

Sygn. akt: KIO/KD 3/21

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 11 lutego 2021 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 14 stycznia 2021 r. zgłoszonych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi - Centralny Szpital Weteranów w Łodzi dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 4 stycznia 2021 r. w przedmiocie zamówień na dostawę sprzętu medycznego: rękawic gumowych, rękawic nitrylowych, ligasure, staplerów, ładunków do staplerów oraz nici udzielanych w 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Członkowie: Magdalena Rams
Ewa Sikorska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”) przeprowadził kontrolę doraźną zamówień publicznych udzielonych przez zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – Centralny Szpital Weteranów w Łodzi (dalej jako „Zamawiający”) w 2018 r. na dostawę sprzętu medycznego: rękawic gumowych, rękawic nitrylowych, ligasure, staplerów, ładunków do staplerów oraz nici.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przepisów: art. 5b pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie łącznego szacowania wartości w ramach zakupów sprzętu medycznego – rękawic gumowych, rękawic nitrylowych, ligasure, staplerów, ładunków do staplerów oraz nici w okresie od stycznia do grudnia 2018 r., a w rezultacie dopuszczenie się przez Zamawiającego podziału zamówień mających za przedmiot dostawę poszczególnego sprzętu na odrębne zamówienia, co doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz udzielenie zamówień publicznych wykonawcom, którzy nie zostali wybrani na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów określonych w art. 10 ustawy Pzp.

Kontrolujący wskazał, iż Zamawiający dokonywał w okresie od 03.01.2018 r. do 31.12.2018 r. zakupów rękawic gumowych, rękawic nitrylowych, ligasure, staplerów, ładunków do staplerów oraz nici. Z ustaleń dokonanych w toku kontroli doraźnej wynika, że powyższych zakupów dokonywano z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp, przy czym łączna wartość dla każdego z ww. sprzętów medycznych przekraczała próg stosowania przepisów ustawy Pzp określony w art. 4 pkt 8 ustawy. Kontrolujący powołał się na wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 22 marca 2019 r., w których wskazano: *„Zarówno w okresie od listopada 2018 r. do lutego 2019 r., jak i w okresie od stycznia 2018 r. do lutego 2019 r., Apteka Szpitalna dokonywała interwencyjnych zakupów bez stosowania przepisów ustawy Pzp. Zakupy te były konieczne, aby zapewnić ciągłość pracy szpitala. Działania takie miały na celu ograniczenie zagrożenia zdrowia, a często życia pacjentów naszego szpitala.”* W piśmie z dnia 14 marca 2019 r., w którym wyjaśnienia złożyła kierownik Apteki Szpitalnej, wskazano: *„zamówienia dokonywane przez Aptekę Szpitalną poza ustawą Pzp, w okresie od listopada 2018 r. do lutego 2019 r. oraz od stycznia 2018 r. do lutego 2019 r., z uwagi na potrzeby*

jednostek szpitalnych, dokonywane były, by zapewnić ciągłość pracy szpitala. Działania takie miały na celu ograniczenie zdrowia, a często życia pacjentów naszego szpitala. Wyznaczeni pracownicy apteki przygotowywali „Zamówienie zewnętrzne”, które po akceptacji Dyrekcji zostały wysłane do Dostawców. Na awersie każdego zamówienia załączona została informacja na jakiej podstawie dokonano wyboru Oferenta. Kryterium wyboru zawsze stanowiła najkorzystniejsza oferta z najniższą ceną. Zamówienie takie zostało podłączone do faktury oddawanej do Działu Księgowości. Z uwagi na to, że w/w zamówienia były robione głównie po napisaniu wniosku o wszczęcie procedury udzielenia zamówienia publicznego zgłaszającego produkty do kolejnego postępowania, szacowano je każdorazowo przez analizę rynku, poprzez zapytania telefoniczne lub e-mailowe do kilku potencjalnych Oferentów, celem uzyskania najkorzystniejszej oferty z najniższą ceną. Szacunek do nowych postępowań przetargowych dokonywany był w większości na podstawie cen z ostatnich umów przetargowych lub przeprowadzonej analizy rynku. Podstawę ustalenia wartości zamówienia wskazywałam we wniosku o wszczęcie procedury udzielenia zamówienia publicznego. Nadmieniam, że zakupy poza ustawą PZP robione były tylko, jako zakupy interwencyjne, głównie po przekazaniu wniosku o wszczęcie kolejnego postępowania przetargowego.”

W wyjaśnieniach udzielonych przez Zamawiającego pismem z dnia 20 lutego 2020 r. wskazano, że: *„na zakupy dokonywane na podstawie „zamówień zewnętrznych” nie były zawierane odrębne umowy pisemne. Pracownicy Apteki zamawiającego dokonywali badania rynku pod kątem najkorzystniejszej oferty drogą telefoniczną lub e-mailową. Następnie po akceptacji Dyrekcji Szpitala przekazywali zamówienie zewnętrzne do Wykonawcy, który zaoferował najkorzystniejszą cenę po otrzymaniu ww. zamówienia. Wykonawca przesyłał do Zamawiającego zamówiony towar wraz z fakturą. (...). Zamawiający dokonywał zamówień zewnętrznych poza ustawą w trybie „na cito” w okresie od 1 stycznia 2018 r. do 28 lutego 2019 r. z uwagi na potrzeby jednostek szpitalnych, aby zapewnić ciągłość pracy Szpitala. Działania takie miały na celu ograniczenie zagrożenia zdrowia, a często życia pacjentów naszego Szpitala. Pracownicy Apteki przygotowywali zamówienia zewnętrzne, które po akceptacji Dyrekcji, zostały wysłane do wykonawców. Do każdego zrealizowanego zamówienia załączona została informacja na jakiej podstawie dokonano wyboru Wykonawcy. Kryterium wyboru zawsze stanowiła najkorzystniejsza oferta z najniższą ceną.”*

Kontrolujący, na podstawie nadesłanych przez Zamawiającego wraz z pismem z dnia 29 kwietnia 2020 r. dwóch zestawień faktur: „Zakupy poza przetargiem Magazyn Sprzętu – Apteka USK im. WAM – CSW w Łodzi od 01.01.2018 do 28.02.2019 r. – ul. Żeromskiego 113” oraz „Zakupy poza przetargiem Magazyn Sprzętu od 01.01.2018 do 28.02.2019 r. Magazyn PI. Hallera 1 USK im. WAM-CSW”, ustalił, że Zamawiający w 2018 r. dokonał następujących zakupów niewynikających z umów zawartych w wyniku postępowania o udzielenie

zamówienia:

1. rękawic gumowych na łączną kwotę 243 506,52 zł brutto,
2. rękawic nitrylowych na łączną kwotę 513 151,2 zł brutto (Żeromskiego: 402 478,2 zł brutto, Pl. Hallera: 110 673,00 zł brutto),
3. ligasure na łączną kwotę 533 300,44 zł brutto (Żeromskiego: 458 456,44 zł brutto, Pl. Hallera: 74 844,00 zł brutto),
4. staplerów na łączną kwotę 648 502,72 zł brutto (Żeromskiego: 390 717,52 zł brutto, Pl. Hallera: 257 785,2 zł brutto),
5. ładunków do staplerów na łączną kwotę 629 347,1 zł brutto (Żeromskiego: 622 456,7 zł brutto, Pl. Hallera: 6 890, 4 zł brutto),
6. nici na łączną kwotę 289 603,94 zł brutto (Żeromskiego: 227 550,5 zł brutto, Pl. Hallera: 62 053, 44 zł brutto).

