

Sygn. akt: KIO/KD 1/21

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 26 stycznia 2021 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 28 grudnia 2020 r. zgłoszonych do Prezesa 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 od wyniku kontroli doraźnej z dnia 15 grudnia 2020 r. w przedmiocie zamówień na dostawę sprzętu medycznego: staplerów oraz ładunków do staplerów, udzielanych w 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: **Beata Pakulska-Banach**

Członkowie: **Aleksandra Patyk**

Irmina Pawlik

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem Urzędu” lub „Kontrolującym”), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) – dalej zwanej: „ustawą Pzp” - przeprowadził kontrolę doraźną zamówień udzielanych w 2019 roku przez Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – Centralny Szpital Weteranów (dalej jako: „Zamawiający”) na dostawę sprzętu medycznego: staplerów oraz ładunków do staplerów.

W informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 15 grudnia 2020 roku Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 5b pkt 2 i art. 32 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie łącznego szacowania wartości w ramach zakupów sprzętu medycznego – staplerów oraz ładunków do staplerów w okresie od stycznia do marca 2019 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 Pzp, w jednym z trybów określonych w art. 10 ustawy Pzp.

W toku kontroli ustalono, że Zamawiający dokonywał w okresie 2.01.2019 r. – 22.03.2019 r. zakupów staplerów oraz ładunków do staplerów 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 tejże ustawy.

Zamawiający w przekazanych do Urzędu wyjaśnieniach z dnia 22 marca 2019 r. wskazał, że: *„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. przesłanym przez Zamawiającego do Urzędu kierownik Apteki Szpitalnej złożyła wyjaśnienia o następującej treści: *„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 zagrożenia 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 przysyłał do Zamawiającego zamówiony towar wraz z fakturą (...). Zamawiający dokonywał zamówień zewnętrznych poza ustawą w trybie „na cito” w okresie od 01 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 wysyłane do wykonawców. Do każdego zrealizowanego zamówienia załączona została informacja na jakiej podstawie dokonano wyboru Wykonawcy. Kryterium wyboru zawsze stanowiła najkorzystniejsza oferta z najniższą ceną. Dodatkowo informujemy, iż Zamawiający w okresie od stycznia 2019 r. do grudnia 2019 r. udzielał kolejnych zamówień zewnętrznych na potrzeby Apteki Szpitalnej z pominięciem stosowania ustawy PZP na kwotę 4 322 220,86 zł netto.”

Na podstawie nadesłanych przez Zamawiającego wraz z pismem z dnia 29 kwietnia 2020 roku zestawień dostaw i faktur Kontrolujący ustalił, że Zamawiający w roku 2019 dokonał zakupów niewynikających z umów zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia następującego sprzętu medycznego:

1. staplerów na łączną kwotę 186 044,04 zł brutto,
2. ładunków do staplerów na łączną kwotę 219 028,32 zł brutto.

W wyjaśnieniach z dnia 11 września 2020 r. 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 06.09.2016r. 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. (...)

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 31.08.2017r. z firmą Medtronic Nowy wniosek (143/16) o wszczęcie kolejnej procedury przetargowej na te produkty, napisany był 06.09.2016r. 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/09/201 , z firmą Johnson & Johnson, która obowiązuje 16.04.2019-15.04.2021. (...).”

Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisów ustawy Pzp, udzielając wielokrotnie na przestrzeni 3 miesięcy, z pominięciem trybów wskazanych w art. 10 ustawy Pzp, zamówień na dostawy tych samych leków, których zsumowana wartość wynosiła odpowiednio:

1. dla staplerów - 186 044,04 zł brutto (172 263,00 zł netto),
2. dla ładunków do staplerów - 219 028,32 zł brutto (202 804,00 zł netto).

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.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego dotyczących ochrony zdrowia i życia pacjentów Szpitala Kontrolujący stwierdził, że: „*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 łącznie oszacować wartości zamówień przedmiotowego sprzętu, 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).*”.

Dalej Kontrolujący podnosił: „*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, należy wyjaśnić, 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 sprzętu medycznego 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.”

Prezes Urzędu stwierdził także, że: „dokonane przez Urząd ustalenia dotyczące wartości zakupów przedmiotowych sprzętów medycznych przez Zamawiającego w roku budżetowym 2019 wynikającego z zestawienia faktur za ten rok budżetowy, nakazuje 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, że 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.”

