



Warszawa, 28.08 2014 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/PWKZ/421/41/(4)/14/AN
KND/10/14

Pan
Prof. Dr hab. med. Henryk Skarżyński
Dyrektor Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu
ul. Mochnackiego 10
02-042 Warszawa

Krzysztof Pawian

Upzejmie informuję, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), przeprowadził kontrolę doraźną postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na:

- 1) **Dostawę systemu implantu ślimakowego do zastosowania w częściowej głuchocie jako elektrycznego dopełnienia u dzieci (PDT-EC) – 8 szt. (znak: IFPS/77/12);**
- 2) **Dostawę systemu implantu ślimakowego dla pacjentów w leczeniu częściowej głuchoty z zastosowaniem stymulacji akustyczno-elektrycznej u dzieci i dorosłych (PDT-EAS) – 8 szt. (znak: IFPS/78/2012);**
- 3) **Dostawę systemu implantu ślimakowego dla pacjentów do zastosowania w przypadku zdiagnozowanych resztek słuchowych u dorosłych (PDT-EAS) – 8 szt. (znak: IFPS/79/2012);**

Zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w załączeniu przesyłam informację o wyniku ww. kontroli.

Z Pawian
Dyrektor
Departamentu Kontroli Doraźnej
D. Wiciński
Daniel Wiciński



Warszawa, dnia 28.08 2014 r.

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/KND/10/14

Informacja o wyniku kontroli doraźnej

I. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli.

- Zamawiający:** Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu
ul. Mochnackiego 10
02-042 Warszawa
- Rodzaj zamówienia:** dostawa
- Przedmiot zamówienia:**
1. Dostawa systemu implantu ślimakowego do zastosowania w częściowej głuchocie jako elektrycznego dopełnienia u dzieci (PDT-EC) – 8 szt. (znak: IFPS/77/12);
 2. Dostawa systemu implantu ślimakowego dla pacjentów w leczeniu częściowej głuchoty z zastosowaniem stymulacji akustyczno-elektrycznej u dzieci i dorosłych (PDT-EAS) – 8 szt. (znak: IFPS/78/2012);
 3. Dostawa systemu implantu ślimakowego dla pacjentów do zastosowania w przypadku zdiagnozowanych resztek słuchowych u dorosłych (PDT-EAS) – 8 szt. (znak: IFPS/79/2012).
- Tryb postępowania:** przetarg nieograniczony

Wartość zamówienia: 760.000,00 zł (co stanowiło równowartość 189.073,54 euro wg kursu złotego w stosunku do euro wynoszącego 4.0196) – w odniesieniu do każdego zamówienia.

Data wszczęcia postępowań: 17 października 2012 r.

Wszczęcie kontroli: na wniosek

II. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.

1. Zgodnie z dokumentacją przekazaną w toku kontroli, przeprowadzone przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oznaczone znakami: IFPS/77/12, IFPS/78/12, IFPS/79/12 zostały wszczęte w dniu 17 października 2012 r. (ogłoszenia o zamówieniach zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych odpowiednio pod znakami: 220707-2012, 220719-2012 oraz 220725-2012). Wartość szacunkowa każdego z ww. zamówień została oszacowana na kwotę 760.000,00 zł, co stanowiło 189.073,54 euro i nie przekraczało wartości określonych w odrębnych przepisach na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp – od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Zamawiający w ramach żadnego z postępowań nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych.

Ww. postępowania obejmowały odpowiednio zamówienie na dostawę systemu implantu ślimakowego z rozróżnieniem na:

1. implant ślimakowy do zastosowania w częściowej głuchocie jako elektryczne dopełnienie u dzieci (PDT-EC) – 8 sztuk – zamówienie znak: IFPS/77/12;
2. implant ślimakowy dla pacjentów w leczeniu częściowej głuchoty z zastosowaniem stymulacji akustyczno-elektrycznej u dzieci i dorosłych (PDT-EAS) – 8 sztuk – zamówienia znak: IFPS/78/12;
3. implant ślimakowy dla pacjentów do zastosowania w przypadku zdiagnozowania resztek słuchowych u dorosłych (PDT-EAS) – 8 sztuk – zamówienie znak: IFPS/79/12.