Szczegółowe zestawienia faktur na poszczególne sprzęty medyczne ze zbiorczych zestawień przesłanych do Kontrolującego przez Zamawiającego, zostały załączone do informacji o wyniku kontroli.

Dalej Kontrolujący wskazał, iż zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 11 września 2020 r., „rękawiczki gumowe w okresie 01.01.2018-31.12.2018 r., kupowane był w firmie "Zarys International Group Sp. z o. o." po dokonaniu analizy rynku i wyborze najkorzystniejszej oferty. Podstawę zakupu stanowiło zapotrzebowanie złożone przez Kliniki w celu zachowania ciągłości leczenia, aby uniknąć zagrożenia życia i zdrowia chorych i personelu. Szacunek za zakup ww. produktów był robiony na podstawie bieżących potrzeb na okres 12 miesięcy. Umowa 232/346/PN/ZP/D/4/2015 z firmą Skamex podpisana była od 17.09.2015 do 16.09.2016r. Nowy wniosek (134/16) o wszczęcie kolejnej procedury przetargowej na ten asortyment, napisany był 09.08.2016 r. Na jego podstawie została podpisana umowa 155/PN/ZP/D/05/2017, z firmą Zarys, która obowiązywała 11.07.2018-10.07.2020 oraz 155/PN/ZP/D/10/2017, z firmą Skamex, obowiązuje 11.07.2018-10.07.2020. Kolejny wniosek (11/17) napisany został 25.01.2017 r. Na jego podstawie podpisana została umowa 97/142/161/335/ 395/PN/ZP/D/19/2017 z firmą Polmil, która obowiązuje terminowo od 03.10.2018 do 02.10.2020r. Kolejny wniosek (65/2018) napisany został 21.06.2018 r. Na jego podstawie podpisana została umowa 29/PN/ZP/D/21/2018, która obowiązuje od 24.04.2019 do 23.10.2021r. (...).” W dalszej części wyjaśnień Zamawiający wskazał, iż „rękawice nitrylowe, w okresie 01.01.2018-31.12.2018 r., kupowane był w firmie "Zarys International Group Sp. z o. o. i Mercator Medical oraz Skamex Sp, z o,o.Sp.k., po dokonaniu analizy rynku i wyborze najkorzystniejszej oferty. Podstawę zakupu stanowiło zapotrzebowanie złożone przez Kliniki w celu zachowania ciągłości leczenia, aby uniknąć zagrożenia życia i zdrowia chorych. Szacunek za zakup ww. produktów był robiony na podstawie bieżących potrzeb na

okres 12 miesięcy. Poprzednie umowy: 232/346/PN/ ZP/D/2/2015 z firmą Zarys obowiązywała 07.09.2015-06.09.2016. oraz 232/346/PN/ZP/D/7/2015 z firmą Mercator Medical obowiązywała 17.09.2015-16.09.2016. Nowy wniosek (11/17) o wszczęcie kolejnej procedury przetargowej na ten asortyment, napisany był 25.01.2017 r. Na jego podstawie została podpisana umowa 97/142/161/335/399/PN/ZP/D/24/2017, która obowiązywała terminowo 15.01.2019-14.01.2021. Została wyczerpana wartościowo 18.11.2019 r. Na podstawie ww. postępowania została podpisana również umowa 97/142/161/335/39/PN/ZP/D/14/2017, z firmą Zarys, która obowiązuje od 15.01.2019 do 14.01.2021r. (...).”

Następnie w ww. wyjaśnieniach Zamawiający podał, że „Ligasure w okresie 01.01.2018-31.12.2018r, kupowany były w firmie Medtronic po dokonaniu analizy rynku. Podstawę zakupu stanowiło zapotrzebowanie złożone przez Kliniki, aby uniknąć zagrożenia życia i zdrowia chorych. Szacunek za zakup ww. produktów był robiony na podstawie bieżących potrzeb na okres 12 miesięcy. Poprzednio obowiązywała umowa PN/310/ZP/2/2014 od 01.09.2014 do 31.08.2017r. z firmą Medtronic. Nowy wniosek (143/16) o wszczęcie kolejnej procedury przetargowej na ten produkt, napisany był 06.09.2016 r. Na jego podstawie została podpisana umowa 19/PN/ZP/D/06/2017, z firmą Medtronic, która obowiązuje 15.03.2019-14.03.2021. (...). Dalej Zamawiający wskazał, iż staplery w okresie 01.01.2018-31.12.2018r, kupowane były w firmach Medtronic, Aesculap Chifa oraz Johnson & Johnson po dokonaniu analizy rynku. Podstawę zakupu stanowiło zapotrzebowanie złożone przez Kliniki w celu zachowania ciągłości leczenia, aby uniknąć zagrożenia życia i zdrowia chorych. Szacunek za zakup ww. produktów był robiony na podstawie bieżących potrzeb na okres 12 miesięcy. Poprzednio obowiązywała umowa PN/310/ZP/2/2014 od 01.09.2014 do 31.08.2017 z firmą Medtronic. Nowy wniosek (143/16) o wszczęcie kolejnej procedury przetargowej na te produkty, napisany był 06.09.2016 r. Na jego podstawie zostały podpisane umowy: 19/PN/ZP/D/06/2017, z firmą Medtronic która obowiązuje 15.03.2019-14.03.2021, 19/PN/ZP/D/09/2017, z firmą Johnson & Johnson, która obowiązuje 16.04.2019-15.04.2021, 19/PN/ZP/D/05/2017, z firmą Aesculap Chifa, która obowiązuje 15.03.2019-14.03.2021.

