

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 10 listopada 2021 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 8 października 2021 r. zgłoszonych 11 października 2021 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

31. Baza Lotnictwa Taktycznego z siedzibą w Poznaniu

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej o sygn. KND/103/21/DKZP z 17 września 2021 r., przekazanej pismem z tego dnia {znak DKZP.WKZ1.442.100.2021.MJ}, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa materiałów elektrycznych* (nr postępowania ZP 37/VI/20)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Piotr Kozłowski
Członkowie:	Beata Konik
	Emil Kuriata

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: 1) nie zasługują na uwzględnienie w odniesieniu do pierwszego ze stwierdzonych naruszeń, 2) zasługują na uwzględnienie w odniesieniu do drugiego ze stwierdzonych naruszeń.

Uzasadnienie

31. Baza Lotnictwa Taktycznego z siedzibą w Poznaniu {dalej: „Zamawiający”} przeprowadziła na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa Pzp”, „ustawa pzp”, „Pzp, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa i montaż stacji ładowania pojazdów elektrycznych* (nr postępowania ZP 37/VI/20).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 2 lipca 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_126 pod poz. 307866.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych {dalej również: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”}, po przeprowadzeniu kontroli doraźnej wyżej wymienionego postępowania, stwierdził w informacji o jej wyniku następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1. Art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 2, co spowodowało złożenie przez wykonawców ofert niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”}, jak również mogło uniemożliwić złożenie oferty innym wykonawcom zainteresowanym udzieleniem tego zamówienia, co mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania.**
- 2. Art. 91 ust. 2a – przez niewykazanie w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, a tym samym nieuprawione zastosowanie ceny jako jedynego kryterium oceny ofert.**

{ad naruszenia z pkt 1.}

W toku kontroli ustalono w szczególności, co następuje:

Zgodnie z brzmieniem SIWZ przedmiotem zamówienia była *dostawa materiałów elektrycznych zgodnych z normami zawartymi w załączniku nr 5 do SIWZ – formularz cenowy, do magazynów znajdujących się na terenie 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego*, w przypadku zadania nr 2 do magazynu w Lesznie.

Opis przedmiotu zamówienia (wymagane minimalne parametry) zawarty został w załączniku nr 5 do SIWZ – formularzu cenowym.

W formularzu cenowym dla zadania nr 2 Zamawiający opisał m.in. następujący asortyment: poz. 120. – *Rozdzielnia elektryczna z klapką 3x12 p/t IP-65, ABS, RAL 7035*, poz. 121. – *Rozdzielnia elektryczna z klapką 4x12 p/t IP-65, ABS, RAL 7035*

W wyjaśnieniach treści SIWZ z 3 maja 2020 r. na pytanie: *W pozycji 120, 121 Czy Zamawiający dopuszcza rozdzielnicę IP40 w kolorze białym?*, Zamawiający odpowiedział: *Zamawiający nie dopuszcza rozdzielnicy IP40.*

W zadaniu nr 2 oferty złożyło 4 Wykonawców: 1) Przedsiębiorstwo EL12 sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, 2) K. Electric S.A. z siedzibą w Wolsztynie, 3) Magelektro sp. z o.o. sp. j. z siedzibą w Poznaniu, 4) PPHU ELDOR Ł. B. z Łomży.

Wykonawca K. Electric S.A. w formularzu cenowym dla zadania nr 2 zaoferował: w poz. 120. – rozdzielnicę Elektroplast Nasielsk 1958-01 (P/T), w pozycji 121. – rozdzielnicę Elektroplast Nasielsk 1609-01 (P/T).

