

Sygn. akt KIO/KD 17/20

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 17 kwietnia 2020 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 1 kwietnia 2020 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 15 marca 2020 r. (znak: KND/6/20/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. dostawa chemii podłogowej, środków chemicznych, materiałów eksploatacyjnych do utrzymania czystości oraz proszku do prania

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Członkowie : **Dagmara Gałczewska-Romek**
Emil Kawa

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy - przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę chemii podłogowej, środków chemicznych, materiałów eksploatacyjnych do utrzymania czystości oraz proszku do prania. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 8 lutego 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 512305-N-2019.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych po przeprowadzeniu kontroli doraźnej zamówienia na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) dalej: jako „ustawa” albo „Pzp” stwierdził naruszenie przez zamawiającego:

1. art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp przez brak opisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ”, sposobu oceny ofert, tj. sposobu przyznawania punktów w ramach kryteriów oceny jakościowej, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadniając zarzuty Prezes Urzędu stwierdził, że zamawiający w opisie jakościowych kryteriów oceny ofert ograniczył się do wskazania skali punktacji, jaka mogła być przyznana w ramach danego kryterium, natomiast nie określił znaczenia tych kryteriów. Zarzucił, że zamawiający nie przedstawił, w jaki sposób będzie stopniował ocenę jakości złożonych próbek i nie wskazał zasad przyznawania poszczególnych punktów. W konsekwencji zamawiający nie opisał, jakie cechy oferowanego wyrobu w ramach danego kryterium będą uznane za pożądane, wysoko ocenione, jakie zaś będą decydowały o niższej ocenie. Ponadto zamawiający w odpowiedziach na pytania opublikowane dnia 14 lutego 2019 r. nie wyjaśnił wątpliwości wykonawców. Wykonawcy zatem nie mieli możliwości zapoznania się z regułami dotyczącymi sposobu oceny ofert przed ich złożeniem.

Prezes Urzędu uznał, że zamawiający uzależnił ocenę oferty od preferencji każdego z członków komisji przetargowej w odniesieniu do cech każdego z produktów, zaś wykonawcom uniemożliwił przygotowanie oferty w taki sposób, aby w maksymalnym stopniu odpowiadały potrzebom zamawiającego. Spowodowało to naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp przez brak opisanie w SIWZ metody przyznawania punktów w ramach wyszczególnionych kryteriów oceny jakościowej. Gdyby zamawiający opisał kryteria oceny jakości produktów w sposób jednoznaczny i zrozumiały, wykonawcy mogliby przygotować produkty o pożądanych przez zamawiającego właściwościach. W konsekwencji zamawiający

naruszył art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na to, że brak określenia sposobu oceny ofert nie zapewniał wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób nie budzący wątpliwości.

Prezes Urzędu podniósł, że wskazane naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem brak określenia sposobu przyznawania punktów w ramach danego kryterium projakościowego nie dawał gwarancji obiektywnej oceny ofert. Gdyby postanowienia SIWZ nie naruszały przepisów ustawy, w postępowaniu mogłaby zostać wybrana inna oferta. Brak opisanego sposobu przyznawania punktów w ramach kryterium oceny ofert, prowadzący do braku możliwości dokonania zobiektywizowanej oceny ofert, stanowi istotną wadę postępowania, obligującą zamawiającego, wobec braku możliwości zmiany postanowień SIWZ po upływie terminu składania ofert, do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Wskazane zarzuty zostały oparte na ustaleniach faktycznych wynikających z treści SIWZ oraz przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamówienie zostało podzielone na następujące grupy asortymentowe:

- Grupa 1 - Profesjonalne preparaty chemiczne do utrzymania czystości;
- Grupa 2 - Materiały eksploatacyjne do urządzeń mechanicznych utrzymania czystości;
- Grupa 3 - Proszek profesjonalny do prania;
- Grupa 4 - Preparaty chemiczne gospodarcze.

Postępowanie w zakresie Grupy 5 zostało unieważnione i czynność ta nie jest kwestionowana w ramach kontroli.

W pkt 17 SIWZ zamawiający jako kryteria oceny ofert ustalił:

- cenę - waga: 40%;
- jakość - waga: 60%.