Parametry techniczno-użytkowe systemów implantu ślimakowego będących przedmiotem dostawy Zamawiający określił w następujący sposób (podano z uwzględnieniem różnic w odniesieniu do każdego spośród kwestionowanych postępowań):

Parametry graniczne:

1. Częstość stymulacji dla elektrod apikalnych modulowana sygnałem akustycznym – wymagana – parametr wspólny wszystkim zamówieniom.
2. Dostępność elektrody z kontaktami rozmieszczonymi na długości > 26 mm – parametr wspólny wszystkim zamówieniom.
3. Ilość rzeczywistych kanałów ≥ 10 – parametr wspólny wszystkim zamówieniom.
4. Grubość implantu ≤ 5 mm (w odniesieniu do postępowania IFPS/77/12), > 5 mm (w odniesieniu do postępowania IFPS/78/12), ≤ 4 mm (w odniesieniu do postępowania IFPS/79/12).
5. Ilość kontaktów elektrod ≥ 19 – parametr wspólny wszystkim zamówieniom.
6. Średnica przekroju końca elektrody ≤ 0.4 mm – parametr wspólny wszystkim zamówieniom.
7. Obudowa tytanowa – wymagana (w odniesieniu do postępowań IFPS/77/12 oraz IFPS/78/12); obudowa implantu ceramiczna (w odniesieniu do postępowania IFPS/79/12).

Parametry oceniane:

1. Ilość realizowanych strategii kodowania ≥ 1 – punktacja 0+30 – parametr wspólny wszystkim zamówieniom.
2. Maksymalna szybkość stymulacji $\geq 12\ 000$ pulsów na sekundę – punktacja 0+30 – parametr wspólny wszystkim zamówieniom.
3. Możliwość dostarczenia implantu z dwoma wiązkami elektrod dla przypadku osyfikacji ślimaka – wymagana – punktacja 20 – parametr wspólny wszystkim zamówieniom.
4. Dostarczenie (w ramach oferowanej ceny) elementów i podzespołów zamiennych (kabelek lub kabelek zintegrowany z transmitterem) – min. 2 szt. na każdy dostarczony system – punktacja 0+20 – parametr wspólny wszystkim zamówieniom.

W każdym z ww. postępowań wpłynęła jedna oferta złożona przez wykonawcę TAKOMACO HOLDINGS Ltd. (odpowiednio z ceną: 823.996,80 zł brutto, 813.888,00 zł brutto oraz 776.304,00 zł brutto), który zaoferował odpowiednio implanty typu: Concerto, Sonato oraz Pulsar producenta Med-EI.

Umowy w sprawie ww. zamówień (o numerach: 173/IFPS/2012, 172/IFPS/2012 oraz 171/IFPS/2012) zostały zawarte w dniu 29 października 2012 r. z wykonawcą TAKOMACO HOLDINGS Ltd.

Na etapie postępowania wyjaśniającego (w odniesieniu do postępowań oznaczonych znakami: IFPS/77/12, IFPS/78/12, IFPS/79/12 oraz IFPS/95/12) Zamawiający przedstawił wyjaśnienia w zakresie wskazania podstawy prawnej i uzasadnienia faktycznego udzielania kwestionowanych zamówień z podziałem na części do odrębnych postępowań przy braku

zsumowania ich wartości i zastosowania przepisów właściwych z uwagi na wartość całego zamówienia w odniesieniu do każdego spośród ww. postępowań. Zamawiający odniósł się w wyjaśnieniach do trzech kryteriów: tożsamości przedmiotu zamówienia, tożsamości czasowej, oraz do kryterium tożsamości wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia.

