

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 10 listopada 2017 r.

Po rozpatrzeniu w dniu 10 listopada 2017 r. w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez:

Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie

dotyczących wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 września 2017 roku znak: UZP/DKD/KND/8/17, wskazującą na naruszenie przez zamawiającego art. 17 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej „**Pzp**”

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na:

„Dostawę aparatów słuchowych i systemów wspomagających słyszenie wg 3 pakietów”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Katarzyna Poprawa
Katarzyna Prowadzisz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie z dnia 18 października 2017 r. do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 29 września 2017 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „**Prezes Urzędu**” lub „**Prezes UZP**”) pismem z dnia 27 października 2017 r. znak UZP/DKD/WKZ/421/9(10)/17/AO działając na podstawie art. 167 ust. 2 Pzp przekazał do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej zastrzeżenia zamawiającego tj. **Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie** (dalej „**Zamawiający**”) z dnia 18 października 2017 r. od wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 września 2017 r. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę aparatów słuchowych i systemów wspomagających słyszenie wg 3 pakietów.

Kontrola przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została przeprowadzona na wniosek Ministerstwa Zdrowia wniesiony pismem z dnia 14 maja 2015 r.

Prezes UZP ustalił, że Zamawiający przeprowadził, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę aparatów słuchowych i systemów wspomagających słyszenie wg 3 pakietów”.

W rozdziale III pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej: „**SIWZ**”, podano, że postępowanie prowadzone jest w celu zawarcia umowy ramowej na dostawę aparatów słuchowych i systemów wspomagających słyszenie na potrzeby Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu. W wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania Zamawiający zawarze umowę ramową z nie więcej niż dziesięcioma wykonawcami, w ramach każdego z pakietów, na zasadach określonych w rozdziale XIII (pkt 2).

Zgodnie z rozdziałem III pkt 3 SIWZ, zamówienie podzielono na trzy części według następujących pakietów:

1. Pakiet I:

- klasa I modele BTE – 600 szt.,
- klasa I modele wewnątrzkanałowe CIC/MC – 150 szt.,
- klasa I modele wewnątrzkanałowe ITC/CS – 50 szt.,
- klasa I modele wewnątrzuszne ITE/HS – 50 szt.,
- klasa II modele BTE – 600 szt.,
- klasa II modele wewnątrzkanałowe CIC/MC – 150 szt.,
- klasa II modele wewnątrzkanałowe ITC/CS – 50 szt.,

- klasa II modele wewnętrzne ITE/HS – 50 szt.,
- klasa III modele BTE – 400 szt.,
- klasa III modele wewnątrzkanałowe CIC/MC – 150 szt.,
- klasa III modele wewnątrzkanałowe ITC/CS – 50 szt.,
- klasa III modele wewnętrzne ITE/HS – 50 szt.,
- klasa IV modele MICRO BTE/BTE OPEN – 300 szt.,
- klasa V modele POWER/SUPERPOWER BTE – 200 szt.,
- klasa VI modele MICRO BTE/BTE OPEN ze słuchawką typu RIC – 500 szt.,

2. Pakiet II

- klasa I modele okularowych aparatów słuchowych na przewodnictwo kostne – 10 szt.,
- klasa II modele aparatów słuchowych na przewodnictwo kostne na opasce – 50 szt.,

3. Pakiet III

- klasa I bezprzewodowe systemy wspomagające słyszenie – 20 szt.,
- klasa II bezprzewodowe systemy wspomagające słyszenie – 10 szt.,
- klasa III bezprzewodowe systemy wspomagające słyszenie – 20 szt.,

według szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia określonych odpowiednio w załącznikach nr 3, 4 i 5 do SIWZ, stanowiących zestawienie parametrów technicznych wymaganych (granicznych).

Zamawiający zastrzegł, iż w Pakiecie I dla każdej klasy i modelu wymagane jest zaoferowanie co najmniej 3 rodzajów aparatów słuchowych. Jeden rodzaj aparatu może występować tylko jeden raz w ofercie. Dla Pakietu II i III wymagane jest zaoferowanie przynajmniej 1 rodzaju urządzenia w każdej klasie.

W rozdziale III ust. 3 SIWZ podano również, że:

- wysokość oraz określone przepisami limity refundacji przez NFZ kosztów zakupu aparatu słuchowego nie pokrywają faktycznej ceny wszystkich typów aparatów, różnicę kosztów pokrywa więc sam pacjent,
- w praktyce po zakończeniu pełnej diagnostyki i wskazaniu typu aparatu przez lekarza, pacjent testuje trzy modele aparatów i dokonuje wyboru według własnego subiektywnego odczucia lub możliwości finansowych,
- współfinansowanie tego świadczenia przez pacjenta nadaje mu prawo wyboru modelu aparatu indywidualnie dopasowanego przez osobę o odpowiednich kwalifikacjach pod względem właściwych funkcji rehabilitacyjnych,
- Zamawiający nie posiada pełnej wiedzy w zakresie szczegółowego zapotrzebowania na poszczególne typy i modele aparatów słuchowych (zapotrzebowanie kształtuje indywidualny pacjent),

- refundacja kosztów przez NFZ w ramach określonych przepisami limitów następuje po wykonaniu świadczenia (Zamawiający nie ma możliwości kredytowania zakupu większej partii aparatów słuchowych i środków wspomagających słyszenie ani ich magazynowania),
- ze względów technicznych o obiektywnym charakterze każdy jednostkowy zakup może następować w oparciu o indywidualne wskazania modelu.

