

Sygn. akt: KIO/KD 8/22

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 17 luty 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 stycznia 2022 r. (wpływ 18 stycznia 2022 r.) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Powiatowe Centrum Medyczne w Grójcu Sp. z o.o. ul. Ks. Piotra Skargi 10, 05-600 Grójec (dalej „Zamawiający”)

dotyczących *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* (dalej także „Informacja”) z dnia 11 stycznia 2022 r. (znak: UZP/DKZP/KND/54/2021)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Renata Tubisz
Członkowie:	Justyna Tomkowska
	Marek Bienias

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W dniu 28 lutego 2021r. drogą e-mail Jarosław Sarniak Wola Boglewska 34,05-604 Jasieniec (Wnioskodawca) złożył wniosek do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Prezes UZP/Kontrolujący) o przeprowadzenie kontroli postępowania w Powiatowym Centrum Medycznym w Grójcu ul. Ks. Piotra Skargi 10, 05-600 Grójec (Zamawiający). W złożonym piśmie Wnioskodawca stwierdza, „Dziwi fakt, że Zamawiający nie podzielił zamówienia na części, skoro zamawiany asortyment zawiera ponad 140 pozycji sprzętu medycznego i wyposażenia. W jeden pakiet został wrzucony zarówno sprzęt medyczny, jak i sprzęt komputerowy, a także meble zarówno zwykłe, jak i medyczne. Z pewnością dopuszczenie składania ofert częściowych wpłynęłoby na większą konkurencyjność w postępowaniu, a także na zaoferowanie mniejszych cen na poszczególne przedmioty zamówienia. Zamawiający stosując taki „trik” de facto wykluczył z udziału w postępowaniu większość Wykonawców, którzy nie mogli złożyć swoich ofert na poszczególne pozycje zamówienia. W ten sposób Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.”

Ze złożonego wniosku wynika, że Wnioskodawca uważa, że Zamawiający powinien podzielić zamówienie na części, tak aby wykonawcy mogli składać oferty na poszczególne pozycje, a co według jego przekonania wpłynęłoby na niższe ceny. Wnioskodawca stwierdza, że brak podziału zamówienia na części skutkuje naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania. Przy czym Wnioskodawca nie podaje na ile i jakie części należało podzielić zamówienie, ale powołuje się na różnorodność pozycji zamówienia wskazując, że obejmują one „sprzęt medyczny, jak i sprzęt komputerowy, a także meble zarówno zwykłe, jak i medyczne”. Wnioskodawca nie podaje, że zgłosił uwagi Zamawiającemu, w związku z ogłoszeniem o wszczęciu postępowania oraz brakiem podziału zamówienia na części.

Prezes UZP, na podstawie art. 607 ust.1 w zw. z art. 608 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019r. poz.2019) dalej PZP, wszczął postępowanie wyjaśniające stanowiące wstępny etap kontroli doraźnej w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: ”Zakup i dostawa wyposażenia SOR na potrzeby Powiatowego Centrum Medycznego w Grójcu Sp. z o.o. (numer referencyjny: PCMG/P-23/2020, nr ogłoszenia o zamówieniu 2020/S 255-640124), zawiadamiając o powyższym Zamawiającego pismem z dnia 24 marca 2021 roku. Prezes UZP w niniejszym zawiadomieniu powołał się także na art. 605 ust.1 pkt 2 PZP oraz art.32 ust.4 PZP oraz na art.96 ust.1 pkt 11 PZP.

W dniu 07.04.2021r. Zamawiający w odpowiedzi na pismo Prezesa UZP z dnia 24 marca 2021r. przekazał pisemne uzasadnienie decyzji o braku podziału zamówienia na części, a w szczególności zgłoszonego przez Wnioskodawcę braku możliwości składania ofert na

poszczególne pozycje, których było 141 osobnych pozycji (45 w zakresie wyposażenia medycznego oraz 96 w zakresie pozostałego wyposażenia). Tym samym Zamawiający wprost odniósł się do oczekiwań Wnioskodawcy, który skarżył się na brak możliwości składania ofert na poszczególne pozycje zamówienia (141 pozycji), sprowadzając realizację oczekiwań Wnioskodawcy do chaosu organizacyjnego jednostki, zarządzanej przez Zamawiającego.