Wskazał w nich, iż kwestionowane postępowania nie stanowią części jednego zamówienia, lecz odrębne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do kryterium tożsamości czasowej Zamawiający przedstawił chronologię przedmiotowych postępowań. Wskazał, że postępowania oznaczone znakami IFPS/77/12, IFPS/78/12 oraz IFPS/79/12 zostały wszczęte w dniu 17 października 2012 r., natomiast umowy w sprawie ww. zamówień zostały zawarte w dniu 29 października 2012 r.

Jednocześnie Zamawiający odniósł się do postępowania oznaczonego znakiem IFPS/95/12, które zostało wszczęte w dniu 27 grudnia 2012 r. oraz w ramach którego w dniu 25 lutego 2013 r. zostały zawarte 3 umowy ramowe (oznaczone znakami: 42/IFPS/2013, 43/IFPS/2013 i 44/IFPS/2013).

W odniesieniu do powyższych danych (dotyczących czterech postępowań wszczętych w roku 2012, oznaczonych znakami: IFPS/77/12, IFPS/78/12, IFPS/79/12 oraz IFPS/95/12), Zamawiający wskazał, iż w przypadku ww. postępowań częściowo zbieżnych co do przedmiotu zamówienia – w jego ocenie brak było tożsamości czasowej objętych nimi zamówień.

Odnosnie kryterium tożsamości wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia Zamawiający wyraził stanowisko, zgodnie z którym przedmiotowe postępowania nie mogły zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę. Według wiedzy Zamawiającego na rynku dostępne były produkty czterech producentów: Cochlear Ltd., Med-EI, Advanced Bionics oraz Neurelec.

W opinii Zamawiającego produkty każdego z ww. producentów charakteryzują się inną budową, specyfiką oraz inną docelową grupą pacjentów, tym samym zrealizowanie wszystkich dostaw implantów na rzecz Zamawiającego przez jednego wykonawcę nie było możliwe. Jednocześnie Zamawiający przedstawił wykaz producentów z wyszczególnieniem typów urządzeń zaoferowanych w najkorzystniejszych ofertach w poszczególnych postępowaniach:

Postępowanie:	Producent:	Typ urządzenia:
IFPS/77/12	Med-EI	Concerto
IFPS/78/12	Med-EI	Sonata
IFPS/79/12	Med-EI	Pulsar

	Postępowanie unieważnione	
IFPS/95/12/I		
IFPS/95/12/II	Med-EI	Sonata
IFPS/95/12/III	Med-EI	Concerto
IFPS/95/12/IV	Cochlear	Nucleus Freedom
IFPS/95/12/V	Cochlear	Nucleus Freedom
IFPS/95/12/VI	Cochlear	Nucleus 5
IFPS/95/12/VII	Advanced Bionics	HiRes™90K

W odniesieniu do przesłanki tożsamości przedmiotowej Zamawiający wskazał następujące kryteria różnicujące przedmioty zamówienia poszczególnych postępowań: wiek pacjenta i rodzaj głuchoty, warunki anatomiczne, możliwość współdziałania systemu implantów w jednym komplecie z aparatem słuchowym, budowa elektrod, długość czynnych części elektrod, grubość części wewnętrznych implantu, możliwość dokonywania przeprogramowania procesora mowy, różnice w sposobie kodowania mowy, różnice w budowie części zewnętrznych implantu.

Zdaniem Zamawiającego ww. kryteria pozwalały na wyodrębnienie odpowiednio poszczególnych grup docelowych pacjentów. Zakup urządzeń dla każdej z wyodrębnionych grup w opinii Zamawiającego – z uwagi na konieczność zastrzeżenia odmiennych wymogów względem najważniejszych parametrów – może zostać uznany za potencjalny przedmiot odrębnego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Dodatkowo Zamawiający podniósł, że czas trwania i przebieg procedury diagnostycznej oraz wszczepiania implantu, a także postęp medycyny i technologii medycznej determinują konieczność jak najszybszego nabycia przez Zamawiającego stosunkowo niewielkiej liczby urządzeń poszczególnych rodzajów.

