

Warszawa, dnia

2017 r.

UZP/DKD/KND/8/17

### **Informacja o wyniku kontroli doraźnej**

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

Zamawiający:	Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu ul. M. Mochnackiego 10 02-042 Warszawa
Rodzaj zamówienia:	dostawa
Przedmiot zamówienia:	„dostawa aparatów słuchowych i systemów wspomagających słyszenie wg 3 pakietów”
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	10.340.000,00 zł netto, co stanowiło równowartość 2.572.395,26 euro
Data zawarcia umowy ramowej:	26 marca 2013 r.
Środki UE:	nie

### **Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku.**

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, zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”, poprzez zaniechanie wyłączenia z ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pana H [REDAKTOWANO] S [REDAKTOWANO], 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 [REDAKTOWANO] M [REDAKTOWANO] – M [REDAKTOWANO], 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.

### UZASADNIENIE

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

W dniu 7 marca 2013 r. pan H [REDAKTOWANO] S [REDAKTOWANO] 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 [REDAKTOWANO] S [REDAKTOWANO] i M [REDAKTOWANO] Sp. z o.o., w którego skład zarządu reprezentującego Spółkę wchodził: pan P [REDAKTOWANO] H [REDAKTOWANO] S [REDAKTOWANO] (Członek Zarządu) oraz pan Ł [REDAKTOWANO] F [REDAKTOWANO] B [REDAKTOWANO] (Prezes Zarządu), który podpisał ofertę.<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> 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).

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(...).*<sup>2</sup>

Mając na uwadze ustalenia kontroli należy podnieść, co następuje.

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;
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.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy stwierdzić, że pan H. █████ S. █████ podlegał wyłączeniu z niniejszego postępowania, z uwagi na łączące go więzy pokrewieństwa z osobami reprezentującymi Wykonawcę C. █████ S. █████ i M. █████ Sp. z o.o., tj. panem P. █████ H. █████ S. █████ i Ł. █████ F. █████ B. █████. Zaniechanie

---

<sup>2</sup> Zob. Pismo UZP z dnia 24 marca 2017 r., znak: UZP/DKD/PWKZ/421/9(1)/17/MJ.

wyłaczenia 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.

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 Finansów<sup>3</sup> oraz Prokuraturę Rejonową w Pruszkowie<sup>4</sup>.

Mając na uwadze powyższe ustalenia należy podnieść, co następuje.

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.

<sup>3</sup> Kom. Z treści pisma Zamawiającego wynika, że postępowania w tym zakresie nie wszczęto z uwagi na upływ terminu przedawnienia.

<sup>4</sup> 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 [REDACTED] M [REDACTED]–M [REDACTED] fałszywego oświadczenia o braku okoliczności stanowiących podstawę do wyłączenia z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z treści uzasadnienia wynika, iż pani M [REDACTED] M [REDACTED]–M [REDACTED] okresowo konsultowała w NZOZ C [REDACTED] S [REDACTED] i M [REDACTED] M [REDACTED] 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 [REDACTED] S [REDACTED] i M [REDACTED] M [REDACTED]*.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, 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 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej: „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 Pzp<sup>5</sup>.

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

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 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.

---

<sup>5</sup> Taki sam warunek w pkt III.1.2 zawierało ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod nr 2013/S020-030749.

W świetle powyższego 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.

Po drugie, 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.

Po trzecie wreszcie, 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.

Powyższe prowadzi do wniosku, że opis 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 z uwagi na fakt, iż żaden z wykonawców nie został wykluczony z powodu niespełnienia ww. warunku, powyższe naruszenie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

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