Zamówienia objęte umową ramową będą realizowane do dnia 31 grudnia 2014 r. licząc od dnia zawarcia umowy ramowej, na drodze odrębnych postępowań, nazywanych zamówieniami wykonawczymi, realizowanymi na podstawie art. 101 ust. 1 ustawy Pzp. Dostawa aparatów słuchowych i systemów wspomagających słyszenie, objęta zamówieniami wykonawczymi, będzie realizowana w ciągu 3-4 dni licząc od dnia zgłoszenia zapotrzebowania (telefonicznie lub faksem).

Prezes UZP ustalił, że przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Dalej Prezes UZP ustalił, że w postępowaniu funkcję Kierownika Zamawiającego pełnił pan H [REDAKTED] S [REDAKTED] – Dyrektor Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie. Komisja Przetargowa została powołana w dniu 23 stycznia 2013 r., na podstawie zarządzenia Nr 08/P, w składzie:

1. W [REDAKTED] C [REDAKTED] – Przewodniczący,
2. R [REDAKTED] N [REDAKTED] – Sekretarz,
3. M [REDAKTED] M [REDAKTED] – M [REDAKTED] – Członek,
4. M [REDAKTED] M [REDAKTED] – Członek.

Kierownik Zamawiającego oraz członkowie Komisji Przetargowej złożyli na druku ZP-1 oświadczenia o braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.¹

Zgodnie z pkt 2 druku ZP–PN, wartość przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę 10.340.000,00 zł netto, co stanowiło równowartość kwoty 2.572.395,26 euro netto. Wartość zamówienia została ustalona w dniu 23 stycznia 2013 r., na podstawie analizy cen rynkowych.

¹ Oświadczenia na druku ZP-1 zostały złożone przez Kierownika Zamawiającego i większość członków Komisji Przetargowej w dniu 7 marca 2013 r. Oświadczenie pani M. M [REDAKTED] – M [REDAKTED] zostało złożone w dniu 15 marca 2013 r.

Prezes UZP ustalił, że ogłoszenie o wszczęciu postępowania zostało przekazane drogą elektroniczną Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 24 stycznia 2013 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2013/S 020-030749 z dnia 29 stycznia 2013 r., a także zamieszczone: (i) w siedzibie zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym (tablica ogłoszeń) na okres od dnia 29 stycznia 2013 r. do dnia 7 marca 2013 r.; (ii) na stronie internetowej zamawiającego www.ifps.org.pl od dnia 29 stycznia 2013 r. do dnia 7 marca 2013 r.

Prezes UZP ustalił, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musiał spełniać wymagania określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a w szczególności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tzn. wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 10 % wartości oferty, oraz nie podlegać wykluczeniu z postępowania na zasadach określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca miał załączyć do oferty: (i) oświadczenie o spełnianiu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 2a do SIWZ; (ii) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Prezes UZP ustalił, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, wykonawca miał załączyć do oferty: (i) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 2b do SIWZ; (ii) aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; (iii) aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; (iv) aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu

- wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; (v) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert; (vi) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Ponadto, zgodnie z rozdziałem X ust. 1 SIWZ, oferta musiała zawierać:

1. wypełniony formularz ofertowy z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ,
2. wypełniony formularz cenowy (w odniesieniu do pakietów, na które składana jest oferta) z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 1a do SIWZ,
3. w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego:
 - wypełnione zestawienie parametrów technicznych wymaganych (granicznych), w odniesieniu do pakietów, na które składana jest oferta, z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załączniki nr 3 i/lub 4 i/lub 5 SIWZ,
 - deklarację wytwórcy (producenta) o spełnieniu wymagań zasadniczych dla wyrobów medycznych,
 - Certyfikat Jednostki Notyfikowanej, jeżeli dotyczy wyrobu.

Prezes UZP ustalił, że zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 7 marca 2013 r. na godzinę 9:00, natomiast termin otwarcia ofert tego samego dnia na godzinę 9:30.

Zamawiający wymagał wniesienia przed upływem terminu składania ofert wadium w wysokości:

- 193.500,00 zł w przypadku składania oferty na Pakiet I,
- 4.900,00 zł w przypadku składania oferty na Pakiet II,
- 8.400,00 zł w przypadku składania oferty na Pakiet III.

Natomiast, jeżeli wykonawca postanowił złożyć ofertę na więcej niż jeden pakiet to powinien wnieść wadium w wysokości równej sumie wartości określonych w pkt 1-3 powyżej, w odniesieniu do tych pakietów.

Zamawiający nie wymagał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Zamawiający nie dopuścił

możliwości składania ofert wariantowych. Zamawiający wskazał, że nie przewiduje udzielenia zamówień uzupełniających.