W świetle dalszych wyjaśnień Zamawiającego, ładunki do staplerów, w okresie 01.01.2018-31.12.2018r, kupowane były w firmach Medtronic oraz Johnson & Johnson po dokonaniu analizy rynku. Podstawę zakupu stanowiło zapotrzebowanie złożone przez Kliniki w celu zachowania ciągłości leczenia, aby uniknąć zagrożenia życia i zdrowia chorych. Szacunek za zakup ww. produkt był robiony na podstawie bieżących potrzeb na okres 12 miesięcy. Poprzednio obowiązywała umowa PN/310/ZP/2/2014 od 01.09.2014 do 31.08.2017 r., z firmą Medtronic. Nowy wniosek (143/16) o wszczęcie kolejnej procedury przetargowej na te produkty, napisany był 06.09.2016 r. Na jego podstawie zostały podpisane umowy: 19/PN/ZP/D/06/2017, z firmą Medtronic która obowiązuje 15.03.2019-14.03.2021,

19/PN/ZP/D/09/2017, z firmą Johnson & Johnson, która obowiązuje 16.04.2019-15.04.2021. Zamawiający wskazał również, że nici, w okresie 01.01.2018-31.12.2018 r., kupowane były w firmach Medtronic, Aesculap Chifa, Yavo, Johnson & Johnson po dokonaniu analizy rynku. Podstawę zakupu stanowiło zapotrzebowanie złożone przez Kliniki w celu zachowania ciągłości leczenia, aby uniknąć zagrożenia życia i zdrowia chorych. Szacunek za zakup ww. produktu był robiony na podstawie bieżących potrzeb na okres 12 miesięcy. Poprzednio obowiązywały umowy: 139/PN/ZP/D/5/2015 z firmą Yavo 18.07.2015-17.07.2017r. 139/PN/ZP/D/3/2015 z firmą Aesculap Chifa 28.07.2015-27.07.2017r. Nowy wniosek (34/17) o wszczęcie kolejnej procedury przetargowej na te produkty, napisany był 18.05.2017 r. Na jego podstawie zostały podpisane umowy: (-) 353/PN/ZP/D/9/2017 , z firmą Johnson & Johnson, która obowiązuje od 03.09.2018 do 02.09.2021, (-) 353/PN/ZP/D/1/2017, z firmą Aesculap Chifa, która obowiązuje od 03.09.2018 do 02.09.2021, (-) 353/PN/ZP/D/7/2017, z firmą Yavo, która obowiązuje od 03.09.2018 do 02.09.2021, (-) 353/PN/ZP/D/8/2017, z firmą Zarys, która obowiązuje od 03.09.2018 do 02.09.2021, (-) 353/PN/ZP/D/5/2017, z firmą Peters Surgical, która obowiązuje od 03.09.2018 do 02.09.2021, (-) 353/PN/ZP/D/10/2017, z firmą Surg-Tech, która obowiązuje od 03.09.2018 do 02.09.2021, (-) 353/PN/ZP/D/3/2017, z firmą Medtronic, która obowiązuje od 03.09.2018 do 02.09.2021.

Kontrolujący powołał się na brzmienie art. 4 pkt 8, art. 5b pkt 2, art. 32 ust. 1 i 4, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ustawy Pzp, stwierdzając, iż Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisów ustawy Pzp, udzielając wielokrotnie na przestrzeni 12 miesięcy, z pominięciem trybów wskazanych w art. 10 ustawy Pzp, zamówień na dostawy tych samych sprzętów medycznych, których zsumowana wartość wynosiła odpowiednio: 1) dla rękawic gumowych – 243 506, 52 zł brutto (225 469,00 zł netto), 2) dla rękawic nitrylowych – 513 151,2 zł brutto (475 140,00 zł netto), 3) dla ligasure – 533 300,44 zł brutto (493 796,70 zł netto), 4) dla staplerów – 648 502, 72 zł brutto (600 465,48 zł netto), 5) dla ładunków do staplerów – 629 347,1 zł brutto (582 728,80 zł netto), 6) dla nici - 289 603,94 zł brutto (268 151,80 zł netto). Jak bowiem wynika z analizy przekazanych faktur łączna wartość dostaw dla każdego z ww. sprzętów medycznych przekracza próg określony w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp (30 000 euro), obowiązujący w dacie udzielania kontrolowanych zamówień, co zobowiązywało do udzielenia tych zamówień w oparciu o przepisy ustawy Pzp.

Kontrolujący zauważył, iż Zamawiający w uzasadnieniu swojego działania powołał się na zdrowie i życie pacjentów Szpitala. Należy jednak mieć na uwadze, iż podmiot prowadzący od dawna działalność w zakresie leczenia pacjentów oraz regularnie udzielający zamówień publicznych w związku z tą działalnością powinien na podstawie doświadczenia z poprzednich lat tak zorganizować system udzielania zamówień, aby nie narażać życia i zdrowia pacjentów, a jednocześnie postępować zgodnie z przepisami określonymi w ustawie Pzp. Jeżeli

Zamawiający nie był w stanie oszacować wartości zamówień wszystkich ww. sprzętów medycznych łącznie, to co najmniej powinien dokonać takiego szacowania w stosunku do zamówień, które powtarzały się cyklicznie. Wówczas szacowana wartość zamówienia powinna zostać określona jako suma wartości wielu przewidywanych świadczeń tego samego rodzaju w planowanym okresie w szczególności poprzez uwzględnienie wartości zamówień udzielonych na usługi lub dostawy w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych dostaw. Tak ustalona suma przewidywanych wartości świadczeń tworzy wartość zamówienia, od którego uzależniony jest obowiązek i reżim stosowania ustawy. Przekroczenie przez tę wartość progu równowartości 30.000 euro oznacza obowiązek stosowania ustawy Pzp przy udzielaniu tego zamówienia. Przy prawidłowym szacowaniu wartości zamówienia, Zamawiający powinien uwzględnić zarówno identyfikację przedmiotową zamówienia (dostawy są tego samego rodzaju) identyfikację podmiotową zamówienia (czy istnieje możliwość realizacji zamówienia przez tego samego wykonawcę) jak i identyfikację czasową zamówienia (czy istnieje możliwość udzielenia zamówienia na określone świadczenia w tym samym, lub w przewidywalnym, co do terminu czasie).