Reasumując swoje stanowisko, Prezes Urzędu wskazywał, że: „poprzez nieprawidłowe szacowanie wartości sprzętu medycznego – staplerów oraz ładunków do staplerów zakupywanych w okresie od stycznia do marca 2019 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 Prawo zamówień publicznych, 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.”

W dniu 28 grudnia 2020 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, zgłosił Prezesowi Urzędu umotywowane zastrzeżenia od informacji o wyniku kontroli doraźnej, nie zgadzając się z ustaleniami dokonanymi w wyniku przeprowadzonej kontroli, dotyczącymi stwierdzenia naruszeń przepisów ustawy Pzp, wskazanych w przedmiotowej informacji.

Zamawiający w pierwszej kolejności podnosił, że wszczął procedurę przetargową na zakup sprzętu medycznego: staplerów i ładunków do staplerów zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp oraz dokonał opisu i oszacowania przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami tej ustawy. Zaznaczył jednak, że postępowanie przetargowe na zakup ww. sprzętu medycznego przedłużało się, z uwagi na przedłużającą się procedurę wyjaśnień treści SIWZ oraz konieczność wprowadzenia istotnych modyfikacji do SIWZ. W trakcie trwających jeszcze postępowań Zamawiający był zmuszony dokonywać zakupu staplerów i ładunków do staplerów na składane w różnym czasie konkretne zapotrzebowanie z konkretnej Kliniki.

Zamawiający podkreślił, że kontrolowane zakupy związane były z przeprowadzanymi zabiegami, a nie miały na celu dzielenia zamówienia. Zamawiający podniósł, że w danym okresie – tj. w trakcie trwającego jeszcze postępowania przetargowego aż do jego rozstrzygnięcia - zapotrzebowanie na przedmiotowy sprzęt mogło w ogóle nie wystąpić. Następnie Zamawiający wskazywał, że charakter prowadzonej przez niego działalności jest taki, że nawet przy dołożeniu najwyższej staranności, nie można dokładnie oszacować zapotrzebowania na konkretny sprzęt medyczny. Podkreślił, że nie ma wpływu na to ilu będzie pacjentów, u których wystąpi konieczność przeprowadzenia zabiegów z użyciem staplerów, umożliwiających wykonanie zespolenia tkanek w trudno dostępnych miejscach. Zaznaczył też, że jest podmiotem leczniczym, w którym wykonywane są skomplikowane zabiegi ratujące zdrowie i życie. Zamawiający podnosił m.in., że: *„tym samym, te konkretne przypadki zakupu staplerów, ładunków do staplerów 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”*.

Następnie, Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że wszczął postępowania przetargowe na tyle wcześniej, aby było możliwe zawarcie nowych umów przed upływem terminów umów poprzednio obowiązujących. Jednakże postępowania się przeciągnęły, a dodatkowo, nagle, zwiększyło się pilne zapotrzebowanie na przedmiotowy sprzęt medyczny, który Zamawiający musiał zapewnić pacjentom.

Dodatkowo, Zamawiający powołał się na opinię zawartą w Informatorze 4/2011 Urzędu Zamówień Publicznych.

Zamawiający wskazał, że: *„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”*.

W dalszej części Zamawiający wyjaśnił, iż: *„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 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 identyfikacja 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 podkreślał, że wartość każdego z poszczególnych zamówień nie przekroczyła wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro, a zatem, zgodnie z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, nie miał w tych konkretnych przypadkach obowiązku stosowania procedur określonych ustawą Pzp. W jego ocenie, każdy zakup staplera i ładunku do staplera był dokonywany przez Kierownika Apteki Szpitalnej według procedury zakupu zgodnej z wartością konkretnego zamówienia, złożonego przez Klinikę.

Odnosnie zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, Zamawiający podnosił, że *„każdorazowe badanie rynku przez Kierownika Apteki Szpitalnej, kierowanie zapytań do kilku potencjalnych Wykonawców - bardziej w naszej ocenie, 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 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, że kontrolowany sprzęt medyczny stanowił przedmiot postępowania prowadzonego zgodnie z przepisami ustawy Pzp, przy czym zakupy tego sprzętu były dokonywane na konkretne zamówienie z konkretnej Kliniki w celu ratowania życia i zdrowia pacjentów, a nie w celu dzielenia zamówienia. W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, zarzut naruszenia przepisów art. 5b pkt 2, art. 32 ust. 1 i 4, a także art. 7 ust. 1 i 3 oraz 10 ustawy Pzp jest bezzasadny.

