Kraków, dnia 05.04.2023 roku  **DO WSZYSTKICH, KOGO TO DOTYCZY**

 ODPOWIEDZI NA PYTANIA II

*dot. sprawy:* **57B/ZP-podprogowe/5WSzKzP/2023**

Szanowni Państwo,

 uprzejmie informuję, że w sprawie ogłoszonego przez 5 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie Zapytania Ofertowego zgodnie z regulaminem postępowania w sprawie udzielenia oraz zawierania umów na dostawy, usługi i roboty budowlane nie objęte ustawą Pzp z dnia 11 września 2019 na:

**wykonanie wniosków w formie elektronicznej o wydanie opinii o celowość inwestycji w ramach Instrumentu Oceny Wniosków Inwestycyjnych w Sektorze Zdrowia,** wpłynęły pytania. Treść pytań, wraz z odpowiedziami na nie przedstawiam poniżej:

**Pytanie 1**

Zgodnie z treścią Zapytania ofertowego, wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, winni legitymować się doświadczeniem, obejmującym należytą realizację w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) co najmniej 1 usługi, której przedmiotem było wykonanie (i uzyskanie oceny) wniosku w formie elektronicznej (w systemie https://iowisz.ezdrowie.gov.pl/) o wydanie opinii o celowość inwestycji w ramach Instrumentu Oceny Wniosków Inwestycyjnych w Sektorze Zdrowia skierowanych do Małopolskiego Urzędu Wojewódzkiego zgodnie z: a) Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. 2020 r. poz. 1398), b) Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie formularza Instrumentu Oceny Wniosków Inwestycyjnych w Sektorze Zdrowia dla inwestycji skutkujących zmianą zakresu udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej z 1 lutego 2021 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 252), c) Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie formularza Instrumentu Oceny Wniosków Inwestycyjnych w Sektorze Zdrowia dla inwestycji pozostających bez wpływu na zakres udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej z dnia 1 lutego 2021 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 249) i odpowiednio do tak ustanowionego warunku, Zamawiający ukształtował również kryteria oceny ofert, gdzie dodatkowe punkty wykonawcy otrzymają tylko i wyłącznie z tytułu wykonania wniosku
w formie elektronicznej (w systemie https://iowisz.ezdrowie.gov.pl/) o wydanie opinii o celowość inwestycji w ramach Instrumentu Oceny Wniosków Inwestycyjnych w Sektorze Zdrowia skierowanego do Małopolskiego Urzędu Wojewódzkiego.

Z uwagi na fakt, iż system teleinformatyczny IOWISZ stanowi jednolity instrument za pomocą którego podmioty lecznicze na terenie całego kraju w taki sam sposób i przy użyciu tych samych narzędzi składają wnioski o wydanie opinii o celowości inwestycji, a jednocześnie ww. system jest wykorzystywany przez Ministra Zdrowia oraz wojewodów do oceny wniosków i wydawania opinii o celowości inwestycji po zasięgnięciu stanowiska odpowiednio Prezesa albo Dyrektorów Narodowego Funduszu Zdrowia, tak samo, bez względu na region kraju w którym składany jest wniosek i wydawana stosowna opinia.
W związku z powyższym, należy uznać, iż ustanowiony przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia wykonawcy, warunek oraz ukształtowane w powyższym zakresie kryteria oceny ofert, pozostają w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z przywołaną zasadą, Zamawiający ma prawo, a nawet obowiązek, zweryfikować wiarygodność wykonawcy pod kątem możliwości należytego wykonania zamówienia. Jednakże postawione w tym zakresie wymagania muszą zostać dostosowane do przedmiotu zamówienia, nie mogą być one ani zbyt wysokie, ani zbyt niskie. Zbyt wysokie warunki prowadzą, bowiem do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, poprzez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego należytej realizacji, rozumianej jako zaspokojenie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, jednakże przy jednoczesnym zapewnieniu wszystkim wykonawcom zdolnym do wykonania danego zamówienia, równego dostępu do środków publicznych, co z kolei stanowi wyraz zasad wydatkowania środków publicznych w tym zasady celowego, racjonalnego i oszczędnego wydatkowania środków publicznych, przez co należy rozumieć zapewnienie zgodności działań jednostki w zakresie dokonywania wydatków z jej celami statutowymi, optymalizację zastosowanych metod i środków, ich adekwatności dla osiągnięcia założonych celów oraz przyjętych kryteriów oceny realizacji celów i zadań. Jest to wybór przez dysponenta środków publicznych takiego sposobu finansowania zadań, który prowadzi do najbardziej efektywnego gospodarowania środkami publicznym. Przywołany na wstępie warunek w zakresie doświadczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, godzi w wyżej zdefiniowaną zasadę konkurencyjności bowiem bez znaczenia dla zdobytego doświadczenia pozostaje fakt, do którego z wojewodów został skierowany wniosek o wydanie opinii o celowość inwestycji, w każdym bowiem przypadku, przedmiotowy wniosek składa się w ten sam sposób.

Zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą, stanowiącą wykładnię przywołanych powyżej zasad udzielania zamówień publicznych, Zamawiający ustalając warunki udziału w postępowaniu, powinien kierować się własnymi potrzebami, mając jednocześnie na względzie, aby każdy wykonawca zdolny zaoferować przedmiot zamówienia, zaspokajający te potrzeby, był równo traktowany - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2010 r.; sygn. akt KIO/UZP 1/10. Jeżeli więc, jak wykazano powyżej, każdy z wykonawców, który składał stosowny wniosek o wydanie opinii o celowość inwestycji, bez względu na region kraju na ternie którego miało to miejsce musiał wykazać się taką samą wiedzą i umiejętnościami to należy przyjąć, iż każdy z takich wykonawców, a nie tylko wykonawcy, którzy składali wnioski do Wojewody Małopolskiego posiadają odpowiedni poziom kompetencyjny i stosowne doświadczenie w sporządzeniu tego rodzaju wniosków. Tak więc warunek udziału w postępowaniu, który ogranicza się jedynie do doświadczenia w sporządzaniu wniosków o wydanie opinii o celowość inwestycji, kierowanych do Wojewody Małopolskiego pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji, oznaczającą zakaz stosowania przywilejów i jakiejkolwiek dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, a więc stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji prac równego dostępu do zamówienia, co odnosi się do wszystkich podmiotów - wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 606/17. Powyższe oznacza, że Zamawiający działający przy poszanowaniu zasady uczciwej konkurencji, nie może w żaden sposób uprzywilejowywać czy okazywać niechęci jakiemukolwiek z wykonawców. Ponadto ze względu na szczególną rolę, jaką w zakresie zamówień publicznych spełniają warunki udziału w postępowaniu muszą one być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ponieważ zakreślają krąg podmiotów mogących skutecznie ubiegać się o zamówienie. Warunki te powinny zapewnić wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia, jednakże nie mogą być postawione w taki sposób, aby stanowiły barierę dostępu do postępowania dla wykonawców zdolnych do jego realizacji. Oznacza to, że muszą mieć one swoje uzasadnienie w zakresie, charakterystyce, stopniu złożoności, specyfice lub sposobie realizacji danego zamówienia, czego nie można przypisać warunkowi doświadczenia ustanowionego w odniesieniu do projektantów mających realizować przedmiotowe zamówienie. Niezależnie od powyższego, przy wykorzystaniu argumentacji podniesionej powyżej, należy zwrócić uwagę, iż zasada proporcjonalności, stanowiąca wyraz zasady uczciwej konkurencji zobowiązuje Zamawiającego do formułowania wobec wykonawców wymagań w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, rzeczywistych potrzeb zamawiającego i celu, dla którego prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia. Powyższe oznacza zakaz stawiania wykonawcom nadmiernych wymagań, którym nie byłby w stanie sprostać wykonawca zdolny do zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zasada ta powinna być respektowana przede wszystkim przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia, określaniu warunków udziału w postępowaniu oraz obiektywnych kryteriów selekcji wykonawców, a także określania dokumentów, służących ocenie spełniania warunków podmiotowych. Zgodnie z powyższym również kryteria oceny ofert powinny być określane w sposób pozwalający na wyłonienie oferty najkorzystniejszej, a więc w sposób proporcjonalny do zakładanych korzyści z przyjęcia określonych kryteriów oceny ofert. W świetle powyższej zasady, przy uwzględnieniu uzasadnionych potrzeb Zamawiającego należy uznać, że uwzględnienie w zakresie kryteriów oceny ofert wyłącznie doświadczenia wykonawców obejmującego składanie wniosków o wydanie opinii o celowość inwestycji wyłącznie do Małopolskiego Urzędu Wojewódzkiego pozostaje w sprzeczności obowiązującej w ramach niniejszego postępowania zasady uczciwej konkurencji, jak bowiem w wyroku z dnia 18 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2559/14, wskazuje Krajowa Izby Odwoławcza, „Do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców może dojść również w sposób pośredni, tj. w taki sposób, że niektórzy wykonawcy będą mogli złożyć ważną i odpowiadającą
siwz ofertę, ale z uwagi na ukształtowanie kryteriów oceny oferty oferta taka nie będzie mogła realnie konkurować z ofertami innych wykonawców. Tego typu ograniczenia konkurencji są nie jako efektem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które uzyskać ma jedna oferta najbardziej konkurencyjna. Zasada równego traktowania wykonawców bowiem polega na traktowaniu wykonawców w jednakowy sposób (bez preferowania jednych i dyskryminowania innych), co do dostępności informacji o postępowaniu, warunków udziału, wymaganych dokumentów, czyli na przykładaniu tej samej miary do każdego wykonawcy. Zasada równego traktowania wykonawców nie sprowadza się natomiast do jednakowej oceny wykonawców, gdyby bowiem taki był jej cel, niemożliwy byłby do zrealizowania nadrzędny cel ustawy, tj. wybór najkorzystniejszej oferty. Jednakże nawet przy założeniu, że kryteria oceny ofert mają ograniczać wybór ofert do wyboru oferty najkorzystniejszej nie przesądza jednak o niemożności takiego określenia przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, które będzie stanowił naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).”