Sformułował również wzór matematyczny do stosowania w ramach obliczania punktów.

Zgodnie z pkt 9.1.4.1. SIWZ każdy wykonawca musiał dołączyć do oferty aktualne na dzień składania ofert odpowiednio opisane próbki w oryginalnych opakowaniach, w wielkościach zgodnych z zaoferowanymi w formularzu cenowym. Próbki miały być dostarczone w celu oceny jakości przedmiotu zamówienia. Próbki nie podlegały zwrotowi.

Zamawiający ustalił następujące zasady przyznawania punktów w kryterium „jakość”:

Grupa 1 poz. 1:

- skuteczność - od 0 do 5 pkt;
- szybkość działania - od 0 do 3 pkt;
- zapach - od 0 do 2 pkt.

Grupa 1 poz. 2 - 3:

- połysk po nałożeniu max. ilości warstw - od 0 do 5 pkt;
- szybkość schnięcia - od 0 do 3 pkt;
- zapach - od 0 do 2 pkt.

Grupa 1 poz. 4:

- skuteczność działania - od 0 do 5 pkt;
- nie pozostawia smug - od 0 do 3 pkt;
- połysk - od 0 do 2 pkt.

Grupa 1 poz. 5:

- zdolność usuwania zanieczyszczeń - od 0 do 5 pkt;
- połysk - od 0 do 3 pkt.

Grupa 1 poz. 6:

- zdolność usuwania plam i zanieczyszczeń - od 0 do 6 pkt;
- zapach - od 0 do 4 pkt.

Grupa 1 poz. 7:

- skuteczność działania - od 0 do 5 pkt;
- czas reakcji usuwania zabrudzeń - od 0 do 3 pkt;
- wydajność opakowania 10l - od 0 do 2 pkt.

Grupa 1 poz. 8:

- nie pozostawia smug podczas nakładania na posadzkę - od 0 do 4 pkt;
- powłoka ochronna nie przyjmuje śladów po obuwiu - od 0 do 3 pkt;
- połysk - od 0 do 3 pkt.

Grupa 1 poz. 9:

- nie zmatowia warstwy ochronnej posadzki z drewna - od 0 do 5 pkt;
- nie zmywa warstwy ochronnej posadzki z drewna - od 0 do 3 pkt;
- nie zostawia smug po zastosowaniu - od 0 do 2 pkt.

Grupa 2 poz. 6 -11:

- skuteczność działania - od 0 do 5 pkt;
- zachowanie struktury i właściwości po pierwszym zastosowaniu i wyczyszczeniu - od 0 do 3 pkt;
- odporność na obciążenia - od 0 do 2 pkt.

Grupa 2 poz. 12:

- nieuszkodzający powłoki drewna - od 0 do 5 pkt;
- skuteczność działania - od 0 do 3 pkt;
- zachowanie struktury i właściwości po pierwszym zastosowaniu i wyczyszczeniu - od 0 do 2 pkt.

Grupa 3:

- skuteczność prania i usuwania zabrudzeń w temp. 40°C - od 0 do 6 pkt;
 - wydajność - od 0 do 4 pkt;
- (ilość proszku/24 kg wsadu prania)

Grupa 4 poz. 3:

- skuteczność działania - od 0 do 5 pkt;
- brak zarysowań na czyszczonej powierzchni - od 0 do 3 pkt;
- zapach - od 0 do 2 pkt.

Grupa 4 poz. 4:

- konsystencja - od 0 do 5 pkt;
- szybkość wchłaniania się - od 0 do 3 pkt;
- zapach - od 0 do 2 pkt.

Grupa 4 poz. 6:

- skuteczność mycia rąk - od 0 do 4 pkt;
- pienienie się w kontakcie z wodą - od 0 do 2 pkt;
- odpowiednie nawilżenie skóry - od 0 do 2 pkt;
- zapach - od 0 do 2 pkt.

Grupa 4 poz. 7:

- trwałość zapachu (długość czasu) - od 0 do 6 pkt;
- skuteczność neutralizacji przykrych zapachów - od 0 do 4 pkt.