Zamawiający w końcowej części zgłoszonych zastrzeżeń wyjaśniał, że podjął działania mające na celu usprawnienie działalności Szpitala, w tym działalności w zakresie udzielania przez Szpital zamówień publicznych.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa Urzędu, który w piśmie z dnia 11 stycznia 2021 roku podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i poinformował Zamawiającego, że nie uwzględni zgłoszonych przez niego zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Uzupełniająco, w odniesieniu do argumentacji Zamawiającego powoływanej w treści zastrzeżeń, Prezes Urzędu wskazywał, że sam fakt, iż sprzęt medyczny był przedmiotem toczących się postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień na ten sprzęt

do czasu zakończenia tych postępowań. Zauważył, że brak rozstrzygnięcia postępowania lub unieważnienie postępowania są okolicznościami powszechnie występującymi w procesie udzielania zamówień publicznych i nie stanowią same w sobie przesłanki wyłączającej stosowanie ustawy Pzp.

Następnie Prezes Urzędu podniósł, że zapewnienie pacjentom odpowiedniego sprzętu medycznego jest obowiązkiem podmiotu odpowiedzialnego za ich leczenie, przy czym obowiązek ten powinien być wykonywany przy zachowaniu najwyższej możliwej staranności przy udzielaniu zamówień, w tym także szacowaniu ich wartości, tak aby postępować zgodnie z przepisami określonymi w ustawie Pzp, a jednocześnie nie narażać życia i zdrowia pacjentów.

Kontrolujący stwierdził, że nie można mówić o zachowaniu należytej staranności przy szacowaniu wartości zamówień przez Zamawiającego, w sytuacji, gdy wartość ta była ustalana za każdym razem oddzielnie do każdego zamówienia poprzez zapytania telefoniczne lub e-mailowe do potencjalnych wykonawców, pomimo, iż zamówienia te spełniały przesłanki do łącznego szacowania ich wartości.

Oceny Prezesa Urzędu nie zmienił także fakt, że przedmiotowy sprzęt medyczny był kupowany na konkretne zamówienie konkretnej Kliniki, z tego względu, iż Zamawiający, przy udzielaniu zamówień stanowi jeden podmiot, mający status zamawiającego, którego działalność od wielu lat opiera się na świadczeniu usług leczniczych.

W opinii Prezesa Urzędu, 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 (o jakiej wartości) powinny zostać zabezpieczone (z uwzględnieniem zapotrzebowania klinik specjalistycznych będących częścią Szpitala), a następnie zgodnie z tymi przewidywaniami Zamawiający powinien zdecydować o stosowaniu przepisów ustawy Pzp lub o wyłączeniu ich stosowania.

Odnosnie twierdzeń Zamawiającego, dotyczących identyfikacji czasowej zamówień, będących przedmiotem kontroli, Prezes Urzędu stwierdził, że tożsamość czasowa zamówienia, występuje nie tylko w przypadku faktycznego udzielenia zamówień w tym samym czasie, ale także wówczas, gdy istnieje możliwość przewidzenia, że będzie potrzeba udzielenia kolejnych tożsamyh przedmiotowo zamówień w przyszłości – nawet jeśli jednego z zamówień udzielono na początku danego roku finansowego, a drugiego na końcu.

Prezes Urzędu wskazał na sprzeczność stanowiska Zamawiającego, który z jednej strony wywodzi, że nie mógł w żaden sposób oszacować zapotrzebowania na konkretny sprzęt medyczny, a z drugiej strony wskazywał, że zorganizował postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie sprzętu medycznego, którego zakupy stanowią

przedmiot kontroli, w związku, z którymi musiał ustalić szacunkową wartość zamówienia, jak i uwzględnić zapotrzebowanie na ten sprzęt.

Dla przykładu Prezes Urzędu wskazał na to, że szacowana wartość zamówienia dla staplerów i ładunków do staplerów w pakiecie nr 1 wynosiła 4 181 425,00 zł, przy czym termin realizacji zamówienia przewidziano na 24 miesiące od daty zawarcia umowy.

