

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 21 lutego 2020 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 24 stycznia 2020 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej o sygn. KND/34/19/DKZP, przekazanej pismem z 15 stycznia 2020 r. {znak UZP/DKZP/WKZ3/421/37(12)/19/KMA}, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa prasy krajowej i zagranicznej na rok 2019 i 2020 dla Jednostek Administracji Państwowej w podziale na części* (nr postępowania 2010/10)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Piotr Kozłowski
Członkowie:	Daniel Konicz
	Emil Kuriata

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający Centrum Obsługi Administracji Rządowej z siedzibą w Warszawie, działając jako centralny zamawiający w imieniu i na rzecz 28 jednostek administracji państwowej [1) Podkarpackiego Urzędu Wojewódzkiego, 2) Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, 3) Urzędu Patentowego Rzeczypospolitej Polskiej, 4) Prokuratury Okręgowej w Siedlcach, 5) Urzędu do Spraw Kombatantów i Osób Represjonowanych, 6) Wyższego Urzędu Górniczego, 7) Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Rzeszowie, 8) Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego w Białymstoku, 9) Ministerstwa Infrastruktury, 10) Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Centrala, 11) Ministerstwa Finansów, 12) Urzędu Transportu Kolejowego, 13) Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, 14) Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska, 15) Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi, 16) Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, 17) Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział w Łodzi, 18) Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego, 19) Ministerstwa Sprawiedliwości, 20) Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział Wrocław, 21) Głównego Urzędu Statystycznego, 22) Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – Oddział Szczecin, 23) Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej, 24) Głównego Urzędu Miar, 25) Ministerstwa Sportu i Turystyki, 26) Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, 27) Ministerstwa Środowiska, Ministerstwa Inwestycji i Rozwoju, 28) Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii], przeprowadził na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579. ze zm.) {dalej również: „ustawa Pzp”, „ustawa pzp”, „PZP”, „Pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa prasy krajowej i zagranicznej na rok 2019 i 2020 dla Jednostek Administracji Państwowej w podziale na części* (nr postępowania 2010/10).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 13 lutego 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S_030 pod poz. 064865.

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

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych po przeprowadzeniu kontroli doraźnej wyżej wymienionego postępowania stwierdził w informacji o jej wyniku następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1) art. 29 ust. 1 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny

- i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty; art. 29 ust. 2 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję; art. 93 ust. 1 pkt 7 – przez brak unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) art. 93 ust. 1 – przez brak unieważnienia postępowania w zakresie części III i IV zamówienia, mimo iż cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 3) a) art. 25 ust. 1 w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) {dalej: „rozporządzenie”} – przez brak żądania dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania;
- b) art. 25 ust. 1 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia – przez niezasadne poszerzenie zakresu żądanej informacji nieprzewidzianej w dokumencie określonym w § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia;
- 4) art. 46 ust. 1 – przez brak niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcom: G.L.M. sp. z o.o., Kolporter sp. z o.o. sp. k., RUCH S.A. po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (w zakresie części I zamówienia) oraz wykonawcy E-Kiosk S.A. po dokonaniu czynności unieważnienia postępowania (w zakresie części II zamówienia);
- 5) Art. 85 ust. 2 – przez brak wskazania w kierowanych do wykonawców E-Kiosk S.A. (dotyczy części III i IV zamówienia) oraz Garmond Press S.A. (dotyczy części I zamówienia) wnioskach dotyczących przedłużenia terminu związania ofertą, oznaczonego okresu, o którym mowa w art. 85 ust. 2 ustawy pzp.

{ad naruszeń z pkt 1)}

W toku kontroli ustalono w szczególności, co następuje:

Zamawiający w rozdziale IX specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej: „SIWZ” lub „siwz”] opisał w następujący sposób obliczenia ceny oferty:

Wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia formularza oferty w zakresie części, na którą składa ofertę. W celu prawidłowego wypełnienia formularza oferty, wykonawca zobowiązany jest do wypełnienia formularza asortymentowo-cenowego. Całkowity koszt realizacji

zamówienia obliczony w formularzu asortymentowo-cenowym, służy jedynie do porównania ofert. Umowa zostanie zawarta do wysokości środków przeznaczonych przez każdą jednostkę na realizację zamówienia. [pkt 9.1.]

Wartość każdego zamówienia w ramach poszczególnych umów jednostkowych wynikać będzie z rzeczywistej ilości zamawianej prasy przez jednostkę i cen jednostkowych z określonych pozycji formularza asortymentowo-cenowego, stanowiącego załącznik nr 7a-7d do siwz. [pkt 9.2.]

Przez cenę rozumie się cenę, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1830). [pkt 9.3.]

Podana w ofercie cena powinna obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia tj. wszystkie czynności niezbędne do realizacji zamówienia w tym: dostawę, koszty transportu, koszty pakowania i inne niezbędne czynności, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnej z warunkami wynikającymi z siwz, w szczególności OPZ i umowy. [pkt 9.4.]

Cenę oferty zamówienia stanowi całkowita wartość brutto zamówienia podana w poz. „Wartość brutto zł” w tabeli dla zamówienia podana w złotych polskich (PLN) [pkt 9.5.]

„Formularz asortymentowo-cenowy” musi być sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7a-7d do siwz. [pkt 9.6.]

Ceny jednostkowe określone przez wykonawcę nie mogą być wyższe niż ceny detaliczne i pozostaną stałe w okresie realizacji umowy i nie będą podlegały zmianom, z zastrzeżeniem przypadków wskazanych w umowie. [pkt 9.7.]

Wykonawca określi cenę z dokładnością do setnych części złotego. [pkt 9.8.]

W przypadku złożenia przez wykonawcę oferty, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. [pkt 9.9.]

Dla celów porównania ofert wykonawców zagranicznych z wykonawcami krajowymi, zamawiający doliczy do cen netto wykonawców zagranicznych kwotę należnego podatku od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć. [pkt 9.10.]

Zamawiający nie udziela zaliczek na podstawie art. 151a ustawy Pzp. [pkt 9.11.]

W rozdziale XII pkt 12.3. ppkt 3-5 SIWZ odnośnie zmian umowy wskazano, co następuje:

Dopuszcza się możliwość zmiany zawartych umów, w zakresie:

- (...) zmniejszenia maksymalnego wynagrodzenia brutto, w przypadku likwidacji jednostki podległej (do JAP) o wartość wynagrodzenia odpowiadającego tej jednostce.

- zmiany wartości maksymalnego wynagrodzenia brutto umowy, w przypadku zmiany wysokości stawki podatku VAT (poprzez wprowadzenie nowej stawki VAT na usługę objętą umową).

- zmiany cen jednostkowych brutto i opłat brutto w przypadku zmiany wysokości stawki podatku VAT (poprzez wprowadzenie nowej stawki VAT na usługę objętą umową).

Zgodnie z brzmieniem § 2 Istotnych Postanowień Umowy, stanowiących załącznik nr 8 do SIWZ {dalej: „IPU”} (dla wszystkich części obowiązywało analogiczne postanowienia): *Umowa będzie realizowana od dnia 01 stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2020 r. lub do wyczerpania kwoty wynagrodzenia.*

Ponadto Zamawiający w § 3 ust. 2-6 IPU określił (dla wszystkich części obowiązywały analogiczne postanowienia), że:

(...) dopuszcza możliwość zmiany ceny jednostkowej z formularza asortymentowo-cenowego, stanowiącego zał. nr 3 do niniejszej umowy na skutek zmiany stawek podatku VAT, w przypadku zmiany dokonanej przez władzę ustawodawczą w trakcie trwania umowy, wynikającej ze zmiany ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym.