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Zamawiający odrzucił ofertę ww. wykonawcy, uzasadniając to tym, że wymagał rozdzielnic podtynkowych, podczas gdy powyżej wskazane rozdzielnice wykonane są w wersji natynkowej. Zamawiający nie podzielił poglądu wykonawcy, że zaproponowane rozdzielnice natynkowe mogą być zamontowane także jako podtynkowe. Według Zamawiającego podział rozdzielnic na natynkowe i podtynkowe oparty jest na odmiennym sposobie ich montażu. Zaproponowana przez rozdzielnicę natynkową, w sytuacji zamontowania jej jako podtynkowej, nie licowałaby z powierzchnią ściany i byłaby elementem wystającym. Mając na uwadze rodzaj pomieszczenia, w którym rozdzielnica ma zostać zamontowana, takie rozwiązanie było nie do przyjęcia dla Zamawiającego.

Magelektro sp. z o.o. sp. j. w formularzu cenowym dla zadania nr 2 zaoferował: w poz. 120. – rozdzielnicę LEGRAND 135373, w poz. 121. – LEGRAND 135374, które zamiast wymaganego IP65 mają IP40.

W wyniku badania i oceny ofert dla zadania nr 2 Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez powyższego wykonawcę jako najkorzystniejszej, a następnie 14 października 2020 r. zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Zamawiający odrzucił również pozostałe dwie oferty, w tym ofertę Przedsiębiorstwa EL12 sp. z o.o. ze względu na zaniechanie złożenia formularza ofertowego, a ofertę ELDOR Ł. B. z uwagi na jej niezgodność w kilkunastu pozycjach formularza cenowego.

Przy czym ww. wykonawcy w poz. 120. i 121. formularzy cenowych zaoferowali rozdzielnice cechujące się IP40 zamiast IP65, co tak jak w przypadku wybranej oferty

Zamawiający uznał za spełniające jego wymagania.

W zadaniu nr 2 w poz. 120. i 121. Zamawiający wprowadził błędne parametry techniczne produktów niedostępnych na rynku, a następnie podtrzymał je. Spowodowało to zaoferowanie przez wykonawców produktów jedynie o zbliżonych parametrach, a tym samym złożenie ofert nieodpowiadających opisowi przedmiotu zamówienia. W konsekwencji nie był możliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający na etapie postępowania odwoławczego uzyskał wiedzę o wadach dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, które miały charakter nieusuwalny.

W prowadzonych uprzednio postępowaniach, przy tożsamym przedmiocie zamówienia, oferty składało 3-6 wykonawców

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej {dalej również: „Izba”} i sądów okręgowych ugruntowany jest pogląd, że odpowiedzi na pytania udzielane przez zamawiającego stanowią integralną część SIWZ, a co za tym idzie, zarówno Zamawiający, jak i wykonawcy, są nimi związani .

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W myśl art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, oraz w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji.

Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najważniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mającym zasadnicze znaczenie dla osiągnięcia celu tego postępowania – zawarcia ważnej umowy w sprawie jego wykonania. *Aby było to możliwe Zamawiający musi nie tylko opisać przedmiot zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i wyczerpujący, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości jaki produkt mogą zaoferować (przepis art. 29 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych), ale jednocześnie ten sposób opisu nie może utrudniać uczciwej konkurencji (zob. wyrok Izby z 25 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1733/10). Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Postępowanie o udzielenie zamówienia musi być*

prowadzone tak, aby nie prowadziło do wyłączenia bez uzasadnionej przyczyny chociażby jednego wykonawcy z możliwości złożenia oferty, stwarzając korzystniejszą sytuację pozostałym wykonawcom (zob. wyrok Izby z 24 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 676/20). W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji (zob. uchwała Izby z 17 marca 2020 r. sygn. akt KIO/KD 14/20).