Ponadto, sam Zamawiający argumentował, że zaplanował trwające, a nie rozstrzygnięte jeszcze postępowania przetargowe, z wyprzedzeniem, aby możliwe było zawarcie nowych umów przed upływem terminów umów poprzednio obowiązujących. W ocenie Prezesa Urzędu, oznacza to, że Zamawiający wiedział (na podstawie oszacowanej wartości zamówienia), że wartość zamówień na ww. sprzęt medyczny w 2019 roku znacznie przekroczy próg stosowania ustawy Pzp. Bez względu na to czy postępowanie o udzielenie zamówienia rozstrzygnęłoby się w przewidywanym terminie, Szpital i tak musiałby zapewnić pacjentom sprzęt medyczny w postaci staplerów i ładunków do staplerów w ilościach przewidzianych podczas szacowania wartości zamówienia prowadzonego w trybie przetargu lub w zbliżonych ilościach.

W dalszej kolejności Prezes Urzędu podnosił, że w przypadku kontrolowanych zakupów nie można mówić o ujawnieniu się potrzeby udzielenia określonego zamówienia dopiero po udzieleniu innego zamówienia tożsamego przedmiotowo, jak również o nieprzewidywalności konieczności udzielenia zamówienia. Jego zdaniem, ilość zamawianego sprzętu medycznego z pominięciem przepisów ustawy Pzp, jak i oszacowana wartość zamówienia na ten sprzęt określona we wszczętym postępowaniu przetargowym, wskazuje na fakt, że zabiegi z użyciem staplerów są u Zamawiającego wykonywane regularnie. Za mało prawdopodobną uznał sytuację, że Zamawiający w danym okresie czasu, nie potrzebowałby sprzętu, który od dawna jest używany do zabiegów zespolenia tkanek w celu ratowania życia i zdrowia pacjentów. Prezes Urzędu podkreślił, że pomiędzy zakończeniem obowiązywania poprzedniej umowy, a podpisaniem kolejnej upłynęło ponad 18 miesięcy. Podniósł też, że nagłe zwiększenie zapotrzebowania na przedmiotowy sprzęt medyczny, tym bardziej powinno zwrócić uwagę Zamawiającego, iż wartość dokonywanych zakupów poza przetargiem szybko przekroczy próg określony w art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, powyżej którego występuje obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp.

Prezes Urzędu, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej braku tożsamości czasowej, wskazał na okoliczność, że wszystkie kontrolowane zamówienia zostały udzielone w okresie zaledwie 3 miesięcy w niewielkich odstępach czasu (czasem w tym samym dniu).

Kontrolujący dodał, iż Zamawiający mógł sporządzić umowę w sprawie zamówienia publicznego w sposób uwzględniający pewną elastyczność co do ilości i terminu dostaw,

jako kontrargument do twierdzeń Zamawiającego o konieczności racjonalnego wydatkowania środków finansowych.

Kontrolujący podniósł także, że bez znaczenia jest okoliczność, iż wartość pojedynczych zamówień na poszczególnych fakturach nie przekroczyła 30 tys euro, skoro Zamawiającemu postawiono zarzut zaniechania łącznego szacowania wartości zamówień poszczególnego sprzętu medycznego na przestrzeni 3 miesięcy. Z kolei odnosząc się do argumentacji Zamawiającego w zakresie kierowania zapytań cenowych do co najmniej 3 podmiotów, wskazywał, że nie zmienia to faktu, iż zamówienie zostało udzielone z pominięciem trybów ustawowych.

Co do stanowiska Zamawiającego, iż *„każdorazowe badanie rynku przez Kierownika Apteki Szpitalnej, kierowanie zapytań do kilku potencjalnych Wykonawców - bardziej w naszej ocenie, 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”* Prezes Urzędu wskazywał, że celem przepisów ustawy Pzp jest m.in. zapewnienie realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasad proporcjonalności i przejrzystości. Jeżeli Zamawiający, udzielając zamówień, 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 (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.).