[ust. 2]

Ceny jednostkowe, o których mowa w formularzu asortymentowo-cenowym, stanowiącym zał. nr 3 do umowy obejmują wszystkie koszty, jakie wykonawca zobowiązany jest ponieść z tytułu należytego wykonania umowy, a w szczególności: cenę wszystkich tytułów prasowych wraz z podatkiem VAT, cenę opakowań, koszty ubezpieczenia, dostawy do miejsc wskazanych przez zamawiającego oraz marżę wykonawcy. [ust. 3]

Wynagrodzenie ostateczne wynikać będzie z rzeczywiście wykonanych, od pierwszego dnia realizacji przedmiotu umowy dostaw, tj. rzeczywiście dostarczanych ilości tytułów prasowych i ich cen jednostkowych, potwierdzonych przez zamawiającego. [ust. 4]

W przypadku dokonanej przez wydawców zmiany cen sprzedaży tytułów, wynikającej ze zmiany częstotliwości ich wydawania, zamawiający dopuszcza dokonanie zmian cen jednostkowych ujętych w formularzu asortymentowo-cenowym, od następnego kwartału, jedynie po uprzednim uzyskaniu akceptacji jednostki, na rzecz której świadczony jest przedmiot zamówienia, bez konieczności zawierania aneksu do umowy, z zastrzeżeniem określonym w § 4 ust. 7 i 8. [ust. 5]

Wykonawca zobowiązuje się do zachowania stałych cen w całym okresie obowiązywania umowy z zastrzeżeniem ust. 2 i 5. [ust. 6]

Jednocześnie Zamawiający w § 4 ust. 7, 8 IPU dla części I i II, III oraz § 4 ust. 13, 14 dla części IV (dla wszystkich części obowiązywały analogiczne postanowienia) zapisał:

Wykonawca ma obowiązek poinformowania zamawiającego w formie pisemnej o wzroście cen, o których mowa w § 3 ust. 2 i 5 umowy z czternastodniowym wyprzedzeniem.

Obowiązek informowania o zmianie cen nie dotyczy jednorazowych zmian cen z powodu wydania numerów łączonych, specjalnych lub wydań świątecznych. [§ 4 ust. 7 lub 13]

W przypadku niewyrażenia zgody przez jednostkę na zmiany cen, o których mowa w par. 3 ust. 5 umowy, wykonawca może odstąpić od umowy w części dotyczącej tych zmian w terminie do 30 dni licząc bieg tego terminu od dnia odmowy akceptacji zmiany cen przez zamawiającego. Do dnia rozwiązania umowy obowiązują ceny sprzed dnia proponowanej podwyżki. [§ 4 ust. 8 lub 14]

W toku postępowania wykonawcy wielokrotnie zwracali się w trybie art. 38 ust. 1 ustawy pzp o wyjaśnienie treści SIWZ do Zamawiającego, który dokonywał na podstawie art. 38 ust. 4 pzp zmian treści SIWZ, o czym informował wykonawców w pismach z: 27.02.2018 r., 15.03.2018 r., 23.03.2018 r., 27.03.2018 r., 28.03.2018 r., 06.04.2018 r., 11.04.2018 r. (3 pisma).

W szczególności z pisma z 23 marca 2018 r. wynika, że Zamawiający otrzymał następująco sformułowane pytanie (oznaczone nr 469):

W Istotnych Postanowieniach Umowy dopuszczacie Państwo zmianę ceny jednostkowej w następujących przypadkach: 1. Na skutek zmiany stawek podatku VAT, 2. Zmiany cen wynikającej ze zmiany częstotliwości ich wydawania.

W siwz w rozdziale IX Opis sposobu obliczania ceny w punkcie 7 znajduje się zapis „ceny jednostkowe określone przez wykonawcę nie mogą być wyższe niż ceny detaliczne i pozostają stałe w okresie realizacji umowy i nie będą podlegały zmianom, z zastrzeżeniem przypadków wskazanych w umowie.

Obecne zapisy są bardzo niekorzystne i mają znamiona zagrożenia poniesienia wysokich strat dla wykonawców, utrzymując obecne ceny jednostkowe prasy z roku 2018 na lata 2019 i 2020. Dostawcy prasy otrzymują ceny na prenumeratę prasy na kolejny rok od wydawców pod koniec roku. Oczywiście wielu zamawiających organizuje postępowania na dwuletnią dostawę prasy ale termin otwarcia ofert odbywa się pod koniec roku, gdzie wykonawcy znają już ceny jednostkowe czasopism na kolejny rok.

W związku z powyższym zwracamy się do Państwa z prośbą o zmianę zapisów w umowie.

W listopadzie 2018 wykonawca przedstawi obowiązujące ceny jednostkowe na rok 2019 i pozostaną stałe w okresie od 01.01.2019 do 31.12.2019. W listopadzie 2019 przedstawi obowiązujące ceny jednostkowe na rok 2020 i pozostaną stałe w okresie od 01.01.2020 do 31.12.2020. Przedstawione ceny jednostkowe określone przez wykonawcę nie mogą być wyższe niż ceny detaliczne.

W odpowiedzi Zamawiający poinformował w tym piśmie, że na podstawie art. 39 ust. 4 ustawy pzp (powinien być art. 38 ust. 4) dokonał zmiany treści:

- rozdziału IX pkt 9.7. SIWZ, który otrzymał następujące brzmienie: *Ceny jednostkowe*

określone przez wykonawcę nie mogą być wyższe niż ceny detaliczne i służą jedynie do porównania ofert.

- w § 3 ust. 6 IPU (dla wszystkich części zamówienia), który otrzymał następujące brzmienie: Wykonawca zobowiązuje się do zachowania stałych cen w całym okresie obowiązywania umowy z zastrzeżeniem ust. 2 i 5. Jednakże, w listopadzie 2018 wykonawca przedstawi obowiązujące ceny jednostkowe na rok 2019 i pozostaną stałe w okresie od 1.01.2019 do 31.12.2019. W listopadzie 2019 przedstawi obowiązujące ceny jednostkowe na rok 2020 i pozostaną stałe w okresie od 1.01.2020 do 31.12.2020. Przedstawione ceny jednostkowe określone przez wykonawcę nie mogą być wyższe niż ceny detaliczne.

Z kolei w piśmie z 6 kwietnia 2018 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień w związku z następującym pytaniem (oznaczonym nr 575): W związku z wyjaśnieniami i zmianą treści siwz z dnia 23.03.2018 r. zwracam się z pytaniem: czym w rozumieniu zamawiającego jest cena detaliczna, na którą powołuje się w zapisie: „Ceny jednostkowe określone przez wykonawcę nie mogą być niższe niż ceny detaliczne i służą jedynie do porównania ofert”?

Udzielono w tym piśmie odpowiedzi: Zamawiający informuje, że powyżej cytowany zapis nie został zawarty w siwz przedmiotowego postępowania.

Umowa dla części I zawierała m.in. poniższe analogiczne postanowienia:

- w § 2 ust. 1:

Umowa będzie realizowana od dnia 1 stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2020 r. lub do wyczerpania kwoty wynagrodzenia wykonawcy, wynikającej z umowy”.

- w § 3:

1. Za przedmiot umowy określony w § 1 ust. 1, wykonawcy przysługuje wynagrodzenie w wysokości nie wyższej niż kwota (...), na którą to kwotę składa się kwota netto oraz należny podatek VAT według obowiązującej stawki.

2. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany ceny jednostkowej z formularza asortymentowo-cenowego, stanowiącego zał. nr 3 do niniejszej umowy na skutek zmiany stawek podatku VAT, w przypadku zmiany dokonanej przez władzę ustawodawczą w trakcie trwania umowy, wynikającej ze zmiany ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym.

3. Ceny jednostkowe, o których mowa w formularzu asortymentowo-cenowym, stanowiącym załącznik nr 3 do umowy, obejmują wszystkie koszty, jakie wykonawca zobowiązany jest ponieść z tytułu należytego wykonania umowy, a w szczególności: cenę wszystkich tytułów prasowych wraz z podatkiem VAT, cenę opakowań, koszty ubezpieczenia, dostawy do miejsc wskazanych przez zamawiającego oraz marżę wykonawcy.

4. Wynagrodzenie ostateczne wynikać będzie z rzeczywiście wykonanych, od pierwszego dnia realizacji przedmiotu umowy dostaw, tj. rzeczywiście dostarczanych ilości tytułów

prasowych i ich cen jednostkowych, potwierdzonych przez zamawiającego.