Następnie Zamawiający odniósł się do pozostałych czynników, od których uzależnił dokonanie podziału ww. zamówień, a które wynikają ze specyfiki działalności prowadzonej przez Zamawiającego i są wyłącznie jemu właściwe. Wśród ww. czynników wskazano:

1. treść oraz realizację kontraktu zawartego z Narodowym Funduszem Zdrowia;
2. aktualne listy osób oczekujących na przeprowadzenie zabiegów;
3. sytuację finansową IFPS;
4. wyniki badań naukowych prowadzonych przez Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia;
5. zmiany w zakresie stanu medycyny i technologii medycznej.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, po dokonaniu analizy bieżącej sytuacji, Zamawiający w dniu 17 października 2012 r. wszczął w jego ocenie odrębne w zakresie przedmiotu postępowania oznaczone znakami: IFPS/77/12, IFPS/78/12, IFPS/79/12,

a następnie w dniu 21 grudnia 2012 r. wszczął postępowanie na „Zawarcie umów ramowych na dostawę systemów implantów wg 7 pakietów” (znak postępowania: IFPS/95/12).

W odniesieniu do postępowań wszczętych w dniu 17 października 2012 r. Zamawiający wskazał następujące kryteria różnicujące przedmiotowe postępowania:

1. Grupa docelowa;
2. Budowa elektrody;
3. Długość czynnej części elektrody;
4. Budowa części wewnętrznej implantu (kryterium wskazane w zakresie postępowań oznaczonych znakami: IFPS/78/12 oraz IFPS/79/12);
5. Różnice w sposobie kodowania mowy.

Jednocześnie, w odniesieniu do postępowania oznaczonego znakiem IFPS/95/12, podzielonego na 7 pakietów, Zamawiający wskazał następujące kryteria różnicujące części zamówienia objęte każdym z pakietów:

1. Grupa docelowa;
2. Budowa elektrody;
3. Długość czynnej części elektrody;
4. Budowa części wewnętrznej implantu;
5. Możliwość wykonania badań obiektywnych słuchu elektrycznego (kryterium wskazane w ramach pakietu nr 3,4 i 5);
6. Różnice w sposobie kodowania mowy;
7. Różnice w budowie części zewnętrznej systemu implantu dostosowane do rozwoju słuchu w dedykowanej temu urządzeniu grupie pacjentów (kryterium wskazane w ramach pakietu nr 4, 5, 6 i 7).

Forma prawna, w jakiej działa Zamawiający to jednostka badawczo-rozwojowa, która na gruncie zamówień publicznych należy do katalogu podmiotów prawa publicznego, zatem do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązana jest na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający mieści się także w kategorii podmiotów wskazanych w § 1 pkt 2 lit. a *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej* (obowiązującego w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania). W myśl ww. przepisu ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień udzielanych przez zamawiających innych niż określani w pkt 1 (zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni

publicznych, państwowych instytucji kultury, państwowych instytucji filmowych, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także udzielanych przez zamawiających będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w pkt 4), z wyjątkiem zamówień sektorowych oraz w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 200.000 euro dla dostaw i usług. Zatem Zamawiający ma obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość prowadzonego postępowania jest równa lub przekracza ww. kwotę.

Zgodnie z brzmieniem art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu, czy też, z drugiej strony, do nieuprawnionego zastosowania przepisów odnoszących się do zamówień o wartości poniżej określonego progu.

Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, w myśl którego jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, iż zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, ale wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla łącznej wartości zamówienia. Takie działanie zamawiającego nie narusza art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp.

Dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się więc kryteriami: tożsamości przedmiotowej zamówienia – przedmiot tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu, tożsamości czasowej zamówienia – funkcjonalnie powiązane ze sobą zamówienia mają być nabywane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej oraz tożsamości podmiotowej – możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w przewidywalnym czasie, przez

tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. wykonanie poszczególnych zamówień wymaga spełnienia przez wykonawców odmiennych warunków). W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Wartość tak określonego zamówienia należy oszacować zgodnie z postanowieniami art. 32 – 35 ustawy Pzp.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, przedmiotem zawartych umów były dostawy systemu implantu ślimakowego z rozróżnieniem na:

1. implant ślimakowy do zastosowania w częściowej głuchocie jako elektryczne dopełnienie u dzieci (PDT-EC) – 8 sztuk – zamówienie znak: IFPS/77/12;
2. implant ślimakowy dla pacjentów w leczeniu częściowej głuchoty z zastosowaniem stymulacji akustyczno-elektrycznej u dzieci i dorosłych (PDT-EAS) – 8 sztuk – zamówienia znak: IFPS/78/12;
3. implant ślimakowy dla pacjentów do zastosowania w przypadku zdiagnozowania resztek słuchowych u dorosłych (PDT-EAS) – 8 sztuk – zamówienie znak: IFPS/79/12.

Przy czym należy zauważyć, że jedynymi różnicującymi parametrami, wskazanymi przez Zamawiającego w zestawieniu parametrów techniczno-użytkowych były grubość i obudowa implantu.

Wartość szacunkowa każdego z ww. zamówień została oszacowana na kwotę 760.000,00 zł, co stanowiło 189.073,54 euro i nie przekraczała wartości określonych w odrębnych przepisach na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp – od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, zatem zamawiający nie przekazał ogłoszeń o ww. zamówieniach. Tym samym Zamawiający nie zastosował przepisu art. 11 ust. 7 ustawy Pzp dla udzielenia zamówień, których wartość przekroczyła kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tzw. „progi unijne”, tzn. nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w oficjalnym, prawnie określonym publikatorze - Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (TED).

Z powyższych względów, istotne znaczenie miało określenie, czy wartość przedmiotowych zamówień powinna być zsumowana zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. W takim bowiem przypadku, wartość zamówienia przekraczałaby kwotę 200.000 euro, a wobec tego zamawiający byłby zobowiązany do zastosowania przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówień, których wartość przekroczyła kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tzw. „progi unijne” oraz do wypełnienia związanych z tym obowiązków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę wskazany przez Zamawiającego przedmiot dostaw zrealizowanych w ramach postępowań oznaczonych znakami IFPS/77/12, IFPS/78/12 oraz IFPS/79/12 należy stwierdzić, iż nie odznaczają się one zróżnicowanym i odmiennym zakresem i charakterem. W szczególności jak wskazano w sporządzonej na zlecenie Zamawiającego opinii prawnej z dnia 18 października 2012 r., implanty objęte trzema zamówieniami udzielonymi w dniu 29 października 2010 r. służą *de facto* temu samemu celowi – leczeniu wad słuchu. Sam fakt konieczności zastrzeżenia odmiennych wymogów względem najważniejszych parametrów nie stanowi podstawy do uznania, że każdy spośród trzech systemów implantów może zostać uznany za potencjalny przedmiot odrębnego postępowania. Parametry te istotnie różnicują ww. systemy, jednak nie wpływają na wspólne im przeznaczenie, oceniane z punktu widzenia konieczności zrealizowania określonego zadania lub zaspokojenia konkretnej potrzeby Zamawiającego i niezbędności poszczególnych zamówień składających się na pewną całość. Wspólne przeznaczenie i funkcje dostaw zrealizowanych na podstawie ww. umów przesądzają o wystąpieniu tożsamości przedmiotowej tych zamówień. Należy przy tym zauważyć, że wskazane przez Zamawiającego kryteria i parametry różnicujące przedmiot zamówienia każdego z ww. postępowań są bez wątpienia istotnymi czynnikami, które Zamawiający musi uwzględniać w toku specjalistycznej działalności zawodowej, jaką prowadzi, natomiast kryteria te nie odnoszą skutków, jakie przypisuje im Zamawiający na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – tzn. nie są wystarczające do wyodrębnienia trzech przedmiotów zamówienia spośród wskazanych w ww. postępowaniach.