Opis przedmiotu zamówienia warunkuje złożenie przez zainteresowanych wykonawców prawidłowej, niepodlegającej odrzuceniu oferty. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, *tak aby wykonawca miał jasność co do tego, jaki produkt jest wymagany przez zamawiającego i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniana jego oferta. Brak precyzji przy formułowaniu treści SIWZ nie może być usprawiedliwiony możliwością wyjaśnienia treści złożonych ofert na etapie ich analizy i oceny, jest to bowiem bezwzględny obowiązek obciążający zamawiającego i nie może być przerzucany na wykonawców. To właśnie na etapie konstruowania treści SIWZ zamawiający winien dołożyć należytej staranności i wyeliminować w stopniu możliwie najwyższym wszelkie niejasności i nieprecyzyjne zapisy, tak, aby podczas badania i oceny ofert wyeliminować element subiektywnej, nie znajdującej odzwierciedlenia w dokumentach postępowania oceny, która realnie prowadziłyby do stawiania wykonawcom na etapie oceny ofert dodatkowych, nieznanych wcześniej wymagań (zob. wyrok Izby z 29 września 2017 r. sygn. akt KIO 1902/17). Ponadto zdaniem Izby niepełny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza art. 29 ust. 1 prawa zamówień publicznych, a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w ust. 2 tego przepisu. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia (zob. wyrok Izby z 8 października 2018 r. sygn. akt KIO 1878/18).*

Określenie w SIWZ przez Zamawiającego parametrów technicznych produktu, który nie jest dostępny na rynku, a tym samym niemożliwy do zaoferowania przez wykonawców w ramach realizacji zamówienia, powoduje niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia i może prowadzić do naruszenia zasad postępowania określonych w art. 7 ust. 1 oraz w art. 29 ust. 2 ustawy pzp, w szczególności zasady uczciwej konkurencji, polegające na braku możliwości złożenia oferty przez potencjalnych wykonawców.

Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z powyższego przepisu wynika, po pierwsze, że zaistniała w postępowaniu wada musi mieć charakter nieusuwalny, co oznacza, że nie może istnieć możliwość jej sanowania przez zamawiającego. Po drugie, konieczne jest stwierdzenie, że zaistniała wada wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że będzie rzutować na ważność tej umowy, a tym samym jej prawną bezskuteczność. Konieczne jest zatem wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Na gruncie ustawy pzp katalog przesłanek skutkujących nieważnością umowy wyszczególniony został w art. 146 ust. 1 ustawy pzp. Za dodatkową przesłankę nieważności umowy, na którą zamawiający ma prawo powołać się przy unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp uznaje się również art. 146 ust. 6 ustawy pzp, który łączy możliwość unieważnienia umowy z sytuacją dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 pzp przewiduje dla zamawiającego prawo, ale także obowiązek unieważnienia postępowania, jeśli ten stwierdzi, że nie jest możliwe dokonanie prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej danego wykonawcy i podpisanie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ postępowanie obarczone jest określonego rodzaju wadą niweczącą to postępowanie, a więc taką, której nie można już naprawić, która to wada jednocześnie nie daje możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazany przepis przez jego dyspozycję odwołuje się wprost do przesłanek warunkujących unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...) Podstawy do unieważnienia ewentualnej przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w ust. 1 art. 146 pzp, jak i w ust. 6 tego przepisu, stanowią podstawę oceny pod kątem wypełniania przesłanki ustawowej wskazującej na konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o tzw. „wadę postępowania” (art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp) (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 marca 2014 r. sygn. akt: KIO 264/14, KIO 344/14) .

W kontrolowanym postępowaniu doszło do naruszenia art. 29 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp, polegającego na wadliwym skonstruowaniu opis przedmiotu zamówienia. Powstała wada postępowania ma charakter nieusuwalny, gdyż na obecnym etapie postępowania nie

można usunąć skutków, jakie nastąpiły w wyniku dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe naruszenie przepisów ustawy pzp spowodowało złożenie ofert niezgodnych z treścią SIWZ, jak również mogło mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, gdyż mogło uniemożliwić złożenie oferty wszystkim wykonawcom zainteresowanym udzieleniem przedmiotowego zamówienia w zakresie zadania 2 (błędna odpowiedź na pytanie do treści SIWZ mogła uniemożliwić złożenie oferty co najmniej 1-2 wykonawcom). A zatem ziszcila się przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, odwołująca się do przesłanki unieważnienia umowy wskazanej w art. 146 ust. 6 ustawy pzp.