Odnosząc się natomiast bezpośrednio do zamówień, których zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego były zamówieniami, które musiały zostać udzielone „na cito” w celu ratowania życia i zdrowia poszczególnych pacjentów, Kontrolujący wyjaśnił, że przetarg nieograniczony oraz ograniczony pomimo, że są trybami podstawowymi udzielania zamówień, nie są jedynymi możliwościami udzielenia zamówienia jakie przewiduje ustawa Pzp. Spełniając bowiem warunki określone w odpowiednich przepisach ustawy, w okolicznościach danego stanu faktycznego, zamawiający mają prawo korzystać także z innych trybów udzielenia zamówienia publicznego, o których mowa w art. 10 ust. 2 ustawy Pzp. Do trybów tych należy m.in. negocjacje bez ogłoszenia, czy tryb zamówienia z wolnej ręki. Jeżeli zatem, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie dostawy sprzętów medycznych wydłużało się z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, a zamówienie to wymagało pilnej realizacji, nie było przeszkód do zawarcia umów w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zdaniem Kontrolującego, poczynione przez niego ustalenia dotyczące wartości dostaw przedmiotowych sprzętów medycznych zakupionych przez Zamawiającego w roku budżetowym 2018 wynikającego z zestawienia faktur za ten rok budżetowy, nakazują uznać, iż ustalenia wartości zamówienia dokonano bez zachowania należytej staranności, co doprowadziło do nieuprawnionego udzielenia ww. zamówień z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp. W rezultacie należy uznać, iż przedmiotowe zamówienia zostały udzielone z naruszeniem określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp zasad uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców, przejrzystości, a także zasady legalizmu, która wyklucza udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym, Kontrolujący stwierdził, iż poprzez nieprawidłowe szacowanie wartości sprzętu medycznego – rękawic gumowych, rękawic nitrylowych, ligasure, staplerów, ładunków do staplerów oraz nici, zakupywanych w okresie od stycznia do grudnia 2018 r., a w rezultacie dopuszczenie się przez Zamawiającego podziału zamówień mających za przedmiot dostawę poszczególnych sprzętów medycznych na odrębne zamówienia, co doprowadziło do zaniechania przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz udzielenia zamówień publicznych wykonawcom, którzy nie zostali wybrani na zasadach określonych w ustawie Pzp, w jednym z trybów ustawy, Zamawiający naruszył art. 5b pkt 2 ustawy Pzp i art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, a także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 10 ustawy Pzp, co w przedmiotowej sprawie miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w dniu 14 stycznia 2021 r. wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, podnosząc, iż na zakup sprzętu medycznego: rękawic gumowych, rękawic nitrylowych, ligasure, staplerów, ładunków do staplerów oraz nici wszczął procedury przetargowe - przetargi nieograniczone - zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, opisał i oszacował przedmioty zamówień zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Jednakże, wszczęte zgodnie z przepisami ustawy Pzp postępowania przetargowe na wyżej wymieniony sprzęt medyczny przedłużały się - z uwagi na ustawową konieczność udzielania wyjaśnień potencjalnym wykonawcom na zadawane liczne pytania oraz w wyniku tychże wyjaśnień konieczność wprowadzenia istotnych modyfikacji do pierwotnych Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wprowadzone zmiany, w tym wydzielenie pakietów miały na celu umożliwienie złożenia ofert przez jak największą ilość wykonawców. W trakcie trwających postępowań Zamawiający Szpital musiał dokonywać zakupów przedmiotowego sprzętu medycznego na składane w różnym czasie konkretne zapotrzebowanie z konkretnej Kliniki związane z przeprowadzanymi zabiegami, a nie w celu dzielenia zamówienia, bowiem w danym okresie (tj. trwających jeszcze postępowań przetargowych), takie zapotrzebowanie na dany sprzęt mogło też nie wystąpić, aż do czasu rozstrzygnięcia wszczętego postępowania przetargowego i zawarcia umowy z wybranym Wykonawcą.

Zamawiający wskazał, iż prowadzona przez niego działalność jest w sposób oczywisty działalnością, w której mimo dołożenia najwyższej staranności, nie można dokładnie oszacować zapotrzebowania na konkretny sprzęt medyczny. To nie od Zamawiającego zależy - jaka będzie ilość pacjentów, u których wystąpi konieczność przeprowadzenia zabiegów z użyciem przedmiotowych sprzętów medycznych. Podkreślił, iż Zamawiający jest Szpitalem

Klinicznym, w którym przeprowadzane są bardzo skomplikowane zabiegi ratujące pacjentom zdrowie i życie. Tym samym, te konkretne przypadki zakupu rękawic gumowych, rękawic nitrylowych, ligasure, staplerów, ładunków do staplerów oraz nici w związku ze złożonymi przez Kliniki nagłymi zamówieniami, w ocenie Zamawiającego nie mają charakteru cyklicznego, czy też możliwego do przewidzenia. Zakupy wymienionego sprzętu odbywały się w sytuacji zagrożenia życia i zdrowia, w związku z zaistnieniem konkretnego zapotrzebowania na dany sprzęt medyczny. W związku z przeciągającym się postępowaniem i nagle zwiększonym, pilnym zapotrzebowaniem na przedmiotowy sprzęt medyczny Zamawiający musiał go zapewnić pacjentom mimo trwającej procedury.

W kwestii dzielenia zamówienia na części Zamawiający wskazał na opinię zwartą Informatorze 4/2011 Urzędu Zamówień Publicznych. Podniósł, iż nie mógł przewidzieć terminu zakończenia procedur zamówień publicznych ani ilości pacjentów mimo doświadczenia w świadczeniu usług medycznych, gdyż choroby nasilają się niezależnie od wcześniejszych okresów czasu, w nawiązaniu do których Zamawiający się odnosi szacując wartość zamówienia. Zamawiający wskazał ponadto, iż jeżeli przyjąć, że Zamawiający kierował zapytanie do trzech podmiotów przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 4 pkt. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych to znaczy przy wyborze był zastosowany taki sam element konkurencji jak w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w którym to Zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3. Zatem de facto Zamawiający zastosował wymieniony tryb w zakresie trochę mniej sformalizowanym niż opisuje to ustawa Prawo zamówień publicznych. Wynika to z faktu, że Zamawiający nie miał wiedzy, kiedy zostaną udzielone zamówienia jako wynik prowadzonych procedur, które zostały wszczęte z należytą starannością na tyle wcześniej aby nie udzielać zamówień na podstawie art. 4 pkt. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie bez znaczenia w ocenie Zamawiającego jest także fakt, iż Szpital jest zobowiązany do racjonalnego wydatkowania posiadanych środków finansowych, a takim działaniem nie byłby zakup sprzętu medycznego „na zapas” lub zobowiązanie w ramach krótkoterminowej umowy do takiego zakupu w sytuacji, gdy trwa postępowanie przetargowe.

