

Sygn. akt: KIO 3451/22

WYROK
z dnia 16 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2022 r. przez wykonawcę Luxury Medical Care G. K. Sp. k. z siedzibą w Warszawie przy ul. Słomińskiego 17 lok. 47 (00-195 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Borowskiej 213 (50-556 Wrocław)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w pkt I i IV uzasadnienia odwołania i nakazuje zamawiającemu dokonanie następujących modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia:

1.1. określenie w § 18 ust. 1 wzorów umów dla wszystkich pakietów, że kara umowna wskazana w ww. fragmencie nie przekroczy 100% wartości danej usługi za wyjątkiem odesłania wskazanego w ostatnim zdaniu, odnoszącego się do ust. 2. Przy czym szczegółowe wskazanie wartości pośrednich za każdy kolejny przedział opóźnienia w zakresie jego długości oraz procentowego wskaźnika kary umownej, Izba pozostawia w gestii zamawiającego;

1.2. określenie w § 18 ust. 10 wzorów umów dla wszystkich pakietów, że łączna wysokość kar umownych wynikających z umowy, do których zapłaty zobowiązany jest wykonawca nie może przekroczyć 40% ogólnej wartości umowy brutto;

1.3. podzielenie pakietu nr 1 na dwa osobne pakiety, z których jeden będzie obejmował transporty karetkami typu S, a drugi transporty karetkami typu P.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Luxury Medical Care G. K. Sp. k. z siedzibą w Warszawie w części 3/5 oraz zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu w części 2/5 i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawcę Luxury Medical Care G. K. Sp. k. z siedzibą w Warszawie tytułem uiszczenia wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od zamawiającego Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu na rzecz wykonawcy Luxury Medical Care G. K. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, kwotę w wysokości 7 440 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta czterdzieści złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu, zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: *Świadczenie usług transportu medycznego i sanitarnego rozumianego jako przewóz pacjentów (na konsultacje i badania diagnostyczne, przekazanie pacjenta do innego podmiotu leczniczego, transport do domu, transport na dializoterapię) i innych wynikających z działalności Zamawiającego przez całą dobę (24 h)/ 7 dni w tygodniu/ przez okres 12 miesięcy*, znak sprawy: DZP.242.1085.2022, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 grudnia 2022 r., pod numerem 2022/S 243-698037.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 23 grudnia 2022 r. wykonawca Luxury Medical Care G. K. Sp. k. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności dokonanej przez zamawiającego polegającej na ustaleniu treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”) oraz ogłoszenia o zamówieniu (zwanego dalej jako: „Ogłoszenie”) w postępowaniu w sposób sprzeczny z Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 353¹ Kodeksu cywilnego („Kc”), art. 5 Kc w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez wykorzystanie pozycji przez zamawiającego jego dominującej i uprzywilejowanej pozycji wobec wykonawców, polegające na ustaleniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez określenie kar umownych w poziomie przewyższającym jednostkową wartość transportu, określenie łącznej wysokości kar umownych na poziomie 80% wartości wynagrodzenia wykonawcy, ustalenie pozornych jakościowych kryteriów oceny ofert w zakresie wieku pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi oraz nieadekwatnej do warunków postępowania i charakteru usługi obsady karetki typu „P”;

2) art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp oraz art. 5 Kc w zw. z art. 8 Pzp przez opisanie kar umownych w sposób niejednoznaczny i niedookreślony, ograniczający wysokości kar umownych do rażąco nieproporcjonalnego do ewentualnej szkody po stronie zamawiającego poziomu maksymalnego limitu 80% wartości brutto przedmiotu zamówienia;

3) art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 8) Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w Rozdziale VII ust 1 pkt 4 lit b) SWZ w sposób zbyt ogólny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający dokonanie rzetelnej oceny zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia dopuszczając do składania ofert podmioty, które nie będą w stanie zrealizować niniejszego zamówienia w sposób prawidłowy, a w konsekwencji do nieprawidłowego ustalenia kryterium wyboru oferty poprzez ustalenie kryterium najniższej ceny jako jedynego kryterium i jedynie pozorne zastosowania kryterium pozacenowego w postaci wieku pojazdów;

4) art. 16 Pzp w zw. z art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 2) Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18) Pzp przez wprowadzenie pozornych kryteriów oceny ofert, a tym samym zastosowanie kryterium ceny, jako kryterium o wadze przekraczającej 60% bez realnego określenia standardów jakościowych poprzez wprowadzenie kryterium dotyczącego punktacji wieku samochodów skierowanych do realizacji zamówienia;

5) art. 16 w zw. z art. 242 ust. 1 pkt 2 Pzp i ust. 2 pkt 1) Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 18) Pzp przez wprowadzenie kryteriów jakościowych oceny ofert nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia, a tym samym nie zastosowanie kryteriów odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, a co najmniej poprzez wprowadzenie adekwatnego kryterium dotyczącego punktacji w zakresie średniego wieku pojazdów określonego Rozdziale XX pkt 1.2.1 oraz 2.3.1. SWZ;

6) art. 7 pkt 29) w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp przez określenie warunków realizacji usługi transportów karetkami typu „P” w zakresie jej obsady w sposób nie uwzględniający rzeczywistych zasad realizacji usług poprzez wykluczenie możliwości skierowania do obsady karetki Ratownika Kwalifikowanej Pierwszej Pomocy („ratownik KPP”) i wymóg obsady składającej się z ratownika medycznego i pielęgniarki systemu, podczas gdy standardem rynkowym jest dopuszczenie obsady takich transportów z udziałem ratownika KPP jako kierowcy;

7) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców poprzez zaniechanie podzielenia pakietu 1 na 2 części z który jedna obejmować będzie usługę w zakresie realizacji transportów karetkami typu „S”, a druga karetkami typu „P”, w warunkach gdy zakres i sposób realizacji zamówienia w sposób naturalny pozwala na jego podział w sposób wskazany poniżej we wnioskach odwoławczego, a w najmniejszym stopniu nie narusza uzasadnionych potrzebami zamówienia interesów zamawiającego, a ponadto jest zgodny z ustaloną praktyką rynkową.

W związku z powyższym odwołujący wnioskował o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- przeprowadzenie zmian w dokumentacji postępowania, które doprowadzą do:
 - a) usunięcia wszystkich naruszeń wskazanych w treści odwołania, w szczególności nakazanie zamawiającemu zmiany treści SWZ oraz Ogłoszenia wraz z załącznikami, w tym poprzez modyfikację kar umownych, wprowadzenie adekwatnych wysokości kar za konkretne, opisane w umowie naruszenia, zmianę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, dostosowanie wymogów w zakresie obsady transportów karetek typu „P” do przedmiotu zamówienia oraz ustalenie realnego, nie pozornego jakościowego kryterium oceny ofert w postaci wieku pojazdów skierowanych do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z uzasadnieniem poniżej;
 - b) zmiany treści SWZ i Ogłoszenia wraz z załącznikami w sposób określony w odwołaniu oraz nakazanie zamawiającemu podzielenia pakietu nr 1 na 2 pakiety w ten sposób że:
 - i. jako jeden pakiet zostanie wskazana usługa świadczenia usług transportu sanitarnego rozumianego jako przewóz pacjentów (na konsultacje i badania diagnostyczne, przekazanie pacjenta do innego podmiotu leczniczego, transport do domu) i innych wynikających z działalności zamawiającego przez 24 h (całą dobę)/ 7 dni w tygodniu/ przez okres 24 miesięcy karetkami specjalistycznymi „S” — obsadzonych zespołami, w skład których wchodzi co najmniej trzy osoby uprawnione do wykonywania medycznych czynności ratunkowych, w tym lekarz posiadający kwalifikacje i umiejętności zawodowe odpowiednie do stanu transportowanego pacjenta, pielęgniarka systemu lub ratownik medyczny;
 - ii. jako drugi pakiet zostanie wskazana usługa transportów karetkami podstawowymi „P” obsadzonymi co najmniej przez 2 osoby w składzie kierowca (w tym ratownik KPP) + ratownik medyczny;
- zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z rachunkiem przedstawionym na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem wadliwe, naruszające zasadę uczciwej konkurencji, a w konsekwencji niezgodne z Pzp kryterium oceny ofert opisane w SWZ oraz Ogłoszeniu utrudnia (a w praktyce uniemożliwia) jemu oraz innym wykonawcom złożenie prawidłowej i zgodnej z warunkami określonymi przez zamawiającego oferty, która mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Powyższe, oraz nieproporcjonalnie (rażąco wygórowane) ustalone kary umowne, a także wprowadzenie pozornego pozacenowego kryterium oceny ofert oraz brak podziału pakietu nr 1 na 2 pakiety zgodnie propozycją odwołującego prowadzą bezpośrednio do narażenia odwołującego na brak możliwości udziału w postępowaniu, pozyskania zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego).

W przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla zamawiającego warunkach i podjąć działania w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia w postępowaniu. Obecna treść SWZ i Ogłoszenia jest skonstruowana w sposób eliminujący odwołującego (oraz potencjalnie inne podmioty) z możliwości ubiegania się o realizację zamówienia, mimo iż posiada on doświadczenie, wiedzę i wszystkie inne możliwości niezbędne do wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał w pierwszej kolejności, że w dniu 16 grudnia 2022 r. wniósł o udzielenie wyjaśnień do treści dokumentacji postępowania oraz dokonanie w nim zmian. W dniu 22 grudnia 2022 r. zamawiający opublikował odpowiedzi na pytania sformułowane przez odwołującego, jednakże nie uwzględnił zmian zaproponowanych przez niego w zakresie objętym odwołaniem.

W dalszej kolejności odwołujący przedstawił swoją argumentację w uzasadnieniu zawierając ją w pięciu punktach.

I. Kary umowne

a) Kara za opóźnienie w realizacji transportu przewyższająca do 200% wartość transportu

W ocenie odwołującego zastrzeżona w § 18 ust. 1 wzorów umów dla wszystkich pakietów wysokość kar umownych jest rażąco wygórowana i niedostosowana do rzeczywistej szkody, jaką potencjalnie mógłby ponieść zamawiający w wyniku niewłaściwej realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego wysokość kary umownej za każde 15-minutowe opóźnienie w realizacji poszczególnego transportu ustalonej w wysokości 40% wartości poszczególnego transportu jest rażąco wygórowana przede wszystkim z uwagi na fakt, iż w sytuacji opóźnienia wynoszącego od 45 minut (np. w przypadku niezależnej od wykonawcy sytuacji na drodze) doprowadzi do sytuacji, w której zamawiający może obciążyć wykonawcę karą umowną z równowartością przekraczającą wartość usługi, gdyż kara wynosi 120% wartości transportu. Po 75 minutach opóźnienia kara wynosi już 200% wartości transportu tym samym, wykonawca nie tylko nie otrzymałby swojego wynagrodzenia za wykonany przejazd, ale dodatkowo w przypadku opóźnienia wynoszącego 90 min lub dłużej musiałby już uiścić karę w wysokości 1 000,00 zł co stanowi kilkakrotność wynagrodzenia za jeden przejazd. Odwołujący wyjaśnił, że z tytułu pojedynczego przejazdu uzyskuje obecnie wynagrodzenie na poziomie 150-200 zł. W ocenie odwołującego zamawiający zapomina, że poza sytuacją ratowania zdrowia i życia, karetka realizująca transport pacjentów traktowana jest jak zwykły uczestnik ruchu drogowego. Tym samym poza określonymi sytuacjami, kiedy życie i zdrowie pacjenta jest zagrożone, nie może korzystać z uprzywilejowania w ruchu drogowym. Oznacza to, że nie mając wpływu na sytuację drogową może dojść do sytuacji, że transport będzie opóźniony z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Ponadto

pozostawienie tak wysokich kar mogłoby w skrajnych przypadkach prowadzić do tego, że kierowcy mogliby mieć pokusę, aby w niewłaściwy sposób wykorzystywać posiadane w pojeździe sygnały, tylko po to aby uniknąć naliczenia na wykonawcę kary umownej. Dodatkowo biorąc pod uwagę ilość transportów, które realizowane będą w ramach niniejszego zamówienia oraz fakt, iż siedziba zamawiającego znajduje się we Wrocławiu — piątym pod względem powierzchni mieście w Polsce, uznać należy, iż istnieje wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia w 12-miesięcznym okresie obowiązywania umowy losowych i nieplanowanych opóźnień w transportach.

W tym kontekście odwołujący zwrócił uwagę, że kwestia kar umownych opisywanych przez zamawiającego w poprzednich postępowaniach, w których próbował nałożyć podobnie rażąco wygórowane kary była już poddana dwukrotnie pod ocenę Izby. Zamawiający w postępowaniu pomiędzy stronami niniejszego postępowaniu, dotyczącym analogicznego przedmiotu umowy na usługi świadczone w 2021 roku w postępowaniu toczącym się przed Izbą, sygn. akt: KIO 2579/19, zamawiający na skutek odwołania dokonał zmiany SWZ i uwzględnił w całości podnoszone zarzuty dotyczące wysokości kar. Odwołujący podkreślił przy tym, że zamawiający wówczas „jedynie” planował wprowadzić karę na poziomie 20% wartości zamówienia za każde 20 minut opóźnienia bez ograniczenia kary do wartości transportu. Izba podzieliła wówczas stanowisko odwołującego i nakazała wprowadzenie ograniczenia kary do wartości zamówienia. Natomiast obecnie zamawiający nie tylko podwoił procent o który wzrasta kara (z 20% na 40%), skrócił okresy naliczania kary (z 20 min do 15 minut), ale także usunął limit kary do wartości transportu.

W ocenie odwołującego taki sposób sformułowania tej kary umownej jest rażącym wykorzystaniem nadrzędnej pozycji zamawiającego jako organizatora postępowania i ma na celu niedyscyplinowanie wykonawców, ale de facto obniżanie kosztów realizacji usługi poprzez pozostawienie sobie możliwości nakładania na wykonawców bardzo wysokich kar. Dodatkowo, zamawiający znając wyroki wydane w jego sprawie, w bardzo zbliżonych warunkach postępowania, wprowadza kary umowne, które są ich całkowitym zaprzeczeniem. Nowe propozycje kar w tym zakresie nawet nie są powrotem do poziomu proponowanego przez zamawiającego przed wyrokami Izby, ale stanowią drastyczne podwyższenie kar umownych w sposób sprzeczny z dotychczasowym dorobkiem orzecznictwem Izby. Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że oprócz przywołanego już postępowania przed Izbą także w 2019 roku w wyroku KIO 2574/18, Izba uznała za zasadną zmianę wysokości kar umownych do dnia 1 marca 2020 r. na skutek postępowania, poprzez wprowadzenie ograniczenia wysokości kar do wartości danej usługi. Tym samym dziwiło to odwołującego, że zamawiający obecnie w przedmiotowej sprawie we wzorach umowy pominał ograniczenie kary umownej (wprowadzone na skutek wyroku z dnia 28 grudnia 2018

r., KIO 2574/18 oraz postanowieniu z dnia 30 grudnia 2019 r., KIO 2579/19), poprzez usunięcie fragmentu „i nie przekroczy wartości danej usługi.”, a także dodanie tak wygórowanego podwyższenia kar.

W ocenie odwołującego, dodanie tego elementu ograniczającego wysokość kary umownej spowoduje, że kara określona we wzorze umowy będzie adekwatna, a także będzie równocześnie spełniała swoją rolę dyscyplinującą wobec wykonawcy który uzyska zamówienie, a przy tym nie będzie rażąco wygórowana. Dodatkowo fakt, że brzmienie kary umownej w takim kształcie zostało dwukrotnie zatwierdzone przez Izbę w ocenie odwołującego stanowi dodatkową i niezaprzeczalną gwarancją, że takie ukształtowanie tego postanowienia zapewnia ochronę interesów obydwu stron umowy.

Odwołujący podkreślił także, że w dniu 16 grudnia 2022 r. zadał zamawiającemu pytanie w zakresie możliwości zmiany ww. postanowienia umownego, jednakże zamawiający nie wyraził zgody na proponowaną zmianę SWZ. W ocenie odwołującego kara umowna w tym postanowieniu powinna być określona w następujący sposób: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nieuzasadnione niedotrzymanie warunków umowy, co do terminów realizacji świadczeń, w tym czas, który upłynął od zleconej przez Zamawiającego godziny odbioru pacjenta do momentu fizycznego odebrania pacjenta przez Wykonawcę z miejsca wskazanego w zleceniu. Za opóźnienie w realizacji zleceń określonych w S 2 naliczana będzie kara za każde pełne 20 minut opóźnienia w wysokości 20% wartości transportu i nie przekroczy wartości danej usługi.”

Zdaniem odwołującego w obecnym brzmieniu wzorów umów, kary umowne zastrzeżone przez zamawiającego pozwolą mu nie tylko na pokrycie ewentualnej szkody, ale przede wszystkim na sfinansowanie znacznej części zamówienia (wykonywanego przez wykonawcę), prowadząc do wzbogacenia zamawiającego i zachwiania (braku) ekwiwalentności świadczeń w umowie o charakterze wzajemnym, co jak już powyżej wskazano, jest w orzecznictwie Izby nieakceptowalne.