{ad naruszenia z pkt 2.}

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Zgodnie z brzmieniem SIWZ przedmiotem zamówienia była *dostawa materiałów elektrycznych zgodnych z normami zawartymi w załączniku nr 5 do SIWZ – formularz cenowy, do magazynów znajdujących się na terenie 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego*, w przypadku zadania nr 2 do magazynu w Lesznie.

W rozdziale XIII SIWZ Zamawiający zamieścił opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Wybór oferty został dokonany w oparciu o przyjęte w niniejszym postępowaniu kryterium oceny ofert – cena z wagą 100%.

W rozdziale III SIWZ pn. Opis przedmiotu zamówienia, w pkt 6. Zamawiając zawarł następujące postanowienie: *Standardy jakościowe, o których mowa w art. 91 ust. 2a ustawy PZP zostały określone w opisie przedmiotu zamówienia – zał. nr 5 do SIWZ form. cenowe dla poszczególnych zadań, gdzie podane zostały parametry techniczne i jakościowe każdego z produktów.*

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający nie wykazał w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia – w wykazie załączników zawartym w pkt 27. protokołu postępowania (druk ZP-PN), jak i w przekazanej do Urzędu dokumentacji postępowania brak jest stosownego dokumentu.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. W myśl ust. 2 kryteriami oceny ofert

są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia wskazane w tym przepisie. Jednakże art. 91 ust. 2a ustawy pzp stanowi, że zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3.

Wobec tego zastosowanie kryterium cena 100% (bądź o wadze większej niż 60%) przez zamawiającego, który jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych lub inną państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej jest możliwe, gdy zostaną spełnione łącznie warunki: 1) w opisie przedmiotu zamówienia określono standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, 2) w załączniku do protokołu wykazano, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

Określenie w postępowaniu kryteriów pozacenowych mogłoby umożliwić wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia przeprowadzenie innej kalkulacji ofert, co mogłoby mieć przełożenie na klasyfikację ofert złożonych w postępowaniu, zwłaszcza w sytuacji, gdy różnice w zaoferowanych cenach nie były znaczne. Określenie kryteriów pozacenowych mogło także wpłynąć na zwiększenie konkurencji między wykonawcami również w zakresie kryteriów pozacenowych.

II.

Zamawiający nie zgodził się z takim wynikiem kontroli, wnosząc zastrzeżenia, w których podniósł następujące okoliczności:

{ad naruszenia z pkt 1.}

Wymagana w SIWZ rozdzielnica o współczynniku szczelności IP65 nie jest obecnie produkowana, a także nie jest dostępna w obrocie, ponadto nie ma możliwości wyprodukowania jej na zamówienie. Dostępne na rynku były rozdzielnice podtyrkowe posiadające współczynnik szczelności IP40.

Każdy z wykonawców, który był potencjalnie zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu przetargowym, miał możliwość złożenia zapytanie dotyczącego wątpliwości związanych z opisem przedmiotu zamówienia. Nawet w sytuacji udzielenia przez Zamawiającego błędnej odpowiedzi, wykonawca miał możliwość złożenia prawidłowej oferty,

gdyż wykonawczy uczestniczący w postępowaniu są fachowcami w swoich dziedzinach i posiadają wiedzę dotyczącą przedmiotu zamówienia.

Jedyne pytanie dotyczące tego produktu odnosiło się do parametrów szczelności (IP) i koloru rozdzielnic, a ponieważ potrzebą Zamawiającego w zadaniu 2. było pozyskanie rozdzielnic podtynkowej, ten parametr urządzenia był najistotniejszy przy dokonywaniu wyboru.

Dokonując oceny złożonych ofert Zamawiający potraktował wszystkich wykonawców w taki sam sposób, dopuszczając wszystkie oferty rozdzielnic podtynkowych o współczynniku szczelności IP40. Żadna z ofert, które zawierały wymaganą rozdzielnicę podtynkową nie została odrzucona. Natomiast odrzucona oferta dotyczyła innego rodzaju rozdzielnic tj. rozdzielnic natynkowych.