Prezes UZP ustalił, że iż w trakcie trwania umów ramowych udzielił zamówień wykonawczych Wykonawcy: (i) C [REDACTED] S [REDACTED] i M [REDACTED] Sp. z o.o. na łączną kwotę 3.485.659,76 zł brutto (196 zamówień); (ii) G [REDACTED] M [REDACTED] A [REDACTED] M [REDACTED] Sp. z o.o. na łączną kwotę 1.117.304,57 zł brutto (73 zamówień); (iii) P [REDACTED] P [REDACTED] Sp. z o.o. na łączną kwotę 1.460.736,43 zł brutto (157 zamówień).

Pismem z dnia 25 marca 2017 r. Prezes UZP działając na podstawie art. 165 ust. 1 w zw. z art. 161 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wszczął kontrolę doraźną przedmiotowego postępowania. Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyłączenia z ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pana H [REDACTED] S [REDACTED], pełniącego funkcję Kierownika Zamawiającego;
- 2) art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyłączenia z ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pani M [REDACTED] M [REDACTED] – M [REDACTED], pełniącej funkcję Członka Komisji Przetargowej;
- 3) art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie warunku dotyczącego zdolności finansowej w sposób nieprecyzyjny oraz niezwiązany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w zakresie jego wartości.

W uzasadnieniu wskazanych naruszeń Prezes UZP wskazał co następuje:

Ad. 1. Zgodnie z pkt 3 sekcja A ppkt 1 protokołu postępowania, funkcję Kierownika Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu pełnił pan H [REDACTED] S [REDACTED] – Dyrektor Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie.

W dniu 7 marca 2013 r. pan H [REDACTED] S [REDACTED] złożył na druku ZP-1 oświadczenie o braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

Tymczasem, z przekazanej dokumentacji wynika, że o zawarcie przedmiotowej umowy ramowej ubiegał się Wykonawca C [REDACTED] S [REDACTED] i M [REDACTED] Sp. z o.o., w którego skład

zarządu reprezentującego Spółkę wchodził: pan P [REDAKTED] H [REDAKTED] S [REDAKTED] (Członek Zarządu) oraz pan Ł [REDAKTED] F [REDAKTED] B [REDAKTED] (Prezes Zarządu), który podpisał ofertę.²

W tym miejscu należy wyjaśnić, iż z informacji posiadanych przez Urząd wynika, iż pan P [REDAKTED] H [REDAKTED] S [REDAKTED] jest synem Dyrektora Instytutu – pana H [REDAKTED] S [REDAKTED], natomiast pan Ł [REDAKTED] F [REDAKTED] B [REDAKTED] – członkiem jego rodziny.

W piśmie z dnia 11 kwietnia 2017 r. Zamawiający potwierdził powyższe okoliczności faktyczne wskazując, że *okoliczności opisane w przepisach art. 17 ust. 1 pkt 2-4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych miały rzeczywiście miejsce w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do dyrektora Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu (...).*³

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z treścią art. 7 ust. 2 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego powinno być prowadzone w sposób bezstronny i obiektywny. W świetle tej zasady, po stronie zamawiającego powinny występować wyłącznie osoby, które zapewnią prowadzenie postępowania zgodnie z przepisami prawa oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Instytucjonalnym urzeczywistnieniem tej zasady jest wyrażony w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązek wyłączenia z postępowania wszystkich osób, w stosunku do których zachodzą uzasadnione podejrzenia braku obiektywizmu, realizujący się w okolicznościach ujętych w pkt 1-5 tegoż przepisu. Zatem, do czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie powinny zostać dopuszczone osoby, które:

1. ubiegają się o udzielenie tego zamówienia;
2. pozostają w związku małżeńskim, w stosunku pokrewieństwa lub powinowactwa w linii prostej, pokrewieństwa lub powinowactwa w linii bocznej do drugiego stopnia lub są związane z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli z wykonawcą, jego zastępcą prawnym lub członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
3. przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
4. pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób;

² Dane na temat składu zarządu pochodzą z załączonego do oferty ww. Wykonawcy odpisu z rejestru przedsiębiorców KRS aktualnego na dzień 6 marca 2013 r. (Dział 2, Rubryka 1, Podrubryka 1).

³ Zob. Pismo UZP z dnia 24 marca 2017 r., znak: UZP/DKD/PWKZ/421/9(1)/17/MJ.

5. zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych.

W ocenie Prezesa UZP na gruncie przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, że pan H [REDACTED] S [REDACTED] podlegał wyłączeniu z niniejszego postępowania, z uwagi na łączące go więzy pokrewieństwa z osobami reprezentującymi Wykonawcę C [REDACTED] S [REDACTED] i M [REDACTED] Sp. z o.o., tj. panem P [REDACTED] H [REDACTED] S [REDACTED] i Ł [REDACTED] F [REDACTED] B [REDACTED]. Zaniechanie wyłączenia z postępowania osoby pana H [REDACTED] S [REDACTED], pełniącego funkcję Kierownika Zamawiającego, stanowi naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad. 2. Zgodnie z pkt 3 sekcja A ppkt 2 protokołu postępowania pani M [REDACTED] M [REDACTED]–M [REDACTED] pełniła w niniejszym postępowaniu funkcję Członka Komisji Przetargowej.