W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego nie występuje tu identyfikacją czasowa tych zamówień, stąd dokonane przez Kontrolującego sumowanie tych zakupów celem wykazania przekroczenia wartości, o której mowa w art. 4 pkt. 8 ustawy Pzp jest nieuzasadnione. Zamawiający podkreślił, że wartość każdego z poszczególnych zamówień nie przekroczyła wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro, co potwierdzają ustalenia Kontrolującego. Tym samym, zgodnie z art. 4 pkt. 8 ustawy Pzp Zamawiający nie miał w tych konkretnych przypadkach obowiązku stosowania procedur określonych ustawą Pzp. Każdy zakup rękawic gumowych, rękawic nitrylowych, ligasure, staplerów, ładunków do

staplerów oraz nici był dokonywany przez Kierownika Apteki Szpitalnej według procedury zakupu zgodnej z wartością danego konkretnego zamówienia, złożonego przez Klinikę. Dodatkowo, co do zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Zamawiający podniósł, iż każdorazowe badanie rynku przez Kierownika Apteki Szpitalnej, kierowanie zapytań do kilku potencjalnych Wykonawców - bardziej realizuje zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, aniżeli zakup dokonany w trybie z wolnej ręki, po negocjacjach tylko z jednym Wykonawcą. Obowiązujący (w kontrolowanym okresie) w Szpitalu Regulamin udzielania zamówień publicznych, nakazuje także w przypadkach dokonywania zakupów o wartości nieprzekraczającej wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro dokonywania konkurencyjnego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Reasumując Zamawiający wskazał, iż kontrolowane zakupy sprzętu medycznego były dokonywane faktycznie na konkretne zamówienie z konkretnej Kliniki na ratowanie życia i zdrowia pacjenta, a nie w celu dzielenia zamówienia. Tym samym zarzut naruszenia przepisów art. 5b pkt 2 ustawy Pzp, art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, a także art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 10 ustawy Pzp, że Zamawiający podzielił zamówienie celem uniknięcia stosowania ustawy Pzp jest bezzasadny. Jednocześnie, Zamawiający podkreślił iż od dnia 05 listopada 2018 roku osoba powołana na stanowisko p.o. Dyrektora Zamawiającego Szpitala podjęła natychmiastowe działania celem usprawnienia działalności Szpitala, w tym działalności w zakresie udzielania przez Szpital zamówień publicznych. Zwróciła szczególną uwagę na konieczność szybkiego rozstrzygnięcia (bez zbędnej zwłoki) trwających postępowań, w tym przedłużających się postępowań przetargowych. Z dniem 15 stycznia 2019 r., po konsultacjach z Kierownikami komórek merytorycznych, został wdrożony nowy Regulamin udzielania zamówień. Ponadto Zamawiający wskazał, iż wdrożył program, zgodnie z którym osoby merytoryczne, odpowiedzialne za realizację zawartych umów, mają obowiązek systematycznego aktualizowania danych dotyczących stanu realizacji (ilościowego i wartościowego) umów zawartych zarówno w trybie przepisów ustawy Pzp, jak i umów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro. Program ten pozwala także Kierownikowi Działu Zamówień Publicznych kontrolować na bieżąco realizację tychże umów i przypominać Kierownikom o konieczności złożenia wniosku o wszczęcie kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym. Zamawiający wymaga także, aby Kierownicy komórek merytorycznych przed dokonaniem jakiegokolwiek zakupu, składali do Działu Zamówień Publicznych (celem rejestracji i ustalenia trybu udzielenia zamówienia), każdy wniosek o udzielenie zamówienia, bez względu na jego wartość. Także w sytuacji ratowania zdrowia i życia pacjentów. Powyższe działania mają m.in. na celu uniknięcie w przyszłości zarzutu, iż jakkolwiek sprzęt medyczny,

lek, usługa czy też robota budowlana zostały zakupione z pominięciem przepisów ustawy Pzp, czy też w celu dzielenia zamówienia.

Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego o nie uwzględnieniu ww. zastrzeżeń.

Wyjaśnił, że fakt, iż sprzęt medyczny wymieniony w Informacji o wyniku kontroli doraźnej był przedmiotem toczących się postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie zwalnia Zamawiającego ze stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień na ten sprzęt do czasu zakończenia tych postępowań. Brak rozstrzygnięcia, przedłużanie się lub unieważnienie postępowania są okolicznościami powszechnie występującymi w procesie udzielania zamówień publicznych i nie stanowią same w sobie przesłanki wyłączającej stosowanie ustawy Pzp. Wskazał, że zapewnienie odpowiedniego sprzętu medycznego w celu przeprowadzania zabiegów medycznych jest obowiązkiem podmiotu odpowiedzialnego za leczenie pacjentów, jednakże obowiązek ten powinien być wykonywany przy zachowaniu najwyższej możliwej staranności przy udzielaniu zamówień, w tym także szacowaniu ich wartości, w taki sposób, aby postępować zgodnie z przepisami określonymi w ustawie Pzp i jednocześnie nie narażać życia i zdrowia pacjentów. W przedmiotowej sprawie trudno mówić o zachowaniu należytej staranności przy szacowaniu wartości zamówień przez Zamawiającego, gdy z wyjaśnień złożonych przez Kierownika Apteki Szpitalnej, które zacytowano w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, a także z dokumentacji wynika, iż wartość zamówień poza przetargowych była ustalana za każdym razem oddzielnie do każdego zamówienia poprzez zapytania telefoniczne lub e-mailowe do potencjalnych wykonawców, pomimo że zamówienia te spełniały przesłanki do łącznego szacowania ich wartości.

Powyższej oceny nie zmienia również fakt, że przedmiotowy sprzęt medyczny był kupowany na konkretne zamówienie konkretnej Kliniki. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi- Centralny Szpital Weteranów, jako Zamawiający, przy udzielaniu zamówień stanowi jeden podmiot, mający status zamawiającego, którego działalność od wielu lat opiera się na świadczeniu usług leczniczych. Wobec powyższego, Zamawiający powinien przy zachowaniu najwyższej możliwej staranności oraz korzystając z doświadczenia przewidywać w jakiej perspektywie czasu będą się rozstrzygać trwające postępowania i wobec tego jakie dostawy sprzętu medycznego (w tym o jakiej wartości) powinny zostać zabezpieczone (z uwzględnieniem zapotrzebowania klinik specjalistycznych będących częścią Szpitala), a następnie zgodnie z tymi przewidywaniami Zamawiający powinien decydować o stosowaniu przepisów ustawy Pzp lub o wyłączeniu ich stosowania. Prezes Urzędu wyjaśnił, że z tożsamością czasową zamówienia mamy do czynienia nie tylko w przypadku faktycznego udzielenia zamówień w tym samym czasie, ale również, gdy występuje możliwość przewidzenia, że Zamawiający będzie potrzebował udzielić kolejnych

tożsamych przedmiotowo zamówień w przyszłości - nawet jeśli faktycznie jednego z zamówień udzielono na początku danego roku finansowego, a drugiego na końcu.