Grupa 4 poz. 9:

- skuteczność działania - od 0 do 6 pkt;
- łagodność dla rąk - od 0 do 2 pkt;
- zapach - od 0 do 2 pkt.

Grupa 4 poz. 10, 16, 19:

- skuteczność działania - od 0 do 5 pkt;
- gęstość płynu (konsystencja) - od 0 do 3 pkt;
- zapach - od 0 do 2 pkt.

Grupa 4 poz. 11:

- połysk - od 0 do 3 pkt;
- nie pozostawia śladów (np. odcisków palców) - od 0 do 3 pkt;
- gęstość płynu (konsystencja) - od 0 do 2 pkt;
- zapach - od 0 do 2 pkt.

Grupą 4 poz. 13 -15:

- skuteczność działania - od 0 do 5 pkt;
- nie pozostawia smug i zacieków - od 0 do 3 pkt;
- zapach - od 0 do 2 pkt.

Grupa 4 poz. 17,18:

- skuteczność mycia rąk - od 0 do 4 pkt;
- odpowiednie nawilżenie skóry - od 0 do 3 pkt;
- nie podrażnia skóry - od 0 do 3 pkt.

Opis oceny ofert w kryterium jakościowym był przedmiotem pytań wykonawców dotyczących wyjaśnienia znaczenia kryteriów projakościowych oraz wskazania sposobu oceny ofert, czyli opisanie sposobu przyznawania poszczególnych punktów w ramach ustalonej przez zamawiającego skali punktacji przez wyjaśnienie, w jakich przypadkach zamawiający miał obniżać bądź podwyższać ocenę o 1 punkt, czy też jakie cechy danego produktu byłyby najwyżej ocenione przez zamawiającego. Zamawiający odpowiedział, że podtrzymuje zapisy zawarte w dokumentacji SIWZ oraz, że cały asortyment we wszystkich grupach oceniany będzie przez wyznaczoną komisję przetargową w taki sam sposób, obiektywnie, na zasadach uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający w sposób jasny określił co będzie brał pod uwagę i ile można uzyskać punktów pod danym kryterium oraz, że nie przewiduje udziału wykonawców i podwykonawców przy ocenie, ponieważ zgodnie z ustawą proces oceny nie jest jawny.

Pismem z 29 marca 2020 r. (wpłynęło do UZP 1 kwietnia 2017 r.) zamawiający wniósł zastrzeżenia od Informacji o wyniku kontroli. Wyjaśnił, że wszystkie próbki produktów były testowane w takich samych warunkach:

- 1) w tym samym czasie;
- 2) w takiej samej temperaturze;
- 3) przy tożsamej wilgotności powietrza w pomieszczeniu;
- 4) w pomieszczeniach o tej samej klasie czystości;
- 5) przy takim samym stopniu zanieczyszczenia powierzchni, na których wykonano test;
- 6) testowanie profesjonalnych preparatów chemicznych było prowadzone na tożsamych co do wielkości powierzchniach płaskich.

Zamawiający podniósł, że ocenie podlegały te same kryteria a żadne z nich (w tym zapach) nie było oceniane pod kątem preferencji zespołu oceniającego, a jedynie przez pryzmat właściwości o charakterze obiektywnym. W odniesieniu do kryterium zapachu zamawiający podkreślił, że osoby dokonujące oceny zostały pouczone przez komisję przetargową, iż ocenie podlega tylko i wyłącznie to, czy zapach jest drażniący, czy neutralny. Ocena była przy tym dokonywana przez zespół liczący sześć osób, co pozwoliło na wyeliminowanie ryzyka wpływu preferencji poszczególnych osób na wynik. Co do materiałów eksploatacyjnych do urządzeń mechanicznych utrzymania czystości (pady) oceniano natomiast: skuteczność działania, zachowanie struktury i właściwości po pierwszym zastosowaniu i wyczyszczeniu oraz odporność na obciążenie - zatem oceniano wyłącznie wskaźniki obiektywne. Co istotne, w odniesieniu do preparatów chemicznych gospodarczych niemożliwe było porównanie próbek kilku wykonawców, ponieważ tylko jeden wykonawca dostarczył próbki.