Izba pomija ocenę i nie odnosi się do tej części stanowiska Zamawiającego, rozumiejąc oczekiwania Wnioskodawcy do podziału zamówienia w ogóle na części („sprzęt medyczny, jak i sprzęt komputerowy, a także meble zarówno zwykłe, jak i medyczne”, a nie na 141 części to jest poszczególne pozycje zamówienia).

W dalszej części stanowiska Zamawiający powołuje się na jego autonomię przy rozważeniu celowości ewentualnego podzielenia przedmiotu zamówienia i uważa, że nie sprzeniewierzył się zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powołuje się na motyw 78 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/18/WE cytując, że instytucja zamawiająca, dokonując rozważenia celowości podziału zamówień na części, zachowuje „swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu”. Dalej w swoim stanowisku Zamawiający przywołując orzecznictwo Izby (orzeczenie z dnia 2 stycznia 2017r. Sygn. akt KIO 2346/16; 23 marca 2017r. Sygn. akt KIO 920/17; z dnia 30 stycznia 2013r. Sygn. akt KIO 114/13) powołuje się na obowiązujący w czasie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego art. 36 aa ust.1 PZP (ustawy z dnia 29 stycznia 2004r.- Prawo zamówień publicznych). Zamawiający wskazał na „specyfikę działalności prowadzonej przez Powiatowe Centrum Medyczne w Grójcu sp. z o.o., którą jest świadczenie usług medycznych”. Wskazując na okres Pandemii – Covid-19 Zamawiający uzasadnia decyzję nie dzielenia zamówienia na części z uwagi na „konieczność kompleksowego wykonania zamówienia, w aspekcie szybkości wyłonienia wykonawcy, mając na uwadze obsługę przez Szpitalny Oddział Ratunkowy pacjentów w stanie zagrożenia życia i zdrowia. Niewątpliwie jednorazowa dostawa wyposażenia Szpitalnego Oddziału Ratunkowego jest okolicznością wpływającą znacząco na zabezpieczenie pacjentów zamawiającego i szybsze uruchomienie w.w. oddziału ratunkowego”. Zamawiający podnosi, że niedzielenie zamówienia na części umożliwi jak najszybsze uruchomienie Szpitalnego Oddziału Ratunkowego. Dalej Zamawiający podaje, że brak kompleksowej oferty w związku z podziałem zamówienia na części mogłoby doprowadzić do nadmiernej eskalacji ceny za poszczególne części lub braków ofert na niektóre części tzw. „mało atrakcyjny pakiet”. Następnie Zamawiający stwierdza, że „podział zamówienia na części należy traktować – w stanie prawnym istniejącym w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania przetargowego - wyłącznie w kategoriach uprawnienia zamawiającego. Nieskorzystanie z tego uprawnienia nie może stanowić podstawy do formułowania zarzutów co do naruszenia przepisów obowiązującego ówczesnie PZP, w

tym art.7 ust.1 tejże ustawy”. Zamawiający powołuje na poparcie stanowiska następujące orzecznictwo: wyrok Izby z dnia 10 kwietnia 2017r. Sygn. akt KIO 579/17(w kontekście art.96 ust.1 pkt 11 PZP), wyrok Izby z dnia 9 lutego 2017r. Sygn. akt KIO 164/17, wyrok Izby z dnia 31 stycznia 2017r. Sygn. akt KIO 101/17 (kompleksowe wyposażenie nowego budynku); wyrok Izby z dnia 2 stycznia 2017r. Sygn. akt KIO 2373/16. Podsumowując stanowisko przekazane Prezesowi UZP, w trybie postępowania wyjaśniającego stanowiącego wstępny etap kontroli doraźnej, Zamawiający stwierdza, „zamawiający mają swobodę w podjęciu decyzji o podziale zamówienia na części, a nieskorzystanie z tego uprawnienia nie może prowadzić do zarzutu naruszenia przepisów ustawy PZP”, a obowiązek z art.96 ust.1 pkt 11 PZP jest obowiązkiem formalnym, nie skutkującym obowiązkiem podziału zamówienia na części.

W dniu 12 października 2021r. prowadzący kontrolę Prezes UZP wezwał Zamawiającego do odniesienia się do szeregu kwestii oraz uzupełnienia dokumentów postępowania w tym kopii protokołu postępowania ZP-PN w całości wypełnionego i zatwierdzonego.