Ponadto odrzucenie oferty wykonawcy K. Electric S.A. nie miało wpływu na wynik postępowania przetargowego, gdyż przedstawiona przez niego oferta nie była najkorzystniejszą.

Przedmiot zamówienia w zadaniu nr 2 obejmował 198 pozycji, z czego omyłka dotyczyła zaledwie dwóch pozycji (120. i 121.), co stanowi 1% całego zamówienia. Zamawiający uznał, że zaistniała omyłka jest nieistotna i bez wpływu na wynik postępowania, a dokonanie wyboru oferty jest zgodne z celem postępowania o zamówienie publiczne tj. zawarciem umowy z wykonawcą, którego oferta była najkorzystniejsza. Wykonawcy jako fachowcy w swojej branży ze względu na brak na rynku wymaganej w SIWZ rozdzielnic podtynkowej, złożyli porównywalne oferty, a Zamawiający miał interes w zawarciu umowy na przedmiot zamówienia, który zaspakajał jego potrzeby.

Informacja o wynikach kontroli doraźnej zawiera błędne założenie co do tożsamości kontrolowanego postępowania i postępowań uprzednio przeprowadzonych przez Zamawiającego. Tymczasem w poprzednim postępowaniu, którego przedmiot zamówienia w zadaniu nr 2 był tożsamy, złożono na to zadanie 3 oferty, natomiast w jeszcze wcześniejszych postępowaniach na dostawy materiałów elektrycznych przedmiot zamówienia nie był porównywalny.

Zastosowanie analogii w analizowanym stanie faktycznym jest nieuzasadnione i doprowadziło do błędnego przyjęcia, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 93 ust 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust 1 i 2 ustawy pzp.

{ad naruszenia z pkt 2.}

W treści pkt 18.3. protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego nr ZP 37/1/1/20 Zamawiający wskazał: *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 ofert.*

Tym samym w sposób uzasadniony Zamawiający zastosował jako jedyne kryterium oceny ofert cenę produktu.

III.

Prezes UZP w piśmie z 25 października 2021 r. {znak DKZP.WKZ1.442.100.2021.MJ} nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, wskazując dodatkowo, co następuje:

{ad naruszenia z pkt 1.}

Brak jest podstaw do uznania, że wszyscy wykonawcy zostali potraktowani w taki sam sposób w sytuacji, gdy Zamawiający przyjął oferty obejmujące rozdzielnice podtyrkowe o współczynniku szczelności IP40, a nie przyjął oferty dotyczącej rozdzielnic natynkowych o współczynniku szczelności IP65 (przy czym nieistotne jest, że oferta wykonawcy odrzuconego nie byłaby ofertą najkorzystniejszą). Według treści SIWZ oraz udzielonej odpowiedzi na dotyczącej jej pytanie żadna z tych zaoferowanych rozdzielnic nie spełniała wymagań określonych przez Zamawiającego.

Bez znaczenia dla oceny prawnej działań Zamawiającego pozostaje wyartykułowanie w treści zastrzeżeń, że ponieważ najistotniejsze dla Zamawiającego było pozyskanie rozdzielnicy podtyrkowej, ten parametr urządzenia był dla niego decydujący. Znaczenie w postępowaniu ma rzeczywista treść wymagań 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 poz. 120. i 121. odpowiadając na pytanie, czy dopuszcza rozdzielnicę IP40 w kolorze białym, że nie dopuszcza rozdzielnicy IP40. Powyższe wykluczało zaoferowanie zarówno rozdzielnicy podtyrkowej czy natynkowej IP40, jak i rozdzielnicy natynkowej IP65.

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

Zgodzić należy się z Zamawiającym, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu są fachowcami w swojej dziedzinie, natomiast nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że 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 czy 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.