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

Izba stwierdziła, że zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – Centralny Szpital Weteranów w Łodzi, pismem z dnia 28 grudnia 2020 roku, nie zasługują na uwzględnienie.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu co do zasadności stwierdzonego w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 15 grudnia 2020 roku naruszenia przez Zamawiającego 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 – staplerów oraz ładunków do staplerów w okresie od stycznia do marca 2019 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 Pzp, w jednym z trybów określonych w art. 10 ustawy Pzp.

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.

W myśl 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. Natomiast, zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp jeżeli zamawiający udziela zamówień w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

Jak stanowi 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. Z kolei art. 7 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Z art. 10 ustawy Pzp wynika, że 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.

Izba w całości podziela argumentację Prezesa Urzędu wyrażoną zarówno w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 15 grudnia 2020 roku, jak i w piśmie z dnia 11 stycznia 2021 roku, zawierającym stanowisko w przedmiocie nieuwzględnienia zastrzeżeń Zamawiającego.

Ponadto, Izba powołuje się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2021 roku, podjętą w sprawie o sygn. akt: KIO/KD 58/20, gdzie Izba wyraziła opinię, iż zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Powołana powyżej uchwała Krajowej Izby Odwoławczej została podjęta w sprawie zastrzeżeń zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli doraźnej przez tego samego Zamawiającego w bardzo podobnym stanie faktycznym i niemal identycznym stanie prawnym. Ww. uchwała dotyczyła zakupów leków dokonanych w podobnym okresie, z pominięciem trybów wskazanych w ustawie Pzp. Stwierdzone przez Kontrolującego naruszenia przepisów ustawy Pzp są identyczne, jak w sprawie będącej przedmiotem niniejszej uchwały.

Ponadto, zarówno argumentacja Prezesa Urzędu, jak i Zamawiającego, jest niemalże tożsama z tą zawartą odpowiednio w informacji o wynikach kontroli z dnia 15 grudnia 2020 roku, zastrzeżeniach Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2020 roku od informacji o wyniku kontroli, czy w piśmie Prezesa Urzędu z dnia 11 stycznia 2021 roku, stanowiącym odpowiedź na zastrzeżenia Zamawiającego. Różnice w zasadzie wynikają wyłącznie z przedmiotu zamówień obu kontroli.

Biorąc pod uwagę powyższe (tj. wysoki stopień zbieżności stanu faktycznego i prawnego), jak i to, że Izba w składzie orzekającym w pełni podziela i przyjmuje jako własne stanowisko Izby wyrażone w uchwale o sygn. akt: KIO/KD 58/20, Izba w niniejszej uchwale przyjmuje i podziela wszystkie wnioski wynikające z przedmiotowej uchwały.

Izba wskazuje, iż stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej, zawartych w piśmie z dnia 28 grudnia 2020 r., nie podważało prawidłowości stwierdzonych w toku kontroli naruszeń. Izba stwierdziła, że ustalenia faktyczne oraz prawne dokonane przez Kontrolującego były prawidłowe.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp okoliczność przedłużającego się postępowania przetargowego, wszczętego zgodnie z przepisami ustawy Pzp, jak i brak jego rozstrzygnięcia, czy nawet jego unieważnienie.

Słusznie podnosił Prezes Urzędu, że *„zapewnienie odpowiedniego sprzętu medycznego w celu przeprowadzenia 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 okolicznościach przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby, trudno mówić o dołożeniu przez Zamawiającego należytej staranności przy szacowaniu zapotrzebowania na sprzęt medyczny. Zamawiający każdorazowo, oddzielnie dla każdego zamówienia, ustalał wartość poprzez zapytania telefoniczne lub e-mailowe, mimo istnienia przesłanek do łącznego szacowania ich wartości. Rację ma Prezes Urzędu twierdząc, że oceny tej nie zmienia okoliczność, iż Zamawiający dokonywał zakupów w odpowiedzi na składane w różnym czasie konkretne zapotrzebowanie z konkretnej Kliniki związane z przeprowadzanymi zabiegami. Po pierwsze – Zamawiający stanowi jeden podmiot, który przy udzielaniu zamówień powinien oceniać i brać pod uwagę potrzeby wszystkich jednostek wchodzących w jego skład. To na Zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania odpowiednich planów zakupowych