Zakończenie kontroli nastąpiło w dniu 11.01.2022r. Protokołem Kontroli Doraźnej gdzie oznaczono postępowanie o udzielanie zamówienia PCMG/P-23/2020 dostawy, zakup i dostawa wyposażenia SOR na potrzeby Powiatowego Centrum Medycznego w Grójcu Sp. z o.o., ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 31.12.2020r. pod nr 2020/S 255-640 124, przetarg nieograniczony (procedura art.24aa ust.1 PZP), wartość zamówienia 3 670 694,44 zł (859 788,36 euro); środki UE: EFRR POLiŚ na lata 2014-2020.(Protokół w aktach sprawy).

Kontrolujący kwituje kontrolę stwierdzeniem ”Prawidłowe zastosowanie przepisów ustawy Pzp w niniejszej sprawie powinno prowadzić do podziału zamówienia na dwie części (bądź dopuszczenie składania ofert częściowych). Pierwsza część powinna obejmować wyposażenie i sprzęt medyczny wymieniony w wykazie sprzętu medycznego oraz w części wykazu wyposażenia - poz. nr: 1, 11, 20-23, 25-46, 50-51, 59, 64, 66-69, 76-81, 85-96. Niedopuszczalne było dołączenie do powyższego zakresu i określenie jako jedno zamówienie, pozycji z wykazu wyposażenia o numerach: 2-6, 17-19, 24, 47-49, 52-58, 60-63, 65, 70-75, 82-84 (meble i inne elementy wyposażenia) oraz nr 7-10, 12-16 (urządzenia elektroniczne i AGD). Ustalenie przedmiotu zamówienia jako jednolitego zamówienia bez podziału na części lub dopuszczenia ofert częściowych stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieuwzględnienie tej zasady oraz art. 36aa ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w warunkach wymagających podziału zamówienia na części. Przedmiotowe postępowanie mogło mieć wpływ na wynik postępowania”.

Jednocześnie w dniu 11 stycznia 2022 Kontrolujący wydał Informację o wyniku kontroli doraźnej KND/54/21/DKZP. W jej pkt 2.Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku,

stwierdza się:

Po przeprowadzeniu niniejszej kontroli doraźnej na podstawie art. 607 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.), obowiązującej w dniu wszczęcia postępowania, dalej: „ustawa Pzp”, poprzez nieuwzględnienie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w toku czynności przygotowania postępowania oraz art. 36aa ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w warunkach wymagających podziału zamówienia na części.

W części końcowej Informacji stwierdza się, że to prawidłowe postępowanie w toku czynności przygotowania postępowania powinno sprowadzić się do podzielenia zamówienia na części to jest część medyczna i niemedyczna "Prawidłowe zastosowanie przepisów ustawy Pzp w niniejszej sprawie powinno prowadzić do podziału zamówienia na dwie części (bądź dopuszczenie składania ofert częściowych). Pierwsza część powinna obejmować wyposażenie i sprzęt medyczny wymieniony w wykazie sprzętu medycznego oraz w części wykazu wyposażenia - poz. nr: 1, 11, 20-23, 25-46, 50-51, 59, 64, 66-69, 76-81, 85-96. Niedopuszczalne było dołączenie do powyższego zakresu i określenie jako jedno zamówienie, pozycji z wykazu wyposażenia o numerach: 2-6, 17-19, 24, 47-49, 52-58, 60-63, 65, 70-75, 82-84 (meble i inne elementy wyposażenia) oraz nr 7-10, 12-16 (urządzenia elektroniczne i AGD). Ustalenie przedmiotu zamówienia jako jednolitego zamówienia bez podziału na części lub dopuszczenia ofert częściowych stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieuwzględnienie tej zasady oraz art. 36aa ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w warunkach wymagających podziału zamówienia na części. Przedmiotowe postępowanie mogło mieć wpływ na wynik postępowania”.

W uzasadnieniu Informacji Kontrolujący przywołuje, już powyżej cytowane, stanowisko Zamawiającego z dnia 07.04.2021r. (str.2-7 Informacji).

Kontrolujący w uzasadnieniu Informacji przywołuje przepisy PZP i tak:

„Zgodnie z art. 36aa ustawy Pzp, zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części.

Zgodnie z 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.

Niewątpliwie, art. 36aa ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego bezwzględnego obowiązku dokonania podziału zamówienia na części. Jednakże, swoboda zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części ograniczona jest zasadą uczciwej konkurencji.

Zamawiający ma obowiązek badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do braku podziału zamówienia nie naruszy konkurencji przez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie.