Uwzględniając powyższe zwracamy się o modyfikację treści Zapytania ofertowego w zakresie warunku udziału w postępowaniu obejmującego doświadczenie wykonawcy oraz odnoszących się do tegoż doświadczenia kryteriów oceny ofert poprzez wykreślenie sformułowania zgodnie z którym warunek udziału w postępowaniu spełni tylko ten z wykonawców który posiada doświadczenie w sporządzaniu wniosków o wydanie opinii o celowość inwestycji, kierowanych do Małopolskiego Urzędu Wojewódzkiego oraz analogiczną modyfikację kryteriów oceny ofert, poprzez dopuszczenie do oceny i możliwości uzyskania podwyższonej punktacji w zakresie doświadczenia posiadanego przez wykonawców,
którzy sporządzali wnioski o wydanie opinii o celowość inwestycji, ale niekoniecznie kierowali
je do Małopolskiego Urzędu Wojewódzkiego. Powyższa modyfikacja pozwoli na przywrócenie w niniejszym postępowaniu zasady konkurencyjności, zgodnie z którą winno ono zostać przeprowadzone.

**Odpowiedź: Zamawiający dokonał modyfikacji zapisu (Patrz Zmodyfikowane Zapytanie Ofertowe z dn. 04.04.2023r. w tym zakresie).**

**Załącznikiem do niniejszych odpowiedzi jest Zmodyfikowane Zapytanie Ofertowe. Wszelkie zmiany są zaznaczone kolorem czerwonym.**

Z poważaniem,

Zuzanna Koryzma

Sekcja Zamówień Publicznych