Prezes UZP wskazał, że w dniu 15 marca 2013 r. Pani M [REDACTED] M [REDACTED]–M [REDACTED] złożyła na druku ZP-1 oświadczenie o braku istnienia okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 10 czerwca 2015 r., Wnioskodawca powiadomił Urząd Zamówień Publicznych, że pani M [REDACTED] M [REDACTED]–M [REDACTED] była zatrudniona na podstawie umowy zlecenia przez NZOZ M [REDACTED], podmiot związany z Wykonawcą C [REDACTED] S [REDACTED] i M [REDACTED] Sp. z o.o.

Pismem z dnia 24 marca 2017 r., Urząd Zamówień Publicznych wystąpił do Zamawiającego z zapytaniem, czy pomiędzy ww. osobą pełniącą w postępowaniu funkcję Członka Komisji Przetargowej a Wykonawcą zachodziły okoliczności wskazane w art. 17 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp.

W piśmie z dnia 11 kwietnia 2017 r. Zamawiający wskazał, że *okoliczności opisane w przepisach art. 17 ust. 1 pkt 2-4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych miały rzeczywiście miejsce w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do dyrektora Instytutu Fizjologii i Patologii Słuchu oraz wskazanego członka Komisji Przetargowej*, a także, że sprawa była przedmiotem czynności podjętych przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych przy Międzyresortowej Komisji Orzekającej w

sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Ministrze Finansów⁴ oraz Prokuraturę Rejonową w Pruszkowie⁵.

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Z uwagi na powyższe Prezes UZP stwierdził, że pani M██████ M██████-M██████ podlegała wyłączeniu z niniejszego postępowania, z uwagi na świadczenie usług zlecenia dla Wykonawcy C██████ S██████ i M██████ Sp. z o.o. w okresie 3 lat przed wszczęciem przedmiotowego postępowania. Zaniechanie wyłączenia z niniejszego postępowania osoby pani M██████ M██████-M██████, pełniącej funkcję Członka Komisji Przetargowej, stanowi naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Ad. 3. Zgodnie z treścią rozdziału V pkt 1 ppkt 1 SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musiał spełniać wymagania określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a w szczególności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tzn. wykazać, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 10 % wartości oferty, oraz nie podlegać wykluczeniu z postępowania na zasadach określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp⁶.

Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca miał załączyć do oferty:

1. oświadczenie o spełnianiu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 2a do SIWZ,
2. informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków

⁴ Kom. Z treści pisma Zamawiającego wynika, że postępowania w tym zakresie nie wszczęto z uwagi na upływ terminu przedawnienia.

⁵ Kom. Postanowieniem z dnia 30 grudnia 2016 r., sygn. akt PR 3 Ds. 12.2016, Prokuratura Rejonowa w Pruszkowie umorzyła śledztwo m. in. w sprawie złożenia przez panią M██████ M██████-M██████ fałszywego oświadczenia o braku okoliczności stanowiących podstawę do wyłączenia z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z treści uzasadnienia wynika, iż pani M██████ M██████-M██████ okresowo konsultowała w NZOZ C██████ S██████ i M██████ M██████ pacjentów w zakresie audiologii i foniatrii oraz laryngologii w oparciu u umowy zlecenia oraz że w dacie składania zakwestionowanego oświadczenia *nie miała wiedzy ani świadomości, że powinna się wyłączyć, gdyż nie wiązała faktu udziału w komisji przetargowej z faktem okresowego świadczenia konsultacji medycznych dla NZOZ C██████ S██████ i M██████ M██████*

⁶ Taki sam warunek w pkt III.1.2 zawierało ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod nr 2013/S020-030749.

finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

W ocenie Prezesa UZP w celu realizacji zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest dokonać opisu sposobu spełniania warunków na tyle precyzyjnie, aby wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu wiedzieli, jakie warunki muszą spełnić, aby móc złożyć ważną ofertę, zaś sam zamawiający – był w stanie dokonać obiektywnej, rzetelnej i przejrzystej oceny spełniania przez nich warunków. Zasady kwalifikacji wykonawców muszą być oparte na jednoznacznych, obiektywnych i nie budzących wątpliwości przesłankach.

W ocenie Prezesa UZP należy przyjąć, że co do zasady opis warunku zdolności finansowej nie powinien odnosić się do wartości złożonej oferty (ceny ofertowej), ponieważ po pierwsze, nie zapewnia wyboru wykonawcy, który należycie wykona zamówienie. Tak opisany warunek może bowiem prowadzić do sytuacji, w której niektórzy z wykonawców dostosują cenę oferty do zdolności finansowej, jaką są w stanie wykazać, nie zaś do rzeczywistych kosztów rzetelnego wykonania zamówienia. Taka krótkowzroczność w podaniu ceny oferty może z kolei wpłynąć negatywnie na sposób realizacji zamówienia. Tym samym ww. opis warunku może prowadzić do sytuacji, która nie służy wyborowi wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, a zatem jest zaprzeczeniem celu opisywania warunków udziału w postępowaniu.

