinach i posiadają wiedzę dotyczącą przedmiotu zamówienia. Mogą oni złożyć prawidłową ofertę mimo udzielonej błędnej odpowiedzi. Potrzebą Zamawiającego w zadaniu nr 2 było pozyskanie rozdzielnicy podtynkowej, a jedyne pytanie dotyczące tego produktu odnosiło się do parametrów szczelności (IP) i koloru rozdzielnicy. W związku z powyższym zaproponowane przez oferentów rozdzielnice podtynkowe o współczynniku szczelności IP 40 na etapie oceny ofert zostały potraktowane przez Zamawiającego jako produkty spełniające wymogi zgodnie z opisem zawartym w SIWZ, z którego wynika, iż rozdzielnica miała być podtynkowa.*

Dodatkowo w treści wniesionych zastrzeżeń Zamawiający uznał za zbyt daleko idące twierdzenie kontrolujących, iż błędne udzielenie odpowiedzi na zapytanie do treści SIWZ

uniemożliwiło złożenie oferty co najmniej 1 -2 Wykonawcom. Zamawiający podniósł, iż w udzielonych w toku czynności kontrolnych wyjaśnieniach przywołał ogólną liczbę postępowań, których przedmiotem była dostawa materiałów elektrycznych nie tylko w zakresie zadania nr 2.

Nadto w dalszej treści zastrzeżeń Zamawiający podkreślił, że cyt.: *przedmiot zamówienia w zadaniu nr 2 obejmował 198 pozycji, z czego omyłka dotyczy zaledwie dwóch pozycji (120 i 121), co stanowi 1% całego zamówienia. Zamawiający uznał, że dokonanie wyboru oferty jest zgodne z celem postępowania o zamówienie publiczne tj. zawarciem umowy z Wykonawcą, którego oferta była najkorzystniejsza, a zaistniała w przedmiotowej sprawie omyłka Zamawiającego miała charakter omyłki nieistotnej, która nie miała wpływu na wynik postępowania. Wykonawcy ze względu na brak istnienia na rynku wymaganej w SIWZ rozdzielnicy podtynkowej, jako fachowcy w swojej branży złożyli porównywalne oferty, a Zamawiający miał interes w zawarciu umowy na przedmiot zamówienia, który zaspakajał jego potrzeby.*

W treści zastrzeżeń Zamawiający nie zgodził się z tezą, iż doszło także do naruszenia art. 91 ust 2a ustawy Pzp2004 poprzez niewykazanie w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, co skutkowało nieuprawnionym zastosowaniem ceny jako jedyne kryterium wyboru oferty. Zamawiający podkreślił, iż w treści pkt 18 ust. 3 Protokołu Postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego nr ZP 37/VI/20 Zamawiający wskazał cyt.: *„Standardy jakościowe, o których mowa w art. 91 ust. 2a ustawy PZP zostały określone w opisie przedmiotu zamówienia - zał. nr 5 do SIWZ form. cenowy, gdzie podane zostały parametry jakościowe i techniczne każdego z produktów. Zamawiający nie ponosi kosztów magazynowania - magazyny własne, asortyment będzie wykorzystany na bieżąco, koszt transportu wliczony został w cenę oferty”*. Tym samym w ocenie Zamawiającego w sposób uzasadniony zastosował on jako jedyne kryterium oceny ofert - cenę produktu.

Zamawiający wniósł o uwzględnienie zgłoszonych zastrzeżeń poprzez przyjęcie, iż nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp2004.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych informuje, co następuje:

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, w ocenie Prezesa Urzędu, nie można się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby w przedmiotowym postępowaniu nie ziszcili się przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004.

Przypomnieć należy, w ślad za informacją o wyniku kontroli doraźnej, iż w przedmiotowym postępowaniu w zakresie zadania nr 2 w pozycjach 120 i 121 Zamawiający konstruując zapisy SIWZ, wprowadził błędne parametry techniczne produktów (nie dostępnych na rynku), co spowodowało, iż opis przedmiotu zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny. Co więcej, Zamawiający utrzymał te zapisy w mocy udzielając odpowiedzi na pytanie do treści SIWZ. Powyższe spowodowało złożenie przez Wykonawców ofert niezgodnych z treścią SIWZ, tj. ze względu na niespełnienie przez oferowane produkty błędnie opisanych przez Zamawiającego parametrów. Tym samym nie był możliwy wybór oferty najkorzystniejszej. Niepoprawny opis przedmiotu zamówienia spowodował, że Wykonawcy złożyli jedynie oferty z produktami o zbliżonych parametrach, a tym samym oferty nieodpowiadające opisowi przedmiotu zamówienia.

Zauważyć należy, iż w treści zastrzeżeń Zamawiający potwierdził, iż wymagana w SIWZ rozdzielnica o współczynniku szczelności IP 65 nie jest obecnie produkowana, a także nie jest

dostępna w obrocie, ponadto nie ma możliwości wyprodukowania jej na zamówienie. Dostępne na rynku były rozdzielnice podtynkowe posiadające współczynnik szczelności IP 40.