Zdaniem zamawiającego kryteria i sposób oceny złożonych próbek nie doprowadziły w żaden sposób do nierównego traktowania wykonawców, nie doszło bowiem do stworzenia żadnych barier różnicujących szanse wykonawców na uzyskanie zamówienia. Dokonana ocena miała charakter obiektywny, nieoparty o preferencje, upodobania członków zespołu testującego próbki. Oceny tej dokonali pracownicy zamawiającego - Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy - profesjonalnie zajmujący się utrzymaniem czystości. Osoby wchodzące w skład ww. zespołu posiadają wieloletnie doświadczenie zawodowe związane ze stosowaniem środków służących utrzymaniu czystości i stosowną wiedzę w zakresie technologii utrzymania czystości, a ponadto zostały przeszkolone w ramach szkoleń wewnętrznych i zewnętrznych z ww. zakresu. Posiadają więc kwalifikacje umożliwiające profesjonalną i obiektywną ocenę produktów czyszczących przez pryzmat właściwości istotnych z punktu widzenia użytkownika produktu - co z kolei pozwoliło na dokonanie rzetelnej i pozbawionej subiektywizmu oceny ofert.

Zamawiający wskazał również, że na wszystkie pytania składane przez wykonawców oraz ich prośby dotyczące wyjaśnienia treści SIWZ odpowiedział w czasie wymaganym przez ustawę.

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego i pismem z 3 kwietnia 2020 r. przekazał je Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w celu wydania opinii przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu i zamawiającego zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia zamawiającego zasługują na uwzględnienie.

Art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp, którego naruszenie Prezes Urzędu zarzuca zamawiającemu, stanowi, że SIWZ zawiera opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

W ocenie Izby postanowienia SIWZ spełniają dyrektywy przywołanej normy. Zamawiający opisał kryteria oceny ofert: cenę i jakość oraz podał przypisane im wagi procentowe, odpowiednio: 40% i 60%. Zamawiający podał również sposób oceny ofert z uwzględnieniem tych kryteriów, nie tylko przez wskazanie wzoru matematycznego, ale również przez ustalenie cech zamawianych produktów podlegających ocenie oraz przypisanie tym poszczególnym cechom wag punktowych. Zamawiający dookreślił zatem kryterium jakość zarówno co do przedmiotu, jak i wagi poszczególnych ocen cząstkowych, i wskazał sposób oceny ofert dokonywany w ramach tego kryterium. Brak jest podstaw do

uznania, że waga tego kryterium, czy też poszczególnych elementów podlegających ocenie, nie została ustalona.

Nie podzielono poglądu zawartego w Informacji o wyniku kontroli, że zamawiający nie opisał, jakie cechy oferowanego wyrobu w ramach danego kryterium będą uznane za pożądane, wysoko ocenione, jakie zaś będą decydowały o niższej ocenie. Zamawiający podał oczekiwane cechy i przyporządkował im wagi punktowe, w ramach których dane cechy podlegają ocenie.

Zgodzić się należy z poglądem, że co do zasady opis kryterium oceny ofert musi być jak najbardziej szczegółowy i precyzyjny. Postulat ten nie ma jednak charakteru absolutnego, lecz konkretyzuje się w okolicznościach danego przypadku. Zwrócić należy uwagę, że kontrolujący wyrażając ogólny pogląd o niewystarczająco precyzyjnym i szczegółowym opisie kryteriów oceny ofert, nie podał przyczyn dla których pogląd ten znajduje zastosowanie w danym postępowaniu, ani też nie wskazał *in concreto*, na czym powinno polegać prawidłowe działanie zamawiającego.

Powołane jako uzasadnienie formalnoprawne zarzutów postawionych zamawiającemu tezy z wyroku oraz uchwały Izby nie mogą znaleźć zastosowania w realiach kontrolowanego postępowania, gdyż zapadły w całkowicie odmiennych okolicznościach faktycznych. W wyroku wydanym w sprawie KIO/UZP 619/08 Izba uznała za nieprawidłową praktykę polegającą na wskazaniu dokumentów, na podstawie których zamawiający będzie dokonywał oceny w kryteriach pozacenowych oraz liczby możliwych do uzyskania punktów, jednak bez ustalenia ocenianych cech lub właściwości. Natomiast przedmiotem postępowania, którego dotyczyła uchwała KIO/KU 66/15 było studium wykonalności, gdzie pozacenowe kryterium „Opis rozwiązania” zostało zdefiniowane wyłącznie za pośrednictwem określeń o charakterze całkowicie uznaniowym (spójne, kompletne, wyczerpujące i przejrzyste). Poglądy wyrażone przez składy orzekające w tych sprawach oraz tezy uzasadnień nie mają charakteru wiążącego w innych postępowaniach, ani nie mogą być traktowane prawotwórczo w całkowicie odmiennych realiach badanego postępowania.