Odwołujący wskazał, iż Izba przy analizie porównywalnych zarzutów w innych rozpatrywanych sprawach zgodziła się ze stanowiskiem prezentowanym przez odwołującego powyżej i nakazała zmodyfikowanie umowy poprzez zmniejszenie kar umownych (wyrok z dnia 4 grudnia 2015 r. o sygn. akt: KIO 2546/15, wyrok z dnia 23 czerwca 2017 r., sygn. akt: KIO 1117/17).

b) Łączny limit kar umownych do 80% wartości zamówienia brutto

Dla zobrazowania poziomu tej kary, odwołujący wskazał, że na podstawie obecnie zawartej z zamawiającym umowy nr DZP.242.316.2020/LMC z dnia 14 grudnia 2020 r. na 24 miesiące na pakiety P, T oraz T (pacjenci dializowani) wynagrodzenie wynosi 6 928 395,00 zł brutto. Dzieląc to wynagrodzenie na połowę (aby odpowiadało wynagrodzeniu za 12

miesiący) otrzymujemy kwotę 3 464 197,50 zł zatem kara w wysokości 80% wartości brutto wynagrodzenia z obecnej umowy wynosiłby aż 2 771 358 zł. Taki poziom kar, prowadzi do całkowitego zachwiania równowagi stron umowy i nie ma nic wspólnego z dyscyplinowaniem wykonawcy, a stanowi w istocie jego wyzysk. Zamawiający może bowiem potrącać kary umowne z wynagrodzenia, dlatego też nawet w sytuacji jeśli kary są sporne, to wykonawca najpierw otrzyma w skrajnej sytuacji 20% wynagrodzenia miesięcznego, a dopiero po kilku latach postępowania sądowego mógłby odzyskać te należności o ile wcześniej nie ogłosi upadłości. Taka sytuacja co więcej prowadzi do sytuacji gdy zamawiający niezadowolony z usługi zamiast odstąpić od umowy z takim wykonawcą będzie wołał naliczać dalej kary umowne. Wówczas zamiast 100% wynagrodzenia będzie miał usługę za równowartość 20% jej wartości, dlatego nie będzie miał interesu w skróceniu umowy. Zwykle to limit kar, nie zarobku wykonawcy ogranicza się do poziomu 20-30% wynagrodzenia netto lub brutto wykonawcy. Taki też poziom łącznej wysokości kar umownych stosowany jest przez innych zamawiających zlecających analogiczne usługi transportowe, z którymi odwołujący podpisał umowy w 2022 roku:

- do 20% wynagrodzenia netto ograniczył łączną wysokość kar Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – Centralny Szpital Weteranów;
- do 20% wynagrodzenia brutto ograniczyło łączną wysokość kar Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego;
- do 30% wartości wynagrodzenia umowy ograniczył łączną wysokość kar Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Marii Skłodowskiej-Curie w Zgierzu.

Zdaniem odwołującego powyższe potwierdza, że limit kar określony w dokumentacji przetargowej niniejszego postępowania jest określony na niebotycznym poziomie. W przypadku pozostawienia obecnego poziomu łącznej wysokości kar umownych de facto wykonawcy mogą kalkulować w cenie ofertowej ryzyko naliczenia im kar umownych w składanych ofertach, a to przełoży się również na zaoferowane ceny za usługi objęte postępowaniem, a tym samym może to doprowadzić, że żadna ze złożonych ofert w postępowaniu nie zawrze się z kwocie przeznaczanej przez zamawiającego na realizację zamówienia, a to może doprowadzić do konieczności unieważnienia postępowania w całości lub w poszczególnych pakietach postępowania, a to także spowoduje nie tylko opóźnienie w wyborze wykonawcy, ale także podwyższy koszty po stronie zamawiającego, gdyż na czas do wyboru nowego wykonawcy będzie on zmuszony zlecić realizację transportów z wolnej ręki, aby zachować ciągłość realizacji transportów medycznych.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o zmianę umowy w ten sposób, że:

a) wysokość poszczególnych, naliczonych kar umownych nie może w żadnym wypadku przekraczać jednostkowej wartości danej usługi wykonywanej w ramach realizacji przedmiotu zamówienia;

b) suma kar umownych nie może przekroczyć 20-30% wartości zamówienia.

II. Warunek udziału w postępowaniu – zdolność techniczna lub zawodowa

W opinii odwołującego warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VII pkt 1 ppkt 4) lit. b) SWZ pozostawiony w obecnym kształcie dopuszcza do udziału w postępowaniu podmioty, które wykonały jakąkolwiek usługę transportową dla jakiegokolwiek szpitala (mało który szpital posiada mniej niż 200 łóżek a wymagania w SWZ w żaden sposób nie precyzują wartości zrealizowanych usług). Jeżeli chodzi o wymóg dotyczący referencji związanych z obsługą Stacji Dializ to zgodnie z szacunkowymi ilościami podanymi w formularzu cenowym wykonawca będzie realizował ok. 13 800 (przed zmianą SWZ 15 600) transportów na dializy rocznie. Dlatego też wykonawca postuluje o zmianę dotychczasowego wymogu na poziomie 2 400 dializ rocznie na 10 000 dializ rocznie, czyli na poziomie nieco ponad 2/3 planowanej liczby transportów.

Zdaniem odwołującego powyższe zmiany pozwolą na wybór wykonawcy, który będzie posiadał odpowiednie doświadczenie i zdolności techniczne lub zawodowe pozwalające na realizację usługi, a przy tym trudno tak skonstruowanemu warunkowi zarzucić, że jest on nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający może bowiem określić warunki udziału w postępowaniu umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Podobnie wskazanie wartości usług nie ogranicza innym wykonawcom udziału w postępowaniu, ponieważ zwykle wynagrodzenie z tego rodzaju usługi przekracza kilkukrotnie kwotę 1 000 000 zł brutto.

Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący wniósł o modyfikację postanowienia rozdziału VII pkt 1 ppkt 4) lit. b) SWZ i nadanie mu następującej treści:

„wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywali, w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie minimum 1 (słownie: jedną) usługę dla każdego pakietu na który Wykonawca składa ofertę o zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia na rzecz podmiotów leczniczych posiadających nie mniej niż 200 łóżek o wartości minimum 1 000 000,00 zł (jeden milion złotych) brutto każda — dotyczy karetok specjalistycznych „S”, karetok „P” i „T” (Pakiety nr: 1, 2) oraz minimum 1 usługę (słownie: jedną) o zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia na rzecz Stacji Dializ wykonujących minimum 10 000 dializ rocznie (Pakiet nr 3). ”

W ocenie odwołującego nie spowoduje to ograniczenia zasad uczciwej konkurencji, a jedynie pozwoli na dostosowanie warunków udziału w postępowaniu do zasad świadczenia usługi

będącej przedmiotem zamówienia, przy zachowaniu postulatu adekwatności warunków udziału w postępowaniu.

III. Zmiana treści § 3 ust. 2 pkt załącznika nr 1 do SWZ – wzór umowy Pakiet 1

W ocenie odwołującego zakaz włączenia do składu zespołu, ratownika KPP jest nieproporcjonalny do rodzaju transportów karetkami typu „P”, a także realiów świadczenia takich transportów. Po pierwsze bardzo często inni zamawiający zlecając transporty typu „P” dopuszczają obsadę składającą się z ratownika medycznego i kierowcy, nie zabraniając przy tym aby był to ratownik KPP — tak czyni m.in. Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi-Centralny Szpital Weteranów we wspomnianej już powyżej umowie. Warto podkreślić, że podstawowym zadaniem kierowcy w obsadzie jest prowadzenie karetki, a więc to ratownik medyczny (o ile zdarzy się taka sytuacja) zajmuje się ratowaniem zdrowia i życia pacjentów prowadząc np. resuscytację, a zadaniem kierowcy jest jak najszybsze dowieszenie pacjenta do szpitala. Niemniej w transportach typu P realizowanych w ramach umowy z zamawiającym, wykonawca transportuje zabezpieczonych pacjentów pomiędzy szpitalami albo w sporadycznych przypadkach odwozi do domu. W takim przypadku jeden z pracowników z założenia prowadzi pojazd, a więc nie uczestniczy w żaden sposób w zabezpieczeniu medycznym pacjenta. Istotna jest tu także obecna na rynku ograniczona dostępność ratowników medycznych na rynku pracy. Zdaniem odwołującego proponowane przez niego rozwiązanie nie tylko pozwala na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia w Pakiecie nr 1, ale również takie rozwiązanie zmniejsza koszt usługi i zwiększa dostępność postępowania dla większej liczby wykonawców. Dodatkowo dopuszczenie osób z uprawnieniami ratownika KPP nie wpłynie w żaden negatywny sposób na prawidłowość realizacji przedmiotu zamówienia, ponieważ ratownik KPP de facto będzie pełnił rolę kierowcy.