Jednocześnie należy wskazać, iż kryteria, które posłużyły Zamawiającemu do wyspecyfikowania trzech odrębnych przedmiotów zamówienia wymagających przeprowadzenia trzech postępowań (IFPS,77/12, IFPS/78/12 oraz IFPS/79/12), w odniesieniu do postępowania oznaczonego znakiem IFPS/95/12 stanowiły jedno z kryteriów skutkujących dokonaniem podziału przedmiotu zamówienia na pakiety objęte jednym zamówieniem.

Odnosząc się do aspektu tożsamości czasowej powyższych zamówień (IFPS,77/12, IFPS/78/12 oraz IFPS/79/12), należy wskazać, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy zamówienia były funkcjonalnie powiązane ze sobą oraz nabywane w tym samym czasie (umowy zawarte w dniu 29 października 2012 r.), w określonej perspektywie czasowej, jednoznacznie zdeterminowanej założeniami i potrzebami zdefiniowanymi przez Zamawiającego, celami oraz czasem trwania zamówienia udzielonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Analizując także zakres podmiotowy, stwierdzić należy, iż dostawy będące przedmiotem umów zawartych w związku z kontrolowanymi postępowaniami zostały zrealizowane przez tego samego wykonawcę, natomiast zaoferowane przez niego

urządzenia pochodziły od jednego producenta. Powyższe świadczy zatem o możliwości zrealizowania zamówienia podzielonego na trzy postępowania (znak postępowań: IFPS/77/12, IFPS/78/12 oraz IFPS/79/12) przez jednego wykonawcę.

Mając na uwadze stan faktyczny przedmiotowej sprawy należy wskazać, że odrębne oszacowanie zamówień na dostawy systemów implantów ślimakowych było niezgodne z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Zamówienia te spełniają wszystkie kryteria wskazujące na konieczność zsumowania ich wartości, skutkujące koniecznością udzielenia zamówienia z zastosowaniem określonych w ustawie Pzp zasad i wymagań – w zakresie zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w oficjalnym, prawnie określonym publikatorze właściwym ze względu na wartość zamówienia, która po zsumowaniu przekroczyłaby próg 200.000 euro. Osiągnięcie ww. progu determinuje obowiązek, o którym mowa w art. 11 ust. 7 ustawy Pzp – konieczność przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż Zamawiający naruszył art. 40 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 7 ustawy Pzp oraz art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, bowiem wskutek dokonanego podziału zamówienia, zaniechał zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W związku z powyższym, przy udzielaniu niniejszego zamówienia został również naruszony art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

2. Zgodnie z dokumentacją przekazaną w toku kontroli, Zamawiający przeprowadził trzy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczęte w dniu 17 października 2012 r. oznaczone znakami: IFPS/77/12, IFPS/78/12, IFPS/79/12.

Zamawiający w ust. 2 Rozdziału V SIWZ i odpowiednio w ogłoszeniach o zamówieniach – w odniesieniu do każdego spośród ww. zamówień – wymagał, by wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w rozdz. V ust. 1 pkt. 2 - 4 SIWZ (dokumenty służące wykazaniu, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w trybie art. 24 ust. 1 pkt 2-3 ustawy Pzp) złożył dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym miał siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
- b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Jednocześnie w ust. 2.2 Rozdziału V SIWZ i odpowiednio w ogłoszeniach o zamówieniu – w odniesieniu do każdego spośród ww. zamówień – Zamawiający wskazał,

że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 3, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Przepis ust. 3.1 stosuje się odpowiednio. Tymczasem ust. 3 rozdziału V SIWZ odnosi się do dokumentów składanych przez wykonawcę w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez kilku wykonawców, w tym m.in. pełnomocnictwa.