5. W przypadku dokonanej przez wydawców zmiany cen sprzedaży tytułów, wynikającej ze zmiany częstotliwości ich wydawania, zamawiający dopuszcza dokonanie zmian cen jednostkowych ujętych w formularzu asortymentowo-cenowym, od następnego kwartału, jedynie po uprzednim uzyskaniu akceptacji jednostki, na rzecz której świadczony jest przedmiot zamówienia, bez konieczności zawierania aneksu do umowy, z zastrzeżeniem określonym w § 4 ust. 7 i 8.

6. Wykonawca zobowiązuje się do zachowania stałych cen w całym okresie obowiązywania umowy z zastrzeżeniem ust. 2 i 5. Jednakże, w listopadzie 2018 r. wykonawca przedstawi obowiązujące ceny jednostkowe na rok 2019 i pozostaną stałe w okresie od 01.01.2019 do 31.12.2019. W listopadzie 2019 r. przedstawi obowiązujące ceny jednostkowe na rok 2020 i pozostaną stałe w okresie od 01.01.2020 do 31.12.2020. Przedstawione ceny jednostkowe określone przez wykonawcę nie mogą być wyższe niż ceny detaliczne.

- w § 4:

7. Wykonawca ma obowiązek poinformowania zamawiającego w formie pisemnej o wzroście cen, o których mowa w § 3 ust. 2 i 5 umowy z czternastodniowym wyprzedzeniem. Obowiązek informowania o zmianie cen nie dotyczy jednorazowych zmian cen z powodu wydania numerów łączonych, specjalnych lub wydań świątecznych.

8. W przypadku niewyrażenia zgody przez jednostkę na zmiany cen, o których mowa w par. 3 ust. 5 umowy, wykonawca może odstąpić od umowy w części dotyczącej tych zmian w terminie do 30 dni licząc bieg tego terminu od dnia odmowy akceptacji zmiany cen przez zamawiającego. Do dnia rozwiązania umowy obowiązują ceny sprzed dnia proponowanej podwyżki.

- w § 5 ust. 1:

W przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, wykonawca zobowiązany będzie do zapłacenia zamawiającemu kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1.

Umowy dla części III zawierały analogiczne postanowienia jak dla części I z następującymi wyjątkami:

- odmienne brzmienie § 3 ust. 4: *Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za zapewnienie dostępów do tytułów w danym okresie rozliczeniowym.*

- odmienne odesłanie w § 3 ust. 5 in fine: ... *z zastrzeżeniem określonym w § 4 ust. 7.*

Umowy dla części IV zawierały analogiczne postanowienia jak dla części I z wyjątkiem odmiennego odesłania w § 3 ust. 5 in fine: *z zastrzeżeniem określonym w § 4 ust. 13 i 14.*

W toku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego poprzedzającego

przedmiotową kontrolę Zamawiający odniósł się do podniesionych przez wykonawcę RUCH S.A. w piśmie z 23.05.2018 r. zarzutów wskazując m.in., jak następuje:

- (...) *W postępowaniu wpływały liczne pytania niedotyczące jednak zagadnień rzekomego nieprecyzyjnego sposobu obliczania cen. Potwierdza to brak złożonego odwołania na treść ogłoszenia i zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).*

- *W dniu 9 marca br. na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp jeden z wykonawców biorących udział w postępowaniu zwrócił się o zmianę zapisów dotyczących wynagrodzenia za realizację dostaw, szczegółowo uzasadniając i wniósł o zmianę zapisów w umowie.*

- *Zamawiający w dniu 23 marca br. na podstawie art. 39 ust. 4 ustawy Pzp dokonał zmiany rozdziału IX pkt. 9.7 siwz. Ponadto zamawiający na podstawie art. 39 ust. 4 ustawy Pzp dokonał zmiany treści w § 3 ust. 6 Istotnych Postanowień Umowy (IPU) dla cz. I, II, III, IV nadając brzmienie, jakie obecnie wykonawca kwestionuje, tj.: „Wykonawca zobowiązuje się do zachowania stałych cen w całym okresie obowiązywania umowy z zastrzeżeniem ust. 2 i 5. Jednakże w listopadzie 2018 wykonawca przedstawi obowiązujące ceny jednostkowe na rok 2019 i pozostaną stałe w okresie od 1.01.2019 do 31.12.2019. W listopadzie 2019 przedstawi obowiązujące ceny jednostkowe na rok 2020 i pozostaną stałe w okresie od 1.01.2020 do 31.12.2020. Przedstawione ceny jednostkowe określone przez wykonawcę nie mogą być wyższe niż ceny detaliczne”.*

- (...) *Wykonawca zadał jedno pytanie dot. wyjaśnienia ceny detalicznej, na które otrzymał odpowiedź, którą przyjął.*

- *W ocenie zamawiającego sformułowane zarzuty są bezpodstawne, a twierdzenia o naruszeniu przepisów wskazanych powyżej nie znajdują podstaw w okolicznościach faktycznych i prawnych przedmiotowego postępowania:*

1. Odnośnie naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 2 ust. 5 Pzp

Przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny (standardowa dostawa prasy) oraz ma ustalone standardy jakościowe, odnoszące się do wszystkich cech przedmiotu zamówienia (standardem w tym wypadku jest określona przez wydawców częstotliwość wydania i tytuł).

Mając na uwadze opis dokonany przez zamawiającego, nie jest możliwe spowodowanie, aby w codziennej dostawie prasy wskazać na parametry jakościowe wykonania zamówienia, które mogłyby zostać uznane za dodatkowe kryterium oceny ofert. Przedmiot zamówienia w całym okresie korzystania z niego nie generuje innych, dodatkowych kosztów – wynagrodzenie za realizację zamówienia jest ostateczne i obejmuje wszystkie koszty, jakie powstaną w związku z wykonaniem umowy/ów. W przypadku prasy papierowej, cykl życia produktu kończy się w momencie jego odbioru przez zamawiającego (odebranie prasy).

W przypadku prasy elektronicznej nie ma do czynienia z fizycznym produktem, więc nie jest możliwe określenie dla niego cyklu życia. Nie jest możliwe zastosowanie kryterium innego

niż cenowe lub ściśle związane z ceną (np. rabat, który wpływa bezpośrednio na cenę), ze względu na fakt dokładnego zdefiniowania. Zdaniem zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu kryteria oceny ofert nie uprzywilejowują i nie dyskryminują określonych wykonawców. (...) zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia określił wszystkie wymagania i warunki realizacji umowy tak, aby wykonawca mógł świadczyć przedmiot zamówienia w sposób rzetelny i w pełni kompleksowy z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Jednocześnie zamawiający podkreśla, że w siwz wskazano, że całkowity koszt realizacji zamówienia obliczony w formularzu asortymentowo-cenowym, służy jedynie do porównania ofert.

Umowy zostały zawarte do wysokości środków przeznaczonych przez każdą jednostkę na realizację zamówienia (...). Jednocześnie wartość każdego zamówienia w ramach zawartych umów z każdą jednostką wynikać będzie z rzeczywistej ilości zamawianej prasy. (...) nie bez znaczenia jest brak złożonego odwołania na treść ogłoszenia i zapisy siwz (...). Także pytania w liczbie blisko 600 nie dotyczyły kryteriów oceny ofert, stąd zamawiający miał wszelkie podstawy by przypuszczać, że wszyscy wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie rozumieją w dokładnie ten sam sposób, w jaki sposób zostanie oceniona złożona przez nich oferta.

(...) Żaden z pozostałych wykonawców, w tym nawet po otwarciu ofert nie sygnalizował zamawiającemu by jakiegokolwiek przepisy w zakresie oceny ofert zostały przez zamawiającego naruszone. (...) wykonawcy składającemu ofertę znane były zarówno postanowienia siwz jak i umowy i w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie tenże wykonawca złożył ofertę w postępowaniu. Przyjął on zatem warunki przedmiotowego postępowania i uznał je za wiążące, nie kwestionując w żaden sposób oceny ofert, a dopiero kiedy wynik postępowania jest dla niego niekorzystny, podejmuje działania, zmierzające nawet do unieważnienia postępowania. (...) zamawiający dokonał oceny ofert zgodnie z kryteriami ustalonymi w siwz i przyznał punkty w sposób określony w dokumentacji przetargowej, stąd tym bardziej brak jest podstaw do kwestionowania prawidłowości prowadzonego postępowania, gdyż wykonawca nie neguje w żaden sposób sposobu oceny złożonych ofert i liczby przyznanych punktów wykonawcom, a tylko fakt ustalenia takich, a nie innych kryteriów oceny ofert.