IV. Podział Pakietu nr 1 na dwa osobne pakiety, z których jeden obejmuje transporty karetkami typu S, a drugi transporty karetkami typu P

W tym kontekście odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem IV pkt 5) SWZ zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 3 pakiety, z czego w pakiecie nr 1 połączył świadczenie usługi transportu medycznego karetkami typu S oraz karetkami typu P w zakresie przewozu pacjentów zamawiającego na konsultacje i badania diagnostyczne, przekazanie pacjenta do innego podmiotu leczniczego, transport z miejsca zamieszkania lub innego miejsca pobytu do podmiotu leczniczego, tam i z powrotem, zgodnie z warunkami określonymi w umowie, przez okres 12 miesięcy.

Jak wyjaśnił odwołujący, zamawiający w poprzednio prowadzonych postępowaniach rozdzielał usługę na pakiety w taki sposób, że zlecenia na transporty typu P były jednym pakietem, zaś

zlecenia na transporty typu S były kolejnym pakietem. W ocenie odwołującego taki podział gwarantował, że większa liczba potencjalnych wykonawców mogłaby być zainteresowana złożeniem oferty na poszczególne pakiety, a tym samym zamawiający nie tylko zapewniłby większą dostępność do udziału w postępowaniu, ale również posiadając większą liczbę ofert mógłby dokonać wyboru oferty, najbardziej odpowiadającej jego oczekiwaniom opisanym w dokumentacji postępowania. Co więcej na konieczność rozdzielenia tych pakietów wskazywałoby także sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej z rozdziału VII pkt 1 ppkt 4) lit a) pierwsza • tir. 3 tj. spełnianie wymogów z załącznika nr 3 do Zarządzenia nr 14/2019/DSM Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 7 lutego 2019 r. („Zarządzenie”). W postępowaniu prowadzonym na analogiczne usługi przez zamawiającego pod sygn. akt: DZI .242.316.2020:

- Pakiet 1 odnosił się do świadczenia usług transportu sanitarnego rozumianego jako przewóz pacjentów (na konsultacje i badania diagnostyczne, przekazanie pacjenta do innego podmiotu leczniczego, transport do domu) i innych wynikających z działalności zamawiającego przez 24 h (całą dobę)/ 7 dni w tygodniu/ przez okres 24 miesięcy karetkami specjalistycznymi „S” — obsadzonych zespołami, w skład których wchodzi co najmniej trzy osoby uprawnione do wykonywania medycznych czynności ratunkowych, w tym lekarz posiadający kwalifikacje i umiejętności zawodowe odpowiednie do stanu transportowanego pacjenta, pielęgniarka systemu lub ratownik medyczny;

- Pakiet 2 dotyczył transportów Karetki podstawowe „P” — co najmniej dwie osoby w składzie kierowca + ratownik medyczny.

Wówczas jedynie do karetek typu „S” przypisany był wymóg zgodności z ww. załącznikiem nr 3 do Zarządzenia. Oznacza to, że do realizacji transportów karetkami typu „P” taka zgodność nie jest wymagana. Połączenie w jeden pakiet tych dwóch rodzajów transportów wprowadza zdaniem odwołującego niepotrzebne ograniczenie dostępności wykonawców do możliwości złożenia ofert na pakiet nr 1.

Odwołujący zwrócił uwagę, że udzielona przez zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 1 wskazuje, że wprowadzone połączenie obydwu tych rodzajów transportów miałyby jedynie wiązać się z partykularnym interesem zamawiającego, który kosztem zapewnienia dostępu do rynku wykonawcom chce zrealizować swój interes. Jednakże takie twierdzenia nie mają uzasadnienia w rzeczywistości oraz może wywoływać wątpliwości co do intencji zamawiającego leżących u podstaw takiej decyzji. Zamawiający bowiem przy łączeniu tych dwóch rodzajów transportów może osiągnąć skutek odwrotny do zamierzonego. Przy obecnej konstrukcji Pakietu nr 1 ofertę będą mogli złożyć tylko wykonawcy, którzy posiadają zdolności do realizacji zarówno transportów typu „S”, jak i typu „P”. Tym samym zamawiający uniemożliwia złożenie oferty całemu gronu wykonawców, którzy przy podziale Pakietu 1 na

dwa oddzielne pakiety jak postuluje odwołujący, nawet nie posiadając doświadczenia w zakresie pakietu „S” i nie spełniając wymogów z Zarządzenia mogliby ubiegać się o udzielenie im zamówienia w zakresie transportów typu „P”.

Zdaniem odwołującego, zamawiający zupełnie pomija fakt, że jeśli do przetargu będą chcieli przystąpić oferenci którzy mogą zrealizować zarówno transporty typu „S” i typu „P” to nawet przy podziale zamówienia złożą po prostu oferty na dwa oddzielne pakiety. Tym samym zamawiający będzie miał zarówno szersze grono oferentów na transporty typu „P”, ale również nie straci możliwości udzielenia zamówienia na transporty typu „S”. Tym samym odpowiedź na pytanie 1 w ocenie odwołującego wprost wskazuje, że zamawiający celowo i świadomie ogranicza dostęp wykonawcom do postępowania z zupełnie niezrozumiałych pobudek. Finalnie bowiem zamawiający może doprowadzić do sytuacji, w której nie tylko nie będzie miał zagwarantowanych transportów karetkami typu „S”, ale także tych typu „P”, co będzie odwrotnością jego założeń. Ponadto przy prowadzeniu postępowań przetargowych nigdy do końca nie da się wyeliminować ryzyka, że żaden z wykonawców świadczących usługi objęte przedmiotem zamówienia nie złożą oferty. Jednakże jak już wspomniano zamawiający nie może przez to usprawiedliwiać nieprawidłowego podziału na pakiety zamówienia. Ponadto, praktyką szpitali prowadzących postępowania przetargowe na usługi transportowe karetkami typu „S”, „P” i „T” jest dzielenie przedmiotu zamówienia na pakiety (zadania) obejmujące poszczególne rodzaje transportów. Dzięki temu zamawiający nie ograniczają żadnemu z wykonawców możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia na poszczególne transporty i osiągając skutki takie jakich oczekiwaliby zamawiający w tym postępowaniu.

V. Kryterium oceny ofert – wiek pojazdów

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający w rozdziale XX SWZ określił kryteria i rangę w ocenie pakietów wskazując jako kryterium m.in. średni wiek pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi.

Odwołujący wyjaśnił, że na etapie pytań do SWZ wnioskował, aby zamawiający dokonał zmiany ww. kryteriów poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

Podkryterium to będzie oceniane poprzez wskazanie średniego wieku pojazdów, jakich Wykonawca będzie używał w trakcie realizacji zamówienia. Poprzez wiek pojazdu Zamawiający rozumie czas od pierwszej rejestracji do chwili złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Średnia, którą należy wykazać, dotyczy tylko samochodów, które zostaną użyte do realizacji zamówienia, a nie całości floty Wykonawcy:

a) w przypadku średniego wieku pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi do 2 lat — Wykonawca otrzyma 40 punktów;

b) w przypadku gdy średnia wieku pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi będzie się zawierała w przedziale 2-4 lat — Wykonawca otrzyma 30 punktów

c) w przypadku gdy średnia wieku pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi będzie się zawierała w przedziale 4-5 lat — Wykonawca otrzyma 15 punktów

d) w przypadku gdy średnia wieku pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi będzie się zawierała w przedziale 5-6 lat — Wykonawca otrzyma 5 punktów

e) w przypadku gdy średnia wieku pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi będzie wynosiła powyżej 6 lat — Wykonawca otrzyma 0 punktów.

Jak wyjaśnił odwołujący, zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 5 odpowiedział, że nie zmieni kryterium oceny ofert. Zdaniem odwołującego zaproponowane przez niego brzmienie tego kryterium oceny ofert było recypowane z dokumentacji postępowania prowadzonego przez zamawiającego, znak: DZP.242.316.2020. Podkreślił, że w usłudze polegającej na świadczeniu usług transportu sanitarnego pojazdy którymi świadczone są usługi są (poza obsadą karetki) najistotniejszym elementem usługi. W ramach obecnie realizowanej umowy wykonawcy realizują ok 2 000 transportów miesięcznie (łącznie w ramach T, P i Dializ), a 8 pojazdów skierowanych do realizacji umowy pokonuje ok. 120 000 - 130 000 kilometrów miesięcznie (sama obsługa dializ to ok. 70 000 — 80 000 km miesięcznie), średnio 15 000 km/ 1 pojazd. Średni roczny przebieg samochodu według danych z raportu sporządzonego przez Europejskie Stowarzyszenie Producentów Samochodów (ACEA) dla projektu Odyssee — Mure w 2019 roku to w Polsce 8 607 km, a średnia unijna to 11 313 km. Tym samym w toku realizacji usług na rzecz zamawiającego karetka tylko w czasie jednego miesiąca „wyrabia” średni roczny przebieg samochodu według unijnej średniej. Tym samym nawet 9-letnia karetka za którą wykonawca może uzyskać według obecnego kryterium oceny ofert otrzyma 40 pkt mogłaby mieć przebieg 1 620 000 km (15 000 km miesięcznie x 12 miesięcy x 9 lat = 1 620 000 km).