Mając na uwadze całokształt treści SIWZ, jak również przy założeniu racjonalności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wskazać, że istnieją podstawy do uznania, iż alternatywny obowiązek złożenia ww. oświadczenia odnosi się do dokumentów wskazanych w ust. 2 Rozdziału V SIWZ, nie zaś jak podano w ust. 2.2 Rozdziału V SIWZ do dokumentów, o których mowa w ust. 3. Powyższe sprzeczności w zapisach SIWZ nie były przedmiotem wyjaśnień udzielanych Wykonawcy na wezwanie w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, jak również nie zostały zmienione przez Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż ww. obowiązek wynika z § 4 ust. 3 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (obowiązującego w dacie wszczęcia przedmiotowych postępowań), zgodnie z którym, jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Zgodnie z zaświadczeniem wystawionym przez Ministerstwo Handlu, Przemysłu i Turystyki Republiki Cypryjskiej, siedziba ubiegającego się o udzielenie przedmiotowych zamówień Wykonawcy TAKOMACO HOLDINGS Ltd. znajduje się na Cyprze pod adresem: Evagorou 27, lok. 32; 1066 Nikozja; Cypr.

Wśród dokumentów załączonych do ofert w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia ww. Wykonawca złożył m.in. aktualne wypisy z rejestru potwierdzające adres siedziby spółki, aktualne wypisy z rejestru potwierdzające osoby uprawnione do jej reprezentacji oraz oświadczenia o stanie firmy. Niniejsze oświadczenia o stanie firmy złożone na potwierdzenie faktu, że przeciwko ww. spółce nie toczyło się postępowanie likwidacyjne oraz nie ogłoszono jej upadłości podpisał, działając za i w imieniu Wykonawcy TAKOMACO HOLDINGS Ltd., Dyrektor John Clerides. Pisma zawierały także pieczętę

informującą o poświadczeniu za zgodność z oryginałem przez sekretarza. Oświadczenia nie zostały natomiast złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania – w ofertach brak jest stosownych poświadczeń dokumentów.

Zgodnie z informacjami zamieszczonymi w systemie e-CERTIS – internetowym narzędziu informacyjnym, udostępniającym informacje na temat dokumentów, certyfikatów i świadectw wymaganych w procedurach udzielania zamówień publicznych – uzyskiwanym na Cyprze dokumentem równoważnym w stosunku do odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego (krajowego dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) jest zaświadczenie mówiące o tym, że podmiot nie znajduje się w stanie upadłości i świadczące o statusie finansowym, wystawiane przez Ministerstwo Handlu, Przemysłu i Turystyki – Wydział Kierownika Rejestru Spółek i Syndyka Masy Upadłościowej w Nikozji. Z powyższego wynika, że Wykonawca TAKOMACO HOLDINGS Ltd. miał możliwość i jednocześnie obowiązek złożyć w niniejszych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stosowny dokument wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę, potwierdzający, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Oświadczenia złożone przez działającego w imieniu Wykonawcy Dyrektora Johna Clerides należało zatem uznać za niewystarczające do wykazania braku podstaw do wykluczenia w kwestionowanym zakresie. Na marginesie jedynie należy wskazać, iż ww. oświadczenia nie zostały złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca, w którym wykonawca miał siedzibę – wbrew żądaniu Zamawiającego zawartym w Rozdziale V ust. 2.2. SIWZ. Jednak wobec faktu, iż żądanie to nie zostało wyrażone w sposób jednoznaczny zaistniała sytuacja, w której Wykonawca nie złożył dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości – którego żądanie zostało w sposób wyraźny wyrażone w treści specyfikacji, natomiast złożył oświadczenie na ww. okoliczność, które wobec całokształtu zapisów SIWZ należy uznać za złożone wadliwie.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo

ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zaniechanie wezwania wykonawcy TAKOMACO HOLDINGS Ltd. do uzupełnienia dokumentów wykazujących brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. zaświadczenia wystawionego w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę potwierdzającego, że podmiot nie znajduje się w stanie upadłości ani nie otwarto jego likwidacji, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż od wyniku kontroli doraźnej Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli (art. 167 ust. 1 ustawy Pzp).

z up. Preesa VRP
Dyrektor
Departamentu Kontroli Doraźnej
D. Wiński
Daniel Wiński