2. Odnośnie naruszenia art. 29 ust. 1 oraz art. 91 ust. 2d Pzp.

(...) Zamawiający w całości wypełnił normy przywołane przez wykonawcę, a przywoływane postanowienia IPU jako mające podważyć poprawność działań zamawiającego są niezasadne.

(...) umowa inaczej niż akty normatywne tworzone zgodnie z zasadami techniki legislacyjnej, nie musi zawierać słowniczka definiującego pojęcia w niej użyte. Tym bardziej w sytuacji

kiedy kwestionowane użyte pojęcie ceny detalicznej jest powszechne w obrocie: cena detaliczna – cena jednostkowa, za którą konsumentowi oferowany jest dany produkt lub usługa.

Postanowienia IPU były znane wszystkim wykonawcom (...).

(...) w momencie składania ofert warunki te były akceptowane przez wykonawcę, a po wyborze oferty najkorzystniejszej już nie.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

W pierwszej kolejności zauważył, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający dopuścił w SIWZ możliwość wskazywania przez wykonawców cen jednostkowych po wyznaczonym terminie składania ofert, tj. po 18 kwietnia 2018 r. przy czym wykonawcy mieli przedstawiać ceny jednostkowe na rok 2019 w listopadzie 2018 r., które miały pozostawać stałe w okresie od 1 stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2019 r. oraz ceny jednostkowe na rok 2020 w listopadzie 2019 r., które miały pozostawać stałe w okresie od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2020 r. Ponadto Zamawiający zapisał w siwz, iż przedstawione ceny jednostkowe określone przez wykonawców nie mogą być wyższe niż ceny detaliczne i służą jedynie do porównania ofert.

Zamawiający określił zakres przedmiotu zamówienia m.in. poprzez wskazanie w załącznikach do SIWZ, tj. formularzach asortymentowo-cenowych (dla części I – załącznik nr 7a do siwz, dla części III – załącznik nr 7c do siwz, dla części IV – załącznik nr 7d do siwz), łącznej szacunkowej liczby prenumeraty tytułów zamawianej prasy dla każdej z części zamówienia.

Zapisy dokumentacji przetargowej w zakresie ustalania cen jednostkowych poszczególnych tytułów w ramach realizacji przedmiotu zamówienia spowodowały możliwość wysoce swobodnego kreowania cen jednostkowych przez wykonawców na etapie składania ofert oraz nie zabezpieczyły na tym etapie przed potencjalnym celowym zaniżaniem cen jednostkowych, a co za tym idzie ceny oferty, w sytuacji, gdy obowiązujące (na lata 2019 i 2020) ceny jednostkowe, każdy z wykonawców składających ofertę w niniejszym postępowaniu, zobligowany był podać dopiero po terminie składania ofert (dotyczy dostaw od 1 stycznia 2019 r. do 31 grudnia 2019 r.) oraz na etapie realizacji przedmiotu zamówienia (dotyczy dostaw od 1 stycznia 2020 r. do 31 grudnia 2020 r.). Zamawiający przy tym nie przewidział jednoznacznego, transparentnego mechanizmu regulującego możliwość maksymalnego zakresu zmian cen jednostkowych w stosunku do cen jednostkowych określonych w ofercie, stanowiącego podstawę do przeprowadzenia rzetelnej oceny porównawczej ofert. Ponadto Zamawiający, pomimo zadanego pytania w trybie art. 38 ust. 1 pzp odnośnie definicji ceny detalicznej w przedmiotowym postępowaniu, nie dookreślił tego pojęcie, a w konsekwencji nie mogło ono wyznaczać górnej granicy zmian

cen jednostkowych w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości. Ceny jednostkowe zawarte w złożonych przez wykonawców ofertach nie mogły być miarodajne dla określenia ceny oferty, gdyż, jak wskazywano w zadawanych w ramach wyjaśnień treści SIWZ pytaniach, ceny na prenumeratę prasy na kolejny rok nie były wówczas znane wykonawcom. Brak znajomości cen jednostkowych, które miałyby obowiązywać w okresie realizacji przedmiotu zamówienia, uniemożliwił wykonawcom dokonanie rzetelnej i obiektywnej kalkulacji tych cen, a w konsekwencji nie dał możliwości porównania ofert przez zamawiającego. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 26 września 2017 r. (sygn. KIO 1862/17): (...) *porównywalność cenowa ofert stanowi zasadę wypracowaną na przestrzeni lat przez orzecznictwo. Nieporównywalność cenowa ofert stanowi wadę postępowania tego rodzaju, że jej źródłem musi być dokumentacja postępowania (zazwyczaj w zakresie opisu przedmiotu zamówienia lub sposobu obliczenia ceny) i musi ona posiadać swoje źródło w tej dokumentacji w taki sposób, że istotna i obiektywna wadliwość nie pozwala na zidentyfikowanie lub wycenę pełnego zakresu rzeczowego zamówienia przez wszystkich wykonawców. Okoliczność ta musi być zatem bezsporna, tkwiąca w samym opisie zamówienia i mieć charakter obiektywny.*

Wprowadzony przez zamawiającego sposób obliczania ceny oferty w oparciu o zaproponowane w ofercie ceny jednostkowe poszczególnych tytułów, nie prowadzi do wady, jaką jest nieporównywalność cenowa ofert. Niemniej proponowane w ofercie ceny jednostkowe poszczególnych tytułów nie są w żaden sposób związane z cenami tych tytułów, jakie miały obowiązywać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż ostatecznie ceny jednostkowe miały zostać wskazane już po terminie składania ofert. Tym samym opis przedmiotu zamówienia, jaki ostatecznie na podstawie dokonanych zmian został wykreowany przez Zamawiającego, prowadził do sytuacji, w której postanowienia SIWZ umożliwiały przygotowanie przez wykonawców ofert nieporównywalnych. Bez znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia pozostawały bowiem ceny jednostkowe zawarte w ofertach, gdyż ostatecznie obowiązujące ceny poszczególnych tytułów wykonawca zobowiązany był przedstawić w listopadzie 2018 r. (w odniesieniu do cen jednostkowych jakie miały obowiązywać w 2019 roku) oraz w listopadzie 2019 r. (w odniesieniu do cen jednostkowych jakie miały obowiązywać w 2020 roku). W konsekwencji brak współzależności cen jednostkowych wskazanych w ofertach wykonawców z cenami jednostkowymi, jakie miały obowiązywać odpowiednio w 2019 i 2020 roku, mógł mieć lub miał wpływ na dowolność w przygotowaniu cen poszczególnych tytułów w ramach ofert składanych przez wykonawców, a co za tym idzie na właściwą i obiektywną hierarchizację w rankingu ofert. Kluczowe zatem w przedmiotowej sprawie jest to, że ukształtowany w SIWZ opis przedmiotu zamówienia umożliwił wykonawcom przygotowanie ofert

