

DZP.271.4.2023-14

Bielsko-Biała dn. 31.01.2023 r.

Dotyczy: przetargu na świadczenie usługi transportu sanitarnego i transportu krwi dla potrzeb Beskidzkiego Centrum Onkologii – Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku - Białej (znak sprawy: DZP.271.4.2023).

Uprzejmie informujemy, iż do siedziby Zamawiającego wpłynęły zapytania do SWZ o treści :

Pytanie 1:

Zgodnie z art.91 ust 2 PZP Zamawiający powinien wskazać w dokumentach powód niedokonania podziału zamówienia na części. Dlaczego jeśli państwo tego nie chcą rozłączyć to czemu nie podadzą powodu dla którego to nie zostanie rozłączone. Według przepisów Unijnych trzeba dać szansę mniejszym przewoźnikom jak i większym . Teraz tych szans państwo nie dają i łamią prawo zgodne z przepisami .

Pytanie 2:

Czy jest możliwość rozbicia przetargu na dwa postępowania. Tj. Transport pacjentów jako 1, transport krwi i preparatów krwiopochodnych jako 2.

Odpowiedź:

Z uwagi na wielokrotne kierowanie do Zamawiającego zapytań dotyczących podziału zamówienia na części oraz ich ponawianie pomimo udzielenia już przez Zamawiającego jednoznacznej odpowiedzi, w celu usunięcia pojawiających się nadal u wykonawców wątpliwości oraz wobec powtarzanych w korespondencji sugestii łamania przepisów prawa i konieczności unieważnienia postępowania Zamawiający poniżej zamieszcza podsumowanie swojego stanowiska.

Wobec tego, że przedmiotowa informacja stanowi odniesienie do kierowanych do Zamawiającego zapytań, Zamawiający kierując się treścią art. 284 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa pzp) podjął decyzję o przedłużeniu terminu składania ofert do dnia 03 lutego 2023 r.

Zamawiający w całości podtrzymuje dotychczasowe stanowisko i treść SWZ.

Zgodnie z treścią 91 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa pzp):

1. *“Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i*

przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.” (ust. 1);

- 2. “Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody niedokonania podziału zamówienia na części” (ust. 2);*

Uwzględniając treść zacytowanego powyżej przepisu Zamawiający w treści rozdziału IV A SWZ **“Opis części zamówienia” w punkcie 1 wskazał, jednoznacznie, że “Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych. Oferty muszą obejmować pełny zakres realizacji zamówienia. Zamawiający nie podzielił zamówienia na części, ponieważ ma ono charakter jednolity oraz ze względów technicznych i organizacyjnych skoordynowanie działań różnych wykonawców realizujących poszczególne zakresy zamówienia mogłoby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.”**

Jako przykładowe podstawy odstąpienia od podziału zamówienia na części ustawodawca unijny wskazuje w motywie 78 preambuły dyrektywy 2014/24/UE: ryzyko spowodowania ograniczenia konkurencji albo nadmiernych trudności technicznych lub nadmiernych kosztów wykonania zamówienia, lub ryzyko braku skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia, co mogłoby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. (D. Grześkowiak-Stojek [w:] M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 4, 2022., P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021)

Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach podkreśla, że kwestia podziału zamówienia na części wymaga każdorazowo indywidualnej analizy potrzeb zamawiającego (a nie wykonawców) i celowości podziału, a konieczność zapewnienia dostępu do rynku zamówień publicznych małym i średnim przedsiębiorcom nie może być powodem dokonania podziału kosztem efektywności, czyli efektów, jakie można zapewnić przez udzielenie zamówienia jednemu wykonawcy wybranemu w trybie PZP, a zatem gdy taki podział nie jest uzasadniony rzeczywistymi potrzebami zamawiającego.

Nie ulega również wątpliwości, że to Zamawiający określa przedmiot zamówienia zgodnie ze swoimi wymaganiami i potrzebami i ma w tym względzie swobodę podejmowania decyzji, a naturalną konsekwencją takiego stanu rzeczy jest ograniczenie konkurencji.

Jak wskazuje się w nauce prawa „**Generalnie każdy opis przedmiotu zamówienia prowadzi do ograniczenia konkurencji. Nawet opisanie przez zamawiającego przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami art. 29 ust. 1 PrZamPubl, zawsze będzie prowadziło do przewagi jednych wykonawców nad pozostałymi. Nie jest bowiem możliwe takie określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wszystkim wykonawcom działającym na danym rynku złożenie ofert. Formułując bowiem kryteria w zakresie parametrów technicznych zamówienia, zamawiający bierze pod uwagę własne, obiektywne potrzeby. Istotne w zakresie opisu przedmiotu zamówienia są zatem potrzeby zamawiającego. Muszą być one jednak obiektywne, uzasadnione, a zarazem niedyskryminujące. Uzasadnione potrzeby zamawiającego służą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji wynikającego z dokonanego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma bowiem prawo opisać przedmiot zamówienia uwzględniając swoje potrzeby, a przy tym zapewniając sobie uzyskanie oczekiwanego efektu, gwarantującego zaspokojenie określonych potrzeb, nawet jeżeli przez to nie zostaną dopuszczeni do postępowania wszyscy**



wykonawcy działający na danym rynku. (M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 10, 2020).