Izba co do zasady zgadza się z poglądem Kontrolującego, że swoboda decyzji Zamawiającego, co do podziału zamówienia na części może podlegać próbie jej dyskredytacji w reżimie zasady uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania wykonawców, a nawet można ją rozważać w konkluzji Kontrolującego, że „Ustawa Pzp kładzie nacisk na zapewnienie warunków pozwalających na zwiększenie udziału sektora MŚP (małych i średnich przedsiębiorstw) w rynku zamówień publicznych. Jednym z narzędzi, za pomocą którego cel ten może być realizowany, jest podział dużych zamówień na mniejsze części, tak aby zakres zamówienia na jaki można złożyć ofertę bardziej odpowiadał możliwościom MŚP” (str. 8 Informacji – pierwszy akapit od góry strony).

Niemniej w ocenie Izby nie wystarczy przywołać przepis prawa lub konkluzji wywiedzionej z PZP, ale należy wykazać stan faktyczny w sprawie, który można przypisać do niezbędnych przesłanek wskazanych w przepisie prawa, w tym przypadku art.7 ust.1 PZP 2004, aby stwierdzić naruszenie PZP (uczciwa konkurencja i równe traktowanie wykonawców).

Wnioskodawca w sprawie kontroli, w cytowanym powyżej zawiadomieniu z dnia 28 lutego 2021r., nie powoływał się na jakąkolwiek aktywność w związku z prowadzonym postępowaniem przez Zamawiającego.

Z wyvodu w uzasadnieniu Informacji wynika, że Kontrolujący widzi konieczność podziału zamówienia na dwie części medyczne i niemedyce i określa je jako wąsko specjalistyczne (medyczne) i niespecialistyczne (meble, a.g.d., elektronika). W tym miejscu cytuję Kontrolującego „Z powyższej analizy można wyciągnąć wniosek, że opis przedmiotu kontrolowanego zamówienia obejmuje w większości urządzenia i wyposażenie specjalistyczne, przeznaczone do realizacji świadczeń medycznych. Niewątpliwie tego rodzaju wyposażenie posiada jednorodny charakter przedmiotowy i tożsame przeznaczenie. Ponadto, ze względu na wysoko specjalistyczny charakter dostawa tych pozycji nie jest realizowana przez dowolnego wykonawcę, lecz przez firmy działające w branży dostaw urządzeń i wyposażenia medycznego. Zatem w niniejszym postępowaniu za uzasadnione można uznać szacowanie łączne wszystkich wymienionych wyżej pozycji i odstąpienie od dzielenia zamówienia na części w tym zakresie.

Jednocześnie nie sposób uznać, że uzasadnione było dołączenie do powyższego wyposażenia medycznego, bez podziału zamówienia na części, bądź dopuszczenia składania ofert częściowych, mebli i pozostałego wyposażenia o charakterze standardowym, nieposiadającym specyfiki medycznej. Meble i wyposażenie określone w pozycjach 2-6, 17-

19, 24, 47-49, 52-58, 60-63, 65, 70-75, 82-84, a także urządzenia elektroniczne i sprzęty AGD nr 7-10, 12-16 nie różnią się niczym od powszechnie stosowanych w gospodarstwach domowych przedmiotów. Dostawy w tym zakresie mogły być wykonane przez bardzo szeroki zakres wykonawców ze względu na powszechną dostępność tych pozycji na rynku. Ze względu na brak swoistego przeznaczenia medycznego nie było konieczności, aby dostawy w tym zakresie zrealizował wyspecjalizowany wykonawca z wąskiej branży medycznej.

Natomiast ze względu na połączenie tych pozycji ze specjalistycznym sprzętem i wyposażeniem medycznym (np. z ultrasonografem czy z respiratorem) siłą rzeczy spowodowało, że o realizację całości zamówienia mogli ubiegać się wyłącznie wykonawcy z branży medycznej” (str. od połowy 9 do dwóch akapitów str. 10 Informacji).

Izba nie podziela poglądu Kontrolującego, zwłaszcza wobec treści art. 36aa PZP i okoliczności sprawy oraz całkowitego pominięcia nie tylko potrzeb zamawiającego ale również okoliczności w jakich funkcjonuje służba zdrowia w dobie pandemii Covid-19.