nieporównywalnych cenowo. Tymczasem obowiązkiem zamawiającego jest takie przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, aby wykonawca składający ofertę w danym postępowaniu miał jasność co do wymaganego przedmiotu i kryteriów, według których jego oferta będzie oceniana. Pomimo tego, że Zamawiający wskazał cenę jako wyłączone kryterium, jakim będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej, wprowadzony przez niego mechanizm zmiany cen jednostkowych w sposób całkowicie oderwany od cen jednostkowych z ofert prowadził do nieprzejrzystego procesu oceny tych ofert, opartego na wartościach, które wykonawca w sposób dowolny mógł wskazać. W konsekwencji uzyskanie przez wykonawcę tego zamówienia w żaden sposób nie determinowało jego realizacji według cen zawartych w jego ofercie. Dodatkowo Zamawiający nie wyposażył się w narzędzie umożliwiające weryfikację cen przedstawianych przez wykonawcę w listopadzie 2018 i 2019 r. (obowiązujących odpowiednio w 2019 i 2020 r.) tj. na etapie realizacji zamówienia, które dzięki użyciu precyzyjnego mechanizmu zmiany tych cen obiektywnie powiązałyby zaproponowane w ofercie ceny z cenami realizacji przedmiotu zamówienia. Wskazanie, że przedstawione w ofercie ceny jednostkowe nie mogą być wyższe niż ceny detaliczne, nie stanowiło takiego mechanizmu, gdyż potencjalnie mogło ograniczać zaproponowanie poszczególnych cen wyłącznie „z góry”, umożliwiając jednocześnie wskazanie na etapie składania ofert zaniżonych cen jednostkowych wyłącznie w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym Zamawiający, zarówno przez dokonaną modyfikację opisu przedmiotu zamówienia w postaci wprowadzenia nowych postanowień do projektu umowy, jak również brak ustanowienia odpowiedniego mechanizmu zmian cen zaproponowanych w ofercie, spowodował, że zobowiązanie wykonawcy, jakim jest oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowiła właściwego oświadczenia wykonawcy, gdyż oświadczenie takie, co najmniej w zakresie cen jednostkowych miało być przedstawione zamawiającemu w późniejszym okresie, po terminie składania ofert, a nawet po podpisaniu umowy i w żaden sposób nie zostało skorelowane z cenami wynikającymi z oferty wykonawcy. Natomiast takiego powiązania wymagają przepisy ustawy pzp – art. 144 wskazuje wprost, że zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. Cena jako jedno z istotnych postanowień umowy musi wynikać bezpośrednio z oferty wykonawcy i w związku z tym podlega również ograniczeniom ustawowym w zakresie jej zmian. Skoro zakazuje się takich zmian w odniesieniu do zawartej umowy, to tym bardziej niedopuszczalnym jest zawarcie umowy bez uwzględnienia treści oferty.

Dokonany w ten sposób opis przedmiotu zamówienia w obiektywny sposób wpłynął na możliwość przygotowania przez wykonawców w tym postępowaniu ofert nieporównywalnych cenowo. Tym samym przygotowana przez Zamawiającego dokumentacja postępowania

stała się źródłem wadliwości tego postępowania i powodowała brak wpływu zastosowanego kryterium oceny ofert na wybór obiektywnie najkorzystniejszej oferty. Wydaje się, że potwierdzenie powyższego mogą stanowić rozbieżności w zakresie cen ofertowych wykonawców, które zdaniem skarżącego nie odpowiadają przyjętym i utrwalonym praktykom rynkowym w zakresie dostaw prasy. Wykonawca RUCH S.A. już po terminie otwarcia ofert, pismem z 27 kwietnia 2018 r. zwrócił się do Zamawiającego, wskazując m.in. na niestandardowe, kilkudziesięcioprocentowe rozbieżności w cenach tytułów zaoferowanych przez wykonawców w złożonych przez nich ofertach oraz niejednoznaczność w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 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. W przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonując modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, w postaci wprowadzenia nowych postanowień do projektu umowy dotyczących przedstawienia obowiązujących w ramach realizacji przedmiotu umowy cen jednostkowych po terminie składania ofert, jak również poprzez brak ustanowienia ewentualnego mechanizmu zmian cen zaproponowanych w ofercie, nie uwzględnił możliwości przygotowania przez wykonawców porównywalnych ofert, a ich swobodne przygotowanie przez wykonawców mogło zmierzać wyłącznie do uzyskania zamówienia dzięki zastosowaniu cen zaniżonych i pozostawało bez wpływu na poziom cen obowiązujących w ramach realizacji tego zamówienia. Opis ten, sporządzony w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, mógł mieć wpływ na sporządzenie oferty wykonawcy i nie eliminował możliwości przygotowania ofert nieporównywalnych. W konsekwencji takie działanie zamawiającego stanowiło naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy pzp.

Brak możliwości porównania ofert rzutował w przedmiotowym postępowaniu na zachowanie zasady uczciwej konkurencji, gdyż porównywalność ofert stanowi podstawę realnej konkurencyjności postępowania i jest wyrazem zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający sformułował opis przedmiotu zamówienia w sposób niepozwalający na obiektywny wybór najkorzystniejszej oferty, co w konsekwencji skutkowało naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy pzp. Zgodnie z powyższym przepisem, przedmiot zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia opisany został w sposób prowadzący do możliwości przygotowania ofert, które mogą być nieporównywalne cenowo, a nieporównywalność ta nie wynika wprost z obiektywnych matematycznych reguł oceny, ale z dopuszczenia możliwości zastosowania

przez wykonawcę zaniżonych cen przy jednoczesnym braku ich powiązania z cenami realnie stosowanymi w ramach wykonania zamówienia. Biorąc pod uwagę treść art. 29 ust. 2 ustawy pzp, do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W konsekwencji powyższych działań doszło zatem do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy pzp.

W myśl art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp Zamawiający zobligowany był do unieważnienia przedmiotowego postępowania (w zakresie części I, III, IV) jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ze względu na to, że Zamawiający wadliwie opisał przedmiot zamówienia, zaniechał czynności unieważnienia postępowania (w zakresie części I, III, IV), dokonał wyboru wykonawców w obciążonym wadą postępowaniu i zawarł z tymi wykonawcami umowy, dopuścił się również naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp.

Powyższe naruszenia miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

{ad naruszenia z pkt 2)}

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 18 kwietnia 2018 r. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości:

- dla części I: 4.077.013,16 zł;
- dla części II: 602.739,07 zł;
- dla części III: 1.075.494,78 zł;
- dla części IV: 518.107,38 zł.

Do upływu wyznaczonego terminu zostały złożone nw. oferty:

w zakresie części I:

Lp.	Nazwa wykonawcy	Cena ofertowa brutto PLN
1.	Garmond Press S.A.	3.927.397,62 zł (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych) <u>3.927.352,52 zł</u>
2.	G.L.M. Sp. z o.o.	4.426.557,68 zł

		(po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych) 4.426.575,69 zł
3.	Kolporter Sp. z o.o. Sp. k.	4.585.087,38 zł (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych) 4.585.078,38 zł
4.	RUCH S.A.	5.841.452,14 zł (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych) 5.841.469,54 zł

w zakresie części II:

- nie złożono żadnej oferty

w zakresie części III:

Lp.	Nazwa wykonawcy	Cena ofertowa brutto PLN
1.	E-Kiosk S.A.	1.088.457,32 zł (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych) 1.088.504,48 zł

w zakresie części IV:

Lp.	Nazwa wykonawcy	Cena ofertowa brutto PLN
1.	E-Kiosk S.A.	589.083,33 zł (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych) 589.086,48 zł

Zamawiający 26 kwietnia 2018 r. unieważnił postępowanie w zakresie części II (art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Zamawiający w pkt 9.1. rozdziału IX SIWZ określił sposób obliczenia ceny oferty wskazując m.in., iż: (...) *Umowa zostanie zawarta do wysokości środków przeznaczonych przez każdą jednostkę na realizację zamówienia.*

W pkt 22 protokołu postępowania (druk ZP-PN) Zamawiający odnotował, co następuje:

1. *Umowy w części 1 zostały zawarte w dniu 18.07.2018 r., z Garmond Press S.A. (...) na kwotę 4.077.013,16 zł brutto.*

2. *Umowy w części 3 i 4 zostały zawarte w dniu 4-5.07.2018 r., z E-Kiosk S.A. (...) na kwotę:*

w części 3: 1.083.883,35 zł brutto

w części 4: 518.107,38 zł brutto".

Departament Kontroli Zamówień Publicznych pismem z 4 października 2019 r. zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie rozbieżności w zakresie ceny ofert (dotyczy części III i IV) i kwot, na jakie zostały podpisane umowy w zakresie części III i IV.