Tym samym brak podziału zamówienia na części, w wyniku czego nie wszyscy wykonawcy na rynku będą w stanie spełnić wymagania zamawiającego i nie będą mogli przystąpić do postępowania nie stanowi niedozwolonego ograniczenia konkurencji i nie ma charakteru dyskryminacyjnego. Zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie można postrzegać w ten sposób, że dogodne dla wykonawców warunki wykonania zamówienia czy jego zakres mogą przysłużyć uzasadnione potrzeby zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 284 ust. 1 pzp *“wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie odpowiednio treści SWZ albo opisu potrzeb i wymagań”*, tymczasem zapytania wykonawców nie mają na celu wyjaśnienia konkretnych treści SWZ, ale - z uwagi na ich treść i wydźwięk - mają na celu wymuszenie na Zamawiającym zmianę warunków postępowania wbrew potrzebom i wymaganiom Zamawiającego, ale w taki sposób, aby umożliwić konkretnemu wykonawcy złożenie oferty w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego takie postępowanie stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

Niezależnie od tego Zamawiający wskazuje, że celem przepisu przewidującego możliwość złożenia wniosku o wyjaśnienia treści SWZ jest uszczegółowienie, doprecyzowanie opisu zawartego w SWZ w stosownym zakresie. **Udzielenie wyjaśnień nie może zatem prowadzić do udzielania innych informacji, dodawania przez zamawiającego nowych wymagań wobec wykonawców na ich żądanie czy też do negocjowania treści umowy.**

Przepis art. 284 pzp przewiduje dopuszczalność zgłaszania wniosków o wyjaśnienie treści SWZ oraz opisu potrzeb i wymagań na zasadach analogicznych do tych, jakie zostały przewidziane dla wyjaśnień treści SWZ w przetargu nieograniczonym w postępowaniach o wartości równej lub przewyższającej progi unijne w art. 135 pzp dlatego komentarze i orzeczenia odnoszące się do samej instytucji udzielania wyjaśnień (w tym wydanych na gruncie poprzedniego stanu prawnego) mają zastosowanie również w tym przypadku.

Jak wynika z nauki prawa:

1. *„Wyjaśnienie specyfikacji polega na przekazaniu informacji opartych na danych w niej zawartych, zamawiający pomaga wykonawcy, zbierając niejako informacje z różnych elementów specyfikacji, zestawia je w sposób syntetyczny, bardziej zrozumiały i przejrzysty dla wykonawcy. Uzupełnienie specyfikacji to oparcie odpowiedzi na nowych danych, których w pierwotnym opracowaniu nie było.”* (E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 135.)
2. *„W sytuacji, gdy wykonawca poweźmie wątpliwości co do treści specyfikacji, przysługuje mu uprawnienie do żądania od zamawiającego złożenia wyjaśnień, które pozwalają na ustalenie woli zamawiającego zawartej w danym postanowieniu specyfikacji. Zapytania mogą dotyczyć każdego elementu specyfikacji, w tym opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych, postanowień umowy itd.”* (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 135.)



Celem instytucji wskazanej w art. 135 ust. 1 i 284 ust. 1 pzp jest jedynie dokonywanie wyjaśnień SIWZ, tymczasem pytania Wykonawcy sprowadzają się w istocie do niedopuszczalnego w rozumieniu tych przepisów negocjowania postanowień umowy co do zasadniczych i fundamentalnych kwestii.

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. **"Wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej możliwości nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która powinna powodować zmianę jego postanowień"** (wyrok KIO z 28.3.2011 r., sygn. akt KIO 545/11).
2. **"Wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ. Udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią SIWZ wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust 2 PrZamPubl"** (wyrok KIO z 6.5.2011 r., KIO 836/11, Legalis).

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 25 września 2017 r. sygn. akt I ACa 245/17 wskazał, że **"W przypadku umów zawieranych w reżimie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), ograniczeń doznaje zasada wolności kontraktowej, gdyż treść umowy nie podlega negocjacji. Zamówienie przygotowuje i przeprowadza zamawiający. Jedynym uprawnieniem osoby ubiegającej się o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego jest zwrócenie się na podstawie art. 38 ww. ustawy do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Celem tej instytucji jest usunięcie wątpliwości, doprecyzowanie i uszczegółowienie oświadczenia woli zamawiającego. Przyjmuje się nawet, że udzielone wyjaśnienia stanowią rodzaj wykładni autentycznej zamawiającego."**

Z nauki prawa wynika natomiast, że "z uwagi na różną praktykę w zakresie stosowania przepisów dotyczących wyjaśniania SIWZ należy zauważyć dwie rzeczy:

1. **przepis ten dotyczy tylko wyjaśniania siwz; nie powinien więc być podstawą do wyjaśniania innych dokumentów, np. treści ogłoszenia;**
2. **przepis pozwala na wyjaśnianie jedynie wątpliwości związanych z treścią siwz; nie powinno więc na jego podstawie domagać się wprowadzenia zmian do specyfikacji, polemizować z treścią jej zapisów na innej drodze niż odwołanie czy też zadawać zamawiającemu pytania związane wprawdzie z postępowaniem, ale niebędące treścią siwz."**

(J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 15, Warszawa 2019, M. Sieradzka (red) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 1, 2018, P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2016)."

Uwzględniając powyższą argumentację powielane w zapytaniach zarzuty o naruszeniu obowiązujących w tym zakresie przepisów są całkowicie bezpodstawne, a stanowisko Zamawiającego wyrażone w SWZ i w przedmiotowej informacji jest ostateczne.

Z-CA DYREKTORA
ds. Techniczno-Administracyjnych
Beskidzkiego Centrum Onkologii Szpital Miejski
im. Jana Pawła II w Bielsku Białej
mgr inż. Grzegorz Kubica