Kontrolujący zwrócił także uwagę, iż Zamawiający z jednej strony wskazuje, że nie mógł w żaden sposób oszacować zapotrzebowania na konkretny sprzęt medyczny, gdyż to nie od Zamawiającego zależy ilość pacjentów, u których wystąpi konieczność przeprowadzenia zabiegów z użyciem przedmiotowych sprzętów medycznych, z drugiej natomiast strony Zamawiający przyznaje, że organizował postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiocie sprzętu medycznego, o którym mowa w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, w których bez wątpliwości musiał ustalić szacowaną wartość zamówienia na każdy poszczególny sprzęt i uwzględnić również zaistnienie zapotrzebowania na ten sprzęt w sytuacji zagrożenia życia i zdrowia. Jako przykład na potwierdzenie powyższego wskazano na fakt, że zgodnie z przekazanym w toku postępowania wyjaśniającego protokołem postępowania 19/PN/ZP/D/2017 szacowana wartość Zamówienia pakietu nr 1, na który składały się staplery oraz ładunki do staplerów (zgodnie z formularzem asortymentowo - cenowym będącym załącznikiem nr 2 do SIWZ) wynosiła 4 181 425,00 zł (1 001 562,91 euro). Jednocześnie jak wynika z punktu III.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia tego postępowania, termin realizacji zamówienia przewidziano na 24 miesiące od dnia zawarcia umowy. Zamawiający wiedział zatem na podstawie oszacowanej wartości zamówienia przetargowego, że wartość zamówień na ww. sprzęt medyczny w roku finansowym 2018 znacznie przekroczy próg stosowania ustawy Pzp. Jak wskazał wnoszący zastrzeżenia - Zamawiający jest Szpitalem Klinicznym, w którym przeprowadzane są bardzo skomplikowane zabiegi ratujące pacjentom zdrowie i życie, zatem bez względu na to czy postępowanie o udzielenie zamówienia rozstrzygnęłoby się w przewidywanym terminie, Szpital i tak musiałby zapewnić specjalistyczny sprzęt medyczny w ilościach przewidzianych podczas szacowania wartości zamówienia prowadzonego w trybie przetargu lub w zbliżonych ilościach. Kontrolujący zwrócił uwagę, że jednorazowy sprzęt medyczny w postaci rękawic czy też nici jest powszechnie używany w działalności podmiotów leczniczych nie tylko do specjalistycznych zabiegów, ale także do nieskomplikowanych codziennych czynności, z czego należy wysunąć wniosek, że zapotrzebowanie na niego jest niezależne od wskazywanej przez Zamawiającego sytuacji zagrożenia życia i zdrowia pacjentów.

W odniesieniu natomiast do zacytowanej przez Zamawiającego opinii Urzędu Zamówień Publicznych, Kontrolujący podkreślił, że w kontekście kontrolowanych zakupów nie można mówić o ujawnieniu się potrzeby udzielenia określonego zamówienia dopiero po udzieleniu innego zamówienia tożsamego przedmiotowo, czy też o nieprzewidywalności konieczności udzielenia zamówienia. Ilość zamawianego z pominięciem przepisów ustawy Pzp przedmiotowego sprzętu, a także częstotliwość dokonywania tych zamówień wskazuje

bowiem, że zabiegi z wykorzystaniem zarówno specjalistycznego sprzętu w postaci staplerów i ligasure jak i podstawowych produktów jednorazowego użytku w postaci rękawic i nici nie są u Zamawiającego przeprowadzane okazjonalnie, lecz regularnie. Zatem sytuację, w której Zamawiający nie będzie w danym okresie czasu potrzebował sprzętu od dawna używanego do skomplikowanych zabiegów przeprowadzanych w celu ratowania życia i zdrowia, a także sprzętu jednorazowego stanowiącego podstawowe wyposażenie podmiotu leczniczego należy uznać za mało prawdopodobną. Ponadto Kontrolujący zauważył, że jak wynika z przedstawionych przez Zamawiającego wyjaśnień, zacytowanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, w przypadku staplerów, ładunków do staplerów oraz ligasure między zakończeniem obowiązywania poprzednich umów w sprawie zamówień wynikających z przetargu, a podpisaniem kolejnych minęło przeszło 18 miesięcy (31.08.2017 - 15.03.2019). Dodatkowo, nagłe zwiększenie zapotrzebowania na przedmiotowy sprzęt medyczny tym bardziej wskazuje, że Zamawiający powinien dojść do wniosku, iż wartość dokonywanych zakupów poza przetargowych szybko przekroczy określony w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp próg, powyżej którego występuje obowiązek stosowania ustawy Pzp.

W odniesieniu do argumentacji Zamawiającego o braku tożsamości czasowej w udzielaniu zamówień Kontrolujący podniósł, że wszystkie te zamówienia były udzielane regularnie na przestrzeni całego roku, przy czym Zamawiający niejednokrotnie udzielał tych zamówień w niewielkich odstępach czasu - również w tym samym dniu lub w odstępie jednego dnia. Wskazał również, że Zamawiający w odniesieniu do staplerów, ładunków do staplerów nie musiał dokładnie określać ostatecznej ilości pacjentów, u których wystąpi konieczność przeprowadzenia zabiegów z użyciem specjalistycznego sprzętu, żeby określić czy wartość zamówień na ten sprzęt w 2018 r. przekroczy próg stosowania ustawy Pzp. Powyższe wynikało bowiem już z wartości szacunkowej zamówień przewidzianych w ramach postępowania nr 19/PN/ZP/D/2017. Kontrolujący zauważył także, że nie było przeszkód, aby Zamawiający sporządził umowę w sprawie zamówienia publicznego w sposób uwzględniający pewną elastyczność co do ilości i terminu dostaw poszczególnych sprzętów medycznych. Kontrolujący podniósł, iż Zamawiającemu zarzucono zaniechanie łącznego szacowania wartości zamówień poszczególnego sprzętu medycznego na przestrzeni całego roku, zatem w świetle przedmiotowej sprawy nieistotny jest fakt, że wartość pojedynczych zamówień na poszczególnych fakturach nie przekroczyła 30 tys euro, od której to wartości uzależniony jest obowiązek stosowania ustawy Pzp. Kontrolujący wskazał także, że skierowanie zapytań cenowych do co najmniej 3 podmiotów nie zmienia faktu, że zamówienie zostało udzielone z pominięciem trybów ustawowych, nawet jeżeli Zamawiający dopatruje się podobieństw z trybem negocjacji bez ogłoszenia. Różnice są zasadnicze. Chociażby wobec formy. Zamawiający wyjaśniał, że kierował zapytania telefoniczne. Taka forma procedowania nie

zapewnia realizacji zasady przejrzystości. Także w przypadku zapytań mailowych Kontrolujący zauważył, że nie mogły one zawierać elementów wymienionych w art. 63 lub 64 ustawy Pzp, w których określone są obowiązkowe czynności zamawiającego oraz niezbędne elementy zaproszenia do negocjacji w przypadku korzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia. W końcu, Zamawiający nie publikował także ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych, co stanowi realizację zasady jawności przez zamawiającego.