Nawet uznając za prawidłowe twierdzenie Zamawiającego odnośnie liczby złożonych w nich ofert, stwierdzone naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp 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 o udzielenie zamówienia.

{ad naruszenia z pkt 2.}

Jak wynika z treści pkt 18. druku protokołu postępowania ZP-PN, zamawiający ma obowiązek zamieszczenia w tym miejscu informacji dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z uzasadnieniem. Natomiast zgodnie z przywołanym już uprzednio przepisem zamawiający ma obowiązek sporządzić załącznik do protokołu zawierający informacje dotyczące kosztów cyklu życia.

Zgodnie z definicją określoną w art. 2 ust. 1a ustawy pzp cykl życia należy rozumieć jako wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcję, transport, używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, logistykę, szkolenie, zużycie, wyburzenie, wycofanie i usuwanie.

W pierwszej kolejności Zamawiający powinien ustalać koszty cyklu życia, mając na uwadze przede wszystkim powyższą definicję „cyklu życia”, która obejmuje swym zakresem wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe,

testowanie, produkcję, transport, używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, zużycie i inne. Dodatkowo w art. 91 ust. 3c ustawy pzp ustawodawca wskazuje, że rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z nabyciem (np. koszty transportu), użytkowaniem (np. koszty związane z konserwacją, obsługą przedmiotu zamówienia, zużyciem energii), utrzymaniem (np. koszty napraw, wydatki na materiały eksploatacyjne niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania urządzenia) czy też wycofaniem z eksploatacji (np. koszty zbierania, recyklingu, demontażu). Analiza kosztów cyklu życia obrazować ma wszelkie możliwe fazy istnienia produktu oraz przedstawić ma koszty, jakie poniesione zostaną w celu utrzymania przedmiotu zamówienia.

Jakkolwiek by uznać, że dokonany przez Zamawiającego w pkt 18.3. protokołu postępowania zapis za wypełnienie obowiązku, o którym mowa w art. 91 ust. 2a ustawy pzp, biorąc pod uwagę parametry techniczne materiałów określonych w opisie przedmiotu zamówienia, które są nośnikami poszczególnych rodzajów ich kosztów cyklu życia, w ocenie Prezesa Urzędu nie wyczerpuje on w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wymogów zawartych w treści przywołanego przepisu. Zamawiający nie odniósł się do wszystkich elementów cyklu życia, jak choćby koszty wycofania z eksploatacji, które w zależności od zaferowanych produktów wcale nie muszą być pomijalnie małe.

Nadto zauważyć należy, że w kontekście prounijnej wykładni przepis art. 91 ust. 2a ustawy pzp należałoby interpretować w ten sposób, że jeżeli koszty cyklu życia nie występują lub są trudno mierzalne, wówczas zostają pominięte, a jedyną przesłanką do zastosowania kryterium ceny, jako jedyne kryterium lub kryterium z wagą powyżej 60% będzie opisanie przez zamawiającego standardów jakościowych wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Zatem, jeżeli kosztów cyklu życia nie da się oszacować lub one nie występują, nie zachodzi konieczność ich uwzględniania. Jednocześnie, co istotne, w załączniku do protokołu postępowania wyraźnie należy zapisać, iż takie koszty nie występują (zob. orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych z 13 września 2018 r. sygn. akt BDF1.4800.74.2018).

IV.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy pzp zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej, ustaliła i zważyła, co następuje:

{ad naruszenia z pkt 1.}

Zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia nie podważają prawidłowości wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu.

Na podstawie przekazanych akt kontroli Izba stwierdziła, że ustalenia przywołane powyżej za informacją o wyniku kontroli zasadniczo odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy wynikającemu z tej dokumentacji. Błędne wskazanie daty wyjaśnień treści SIWZ nie ma znaczenia w sytuacji, gdy ich treść została na tyle precyzyjnie przywołana, że Zamawiający mógł i odniósł się do tej okoliczności w zastrzeżeniach.