Dalej Prezes UZP wskazał, że taki opis warunku nie pozwala wykonawcom, którzy zamierzają wskazać realną cenę oferty (nie zaś dostosowaną do zdolności finansowej), na ocenę, czy spełniają ten warunek, przed ustaleniem przez nich możliwości (m.in. technicznych, logistycznych, kadrowych, organizacyjnych) wykonania zamówienia i przed obliczeniem ceny, za jaką ewentualnie są w stanie to zamówienie wykonać.

Ponadto w ocenie Prezesa UZP nie można uznać, że zamawiający precyzyjnie opisał warunek, skoro ostateczna wysokość kwoty, jaką wykonawcy dysponują, lub do jakiej ewentualnie będą mieli dostęp, nie zależy od cech przedmiotu zamówienia, ale od tego, jaką cenę zdecyduje się wskazać w swojej ofercie wykonawca. Tym samym kwota, jaką dysponuje wykonawca lub będzie miał do niej dostęp, nie została w ogóle związana z przedmiotem

zamówienia proporcjonalnie do jego zakresu czy wartości, ale została odniesiona do ceny oferty.

W ocenie Prezesa, mając na uwadze powyższe, uznać należy, że warunku zdolności finansowej odnoszący się do ceny oferty w zakresie wymaganej wartości nie jest związany z przedmiotem zamówienia i nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tym samym, zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Jednakże, w ocenie Prezesa UZP, z uwagi na fakt, iż żaden z wykonawców nie został wykluczony z powodu niespełnienia ww. warunku, powyższe naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Pismem z dnia 13 października 2017 (data wpływu do UZP 18 października 2017 r.) Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu zgłosił umotywowane zastrzeżenia do wyników kontroli przeprowadzonej przez Prezesa UZP. Wykonawca zgłosił zastrzeżenia co do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Wykonawca wskazał, że:

1. na żadnym znanym Zamawiającemu rynku obejmującym wyroby medyczne lub inne przedmioty dedykowane podmiotom służby ochrony zdrowia, nie panowała ani też nie panuje w obecnym czasie tego rodzaju konkurencja, która mogłaby choć potencjalnie prowadzić do sytuacji, w której wykonawcy dostosują cenę oferty do zdolności finansowej, jaką są w stanie wykazać, nie zaś do rzeczywistych kosztów rzetelnego wykonania zamówienia. Przedmiotem niniejszego zamówienia były dostawy, w przypadku których struktura ceny, poza niewielkim udziałem czynności o charakterze logistycznym i kosztów ogólnych, obejmuje wyłącznie cenę zakupu przez wykonawcę oraz zysk. W ocenie Zamawiającego, wykonawcy w postępowaniach raczej dostosowują do wymogów brzmienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu (tj. informację bankową lub treść referencji) niż cokolwiek zmieniają w cenie oferty. Natomiast, cena oferty bywa zmieniana zwykle jedynie ze względu na natężenie konkurencji na rynku;
2. ustalenie przez wykonawców możliwości wykonania zamówienia (to jest określenie, czy wykonawca posiada w swej ofercie towary odpowiadające wymogom, czy posiada odpowiednie zdolności logistyczne oraz dokumentację dotyczącą towarów) jest, w ocenie Zamawiającego, prawdopodobnie pierwszą czynnością podejmowaną w ramach analizy dokumentacji przetargowej. Dopiero pozytywna odpowiedź na powyższą kwestię powoduje sprawdzenie poziomu warunków udziału w postępowaniu i innych warunków o charakterze formalnym;
3. przeciwstawianie wartości przedmiotu zamówienia (zwiększonej rzecz jasna o kwotę podatku od towarów i usług) i cen ofertowych wydaje się być zdecydowanie zbyt daleko idące, gdyż zwykle Zamawiający jest w stanie w przybliżeniu przewidzieć ceny ofert poszczególnych wykonawców w ramach branży i rynku, które są mu znane, np. ze względu

na cykliczne powtarzanie oraz przedmiot działalności. Ceny ofertowe pozostają zatem zawsze w określonej relacji do wartości przedmiotu zamówienia, powiększonej o podatek VAT i nie powinno się tych wartości traktować odrębnie i niezależnie od siebie. W ocenie Zamawiającego, opis warunków opisany w relacji do ceny ofertowej nie jest zatem opisany w oderwaniu od wartości przedmiotu zamówienia i z tą wartością np. nieproporcjonalny oraz do niej nieadekwatny.

Pismem z dnia 27 października 2017 r. Prezes UZP poinformował wykonawcę Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu, iż nie uwzględnia zgłoszonych zastrzeżeń. Prezes UZP wskazał w pierwszej kolejności, że zgodnie z przepisem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany do doprecyzowania wymagań stawianych wykonawcom biorąc pod uwagę specyfikę prowadzonego przez siebie postępowania, tj. charakter udzielanego zamówienia, stopień złożoności przedmiotu zamówienia, całkowitą wartość zamówienia oraz inne okoliczności realizacji zamówienia. Określenie warunków udziału w postępowaniu powinno być dokonane przez pryzmat celu, jakiego warunki te mają służyć, a więc prawidłowemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. Stąd określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione charakterystyką, zakresem i wartością, stopniem złożoności zamówienia lub warunkami jego realizacji. Proporcjonalność warunków udziału w postępowaniu oznacza, że nie można określać tych warunków w sposób, który nie jest adekwatny do osiągnięcia celu danego postępowania. Prawidłowo określone warunki, powinny zatem określać minimalny poziom, od którego zamawiający uzna dany potencjał osobowy, finansowy, ekonomiczny, techniczny za wystarczający do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Prezes UZP podkreślił, iż obowiązkiem zamawiającego jest takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, by wykonawca po zapoznaniu się z ogłoszeniem i treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia posiadał pełną wiedzę umożliwiającą podjęcie decyzji o udziale w postępowaniu. Brak jasno określonych przez zamawiającego wymogów wymusza na wykonawcach przygotowanie oferty w celu ustalenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stawia w uprzywilejowanej pozycji duże podmioty, dysponujące większym doświadczeniem i potencjałem.