Prezes Urzędu podkreślił, że celem przepisów ustawy Pzp jest m.in. zapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przestrzeganie zasad proporcjonalności i przejrzystości. Zatem stosowanie się do przepisów ustawy Pzp, w tym także do udzielania zamówień we wskazanych w niej trybach (w przypadku, gdy wartość zamówienia przekracza próg stosowania ustawy określony w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp) ma gwarantować realizację tych zasad. Zatem, jeżeli Zamawiający udzielając zamówień, o których mowa w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie stosował przepisów ustawy Pzp, to nie mógł również zrealizować zasad w niej przedstawionych, a w szczególności nie mógł udzielić tych zamówień wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy, o czym mowa w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto zauważył, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp zakup dokonany w trybie z wolnej ręki, po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą, dopuszczalny jest jako wyjątek od zasady, wymagający wykazania przez Zamawiającego spełnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 ustawy Pzp

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba wskazuje, iż stosownie do art. 94 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) do kontroli udzielania zamówień publicznych wszczętych na podstawie ustawy uchylanej w art. 89 i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, a zatem do przedmiotowej kontroli zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń. W przepisie tym zwrócono uwagę na konieczność umotywowania zastrzeżeń co do stwierdzonych w trakcie kontroli naruszeń. Dalej należy zauważyć, że zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, Izba w formie uchwały wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń, a zatem opinia Izby w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności (por. m.in. postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13). Oznacza to, że Izba weryfikuje prawidłowość

stwierdzonych w kontroli naruszeń wyłącznie w oparciu o argumentację przedstawioną przez zamawiającego w zastrzeżeniach, w granicach wyznaczonych treścią zastrzeżeń.

Izba, uznając ustalenia faktyczne oraz prawne dokonane przez Kontrolującego za prawidłowe, stwierdziła, że zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej zgłoszone pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. przez Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby zastrzeżenia Zamawiającego nie podważają prawidłowości stanowiska Kontrolującego, stwierdzającego naruszenie art. 5b pkt 2 oraz art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie łącznego szacowania wartości w ramach zakupów sprzętu medycznego – rękawic gumowych, rękawic nitrylowych, ligasure, staplerów, ładunków do staplerów oraz nici w okresie od stycznia do grudnia 2018 r., a w rezultacie dopuszczenie się przez Zamawiającego podziału zamówień mających za przedmiot dostawę poszczególnego sprzętu na odrębne zamówienia, co doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz udzielenie zamówień publicznych wykonawcom, którzy nie zostali wybrani na zasadach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, w jednym z trybów określonych w art. 10 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro. Zgodnie z art. 5b pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości. Wedle art. 32 ust. 1 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością, z kolei ust. 4 tego przepisu stanowi, że jeżeli zamawiający udziela zamówień w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Ponadto zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp). Art. 10 ustawy Pzp wskazuje zaś, iż podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, przy czym zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.

W świetle powyższych regulacji należy wskazać, iż obowiązkiem Zamawiającego, będącego jednostką realizującą zadania z zakresu ochrony życia i zdrowia ludzkiego, jest odpowiednie planowanie zamówień w taki sposób, aby z jednej strony zapewnić Szpitalowi i poszczególnym Klinikom dostawę sprzętu medycznego zgodnie z niezbędnym zapotrzebowaniem, bez uszczerbku dla realizowanych działań, a z drugiej strony nie naruszyć przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych. Kluczowe znaczenie ma tutaj właściwa ocena zapotrzebowania oraz powiązane z tym właściwe oszacowanie wartości zamówienia. Powyższe czynności mają doniosłe znaczenie dla prawidłowego ustalenia czy do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy Pzp (art. 4 pkt 8 ustawy Pzp), a jeśli tak to jakie przepisy należy zastosować (art. 11 ust. 8 ustawy Pzp). Zamawiający miał świadomość spoczywających na nim obowiązków, o czym świadczy fakt, że wszczął postępowania o udzielenie zamówienia na zakup przedmiotowego sprzętu medycznego w trybie przetargów nieograniczonych. Niemniej okoliczność wszczęcia tego rodzaju postępowań o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp do zamówień na tego samego rodzaju sprzęt medyczny dokonywanych w trakcie trwania ww. postępowań.

Bynajmniej nie stanowi okoliczności usprawiedliwiającej działania Zamawiającego konieczność udzielania wyjaśnień potencjalnym wykonawcom na zadawane liczne pytania oraz konieczność wprowadzenia w wyniku tych wyjaśnień istotnych modyfikacji do pierwotnej treści SIWZ. Obowiązek udzielania wyjaśnień treści SIWZ jest ustawowym obowiązkiem wszystkich zamawiających, a sytuacja zadawania licznych pytań przez wykonawców nie jest okolicznością nadzwyczajną i powinna zostać przez Zamawiającego przewidziana. Nie jest także sytuacją wyjątkową konieczność wprowadzenia modyfikacji treści SIWZ na skutek pytań zadawanych przez wykonawców, zaś fakt, że modyfikacje te miały w przedmiotowym przypadku istotny charakter nie racjonalizuje działania Zamawiającego, wręcz przeciwnie – powoduje wątpliwości czy treść SIWZ została należycie przygotowana. Zamawiający przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia ma obowiązek wziąć pod uwagę długość trwania samej procedury, w tym możliwość wystąpienia zdarzeń, które mogą wpłynąć na jej wydłużenie, jak możliwość skorzystania przez wykonawców z uprawnienia do złożenia wniosku o wyjaśnienie bądź zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. Obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp nie wyłącza także brak rozstrzygnięcia danego postępowania o udzielenie zamówienia, czy też jego unieważnienie.