W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego brak jest podstaw do uznania, iż wszyscy Wykonawcy zostali potraktowani w taki sam sposób. Zauważyć należy, iż Zamawiający przyjął oferty, w których zaoferowano rozdzielnice podtynkowe o współczynniku szczelności IP 40, a nie przyjął oferty, w której zaoferowano rozdzielnice natynkowe o współczynniku szczelności IP 65 (przy czym nieistotne jest, że oferta Wykonawcy odrzuconego nie byłaby ofertą najkorzystniejszą). Zauważenia wymaga, iż według zapisów SIWZ oraz udzielonej odpowiedzi na pytanie do jej treści, żadne z ww. zaoferowanych rozdzielnic nie spełniały wymagań określonych przez Zamawiającego.

Bez znaczenia dla oceny prawnej działań Zamawiającego pozostaje wyartykułowanie w treści zastrzeżeń, iż najistotniejszym dla Zamawiającego przy dokonywaniu wyboru oferty było pozyskanie rozdzielnicy podtynkowej i ten parametr urządzenia był dla niego decydujący. W kontekście powyższego, podnieść należy, iż znaczenie w postępowaniu ma rzeczywista treść wymagań/zapisów SIWZ (uzupełniona o ewentualne odpowiedzi na pytania i modyfikacje) i to nimi powinien kierować się Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej. W SIWZ Zamawiający określił konkretne parametry asortymentu i dodatkowo doprecyzował wymagania w zakresie pozycji 120 i 121 odpowiadając na pytanie - czy dopuszcza rozdzielnicę IP40 w kolorze białym – *Zamawiający nie dopuszcza rozdzielnic IP 40*. Powyższe wykluczało zaoferowanie zarówno rozdzielnicy podtynkowej jak i natynkowej IP 40 oraz rozdzielnicy natynkowej IP 65.

W tym stanie rzeczy, trudno przyjąć za prawidłowe uznanie przez Zamawiającego, iż zaoferowane rozdzielnice podtynkowe IP 40 spełniały wymagania określone w SIWZ.

Zgodzić należy się z Zamawiającym, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu są fachowcami w swojej dziedzinie, natomiast nie sposób zgodzić się, iż udzielenie błędnej odpowiedzi na pytanie do treści SIWZ pozostaje bez wpływu na złożenie prawidłowej i zgodnej z zapisami SIWZ oferty. Na Zamawiającym ciąży obowiązek dokonania zarówno prawidłowego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia, jak i udzielenia prawidłowych odpowiedzi na pytania. Natomiast w sytuacji zaistnienia błędu/omyłki, np. udzielenia błędnej odpowiedzi na pytanie do treści SIWZ, Zamawiający ma obowiązek równego traktowania wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu i podjęcia czynności zmierzających do unieważnienia postępowania, jeżeli zaistnieją ku temu przesłanki.

Przechodząc do kwestii tożsamości przeprowadzonych uprzednio przez Zamawiającego postępowań, nawet uznając za prawidłowe twierdzenie Zamawiającego odnośnie liczby złożonych w nich ofert, nie sposób przyjąć, iż konsekwencją powyższego było stwierdzenie przez kontrolującego w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp2004. Należy podkreślić, iż naruszenie ww. przepisów stanowiło wynikową określenia w SIWZ parametrów technicznych produktów, które nie były dostępne na rynku, a tym samym niemożliwe do zaoferowania przez Wykonawców w ramach realizacji zamówienia oraz utrzymania zapisów w mocy poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie do treści SIWZ. Tym samym nie był możliwy wybór oferty najkorzystniejszej. Powyższe mogło również wpłynąć na rezygnację potencjalnych Wykonawców, posiadających wiedzę o braku na rynku opisanego w SIWZ asortymentu, ze złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 10 listopada 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 22/21) wyraziła opinię, że zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie wykazanego w pkt 1 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004 nie zasługują na uwzględnienie. Mając na uwadze, że zgodnie z art. 167 ust. 4 ustawy Pzp2004 opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu, na podstawie z art. 167 ust. 5 ustawy Pzp2004 uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot Dostawę materiałów elektrycznych – zadanie nr 2 (nr sprawy: ZP 37/VI/20), w zakresie wykazanym w pkt 1 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 10 listopada 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 22/21) wyraziła opinię, że zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej w zakresie wykazanego w pkt 2 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp2004 zasługują na uwzględnienie.

Mając na uwadze, że zgodnie z art. 167 ust. 4 ustawy Pzp2004 opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu, na podstawie z art. 167 ust. 5 ustawy Pzp2004 uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu ostatecznie uwzględnia zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w zakresie wykazanego w pkt 2 *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp2004.

W załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 22/21).

Załączniki:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2021 r. (sygn. akt KIO/KD 22/21).