Z kolei wskazanie liczby potencjalnych wykonawców, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu, było zbędne w kontekście naruszenia wywiedzionego w oparciu o pozostałe ustalenia, stąd dla wyniku kontroli nie miało znaczenia błędne założenie co do analogicznego zakresu rzeczowego poprzednio przeprowadzonych postępowań.

W ramach wyjaśnień treści SIWZ z 3 lipca 2020 r. (a nie 3 maja 2020 r.) na pytanie dot. poz. 120. i 121. zadania nr 2 – stanowiące w istocie wnioski o zmianę opisu zamawianych rozdzielnic w następującym zakresie: 1) obniżenia stopnia ochrony z IP65 na IP40, 2) dopuszczenia koloru białego oprócz wskazanego koloru jasnoszarego (RAL 7035) – Zamawiający odpowiedział w taki sposób, że kategorycznie nie zgodził się na obniżenie wymaganego stopnia ochrony zapewnianego przez obudowę rozdzielnic (natomiast pośrednio dopuścił biały kolor obudowy).

Stopień ochrony opisany kodem IP (ang. International Protection Rating, czasami Ingress Protection Rating) to parametr charakteryzujący obudowę urządzenia elektrycznego, informujący o poziomie zabezpieczenia użytkownika przed dostępem do niebezpiecznych części oraz samego urządzenia przed penetracją czynników zewnętrznych. Składa się z liter IP i co najmniej dwóch cyfr: pierwsza dotyczy stopnia ochrony przed dostępem do części niebezpiecznych (ochrony od dotyku bezpośredniego) oraz ochrony przed obcymi ciałami stałymi, a druga określa odporność na penetrację wody. Przy czym skala ochrony w odniesieniu do ciał stałych jest 7-stopniowa, a w odniesieniu do wody 10-stopniowa, począwszy od „0”, które w obu przypadkach oznacza brak ochrony.

O ile kod IP65 oznacza ochronę przed dostępem do części niebezpiecznych drutem i ochronę pyłoszczelną (pierwsza cyfra „6”) oraz ochronę przed strugą wody (12,5 l/min) laną na obudowę z dowolnej strony (druga cyfra „5”), o tyle kod IP40 wskazuje na ochronę przed dostępem do części niebezpiecznych drutem i przed ciałami stałymi o średnicy ≥ 1 mm (pierwsza cyfra „4”) oraz brak jakiegokolwiek ochrony przed wnikaniem wody (druga cyfra „0”).

Z lapidarnego opisu zawartego w poz. 120. i 121. zadania nr 2 nie wynika, że jedne parametry są istotniejsze od innych, w szczególności, że montaż podtylnkowy rozdzielnic jest dla Zamawiającego istotniejszy niż stopień ochrony zapewniany przez jej obudowę. Stąd

wykonawcy – z których żaden nie zdecydował się na zwrócenie Zamawiającemu uwagi na fakt, że na rynku aktualnie nie występują rozdzielnice spełniające wszystkie parametry opisu przedmiotu zamówienia – postąpili dwojako: trzech zaoferowało rozdzielnice podtynkowe z obudową o stopniu ochrony IP40, jeden zaoferował rozdzielnicę natynkową z obudową o stopniu ochrony IP65. W obu przypadkach treść oferty nie odpowiada treści opisu przedmiotu zamówienia zawartemu w SIWZ.

Skoro niesporne jest, że nie było możliwe zaoferowanie rozdzielnic spełniających wszystkie wymagane parametry, opis poz. 120. i 121. przedmiotu zamówienia zadania nr 2 jest wadliwy. A ponieważ opisu przedmiotu zamówienia nie można zmienić po otwarciu ofert, postępowanie w zakresie tego zadania obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą. Nie ma przy tym znaczenia, że wadliwy opis wystąpił w odniesieniu dwóch spośród stu dziewięćdziesięciu ośmiu pozycji objętych zadaniem nr 2, gdyż przekreśliło to możliwość złożenia oferty, której treść będzie w pełni odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z uwagi na powyższe Izba podziela ocenę prawną dokonaną przez Prezesa Urzędu, że Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp, gdyż pomimo zaistnienia nieusuwalnej wady opisu przedmiotu zamówienia, która uniemożliwiała złożenie oferty zgodnej z treścią SIWZ, zaniechał unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 2, a zamiast tego zawarł umowę.