Izba nie uznała także za przekonujące stanowiska Zamawiającego, iż nie można było oszacować zapotrzebowania na konkretny sprzęt medyczny. Owszem, oszacowanie konkretnej, dokładnej ilości sprzętu, jaki faktycznie zostanie wykorzystany, może być

utrudnione, niemniej nie powoduje to, że nie jest możliwe oszacowanie pewnego minimalnego pułapu ilościowego, który pokryje ewentualne zwiększone zapotrzebowanie Szpitala i poszczególnych Klinik, tym bardziej, że sprzęt medyczny, którego dotyczy kontrola, nie jest sprzętem o krótkiej przydatności czy trwałości, którego nadmiaru Zamawiający nie mógłby w swojej działalności wykorzystać. Nie budzi wątpliwości Izby okoliczność, że zakupy rękawic gumowych, rękawic nitrylowych, ligasure, staplerów, ładunków do staplerów oraz nici, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, są zamówieniami cyklicznymi, powtarzalnymi. Ponadto Zamawiający prezentuje argumentację sprzeczną wewnątrznie -z jednej strony wskazuje, że nie mógł oszacować zapotrzebowania na konkretny sprzęt medyczny, gdyż to nie od niego zależy ilość pacjentów, u których wystąpi konieczność przeprowadzenia zabiegów z użyciem przedmiotowych sprzętów medycznych, a z drugiej strony sam przyznaje, że prowadził postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę przedmiotowego sprzętu medycznego, co wymagało przecież ustalenia szacowanej wartości zamówienia na każdy poszczególny sprzęt i uwzględnienia zapotrzebowania poszczególnych Klinik na ten sprzęt w sytuacji zagrożenia życia i zdrowia. W ocenie Izby Zamawiający miał świadomość, że w okresie trwania postępowań przetargowych potrzeba zakupu sprzętu medycznego może się pojawić, niemniej w sposób niczym nie uzasadniony usprawiedliwiał brak możliwości oszacowania zapotrzebowania na dany sprzęt tym, że może ono nie wystąpić. Bezzasadne w okolicznościach przedmiotowej sprawy są także twierdzenia Zamawiającego, że Szpital musiał dokonywać zakupów przedmiotowego sprzętu medycznego na składane w różnym czasie konkretne zapotrzebowanie z konkretnej Kliniki związane z przeprowadzanymi zabiegami. W niniejszym przypadku, niezależnie od liczby Klinik zgłaszających zapotrzebowanie na dany sprzęt medyczny, mamy do czynienia z jednym Zamawiającym, na którym ciąży obowiązek przygotowania odpowiednich planów zakupowych w ramach całej jednostki, a następnie sprawnego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby zapewnić niezbędny sprzęt wszystkim Klinikom.

Ponadto Izba wskazuje, że jeżeli zdaniem Zamawiającego zamówienia na zakup sprzętu medycznego objęte zakresem kontroli stanowiły przypadek wyjątkowy, pilny, niemożliwy do przewidzenia i uprzedniego zaplanowania, to Zamawiający powinien w toku kontroli okoliczność tę wykazać, tymczasem poza lakonicznym stwierdzeniem, że Zamawiający nie mógł przewidzieć ilości pacjentów mimo doświadczenia w świadczeniu usług medycznych, stanowisko Zamawiającego nie zostało niczym poparte. Po drugie nawet w takiej sytuacji Zamawiający powinien podjąć działania zgodne z przepisami ustawy Pzp, np. poprzez zastosowanie innych niż podstawowe trybów udzielania zamówień. Przy czym za całkowicie bezzasadne uznać należy stanowisko Zamawiającego, jakoby fakt, że kierował on zapytanie do trzech podmiotów przed udzieleniem zamówienia, miał oznaczać, że przy wyborze był

zastosowany taki sam element konkurencji jak w trybie negocjacji bez ogłoszenia, czy też, że każdorazowe badanie rynku, kierowanie zapytań do kilku potencjalnych wykonawców, w wyższym stopniu realizuje zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, niż zakup dokonany w trybie z wolnej ręki. Jak słusznie wskazał Kontrolujący, skierowanie zapytań cenowych do co najmniej trzech podmiotów nie zmienia faktu, że zamówienie zostało udzielone z pominięciem trybów ustawowych, nawet jeżeli Zamawiający dopatruje się podobieństw z trybem negocjacji bez ogłoszenia. Różnice są zasadnicze, chociażby w zakresie formy procedowania i obowiązków informacyjnych, mających gwarantować przejrzystość i jawność postępowania. Ponadto, aby zastosować tryb negocjacji bez ogłoszenia czy tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki spełnić należy szereg wymaganych ustawą przesłanek, gwarantujących, że udzielenie zamówienia w tych trybach ma miejsce w przypadkach wyjątkowych, szczególnych. W ocenie Izby podejmowane przez Zamawiającego działania nie czyniły zadość fundamentalnym zasadom wyrażonym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, prowadząc w konsekwencji do udzielenia zamówienia wykonawcom wybranym z pominięciem stosowania przepisów ustawy Pzp .

W odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego, iż w objętym kontrolą okresie brak było tożsamości czasowej dokonanych zamówień, Izba w pełni podzieliła stanowisko Kontrolującego, który zwrócił uwagę, że przedmiotowe zamówienia były udzielane regularnie na przestrzeni całego roku, przy czym Zamawiający niejednokrotnie udzielał tych zamówień w niewielkich odstępach czasu - również w tym samym dniu lub w odstępie jednego dnia. Ponadto podkreślenia wymaga, że z tożsamością czasową zamówienia mamy do czynienia nie tylko w przypadku faktycznego udzielenia zamówień w tym samym czasie, ale również, gdy występuje możliwość przewidzenia, że Zamawiający będzie potrzebował udzielić kolejnych tożsamych przedmiotowo zamówień w przyszłości. Nie ma przy tym znaczenia podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że wartość każdego z poszczególnych zamówień nie przekroczyła wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro - naruszenie stwierdzone w wyniku kontroli sprowadzało się bowiem do zaniechania łącznego szacowania wartości zamówień poszczególnego sprzętu medycznego na przestrzeni całego roku. W okolicznościach przedmiotowej sprawy trudno mówić o dołożeniu przez Zamawiającego należytej staranności przy odpowiednim planowaniu działań zakupowych, w sytuacji gdy wartość zamówień udzielanych bez stosowania przepisów ustawy Pzp ustalana była osobno dla każdego zamówienia na poszczególny sprzęt medyczny, mimo ziszczenia się przesłanek do ich łącznego szacowania. Starania podjęte przez Zamawiającego mające na celu wdrożenie działań pozwalających uniknąć w przyszłości zarzutów naruszenia ustawy Pzp, jakkolwiek oceniać należy pozytywnie, nie mogą mieć jednak wpływu na stanowisko Izby co do stwierdzonych w wyniku kontroli naruszeń.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....