W ocenie odwołującego, którego działalność polega na świadczeniu usług transportu sanitarnego bez cienia wątpliwości pokazuje to, że kryterium oceny ofert nie różnicujące punktacji w proponowany przez niego kształcie, który również stosował zamawiający nie tylko zapewnia, że przewóz pacjentów będzie się odbywał sprawnymi i zapewniającymi im bezpieczeństwo pojazdami, ale także będzie adekwatny do realiów rynkowych. Taki zapis pozwoli uniknąć dopuszczenia do realizacji usługi wyeksploatowanych kilkunastoletnich pojazdów charakteryzujących się dużą awaryjnością, a tym samym brak prawidłowej realizacji usługi, ale przy tym nie będzie ograniczał wykonawcom dostępu do udziału w postępowaniu.

Jak wyjaśnił odwołujący z posiadanej przez niego praktyki rynkowej wynika, że średnio żywotność karetki świadczącej usługi na rzecz szpitali to ok. 7 lat, a zatem zdecydowanie

mniej niż proponowane przez zamawiającego 10 lat. Wobec bardzo dużych miesięcznych przebiegów wniósł o określenie maksymalnego wieku pojazdów do 7 lat od daty pierwszej rejestracji do dnia składania ofert. Odwołujący zwrócił uwagę, że istotnym jest, aby przewożeni pacjenci, szczególnie pacjenci dializowani na czas zostali dowiezieni na umówione zabiegi. Tymczasem brak odpowiednio skonstruowanego kryterium wieku pojazdów może doprowadzić do zwiększenia ryzyka nieterminowej realizacji usług, które i tak zawsze występuje z uwagi na fakt, że ruch miejski we Wrocławiu charakteryzuje się dużym natężeniem i nieprzewidywanymi sytuacjami drogowymi. Dodatkowo pozostawienie obecnego brzmienia kryterium jakościowego oznacza zasadniczo pozorność pozacenowego kryterium oceny ofert określonego przez zamawiającego. W praktyce bowiem uzyskanie przez 10-letnie pojazdy maksymalnej liczby punktów w tym kryterium oznacza, że realnie to kryterium nie istnieje, ponieważ w praktyce nie jest to żadne kryterium które pozwala na różnicowanie ofert wykonawców, a każdy wykonawca może uzyskać maksymalny wynik.

Reasumując swoje stanowisko odwołujący stwierdził, że wskazał jednoznacznie, iż w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym postanowienia zawarte w SWZ oraz Ogłoszeniu (kary umowne opisane w umowie) rażąco naruszają zasady uczciwej konkurencji. Kluczową zasadą przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych jest formułowanie warunków realizacji zamówienia (opis przedmiotu zamówienia, kary umowne w umowie) w sposób adekwatny do rzeczywistych potrzeb niezbędnych do realizacji danych usług. Dla odwołującego nie ulegało wątpliwości, iż w postępowaniu zamawiający nie dostosował SWZ oraz Ogłoszenia do ww. norm, a tym samym postępowanie przez niego prowadzone nie może dalej toczyć się w oparciu o obecny SWZ i Ogłoszenie gdyż naruszałoby tym samym uczciwą konkurencję.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

Zamawiający w dniu 10 stycznia 2023 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosnie zarzutu opisanego w pkt I uzasadnienia odwołania zamawiający wyjaśnił, że w pierwszej kolejności należy wskazać, że kara umowna oprócz funkcji kompensacyjnej spełnia również funkcję prewencyjną – mobilizowania wykonawcy do realizacji umowy zgodnie z jej postanowieniami. Projektowane przez zamawiającego zapisy umowne w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi transportu medycznego i sanitarnego są wynikiem dotychczasowych doświadczeń zamawiającego. Obecnie obowiązująca umowa nr DZP.242.316.2020, na której zapisy powołuje się odwołujący jednoznacznie wykazała, że dotychczas ustalony poziom kar umownych w żaden sposób nie stymuluje wykonawcy do prawidłowej realizacji umowy. Załączone zestawienie

obrazuje miesiące, w których zostały naliczone kary umowne z tytułu opóźnienia lub braku realizacji usługi. W przypadku obowiązywania umowy w 2022 roku, ze względu na termin płatności zamawiający w chwili obecnej dokonuje rozliczeń za miesiąc październik, w każdym miesiącu doszło do nienależytego wykonania umowy, dającego podstawę do naliczenia kary umownej. Warto również podkreślić, że większość transportów objętych przedmiotem umowy wynika z wcześniej ustalonych harmonogramów lub zleceń „następnego dnia”, co pozwala odpowiednio zaplanować realizację usługi, z uwzględnieniem chociażby okoliczności związanych ze wzmożonym ruchem ulicznym. Natomiast poziom naliczanych kar miesiąc w miesiąc realizacji umowy świadczy o braku wprowadzenia przez wykonawcę jakichkolwiek działań naprawczych. Natomiast realizacja usług transportowych ma wpływ na udzielane świadczenia zdrowotne (brak realizacji usługi lub ze znacznym opóźnieniem, które potrafiło wynosić do 12 godzin od zleconego transportu), ma wpływ na zaplanowane przyjęcia, konsultacje, które ze względu na opóźnienia należy zmieniać, wskazywać nowe terminy. Celem udzielenia zamówienia publicznego przez zamawiającego nie jest naliczanie kar umownych, rozpatrywanie skarg na nierzetelność przy realizacji usług, ale realizacja umowy z należytą starannością. Zdaniem zamawiającego przywołane przez odwołującego rozstrzygnięcia Izby w zakresie kar umownych w latach 2018 i 2019 zostały wydane w innych okolicznościach faktycznych niż obecne. Dotychczas zamawiający nie dysponował wystarczającymi dowodami na okoliczność, że przyjęty poziom kar umownych nie spełnia ani funkcji prewencyjnej ani represyjnej, gdyż nieprawidłowości związane z realizacją umowy występują w każdym miesiącu jej obowiązywania, a naliczone kary umowne nie mobilizują wykonawcy do skutecznego usunięcia nieprawidłowości lecz nieustannego ich powtarzania. W związku z tym pozostawienie kar na poziomie chociażby umowy nr DZP.242.316.2022 będzie jedynie gwarancją kolejnych niezrealizowanych w terminie zleceń transportowych.

Zamawiający wskazał, że jest gospodarzem prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i wyciąga wnioski z dotychczas zrealizowanych umów aby je usprawniać i zapewniać realizację usługi na jak najlepszym poziomie jakościowym. Jeżeli chodzi o podnoszony przez odwołującego zarzut „potencjalnego” wzbogacenia to należy wskazać, że usługa transportu pozostaje jednym z elementów udzielanych przez zamawiającego świadczeń zdrowotnych. Wywodzenie, że kara umowna w wysokości przekraczającej wartość 100% usługi wzbogaca zamawiającego jest zdecydowanym uproszczeniem. Opóźnienia przy świadczonych usługach transportu mają wpływ na funkcjonowanie zamawiającego jako podmiotu leczniczego. Brak transportu lub jego opóźnienie wpływa: na planowane przyjęcia, zabiegi skoro pobyt pacjenta, który miał zostać przekazany do innej placówki przedłuża się. Brak terminowości wpływa na zaplanowane

konsultacje, harmonogram dializ oraz terminarz innych świadczeń zdrowotnych. Konieczność dokonywania z tego tytułu zmian w grafikach personelu medycznego, terminarzach usług medycznych wiąże się z dezorganizacją pacy podmiotu leczniczego co w konsekwencji rodzi szkodę po stronie zamawiającego.

W ocenie zamawiającego nie może z pola widzenia umknąć fakt, że kara umowna może pełnić również funkcję represyjną, pozwalającą ustalić wysokość tejże kary na poziomie wyższym niż ewentualne odszkodowanie. Będzie miała to szczególnie istotne znaczenie w przypadku umów, których realizacja w należyty sposób jest szczególnie istotna z punktu widzenia prawidłowego wykonywania świadczeń zdrowotnych przez szpital. Zamówienie będące przedmiotem niniejszego postępowania dotyczy usługi transportu medycznego i sanitarnego, która jest newralgiczną usługą mającą istotne znaczenie oraz wpływ na realizację usług medycznych, a w konsekwencji na zdrowie i życie pacjentów. Mając na uwadze zdarzenie, jakie miało miejsce w trakcie realizacji obecnie obowiązującej umowy nr DZP.242.316.2020 kara umowna przewidywana w projektowanych postanowieniach umownych również powinna pełnić rolę represyjną. Podczas zleconego przez zamawiającego transportu doszło do zgonu pacjentki w wyniku nieprawidłowości po stronie wykonawcy (członek personelu transportu sanitarnego znajdował się pod wpływem środków odurzających) – ustalenia poczynione w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Rzecznika Praw Pacjenta. W konsekwencji doszło do stwierdzenia przez Rzecznika Praw Pacjenta, że doszło do naruszenia prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych (pismo z dnia 23 listopada 2022 r.). W związku z powyższym, dążąc do uniknięcia podobnych incydentów w przyszłości zamawiający ustalił wysokość kar umownych na odpowiednim poziomie, aby stanowiły one skuteczny środek represyjny – „odstrasający” wykonawców od realizacji umów niezgodnie z jej postanowieniami.