W związku z powyższym, w ocenie Prezesa UZP, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odnoszącego się do potencjału finansowego, powinien wskazywać wymagany przez zamawiającego minimalny poziom potencjału finansowego

wykonawcy poprzez podanie konkretnej kwoty, której wysokość odzwierciedla wartość zamówienia z uwzględnieniem sposobu realizacji zamówienia. Uzależnienie spełnienia warunku zdolności finansowej od wartości złożonej oferty powoduje, że sposób oceny spełnienia tego warunku w ogóle nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, a także pozostaje w sprzeczności z jego celem, tj. wyborem wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Opisanie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej poprzez wskazanie, że wykonawca musi wykazać dysponowanie środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 10 % wartości oferty, stanowi więc naruszenie dyspozycji art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Prezes UZP podkreślił, iż naruszenie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie sposobu oceny spełnienia warunku dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej w sposób odnoszący się bezpośrednio do ceny złożonej oferty było wielokrotnie przedmiotem kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jak i oceny Krajowej Izby Odwoławczej.⁷

Odnosząc się do konkretnych kontrargumentów Zamawiającego przytoczonych w zastrzeżeniach od kontroli doraźnej z dnia 29 września 2017 r. Prezes UZP zauważył, co następuje.

Po pierwsze, Prezes UZP wskazał, że przy określeniu warunku finansowego i ekonomicznego w sposób zależny od wartości zamówienia zawsze istnieje ryzyko dostosowania oferowanej ceny w celu wykazania spełnienia warunku. Prezes UZP zgodził się z Zamawiającym, że opisana sytuacja jest rzadko spotykana na rynku dostaw produktów medycznych, jednakże wynika powyższe z faktu, że Zamawiający doprecyzowują stawiany warunek poprzez podanie konkretnej kwoty, która dla wszystkich wykonawców jest jednakowa.

Prezes UZP wskazał, że wartość szacunkowa całego zamówienia została ustalona na kwotę 10.340.000,00 zł netto. Wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu mieli bardzo zróżnicowane ceny za poszczególne pakiety⁸, a co za tym idzie – inaczej kształtował

⁷ Zob. Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 9 grudnia 2016 r., znak: UZP/DKUE/KD/99/2016; Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 10 października 2016 r., znak: UZP/DKUE/KD/108/2016; uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2016 r., sygn. akt KIO/KD 69/16.

⁸ Kom. do upływu wyznaczonego terminu składania ofert złożone zostały następujące oferty:

1. O [redacted] P [redacted] Sp. z o.o. – cena: 15.425.478,00 zł brutto (Pakiet I),
2. C [redacted] S [redacted] i M [redacted] Sp. z o.o. – cena: 12.606.787,17 zł brutto (Pakiet I – 11.896.324,60 zł brutto, II – 253.440,00 zł brutto i III – 457.022,57 zł brutto),
3. P [redacted] P [redacted] Sp. z o.o. – cena: 6.795.799,20 brutto (Pakiet I – 6.550.002,00 zł brutto i III – 245.797,20 zł brutto),
4. G [redacted] M [redacted] A [redacted] M [redacted] Sp. z o.o. – cena: 10.648.530,00 brutto (Pakiet I – 8.742.528,00 zł brutto, II – 229.446,00 zł brutto i III – 1.676.556,00 zł brutto).

się warunek finansowy w stosunku do każdego z nich, np. Wykonawca O [REDACTED] P [REDACTED] Sp. z o.o., który złożył ofertę jedynie na Pakiet I, musiał wykazać dysponowanie środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości 1.542.547,80 zł, podczas gdy do spełnienia warunku przez Wykonawcę P [REDACTED] P [REDACTED] Sp. z o.o. (Pakiet I i III) – wystarczyła zdolność finansowa w wysokości 679.579,92 zł. Powyższe świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców biorących udział w postępowaniu i stwarza sytuację, w której wykonawcy mogli dopasowywać cenę ofertową do spełnienia warunku finansowego. Prezes UZP podkreślił, iż do stwierdzenia naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp wystarczy uznanie, że ze względu na nieprawidłowe sformułowanie zapisów SIWZ taka okoliczność mogła mieć miejsce.