dla wszystkich jednostek, a następnie sprawnego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Po drugie – faktem jest, że Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć konkretnej ilości pacjentów, którzy będą wymagali użycia sprzętu medycznego w postaci staplerów i ładunków do staplerów przy zabiegach, niemniej jednak, na podstawie prowadzonej działalności leczniczej i swojego dotychczasowego doświadczenia mógł i powinien przewidzieć, że zaistnieje zapotrzebowanie na przedmiotowy sprzęt medyczny o wartości przekraczającej próg stosowania przepisów ustawy Pzp określony w art. 4 pkt 8 tej ustawy. Powyższe znajduje potwierdzenie także w ilości i wartości zakupów staplerów i ładunków do staplerów, dokonanych z pominięciem stosowania przepisów ustawy, jak i w czasie kiedy były one dokonywane – zakupy były realizowane na przestrzeni trzech miesięcy w odstępach kilkudniowych, bądź nawet jednodniowych, albo też w ciągu tego samego dnia (przykładowo trzykrotne zamówienia staplerów w dniach 15.01.2019r., 14.02.2019 r., 18.02.2019r.).

Za Prezesem Urzędu należy wskazać także, że nie ma przeszkód, aby Zamawiający sporządził umowę w sprawie zamówienia publicznego w sposób uwzględniający pewną elastyczność co do ilości i terminu dostaw poszczególnego sprzętu medycznego.

Izba zgadza się także z Kontrolującym, że stanowisko wyrażone przez Zamawiającego jest sprzeczne wewnętrznie. Zamawiający, bowiem z jednej strony wskazuje, że nie był w stanie oszacować zapotrzebowania na sprzęt medyczny, a z drugiej strony był jednak w stanie zorganizować postępowanie przetargowe na zakup tego samego sprzętu, do czego niezbędne było ustalenie zapotrzebowania. Jednocześnie nadmienić należy, że sprzęt ten przeważnie jest używany w sytuacji zagrożenia życia i zdrowia, przy czym działający z należytą starannością Zamawiający, prowadzący jako Szpital działalność leczniczą w zakresie ochrony życia i zdrowia powinien w zakresie zapotrzebowania uwzględnić zabiegi planowane i nagłe.

O dołożeniu przez Zamawiającego należytej staranności w planowaniu zakupów nie może być także mowy w sytuacji, gdy Zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 11.04.2017 roku, podczas gdy wniosek o wszczęcie procedury przetargowej sporządzony został we wrześniu 2016 roku. Następnie wskazać należy, iż Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego miał 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 (na co się powoływał w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli), a także możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Izba, podziela także argumentację Prezesa Urzędu, w przedmiocie tożsamości czasowej zamówień podlegających kontroli. W powyższym zakresie słusznie stwierdził Kontrolujący, iż 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 tożsamyh przedmiotowo zamówień w przyszłości.

Bez znaczenia w okolicznościach niniejszej sprawy pozostają argumenty Zamawiającego dotyczące kierowania zapytań ofertowych do trzech podmiotów przed udzieleniem zamówień na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp oraz, że takie działanie – w ocenie Zamawiającego - bardziej realizuje zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp niż zakup dokonany w trybie z wolnej ręki. Izba wskazuje, że powyższa argumentacja nie zmienia istoty stwierdzonego przez Prezesa Urzędu naruszenia polegającego na zaniechaniu stosowania przepisów ustawy Pzp wskutek zaniechania łącznego szacowania zamówień na dostawę sprzętu medycznego staplerów i ładunków do staplerów w okresie od stycznia do marca 2019 r.

W szczególności podkreślić należy, iż 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. Zamawiający pomija także zasadnicze różnice wynikające z prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, czy negocjacji bez ogłoszenia, w tym dotyczące formy prowadzonego postępowania, czy wynikających z ustawy Pzp obowiązków informacyjnych realizujących naczelną zasadę zamówień publicznych, tj. jawności postępowania.

Reasumując, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego przedstawione w piśmie z dnia 28 grudnia 2020 r. od wyniku kontroli doraźnej i stwierdzonego przez Prezesa Urzędu w wyniku tej kontroli naruszenia 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 nie zasługują na uwzględnienie.

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. Zgodnie zaś z art. 167 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych: Krajowa Izba Odwoławcza w składzie trzyosobowym wyraża, w formie uchwały, opinię w sprawie zastrzeżeń w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....