W piśmie z 24 października 2019 r. Zamawiający wyjaśnił, że (...) *Umowy zostały zawarte do wysokości środków przeznaczonych przez Jednostki na realizację zamówienia.*

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Stosownie do treści art. 86 ust. 3 ustawy pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Tym samym Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na fakt, iż nie zwiększył w sposób odpowiedni (tj. do wysokości ceny oferty) kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w sytuacji, gdy była ona niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, winien unieważnić przedmiotowe postępowanie w zakresie części III i IV. Brak dokonania powyższej czynności stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania w zakresie części III i IV.

{ad naruszeń z pkt 3}

W toku kontroli ustalono, co następuje:

O udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, oraz którzy nie podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 1, 5, 6, 8 ustawy pzp.

{ad naruszenia z lit. a)}

Zamawiający w rozdziale III pkt 3.5.2. zapisał, co następuje: *Zamawiający będzie oceniał, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwolą na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 13-22 i ust. 5 pkt. 1, 5, 6 i 8.*

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ na potwierdzenie braku ww. podstaw do wykluczenia Zamawiający żądał dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1-7, 9, 10 rozporządzenia. Przy czym Zamawiający w rozdziale IV pkt 4.6. SIWZ zawarł następujące postanowienie: *W przypadku, gdy wykonawca powołuje się na zasoby innych podmiotów, zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia*

w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w Jednolitym Dokumencie dotyczącym każdego z tych podmiotów, w zakresie pkt 4.5.4. – 4.5.10.

Jednakże dokumenty, o których mowa w rozdziale IV pkt 4.5.4.-4.5.10. SIWZ, odpowiadają dokumentom wymienionym w § 5 pkt 2-7 i 9 rozporządzenia.

{ad naruszenia z lit. b)}

Zamawiający w rozdziale IV pkt 4.7. oraz 4.7.1. SIWZ zapisał, co następuje: *Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w: (...) pkt 4.5.4. – składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5, 6 i 8 ustawy Pzp.*

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

{ad naruszenia z lit. a)}

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W myśl § 9 ust. 2 rozporządzenia zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9.

Z powyższych przepisów wynika m.in., iż zamawiający może żądać dokumentów jedynie na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia. W konsekwencji, żądanie ww. dokumentów jest niezbędne w sytuacji, gdy zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia w zakresie, w jakim ww. dokumenty potwierdzają spełnianie powyższych warunków udziału w postępowaniu lub brak podstaw do wykluczenia.

Natomiast przytoczone wyżej postanowienia rozdziału IV pkt 4.6. SIWZ spowodowały, że wykonawcy polegający na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy pzp zobowiązani byli do przedłożenia mniejszej liczby dokumentów dotyczących tych podmiotów, niż było to wymagane od samych wykonawców. Przy czym dokument, o którym mowa w § 5 pkt 1 rozporządzenia składany jest zarówno na potwierdzenie braku obligatoryjnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 pzp, jak i fakultatywnych, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 pzp.

Ponieważ żądanie przez Zamawiającego od wykonawcy polegającego na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 pzp przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 2-7 i 9 rozporządzenia było niewystarczające w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, niezażądanie przez Zamawiającego przedłożenia przez wykonawców w stosunku do takich podmiotów dokumentu, o którym mowa w § 5 pkt 1 rozporządzenia, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia.

{ad naruszenia z lit. b)}

Zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1 – składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy.

Dokument wskazany w rozdziale IV pkt 4.5.4. SIWZ stanowi dokument, o którym mowa w § 5 pkt 4 rozporządzenia, tym samym Zamawiający zamiast dokumentu, o którym mowa w § 5 pkt 1 rozporządzenia, wskazał dokument, o którym mowa w § 5 pkt 4 rozporządzenia.

§ 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia co do zasady nie wyznacza zakresu żądanych przez zamawiającego dokumentów i jedynie wyjaśnia, jakich dokumentów może żądać zamawiający od określonych w tym przepisie podmiotów zamiast dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1 rozporządzenia, niemniej jednak Zamawiający niezasadnie poszerzył zakres żądanej informacji w sposób nieprzewidziany w § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia (dot. art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy pzp).

Mając na uwadze uwagi poczynione w pkt 3 lit. a) informacji o wyniku kontroli doraźnej, powyższe stanowiło naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia.

{ad naruszeń z lit. a) oraz b)}

Kontrolujący stwierdził, że powyższe naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania.

{ad naruszenia z pkt 4)}

W toku kontroli ustalono, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu wszyscy wykonawcy wnieśli wadium w formie określonej w art. 45 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp:

- w zakresie części I: wykonawca Garmond Press S.A., wykonawca G.L.M. sp. z o.o., wykonawca Kolporter sp. z o.o. sp. k. oraz wykonawca RUCH S.A.;
- w zakresie części II: wykonawca E-Kiosk S.A.;
- w zakresie części III: wykonawca E-Kiosk S.A.;
- w zakresie części IV: wykonawca E-Kiosk S.A.

Zamawiający 26 kwietnia 2018 r. unieważnił postępowanie w zakresie części II (art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp).

10 maja 2018 r. Zamawiający poinformował wszystkich wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania. Za najkorzystniejsze zostały uznane oferty nw. wykonawców:

- w zakresie części I oferta wykonawcy Garmond Press S.A.;
- w zakresie części III oferta wykonawcy E-Kiosk S.A.;
- w zakresie części IV oferta wykonawcy E-Kiosk S.A.

Pismem z 30 maja 2018 r. Zamawiający zwrócił się do Wydziału Finansowo-Księgowego (w miejscu) o zwrot wadium nw. wykonawcom:

- G.L.M. Sp. z o.o. (dotyczy części I);
- Kolporter Sp. z o.o. Sp. k. (dotyczy części I);
- RUCH S.A. (dotyczy części I);
- E-Kiosk S.A. (dotyczy części II).

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Ponieważ na gruncie ustawy pzp brak jest definicji legalnej pojęcia „niezwłocznie”, należy posłużyć się regułami prawa cywilnego i ich interpretacją na gruncie orzecznictwa (arg. z art. 14 ustawy pzp). Sąd Najwyższy w wyroku z 13 grudnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 293/06) stwierdził, co następuje: (...) *użytego w art. 455 Kc terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem natychmiastowym, termin „niezwłocznie” oznacza bowiem termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a także regulacje zawarte w art. 354 i art. 355 Kc* (podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy np. w wyroku z 22 marca 2001 r.

sygn. akt V CKN 769/00 oraz wyroku z 28 kwietnia 2004 r. sygn. akt V CK 461/03). Powyższe pozwala przyjąć, że termin „niezwłocznie” należy interpretować jako termin realny w okolicznościach danego miejsca i czasu, przy uwzględnieniu celu społeczno-gospodarczego i panujących w danym zakresie zwyczajów [arg. z art. 354 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm.); dalej: „Kc”] oraz z uwzględnieniem staranności przyjętej w stosunkach danego rodzaju (arg. z art. 355 § 1 Kc). Tym samym termin „niezwłocznie”, którym ustawodawca posłużył się w art. 46 ust. 1 pzp należy interpretować w ten sposób, że po nastąpieniu momentu wskazanego w przywołanym przepisie, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a ww. przepisu, w możliwie najkrótszym terminie.

Wobec tego brak niezwłocznego zwrotu wadium wykonawcom: G.L.M. sp. z o.o., Kolporter sp. z o.o. Sp. k., RUCH S.A. po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (w zakresie części I) oraz wykonawcy E-Kiosk S.A. po dokonaniu czynności unieważnienia postępowania (w zakresie części II) stanowi naruszenie art. 46 ust. 1 ustawy pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

{ad naruszenia z pkt 5)}

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Pismem z dnia 11 czerwca 2018 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy pzp, zwrócił się do wykonawcy E-Kiosk S.A o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (dotyczy części III i IV zamówienia) oraz poinformował ww. wykonawcę o treści art. 85 ust. 4 ustawy pzp.