Przechodząc do kwestii łącznej wysokości kar umownych na poziomie 80% ogólnej wartości umowy brutto zamawiający stwierdził, że całkowicie są chybione zarzuty dotyczące naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 Pzp oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 Pzp jest całkowicie chybiony i pozbawiony uzasadnienia w treści odwołania, co pozostaje w sprzeczności z art. 516 ust. 1 pkt 7) - 10) Pzp. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami odwołującego, że określenie łącznej wysokości kar na poziomie 80% ogólnej wartości umowy brutto jest opisaniem kary umownej w sposób niejednoznaczny i niedookreślony. Za orzecznictwem Izby, wprawdzie wydanym w oparciu o ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ale mającym zastosowanie w niniejszej sprawie, należy wskazać, że wykonawca wnosząc odwołanie ma obowiązek precyzyjnego wyrażenia swoich zastrzeżeń wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, co oznacza konieczność określenia nie tylko podstawy prawnej zarzutu i żądania, ale również podstawy

faktycznej - na tyle precyzyjnie, aby umożliwić stronie przeciwnej odniesienie się do tych zarzutów, a Izbie - ocenę ich zasadności. Precyzyjne określenie podstawy faktycznej zarzutu powinno nastąpić już w treści odwołania, nie zaś dopiero podczas rozprawy (wyrok KIO z dnia 19 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2223/18). Ponadto treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych w petitum odwołania, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno zatem wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań (wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1613/18; wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 436/18). Tymczasem zarzuty ograniczają się do „niezadowolenia” odwołującego z przyjętego limitu i sugerowania, że jego celem jest „wyzysk” potencjalnego wykonawcy.

W tym miejscu zamawiający wskazał, że konieczność wprowadzenia limitu wysokości kar wynika z treści art. 436 pkt 3) Pzp. Co więcej na etapie prac legislacyjnych pojawiły się propozycje, aby limit ten został ograniczony do poziomu 20% jednak ostatecznie ustawodawca nie zdecydował się na ograniczenie poziomu kar umownych pozostawiając ocenę zasadności wysokości limitu zamawiającemu, który ustalając tenże limit bierze pod uwagę charakter zamówienia publicznego i jego znaczenie dla funkcjonowania, w tym przypadku szpitala. Żaden przepis Pzp nie zabrania zamawiającemu ustalenia górnej granicy naliczenia kary umownej na poziomie 80% ogólnej wartości umowy brutto. W konsekwencji możliwe jest zatem ustalenie we wzorze umowy owej wartości w sposób, który w ocenie zamawiającego odpowiednio zabezpiecza należyte wykonanie umowy. Zamawiający stwierdził, że usługa transportu medycznego i sanitarnego ma dla niego kluczowe znaczenie i konieczne jest takie ukształtowanie umowy, aby zapewnić wykonanie jej na oczekiwanym poziomie. Należyte wykonanie usługi, w sposób ściśle określony w opisie przedmiotu zamówienia, ma często decydujące znaczenie dla właściwego udzielania świadczeń zdrowotnych. Każdy przypadek nienależytego wykonania przedmiotowej usługi decydować może o życiu i zdrowiu pacjenta. Tym bardziej, że dotychczasowe doświadczenie zamawiającego w zakresie świadczenia usług transportu sanitarnego wiąże się z koniecznością naliczania kar umownych praktycznie w każdym miesiącu obowiązywania umowy DZP.242.316.2020, co obszernie zostało opisane w akapicie powyżej, a także ponoszeniem konsekwencji z tytułu naruszenia prawa pacjenta do świadczeń zdrowotnych, a

związanych z nieprawidłową realizacją zleconego transportu sanitarnego, co zostało stwierdzone w trakcie postępowania wyjaśniającego przez Rzecznika Praw Pacjenta. W tym stanie sprawy, podejmowane przez zamawiającego kroki celem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, poprzez wskazanie limitu kar umownych na poziomie 80%, są w pełni zasadne i nie stoją na przeszkodzie w prawidłowym i skutecznym złożeniu oferty w postępowaniu. W ocenie zamawiającego przedmiotowe stanowisko zostało potwierdzone w orzecznictwie KIO (wyrok z dnia 28 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1553/22). Zamawiający w sposób przejrzysty i nie budzący wątpliwości interpretacyjnych sformułował zapisy dotyczące poszczególnych kar umownych oraz ich limitu. Wykonawcy mają zatem pełną świadomość co do sposobu, w jaki powinni kalkulować wynikające stąd ryzyko w ewentualnej cenie oferty. Mając na uwadze newralgiczny charakter usługi będącej przedmiotem zamówienia, która przekłada się na życie i zdrowie pacjentów, w interesie zamawiającego jest zapewnienie usługi będącej przedmiotem postępowania na odpowiednim poziomie, co można osiągnąć zabezpieczając należyte wykonanie umowy na odpowiednim poziomie. Ponadto mając na uwadze analizę dotychczasowej realizacji obowiązującej umowy na usługę transportu sanitarnego i poziomie miesięcznych kar umownych, ustalenie limitu na poziomie 20-30% mogłoby spowodować, że przy notorycznym naruszaniu postanowień umownych, w sytuacji rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie byłoby możliwości naliczenia kary umownej w wysokości 20% (§ 18 ust. 3), w przypadku rozwiązania umowy przed upływem terminu na jaki została zawarta. Tym samym limit na zbyt niskim poziomie powodowałby, że ustalone w umowie kary nie pełniłyby swojej funkcji prewencyjnej, gdyż po przekroczeniu tegoż limitu potencjalny wykonawca nie byłby już zainteresowany realizacją umowy w należyty sposób.

Nadto zdaniem zamawiającego całkowicie niezrozumiała jest argumentacja dotycząca potencjalnego „wyzysku” ze względu na określony przez zamawiającego limit kar umownych. Otóż odwołujący błędnie interpretuje zapis § 18 ust. 10, który odnosi się do ogólnej wartości umowy brutto, w związku z tym limitu tego nie można odnosić do miesięcznego wynagrodzenia. Uproszczona interpretacja tego zapisu przedstawiona przez odwołującego miałaby rację bytu tylko i wyłącznie w sytuacji, gdyby umowa nie była realizowana w sposób należyty, co wymuszałoby naliczenie kar w maksymalnej wysokości 80% wynagrodzenia w każdym miesiącu jej obowiązywania, co wiele mówi już o intencjach odwołującego. Tymczasem zapis umowny wskazuje na sumowanie kar z poszczególnych miesięcy, i dopiero tak ustalona suma nie może przekroczyć limitu 80% ogólnego wynagrodzenia umownego brutto.

W argumentacji dla okoliczności podniesionej w pkt IV uzasadnienia odwołania zamawiający podkreślił, że odwołujący w sposób błędny interpretuje jego intencje. Po

doświadczeniach związanych z realizacją transportu typu „P” bez wymaganego wyposażenia wynikającego z umowy, zamawiający określając niezbędne wyposażenie karetki typu „S” oraz typu „P” posiłkuje się załącznikiem nr 3 do Zarządzenia Nr 179/2020/DSM Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 12 listopada 2020 r. Lektura przedmiotowego Zarządzenia prowadzi do wniosku, że wyposażenie obu typów karetek jest tożsame. Różnica dotyczy składu zespołu transportowego, upraszczając przy transporcie karetką typu „S” niezbędna jest obecność lekarza systemu. W związku z tym ewentualny podział Pakietu nr 1 na dwa odrębne nie eliminowałby wymogu co do wyposażenia karetki typu „P” zgodnie z przywołanym Zarządzeniem. W związku tym, utworzenie jednego Pakietu nr 1 zapewniłoby większe bezpieczeństwo transportów. Za stosowaniem przedmiotowego Zarządzenia w stosunku do obu rodzajów transportów przemawia również okoliczność, że zamawiający jest centrum urazowym w rozumieniu art. 39b ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, złożoną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 9 stycznia 2023 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ogłoszenie o zamówieniu;

2) załączniki do odwołania:

- umowę nr DZP.242.316.2020/LMC z dnia 14 grudnia 2020 r.;
- umowę z Samodzielnym Publicznym Zakładem Opieki Zdrowotnej Uniwersyteckim Szpitalem Klinicznym im. Wojskowej Akademii Medycznej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi – Centralny Szpital Weteranów;
- umowę z Uniwersyteckim Centrum Klinicznym Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego;

- umowę z Wojewódzkim Szpitalem Specjalistycznym im. Marii Skłodowskiej-Curie w Zgierzu;

- Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia sporządzoną przez zamawiającego, nr DZP.242.316.2020;

3) załączniki do odpowiedzi na odwołanie:

- zestawienie naliczonych kar umownych w okresie obowiązywania umowy nr DZP.242.316.2020 wraz z załącznikiem;

- przykładowe noty księgowe związane z naliczaniem kar na podstawie umowy nr DZP.242.316.2020;

- pismo Rzecznika Praw Pacjenta z dnia 23 listopada 2022 r.;

- ofertę wykonawcy (odwołującego) z dnia 12 listopada 2020 r.;

4) dokumenty złożone na posiedzeniu przez odwołującego:

- odpowiedź na wezwanie do zapłaty z dnia 30 czerwca 2022 r.;

- odpowiedź na notę księgową z dnia 28 września 2022 r.;

- zestawienie dotyczące miesięcy grudzień 2021 r., czerwiec 2022 r. i sierpień 2022 r., w kontekście opóźnień i kar umownych;

- zestawienie zleceń i transportów z dnia 9 stycznia 2023 r. i 23 grudnia 2022 r.;

- wyciąg ze specyfikacji w postępowaniu, znak sprawy: DAZ.26.027.2016;

- wydruk artykułu z portalu *filarybiznesu.pl*, dotyczący średniego wieku aut w Polsce;

5) dokumenty złożone na posiedzenie przez zamawiającego dotyczące skarg pracowników i pacjentów w związku realizacją dotychczasowej usługi przez odwołującego:

- mail z dnia 21 czerwca 2022 r.;

- skarga pacjentów z dnia 18 czerwca 2022 r., w postaci pisma;

- mail z dnia 22 czerwca 2022 r.;

- mail z dnia 3 stycznia 2022 r.;

- pismo z dnia 3 lutego 2022 r.;

- mail z dnia 16 lutego 2022 r.

Izba ustaliła co następuje

We wzorze umowy dla pakietu nr 1 treść § 18 ust. 1 przedstawiała się następująco:

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nieuzasadnione niedotrzymanie warunków umowy, co do terminów realizacji świadczeń, w tym czas, który upłynie od zleconej przez Zamawiającego godziny odbioru pacjenta do momentu fizycznego odebrania pacjenta przez Wykonawcę z miejsca wskazanego w zleceniu. Za opóźnienie w realizacji zleceń określonych w § 2 naliczana będzie kara za każde pełne 20 minut opóźnienia w wysokości 40 % wartości transportu i kara ta nie przekroczy 200% wartości danej usługi.

Oznacza to, że kara za opóźnienie wynoszące 20-39 minut wyniesie 40% wartości transportu; za 40-59 minut – 80% wartości; za 60-79 minut – 120% wartości transportu; za 80-99 minut – 160% wartości transportu; za 100-119 minut – 200% wartości transportu. Za opóźnienie wynoszące 120 i więcej minut Wykonawca zapłaci karę jak za brak realizacji usługi, określoną w ust. 2 poniżej.

We wzorach umów dla pakietów nr 2 i 3, § 18 ust. 1 posiadał następującą treść:
Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za nieuzasadnione niedotrzymanie warunków umowy, co do terminów realizacji świadczeń, w tym czas, który upłynął od zleconej przez Zamawiającego godziny odbioru pacjenta do momentu fizycznego odebrania pacjenta przez Wykonawcę z miejsca wskazanego w zleceniu. Za opóźnienie w realizacji zleceń określonych w § 2 naliczana będzie kara za każde pełne 15 minut opóźnienia w wysokości 40 % wartości transportu i kara ta nie przekroczy 200% wartości danej usługi. Oznacza to, że kara za opóźnienie wynoszące 15-29 minut wyniesie 40% wartości transportu; za 30-44 minuty – 80% wartości; za 45-59 minut – 120% wartości transportu; za 60-74 minuty – 160% wartości transportu; za 75-89 minuty – 200% wartości transportu. Za opóźnienie wynoszące 90 i więcej minut Wykonawca zapłaci karę jak za brak realizacji usługi, określoną w ust. 2 poniżej.

We wzorach umów dla wszystkich trzech pakietów treść § 18 ust. 2 i 10 przedstawiała się następująco:

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek niewykonania usługi lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w szczególności w przypadku:

- a) udzielania świadczeń niezgodnie ze zleceniem,
- b) udzielania świadczeń środkiem transportu nie spełniającym wymogów określonych w niniejszej umowie,
- c) braków w wyposażeniu środków transportu,
- d) używania aparatury i sprzętu medycznego bez aktualnych atestów i certyfikatów dopuszczających do stosowania w podmiotach leczniczych,
- e) udzielania świadczeń przez osoby nie posiadające odpowiednich kwalifikacji i uprawnień,
- f) realizacji przewozów bez wymaganej obsady personalnej,
- g) przewozu pacjentów w warunkach nieodpowiadających wymogom sanitarno-epidemiologicznym,
- h) pobierania opłat od pacjentów lub innych podmiotów za świadczenia realizowane w ramach niniejszej umowy,
- i) naruszenia obowiązków, o których mowa w § 2-7 oraz w § 9-12 umowy,

j) za każdą stwierdzoną nieprawidłowość tzn. podejmowania przez Wykonawcę działań niezgodnie z zapisami umownymi lub zaniechania czynności wymaganych umową podczas kontroli realizowanej przez Zamawiającego zgodnie z § 16 umowy,

k) w każdym przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego naruszenia przez Wykonawcę obowiązków wynikających z niniejszej umowy.

(...)

10. Łączna wysokość kar umownych wynikających z niniejszej umowy, do których zapłaty zobowiązany jest Wykonawca nie może przekroczyć 80% ogólnej wartości umowy brutto określonej w § 14 ust. 1. Jeżeli szkoda przewyższa wysokość kary umownej, stronie uprawnionej przysługuje roszczenie o zapłatę odszkodowania uzupełniającego do wysokości poniesionej szkody.

W rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit. b) SWZ zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

1. O udzielenie zamówienia określonego w niniejszej SWZ mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego, dotyczące:

(...)

4) zdolności technicznej lub zawodowej tzn.

(...)

wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywali, w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie minimum 1 (słownie: jedną) usługę o zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia na rzecz podmiotów leczniczych posiadających nie mniej niż 200 łóżek – dotyczy karetek specjalistycznych „S”, karetek „P” i „T” (Pakiety nr: 1, 2) oraz minimum 1 usługę (słownie: jedną) o zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia na rzecz Stacji Dializ wykonujących minimum 2 400 dializ rocznie (Pakiet nr 3).

W § 3 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy dla pakietu nr 1 zamawiający wskazał m. in.:

Przy realizacji przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest spełniać następujące wymagania, a personel posiadać odpowiednie kwalifikacje:

(...)

2. Karetki podstawowe typu P (ambulanse drogowe typu B) – zespół z kierowcą posiadającym zezwolenie na kierowanie pojazdem uprzywilejowanym lub przewożącym wartości pieniężne oraz z prawem jazdy kategorii odpowiedniej dla kierowanego pojazdu oraz z co najmniej 2 osobami uprawnionymi do wykonywania medycznych czynności ratunkowych, określonych w art. 3 ust. 4 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym

Ratownictwie Medycznym, w tym z pielęgniarkami systemu / ratownikami medycznymi, posiadającymi kwalifikacje i umiejętności zawodowe odpowiednie do stanu zdrowia transportowanego pacjenta.

W zależności od stanu zdrowia przewożonych pacjentów, dopuszcza się taki skład zespołu karetki, w którym kierowca jest jednocześnie jednym z wymaganych w składzie ratowników medycznych lub pielęgniarek systemu.

W skład wyżej określonego zespołu minimum 2 osób uprawnionych do wykonywania medycznych czynności ratunkowych nie mogą wejść ratownicy kwalifikowanej pierwszej pomocy (tzw. „ratownicy KPP”, „ratownicy”).

2.1. Wymagania dotyczące personelu karetki:

a) Zespół wyjazdowy karetki podstawowej typu P musi posiadać kwalifikacje ratownika medycznego oraz pielęgniarki systemu zgodne z ustawą z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym;

b) Kierowca musi spełniać wymagania w stosunku do kierujących pojazdami uprzywilejowanymi, o których mowa w Rozdz. 16 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami, w tym musi posiadać zezwolenie na kierowanie pojazdem uprzywilejowanym lub przewożącym wartości pieniężne oraz posiadać prawo jazdy kategorii odpowiedniej dla kierowanego pojazdu.