Po drugie, Prezes UZP wskazał, iż należy zgodzić się z Zamawiającym, iż prawdopodobnie pierwszą czynnością dokonywaną przez wykonawców jest sprawdzenie możliwości wykonania zamówienia, w tym przypadku sprawdzenia, czy posiadają w swojej ofercie produkty pożądane przez Zamawiającego, a dopiero w następnej kolejności, czy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Jednakże, należy zauważyć, iż na etapie sprawdzania możliwości wykonania zamówienia wykonawcy nie dokonują szczegółowej kalkulacji ceny, w tym uwzględniającej wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia oraz swój potencjalny zysk. Powyższe czynności są dokonywane przez wykonawców, którzy stwierdzają, że posiadają produkty spełniające wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego, a także że są w stanie wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Prezesa UZP tak sformułowany w niniejszym postępowaniu warunek finansowy wymusza na wykonawcach dokonanie szczegółowej kalkulacji cenowej w celu zbadania czy w ogóle mogą złożyć niepodlegającą odrzuceniu ofertę.⁹

Po trzecie, Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien odnosić się do przedmiotu zamówienia, do jego specyfiki i wartości, a nie do wartości poszczególnych ofert. Należy zauważyć, iż ceny ofertowe nie zawsze pozostają w przewidywalnej relacji do wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, jak choćby w niniejszym przypadku, gdzie cena ofertowa Wykonawcy O [REDACTED] P [REDACTED] Sp. z o.o. za wykonanie Pakietu I przekraczała przewidywaną wartość całego zamówienia wraz z podatkiem VAT. Zatem, nie można uznać, iż opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunku w postępowaniu poprzez odesłanie do wartości złożonych ofert jest równoznaczne ze spełnieniem postulatu odesłania do wartości zamówienia.

⁹ Kom. zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Reasumując, w ocenie Prezesa UZP, Zamawiający żądając spełnienia warunku finansowego poprzez wykazanie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 10 % wartości oferty, nie powiązał sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku z przedmiotem zamówienia, proporcjonalnie do jego zakresu czy wartości, a jedynie odniósł się do wartości ofert i uzależnił ostateczną wysokość wymaganej kwoty zdolności finansowej wykonawców, od tego jaką kwotę zdecydują się podać w swoich ofertach.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa UZP, zastosowany przez Zamawiającego opis warunku zdolności finansowej narusza dyspozycję art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonując ustaleń na podstawie akt postępowania kontrolnego Prezesa Urzędu zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie ustaliła, że właściwie zrekonstruowano i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia kontrolujących w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej”.

Wskazać należy na wstępie, że w piśmie z dnia 13 października 2017 r. (data wpływu do Prezesa UZP w dniu 18 października 2017 r.) wykonawca Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie zgłosił umotywowane zastrzeżenia wyłącznie co do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Tym samym uznać należy, że wykonawca zgodził się z ustaleniami Prezesa UZP dotyczącymi naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zawartymi w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej”.

Co do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp wskazać należy na wstępie, że zgodnie z przywołaną regulacją opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przepis ten wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Powyższy przepis musi być interpretowany w odniesieniu do realiów konkretnego postępowania przetargowego. Podkreślić bowiem należy, że zawarte w nim postulaty proporcjonalności i związania z przedmiotem zamówienia nie mogą być interpretowany w

oderwaniu od konkretnego postępowania przetargowego, w tym przedmiotu zamówienia, jego szacunkową wartością czy też dążeniu do otwarcia rynku i wzrostu konkurencyjności wśród wykonawców. Otwarcie zaś rynku i podniesienie konkurencyjności w celu uzyskania jak najlepszego produktu jest nieodzownie związane z proporcjonalnością, a więc takim opisem warunków udziału w postępowaniu, który jest adekwatny do celu jaki zamierza osiągnąć Zamawiający.

W zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału finansowego wykonawców wskazać należy, że informacja w tej kwestii pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy kondycja finansowa danego wykonawcy pozwoli mu na udział w przedsięwzięciu wymagającym zaangażowania własnych lub pozostawionych do jego dyspozycji znacznych środków finansowych. Opis powyższego warunku winien być dokonany z uwzględnieniem zasad wskazanych w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp tj. być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ustawodawca w sposób jasny i klarowany odniósł więc powyższy wymóg do przedmiotu zamówienia. Wskazać dalej należy, że podmiotem odpowiedzialnym za dokonanie poprawnego opisu przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem zasad zawartych w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp jest zamawiający. Za niedopuszczalne, w ocenie Izby, byłoby przerzucenie powyższego obowiązku na poszczególnych wykonawców. A z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu w zakresie opisu wymagań zawartych w SIWZ dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców. Brak bowiem podania przez Zamawiającego konkretnej kwoty, której wysokość odzwierciedla wartość zamówienia w zakresie opisu wymagań dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców sprawia, że warunek ten zostaje niejako dookreślony przez poszczególnych wykonawców na etapie przygotowywania swoich ofert. Każdy bowiem wykonawca podaje inną kwotę za którą zamierza realizować zamówienie i tym samym każdy w wykonawców sam oblicza i dookreśla warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W omawianym stanie faktycznym wskazać należy, iż przyjęcie zastrzeżeń Zamawiającego za zasadne oznaczałoby dopuszczenie możliwości indywidualnego dookreślania przez wykonawców wymagań dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, to zaś mogłoby prowadzić do wielu nieprawidłowych zachowań na rynku zamówień publicznych. Po pierwsze przy określeniu warunku finansowego i ekonomicznego w sposób zależny od wartości oferty zawsze istnieje ryzyko dostosowania oferowanej ceny w celu wykazania spełnienia warunku. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że opisana sytuacja jest rzadko spotykana na rynku dostaw produktów medycznych, jednakże wynika powyższe z faktu, że Zamawiający

doprecyzowują stawiany warunek poprzez podanie konkretnej kwoty, która dla wszystkich wykonawców jest jednakowa.