Izba nie widzi przeszkód aby dostawca wyposażenia medycznego zrealizował również część niemedyczną czy to samodzielnie, czy też przez podwykonawcę. Zamawiający wyposaża kompleksowo nowododawany obiekt SOR-u i trudno nie akceptować jego potrzeb, a przez to prawa, co do wyboru sposobu wyposażenia czy to przez jednego, czy też kilku wykonawców. Argumentację, że podział zamówienia na części będzie korzystniejszy ekonomicznie można uznać za gołosłowną, ponieważ również przekonywującą może być argumentacja przeciwna, że większym zamówieniem uzyska się większe upusty cenowe. Resumując, brak w sprawie dowodów, to jest zarówno co do braku możliwości wykonania zamówienia kompleksowo (wyposażenie medyczne i niemedyczne), jak również opłacalności ekonomicznej to jest dzielenia zamówienia na części, nie pozbawia Zamawiającego suwerenności w decyzji czy dzieli, czy nie dzieli zamówienia na części. Przede wszystkim takich dowodów nie wskazuje Wnioskodawca o przeprowadzenie kontroli, jak również nie wykazuje faktu zainteresowania wykonania jakiegokolwiek części zamówienia.

Również wykonane badanie przez Kontrolującego, etapu przygotowania postępowania, co do zadawanych pytań w kierunku wydzielenia pewnych pozycji do odrębnych części zamówienia, bardziej dotyczyły sprzętu medycznego czy też wyposażenia medycznego, a nie jak konkluduje Kontrolujący wyłączenia do odrębnej części wyposażenia niemedycznego (meble, a.g.d., urządzenia elektroniczne). Cytuję jak poniżej:

„Za koniecznością rozdzielnia przedmiotu zamówienia na sprzęt medyczny i niemedyczny świadczy również treść pytań złożonych do zamawiającego. W kilku przypadkach wykonawcy pytali bowiem o możliwość wyłączenia do odrębnej części tego zamówienia poszczególnych urządzeń, tj.:

Pytanie do pozycji: 2, 21, 23, 24

Pyt. 18. Czy Zamawiający zgodzi się wyłączyć ww. pozycje do osobnego pakietu/zadania, dzięki czemu umożliwi złożenie oferty firmom wyspecjalizowanym segmencie rynku jakim jest oświetlenie zabiegowe i operacyjne?

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Pyt. 162 Wykaz sprzętu medycznego, 20.2. Stół operacyjny

Zwracamy się do Zamawiającego z prośbą o wydzielenie pozycji 20.2. Stół operacyjny do osobnego pakietu. Umożliwi to złożenie ofert przez większą liczbę wykonawców, co będzie miało pozytywny wpływ na konkurencyjność zamówienia oraz ceny złożonych ofert.

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Pyt. 163 Wykaz sprzętu medycznego, 30. Wózek do przewozu pacjenta w tym 1 transportowokąpielowy 7 szt.

Czy Zamawiający przychyli się do prośby i wydzieli do osobnego pakietu wózek do przewozu pacjenta

3 szt. (opis wg pierwszej tabeli parametrów)?

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Pyt. 165 Wykaz sprzętu medycznego, 30. Wózek do przewozu pacjenta w tym 1 transportowokąpielowy 7 szt.

Czy Zamawiający przychyli się do prośby i wydzieli do osobnego pakietu wózek transportowokąpielowy. Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.”.

W dalszej części uzasadnienia Informacji Kontrolującej wywodzi, że Zamawiający miał obowiązek podzielenia zamówienia na części w szczególności na dwie części to jest wyposażenie medyczne i niemedyczne, a brak takiego podziału narusza art.7 ust.1 PZP.

Izba podziela zasadność wniesionych zastrzeżeń Zamawiającego w dniu 17 stycznia 2021r. w szczególności co do zawartego uzasadnienia prawnego stanowiska Zamawiającego wobec treści art.36aa PZP, które daje prawo do suwerennej decyzji Zamawiającego co do podziału zamówienia na części. Złamanie tej zasady może nastąpić jedynie w przypadku naruszenia uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania stron. W ocenie Izby ani Wnioskodawca o przeprowadzenie kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ani badanie procedury udzielenia zamówienia przez Kontrolującego, nie wykazało złamania zasady uczciwej konkurencji, jak i równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego. W związku z powyższym Izba stwierdza, że nie jest uzasadniony wynik przedmiotowej Kontroli Doraźnej, wskazującej na naruszenie art.7 ust.1 w związku z treścią art.36 aa ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2019r. poz.1843 z późn.zm.), przez nieuwzględnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w toku przygotowania postępowania przez Zamawiającego.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....