{ad naruszenia z pkt 2)}

Zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia podważają prawidłowość wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu, który sprowadza się do stwierdzenia naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy pzp przez nieuprawnione zastosowanie na potrzeby wyłonienia najkorzystniejszej oferty wyłącznie kryterium cenowego w sytuacji, gdy Zamawiający nie dochował wymogu wykazania, w jaki sposób uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

Z art. 91 ust. 2a ustawy pzp wynika, że zamawiający (będący jednostkami sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych lub innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej) mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne lub o wadze przekraczającej 60%, jeżeli łącznie spełnią dwie przesłanki: 1) określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, 2) wykażą w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu

zamówienia koszty cyklu życia.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych. Ponadto nie było przedmiotem stwierdzonego naruszenia wypełnienie przez Zamawiającego pierwszej z powyżej wskazanych przesłanek.

Z kolei ustalenia zawarte w informacji o wyniku kontroli odnośnie sposobu wypełnienia przez Zamawiającego drugiej z powyżej wskazanych przesłanek są niepełne, gdyż nie obejmują treści zamieszczonej przez Zamawiającego w pkt 18.3. protokołu postępowania adnotacji. Tymczasem nie sprowadza się ona do powtórzenia brzmienia pkt 6. z rozdziału III SIWZ, czyli wskazania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe, o których mowa w art. 91 ust. 2a ustawy pzp. Zamawiający dodatkowo wskazał bowiem, że nie ponosi kosztów magazynowania (magazyny własne), koszt transportu został wliczony w cenę oferty, a asortyment będzie wykorzystany na bieżąco. Informację można i należało poczytać za przyjęty przez Zamawiającego sposób wykazania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, do czego Kontrolujący odniósł się dopiero w odpowiedzi na zastrzeżenia.

W przekonaniu Izby stwierdzenie naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy pzp nie może się opierać wyłącznie na fakcie przedstawienia tej informacji w samym protokole, a nie w odrębnym załączniku, gdyż byłby to przejaw skrajnego formalizmu. Natomiast podstawą stwierdzenia takiego naruszenia powinno być zakwestionowanie treści adnotacji zawartej w protokole, czyli wskazanie, z jakiego powodu merytorycznie nie stanowi ona wykazania uwzględnienia w ramach opisu przedmiotu zamówienia kosztów cyklu życia. Natomiast wywody poczynione w tym zakresie w ostatnim piśmie Prezesa Urzędu nie mogą być wzięte pod uwagę z powodów formalnych, gdyż jest to *de facto* uzupełnienie w istotnym zakresie wyniku kontroli, co pozbawiło Zamawiającego możliwości wniesienia zastrzeżeń.

Na marginesie warto zauważyć, że w art. 246 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), który jest odpowiednikiem regulacji aktualnej dla tej sprawy, ustawodawca w ogóle zrezygnował z drugiej przesłanki.

Z kolei wypada sprostować, że w ramach uzasadnienia orzeczenia z 13 września 2018 r. sygn. akt BDF1.4800.74.2018 Główna Komisja Orzekająca {dalej: „GKO”} stwierdziła że *skoro zamawiający sam ustalił standardy jakościowe zamawianej usługi odbioru i zagospodarowania odpadów (...), a nadto opisał te standardy w opisie przedmiotu zamówienia a jednocześnie w załączniku do protokołu zawarł informacje na temat kosztów cyklu życia (a faktycznie ich braku), to tym samym był uprawniony do zastosowania art. 91 ust 2a Pzp.*

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....