Jak wynika z akt postępowania wartość szacunkowa całego zamówienia została ustalona na kwotę 10.340.000,00 zł netto. Ceny za poszczególne pakiety pomiędzy wykonawcami były bardzo zróżnicowane, a co za tym idzie – inaczej kształtował się warunek finansowy w stosunku do każdego z nich, np. Wykonawca O [REDAKTOWANE] P [REDAKTOWANE] Sp. z o.o., który złożył ofertę jedynie na Pakiet I, musiał wykazać dysponowanie środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości 1.542.547,80 zł, podczas gdy do spełnienia warunku przez Wykonawcę P [REDAKTOWANE] P [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. (Pakiet I i III) – wystarczyła zdolność finansowa w wysokości 679.579,92 zł. Powyższe świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców biorących udział w postępowaniu i stwarza sytuację, w której wykonawcy mogli dopasowywać cenę ofertową do spełnienia warunku finansowego.

Po drugie, o ile można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż pierwszą czynnością dokonywaną przez wykonawców jest sprawdzenie możliwości wykonania zamówienia, w tym przypadku sprawdzenia, czy posiadają w swojej ofercie produkty pożądane przez Zamawiającego, a dopiero w następnej kolejności, czy spełniają warunki udziału w postępowaniu, to należy zauważyć, iż na etapie sprawdzania możliwości wykonania zamówienia wykonawcy nie dokonują szczegółowej kalkulacji ceny, w tym uwzględniającej wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia oraz swój potencjalny zysk. Powyższe czynności są dokonywane przez wykonawców, którzy stwierdzają, że posiadają produkty spełniające wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego, a także że są w stanie wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby tak sformułowany w niniejszym postępowaniu warunek finansowy wymusza na wykonawcach dokonanie szczegółowej kalkulacji cenowej w celu zbadania czy w ogóle mogą złożyć niepodlegającą odrzuceniu ofertę.

Słusznie wskazał również Prezes UZP, że ceny ofertowe nie zawsze pozostają w przewidywalnej relacji do wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego, jak choćby w niniejszym przypadku, gdzie cena ofertowa Wykonawcy O [REDAKTOWANE] P [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. za wykonanie Pakietu I przekraczała przewidywaną wartość całego zamówienia wraz z podatkiem VAT. Zatem, nie można uznać, iż opisanie sposobu dokonania oceny spełniania warunku w postępowaniu poprzez odesłanie do wartości złożonych ofert jest równoznaczne ze spełnieniem postulatu odesłania do wartości zamówienia.

Podkreślić należy również, że w treści złożonych zastrzeżeń Zamawiający posługuje się wielokrotnie ogólnymi stwierdzeniami dotyczącymi wykonawców działających na rynku, samego rynku czy przepisów prawnych, kierując się swą subiektywną interpretacją czy też doświadczeniem. Zamawiający stwierdza m.in., że opis warunku został dokonany na poziomie adekwatnym do rzeczywistych potrzeb podmiotów realizujących umowę, że wykonawcy muszą wykonać absolutnie niezbędną czynności czy też, że wartość przedmiotu zamówienia i wartość oferty nie mogą być traktowane odrębnie i niezależnie od siebie. Zamawiający jednakże w żaden sposób nie wykazuje na jakiej podstawie twierdzi, że opis warunku był adekwatny do rzeczywistych potrzeb wykonawców, że nie naruszał konkurencji na rynku i nie prowadził do nierównego traktowania wykonawców. Pomija brzmienie przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, który w sposób nie budzący wątpliwości stanowi, iż opis warunków udziału w postępowaniu ma być związany z przedmiotem zamówienia, nie zaś z ceną oferty. Nie dostrzega również faktu, iż szacunkowa wartość zamówienia oraz cena oferty to dwa odrębne pojęcia na gruncie ustawy Pzp. Ich odrębność wynika chociażby z faktu, iż szacunkową wartość zamówienia oblicza zamawiający, a cenę oferty wykonawca. Stwierdzenie Zamawiającego, iż ceny oferty pozostają zawsze w określonej relacji do wartości przedmiotu zamówienia nic nie wnosi do uchybień stwierdzonych przez Prezesa UZP. Zamawiający nie wyjaśnia do jakiej „określonej relacji” odwołuje się i jaki ma ona wpływ na przestrzeganie zasad wyrażonych w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Reasumując, w ocenie Izby, Zamawiający żądając spełnienia warunku finansowego poprzez wykazanie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 10 % wartości oferty nie powiązał sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku z przedmiotem zamówienia, proporcjonalnie do jego zakresu czy wartości, do czego był zobowiązany zgodnie z brzmieniem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Tym samym zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....