W odpowiedzi 12 czerwca 2018 r. wykonawca E-Kiosk S.A. przedłużył termin związania ofertą oraz okres ważności wadium o 30 dni w zakresie części III i IV zamówienia.

Zamawiający pismem z 11 czerwca 2018 r., działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy pzp, zwrócił się do wykonawcy Garmond Press S.A. o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (dotyczy części I zamówienia) oraz poinformował ww. wykonawcę o treści art. 85 ust. 4 ustawy pzp.

W odpowiedzi pismem z 12 czerwca 2018 r. wykonawca Garmond Press S.A. przedłużył termin związania ofertą oraz okres ważności wadium w zakresie części I zamówienia zgodnie z wnioskiem zamawiającego (wykonawca nie wskazał o ile dni przedłużył termin związania ofertą oraz na jaki czas przedłużył okres ważność wadium).

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Brak wskazania przez Zamawiającego w kierowanych do ww. wykonawców wnioskach dotyczących przedłużenia terminu związania ofertą oznaczonego okresu, o którym mowa w art. 85 ust. 2 ustawy pzp, stanowiło naruszenie powyższego przepisu.

Naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

II.

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniami kontroli, wnosząc następujące zastrzeżenia:

{ad naruszeń z pkt 1)}

Zamawiający zaprzeczył, że dopuścił do określania cen po upływie terminu składania ofert, gdyż według niego szczegółowo określił w treści SIWZ zasady, na jakich dokonywana będzie ocena ofert, w tym wyartykułował wprost, że zakres ilościowy prenumeraty podlegający wycenie ma charakter wyłącznie szacunkowy, zaś określone na etapie składania ofert ceny jednostkowe miały służyć jedynie do porównania ofert i określenia rankingu. Zdaniem Zamawiającego opisał również zakres przedmiotu zamówienia, sposób realizacji, jak również ewentualne zmiany, które mogłyby zmaterializować się na etapie wykonywania umowy (w tym zmiany tytułów zamawianej pracy) w sposób precyzyjny, szczegółowy i jednoznaczny. Jednocześnie z uwagi na zapytania wykonawców oraz znane sobie realia rynkowe, dotyczące zmienności cen danych pozycji prasowych, wprowadził do postanowień umowy swoiste narzędzie pozwalające na waloryzację zobowiązań w cyklach rocznych.

Zamawiający podkreślił, że w przypadku pozbawienia wykonawców możliwości modyfikacji cen poszczególnych pozycji prasowych, obie strony umowy musiałyby ponosić zmienne ryzyko płynnej wartości poszczególnych tytułów, co w ujęciu globalnym skutkowałoby wliczeniem przez wykonawców powyższego ryzyka w cenę oferty, a w efekcie sfinansowanie go w pełni przez Zamawiającego. Stąd przy tak specyficznym zamówieniu, jak dostawa szeroko pojętej prasy, wprowadzenie odpowiedniego mechanizmu stanowiło konieczność, niwelując przy tym ewentualne ryzyko nieporównywalności ofert.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem, że wprowadzony przez niego

mechanizm zmiany cen w toku realizacji zamówienia spowodował możliwość swobodnego kreowania cen jednostkowych na etapie składania ofert, w tym nie zabezpieczał przed celowym ich zaniżaniem, a tym samym ceny oferty, gdyż określenie sposobu wyceny poszczególnych pozycji asortymentowych prasy, zasad oceny ofert, a także szczegółowe opisanie ewentualnych zmian ceny w trakcie realizacji umowy polegające na wskazaniu katalogu czy charakteru zmian wprost czyni zadość ustawowym wymaganiom pzp (vide art. 144 ust. 1).

Według Zamawiającego każdy z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, posiadał wyczerpującą wiedzę na temat zasad i wymagań dotyczących składania ofert, wyceny poszczególnych pozycji asortymentowych oraz warunków zmiany cen w całym okresie obowiązywania umowy, a złożone oferty jednoznacznie pokazują, że wyspecyfikowane w dokumentacji przetargowej zasady i warunki nie budziły żadnych wątpliwości. Zamawiający podkreślił, że nawet brak znajomości cen poszczególnych pozycji asortymentowych w kolejnych latach nie uniemożliwił wykonawcom dokonania rzetelnej i obiektywnej kalkulacji cen jednostkowych.

Dla Zamawiającego niezrozumiałą jest również zarzut, że wskazane w ofertach ceny jednostkowe poszczególnych tytułów nie są w żaden sposób związane z cenami tych tytułów, jakie miały obowiązywać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił, że te pierwsze są cenami ofertowymi za poszczególne pozycje tytułów prasowych, zaś możliwość przedstawienia, w przypadku zmian narzuconych przez wydawców, cen poszczególnych tytułów na kolejne lata w określonych terminach i na jednoznacznie wskazanych w SIWZ zasadach, miało charakter dodatkowego udogodnienia dla wykonawców.

Zamawiający podsumował, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z poszanowaniem zasad wynikających z ustawy pzp, jak również z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wskazanie w treści informacji o wyniku kontroli wskazano, że „wprowadzony przez Zamawiającego sposób obliczania ceny oferty w oparciu o zaproponowane w ofercie ceny jednostkowe poszczególnych tytułów, nie prowadzi do wady, jaką jest nieporównywalność cenowa ofert” w ocenie Zamawiającego jednoznacznie wskazuje na bezzasadność zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

{ad naruszenia z pkt 2)}

W ocenie Zamawiającego stwierdzone naruszenie nie mogło i nie zostało popełnione w toku prowadzonego postępowania, gdyż w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości

określił, że każda z umów dla danej Jednostki Administracji Państwowej zostanie zawarta do wysokości środków przeznaczonych przez tę jednostkę na realizację przedmiotowego zamówienia, a jednocześnie kwotę tę podał bezpośrednio przed otwarciem ofert. Zamawiający powołał się również na to, że zgodnie z SIWZ koszt realizacji zamówienia, obliczony zgodnie z formularzem asortymentowo-cenowym, służył jedynie do porównania ofert i utworzenia rankingu wykonawców.

{ad naruszeń z pkt 3)}

Zdaniem Zamawiającego w przypadku tych naruszeń nie może być mowy o jego celowym działaniu, a jedynie o omyłce pisarskiej oraz niefortunnym przeoczeniu pkt 4.5.3, dotyczącego informacji z Krajowego Rejestru Karnego (w zakresie określonym art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 oraz art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy pzp) przy formułowaniu wymagania określonego w rozdziale IV pkt 4.6. SIWZ. Zamawiający podkreślił, że brak zażądania wszystkich wymaganych rozporządzeniem dokumentów wynikał jedynie z błędnego przywołania numeracji zastosowanej w treści SIWZ. Celem Zamawiającego było sformułowanie dokumentacji postępowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, tym samym nie sposób przyjąć, iż omyłka pisarska polegająca na przywołaniu w rozdziale IV pkt 4.6. SIWZ pkt 4.5.4. zamiast pkt 4.5.3. stanowiła celowe zawężenie katalogu dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia niniejszego postępowania.

Zamawiający oświadczył, że analogiczna sytuacja nastąpiła w przypadku wymogu określonego w rozdziale IV pkt 4.7. SIWZ, gdzie omyłkowo odesłał do pkt 4.5.4. zamiast do pkt 4.5.3. rozdziału IV SIWZ. Zamawiający podkreślił, że również w tym przypadku nie miał na celu rozszerzenia katalogu dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a jedynie omyłkowo przywołał niewłaściwą numerację rozdziału IV SIWZ.

Zamawiający dodał, że żadne z przywołanych w informacji o wyniku kontroli naruszeń nie mogło i nie miało wpływu na wynik niniejszego postępowania.