Izba zważyła również, że pewien stopień subiektywizmu jest nierozzerwalnie związany z oceną ofert w kryteriach pozacenowych, które nie są opisane za pomocą wzoru matematycznego, albo według zasady „spełnia-nie spełnia” i - o ile nie prowadzi to do wypaczenia wyniku postępowania - nie można uznać opis kryteriów oceny ofert narusza przepisy ustawy oraz sprzeczny z zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Ocena dokonywana przez poszczególnych członków komisji przetargowej zawiera pewne subiektywne elementy będące wynikiem samego procesu oceny, który w przypadku każdej z osób dokonujących tej oceny może być inny, co nie oznacza, że ocena jest nieprawidłowa. Przeciwnie, tak ukształtowany sposób oceny umożliwia indywidualizację oceny i wybór oferty nie tylko najtańszej, ale także dobrej jakościowo.

W badanym postępowaniu kontrolujący jedynie ogólnie stwierdził, że może dojść do wypaczenia wyniku postępowania, jednak tej tezy nie poparł konkretną argumentacją odnoszącą się ściśle do okoliczności sprawy. Izba zważyła, że opis części podkryteriów zawiera pojęcia wartościujące, jak przykładowo „skuteczność”, wskazują one jednak – podobnie jak pozostałe określenia użyte w ramach opisu - na efekt zakładany przez zamawiającego. Tym samym brak wskazania w SIWZ zasad „stopniowania” punktacji nie narusza ustawy, zwłaszcza, że z żadnego z jej przepisów taki nakaz nie wynika. Ustawa nie nakazuje również opisu kryteriów oceny ofert innych niż cena z użyciem wzoru matematycznego, albo na zasadzie „spełnia-nie spełnia”. Omawiany pogląd jest wyrażony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (*vide*: orzeczenia w sprawach KIO 353/15, KIO 457/15, KIO 464/15, KIO 473/15, KIO 476/15, KIO 963/15).

Oceny tej nie zmienia sposób udzielenia odpowiedzi na pytania zadawane przez wykonawców w związku z omawianym kryterium, zwłaszcza że Prezes Urzędu nie zarzucił zamawiającemu naruszenia art. 38 ust. 1 Pzp.

Skoro postanowienia SIWZ co do opisu kryteriów oceny ofert odpowiadają prawu, to nie doszło do naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Brak naruszenia tego przepisu powoduje, że zamawiający nie naruszył również art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Izba nie podzieliła poglądu, że opis kryteriów oceny ofert stanowi istotną wadę postępowania, obligującą zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania, jeśli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W okolicznościach sprawy niewadliwy opis kryterium oceny ofert oznacza brak wady postępowania. Należy zwrócić również uwagę na to, że zarzuty kontroli dotyczą jedynie wybranych pozycji z poszczególnych grup zamawianego asortymentu i w toku kontroli nie zostało wykazane, jaki wpływ ma ocena w zakresie tych kryteriów dla oceny ofert w całości i czy nawet hipotetycznie mogłoby dojść do zniekształcenia wyniku postępowania. W konsekwencji Izba uznała twierdzenie, że opis dokonany przez zamawiającego uniemożliwia prawidłowy wybór oferty, a jego zmiana umożliwiłaby uzyskanie zamówienia przez innego wykonawcę, za nieuprawdopodobnione, zwłaszcza że sama czynność wyboru najkorzystniejszej oferty nie jest kwestionowana w toku kontroli.

Z uwagi na sankcyjny charakter przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy istnieją racjonalne i uzasadnione podstawy do stwierdzenia wady postępowania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....