{ad naruszeń z pkt 4)}

Zdaniem Zamawiającego zrealizował dyspozycję art. 46 ust. 1 pzp w odniesieniu do wykonawców G.L.M. sp. z o.o., Kolporter sp. z o.o. sp. k., RUCH S.A., E-Kiosk S.A., gdyż „niezwłocznie” oznacza termin realny, mający na względzie okoliczności miejsca i czasu, a zatem chodzi o zwrot wadium w możliwe krótkim terminie, jednakże pozwalającym na dokonanie niezbędnych czynności technicznych związanych z wewnętrznymi procedurami obowiązującymi w danej jednostce. Zamawiający stwierdził, że biorąc pod uwagę złożoność przedmiotowego postępowania oraz obowiązujące u niego skomplikowane procedury wewnętrzne, dokonał zwrotu wadium niezwłocznie, w możliwie najkrótszym terminie

od momentu ziszczenia się ustawowej przesłanki nakazującej zwrot.

Niezależnie od powyższego według Zamawiającego naruszenie art. 46 ust. 1 pzp może polegać jedynie zaniechanie zwrotu wadium.

III.

Prezes UZP w piśmie z 6 lutego 2020 r. {znak UZP/DKZP/WKZ5/421/37(15)/19/KMA} nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, przekazując je na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych pismem z 6 lutego 2020 r. {znak UZP/DKZP/WKZ5/421/37(16)/19/KMA} do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

IV.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej, ustaliła i zważyła, co następuje:

Ponieważ Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń odnośnie naruszenia z pkt 5 wynik kontroli w tym zakresie nie podlega kognicji Izby.

Na podstawie przekazanych akt kontroli Izba stwierdziła, że przywołane powyżej za informacją o wyniku kontroli okoliczności faktyczne odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy wynikającemu z tej dokumentacji.

{ad naruszeń z pkt 1)}

Argumentacja Zamawiającego sprowadza się do zaprzeczania prawidłowym ustaleniom i wnioskom kontroli oraz wskazywaniem na okoliczności, które nie dotyczą stwierdzonych naruszeń.

Pierwotnie zastrzeżenie, że określone w ofertach ceny jednostkowe służą jedynie do porównania ofert, wiązało się wyłącznie z szacunkowym określeniem zakresu ilościowego przedmiotu zamówienia, co nie uchylało znaczenia tych cen jako istotnego elementu treści oferty i umowy, która miała być realizowana według tych cen. Natomiast wprowadzenie do SIWZ zaproponowanego przez jednego z wykonawców sposobu ustalania cen jednostkowych na etapie realizacji zamówienia spowodowało, być może wbrew intencjom Zamawiającego, że ceny jednostkowe podane w ofercie mogły przestać być wiążące dla wykonawcy przez niemal cały okres realizacji zamówienia. Co więcej, w połączeniu z enigmatycznym odwołaniem się do pojęcia „ceny detalicznej”, którego znaczenie nie zostało wyjaśnione przez Zamawiającego pomimo zadanego przez wykonawcę pytania, mogło również prowadzić do wskazywania przez wykonawców w ofertach zaniżonych cen jednostkowych wyłącznie na potrzeby uzyskania zamówienia. Następnie wykonawca mógł

wskazać na etapie realizacji zamówienia dla kolejnych lat kalendarzowych wyższe ceny jednostkowe, co istotne, w sposób niepodlegający weryfikacji Zamawiającego. Dopuszczając swoistą waloryzację cen jednostkowych z oferty, Zamawiający nie wprowadził bowiem chroniącej jego interesy klauzuli waloryzacyjnej, która ustalałaby zobiektywizowany i poddający się weryfikacji punkt odniesienia dla ustalenia zasadności i ewentualnej wysokości zmiany cen jednostkowych podanych w ofercie. W konsekwencji Zamawiający dozwolił, wykonawca, który został wybrany na podstawie cen jednostkowych wskazanych w ofercie, po upływie terminu składania ofert w sposób dowolny mógł określać ceny jednostkowe, według których faktycznie będzie realizowane zamówienie. Tymczasem wykonawca, który rzetelnie określił ceny jednostkowe w ofercie, mógł nie uzyskać zamówienia, a niezależnie od tego Zamawiający nie zapewnił sobie żadnej możliwości weryfikacji cen proponowanych na etapie realizacji zamówienia przez wykonawców, z którymi zawarł umowę.

Izba podziela ocenę prawną Prezesa UZP, że powyższe stanowi zarówno naruszenie wynikającego z art. 29 ust. 1 pzp obowiązku uwzględnienia przy opisie przedmiotu zamówienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak i naruszenie wynikającego z art. 29 ust. 2 pzp zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji zaistniała wada postępowania, która powinna skutkować unieważnieniem przez Zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp.

{ad naruszenia z pkt 2)}

Argumentacja Zamawiającego sprowadza się do niezrozumienia, że wprowadzone przez niego postanowienie, zgodnie z którym umowy miały być zawarte do wysokości środków przeznaczonych przez każdego z zamawiających na sfinansowanie zamówienia, w żaden sposób nie uprawniało go do przejścia do porządku dziennego nad bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy pzp. Z art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp wynika jednoznacznie, że zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że może ją zwiększyć do wysokości ceny tej oferty. Tymczasem Zamawiający w zakresie dwóch części zamówienia zawarł umowy z wykonawcami, których oferty były co prawda najkorzystniejsze, ale ceny tych ofert były wyższe niż kwoty podane przed otwarciem ofert jako przeznaczone na sfinansowanie zamówienia, choć nie dokonał ich zwiększenia.

{ad naruszeń z pkt 3)}

Argumentacja Zamawiającego sprowadza się do podania przyczyny stwierdzonych w toku kontroli naruszeń, co nie zmienia tego, że ustalenia i wnioski kontroli są prawidłowe.

Jak trafnie zauważył Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia do upływu terminu składania ofert Zamawiający miał możliwość konwalidacji nieprawidłowych postanowień SIWZ w trybie art. 38 ust. 4 pzp. Zgodnie z tym przepisem w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ Zamawiający nie skorzystał z tej możliwości autokontroli, wadliwie pierwotnie sformułowane i następnie niezmienione postanowienia specyfikacji są podstawą do wykazania naruszenia art. 25 ust. 1 pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia oraz art. 25 ust. 1 pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia.

{ad naruszenia z pkt 4)}

Wbrew odmiennemu stanowisku Zamawiającego, jak trafnie wskazał Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia, do wypełnienia dyspozycji przepisu art. 46 ust. 1 pzp muszą zostać spełnione określone warunki, tj. zamawiający winien dokonać czynności zwrotu wadium wszystkim wykonawcom po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a, ponadto powyższa czynność powinna zostać dokonana niezwłocznie. *Ratio legis* art. 46 ust. 1 pzp odnosi się do zamiaru wyeliminowania nieuzasadnionego obciążania finansowego wykonawców w postaci przetrzymywania (ponad realną potrzebę) wadium wykonawców, których oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze. Nie jest zatem wystarczające samo dokonanie czynności zwrotu wadium, jeżeli powyższa czynność nie posiada waloru niezwłoczności. Na gruncie ustawy pzp zwrot wadium ma być zatem, co do zasady bezwarunkowy (z zastrzeżeniem ust. 4a), co oznacza, że jako oderwany od dodatkowych zastrzeżeń i przesłanek, powinien być przeprowadzony przez zamawiającego w sposób sprawny, efektywny, wręcz automatyczny (powinien obejmować dokonanie czynności technicznych ze zwrotnym wykonaniem przelewu albo z wysłaniem wykonawcy dokumentu).

Tymczasem Zamawiający nie przedstawił w ramach zastrzeżeń żadnych konkretnych okoliczności, które pozwalałyby na stwierdzenie, że zwroty wadium po 20 dniach od wyboru najkorzystniejszej oferty lub po 34 dniach od unieważnienia postępowania w jego przypadku należy uznać za przeprowadzone niezwłocznie. Ponieważ nie wiadomo, na czym polegają skomplikowane procedury wewnętrzne u Zamawiającego, tym bardziej nie sposób stwierdzić, czy uzasadniają one zainicjowanie dokonywania zwrotów wadium dopiero po niemal 3 tygodniach lub po ponad miesiącu od zaistnienia zdarzeń, z którym wiąże się obowiązek zwrotu wadium.

Tym samym Izba stwierdziła, że zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia nie podważają wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP, której ustalenia i wnioski należy uznać za prawidłowe.

Krajowa Izba Odwoławcza – działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....