W rozdziale IV ust. 5 SWZ zamawiający wskazał:

5. Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych. Ofertę można złożyć na całość zamówienia lub na poszczególne zadania (pakiety). Liczba zadań - 3:

I.p.	Nazwa zadania	Opis zadania
1	PAKIET NR 1	Świadczenie usługi transportu medycznego karetkami typu S oraz karetkami typu P w zakresie przewozu pacjentów Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu na konsultacje i badania diagnostyczne, przekazanie pacjenta do innego podmiotu leczniczego, transport z miejsca zamieszkania lub innego miejsca pobytu do podmiotu leczniczego, tam i z powrotem, zgodnie z warunkami określonymi w umowie, przez okres 12 miesięcy.
2	PAKIET NR 2	Świadczenie usługi transportu sanitarnego karetkami typu T w zakresie przewozu pacjentów Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. Jana Mikulicza-Radeckiego we Wrocławiu na konsultacje i badania diagnostyczne, przekazanie pacjenta do innego podmiotu leczniczego, transport z miejsca zamieszkania

		<i>lub innego miejsca pobytu do podmiotu leczniczego, tam i z powrotem, zgodnie z warunkami określonymi w umowie, przez okres 12 miesięcy</i>
3	PAKIET NR 3	<i>Świadczenie usługi transportu sanitarnego w zakresie przewozu pacjentów Stacji Dializ Zamawiającego (Stacji Dializ Pediatricznej oraz Stacji Dializ dla Dorosłych) z miejsca zamieszkania lub pobytu do stacji dializ przed hemodializą oraz po zabiegu do domu lub do miejsca pobytu, zgodnie z warunkami określonymi w umowie, przez okres 12 miesięcy</i>

Zamawiający w rozdziale XX SWZ określił kryteria i rangę w ocenie pakietów wskazując jako kryterium m.in. średni wiek pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi.

W pkt 2.1 dotyczącym pakietu nr 1 przyznał temu wagę kryterium 30%, zaś w pkt 1.2.1. określił, że *Podkryterium to będzie oceniane poprzez wskazanie średniego wieku pojazdów, jakich Wykonawca będzie używał w trakcie realizacji zamówienia. Poprzez wiek pojazdu Zamawiający rozumie czas od pierwszej rejestracji do chwili złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Średnia, którą należy wykazać, dotyczy tylko samochodów, które zostaną użyte do realizacji zamówienia, a nie całości floty Wykonawcy:*

- a) w przypadku średniego wieku pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi do 10 lat – Wykonawca otrzyma 30 punktów;*
- b) w przypadku, gdy średnia wieku pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi będzie wynosiła powyżej 10 lat – Wykonawca otrzyma 0 punktów.*

Z kolei dla pakietu 2 i 3 zamawiający dla kryterium średniego wieku pojazdów przyjął w pkt 2 rozdziału XX wagę 40% oraz w pkt 2.3.1 określił, że *to Podkryterium to będzie oceniane poprzez wskazanie średniego wieku pojazdów, jakich Wykonawca będzie używał w trakcie realizacji zamówienia. Poprzez wiek pojazdu Zamawiający rozumie czas od pierwszej rejestracji do chwili złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Średnia, którą należy wykazać, dotyczy tylko samochodów, które zostaną użyte do realizacji zamówienia, a nie całości floty Wykonawcy:*

- a) w przypadku średniego wieku pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi do 10 lat – Wykonawca otrzyma 40 punktów;*
- b) w przypadku, gdy średnia wieku pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi będzie wynosiła powyżej 10 lat – Wykonawca otrzyma 0 punktów.*

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 353¹ kc – *Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.;*

- art. 5 kc – *Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.;*

- art. 8 ust. 1 Pzp – *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.;*

- art. 99 ust. 1 i 4 Pzp – *1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

(...)

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.;

- art. 16 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.;

- art. 112 ust. 1 Pzp – *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.;*

- art. 134 ust. 1 pkt 8 Pzp – *SWZ zawiera co najmniej informację o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*

- art. 240 ust. 1 i 2 Pzp – *1. Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały.*

2. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.;

- art. 242 ust. 1 pkt 2 Pzp – Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie ceny lub kosztu.;

- art. 242 ust. 2 pkt 1 Pzp – Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

- art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp – SWZ zawiera co najmniej opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert;

- art. 7 pkt 29 Pzp – *Ilekcroć w niniejszej ustawie jest mowa o warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego;*

- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający może udzielić zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, lub dopuścić możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazując, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.*

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający uznał za zasadne wskazać, że poniżej przyjęta została systematyka określona w uzasadnieniu odwołania grupująca jego zakres w pięciu punktach oznaczonych od nr I do V.

Pierwsza grupa zarzutów przedstawiona została w pkt I uzasadnienia odwołania i odnosiła się do zagadnienia dotyczącego kar umownych. W tym zakresie odwołujący kwestionował poziom kar umownych określony w § 18 ust. 1 wzoru umowy dla wszystkich pakietów (pkt I lit. a uzasadnienia odwołania) oraz łączny limit kar umownych do 80% wartości zamówienia brutto zawarty w § 18 ust. 10 wzoru umowy dla wszystkich pakietów (pkt I lit. b uzasadnienia odwołania).

Co do okoliczności dotyczących zakresu podniesionego w pkt I lit. a uzasadnienia odwołania skład orzekający ustalił, że w § 18 ust. 1 wzoru umowy dla wszystkich pakietów zostały wskazane kary umowne za nieuzasadnione niedotrzymanie warunków umowy, co do terminów realizacji świadczeń, w tym czas, który upłynął od zleczonej przez zamawiającego godziny odbioru pacjenta do momentu fizycznego odebrania pacjenta przez wykonawcę z miejsca wskazanego w zleceniu. W dalszej części ww. postanowienia wzorów umów zamawiający wskazał poszczególne progi kar umownych za kolejne minuty opóźnienia. Przy czym we wzorze umowy dla pakietu nr 1 za opóźnienie w realizacji zleceń określonych w § 2 naliczana miała być kara za każde pełne 20 minut opóźnienia w wysokości 40% wartości transportu i kara ta nie mogła przekroczyć 200% wartości danej usługi, natomiast we wzorach dla pakietów nr 2 i 3 kara miała być naliczana za każde pełne 15 minut opóźnienia w wysokości 40% wartości transportu i kara ta nie mogła przekroczyć 200% wartości danej usługi. Ponadto w końcowej części § 18 ust. 1 wzoru umowy dla pakietu nr 1 za opóźnienie wynoszące 120 i więcej minut wykonawca miał zapłacić karę jak za brak realizacji usługi, określoną w ust. 2 (czyli 1000 zł), a w przypadku wzorów umów dla pakietów 2 i 3 wykonawca miał zapłacić karę wskazaną w ust. 2 tj. także 1000 zł, ale za opóźnienie wynoszące 90 i więcej minut.

Jak wynikało z powyższych ustaleń w § 18 ust. 1 wzorów umów zostały określone kary umowne za opóźnienie w realizacji usługi, sięgające do 200% jej wartości. W § 18 ust. 2 wzorów umów zostały określone kary umowne za niewykonanie usługi lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W tym miejscu należało jednak dodać, że opóźnienie przekraczające 119 minut w przypadku pakietu nr 1 lub 89 minut w przypadku pakietów nr 2 i 3 zostało przez zamawiającego potraktowane jako niewykonanie usługi lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i skutkowało naliczeniem kary umownej w wysokości 1000 zł.

Izba stwierdziła, że część argumentacji odwołującego w zakresie przedmiotowego zakresu odwołania była zasadna. Słuszność stanowiska odwołującego dotyczyła kary umownej mającej osiągać 200% wartości usługi w przypadku opóźnienia wynoszącego od 20 do 119 minut w odniesieniu do pakietu nr 1 oraz od 15 do 89 minut w przypadku pakietów nr 2 i 3. W ocenie składu orzekającego tak określona kara umowna była wygórowana i nieadekwatna w związku z tym należało ją uznać za niedopuszczalną. Odwołujący poprzez złożone dowody wykazał, że kary umowne na poziomie do 200% wartości usługi za opóźnienia wynoszące do 119 lub 89 minut (w zależności od pakietu) były zbyt restrykcyjne i nie powinny funkcjonować w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

Stanowisko zamawiającego w tej materii oraz złożone przez niego dowody okazały się niewystarczające dla obrony tak wysokiego wskaźnika kar umownych. Odniesienie się do

prewencyjnej oraz represyjnej funkcji kary umownej, które zostało powiązane przez zamawiającego z dotychczasowymi doświadczeniami wynikającymi z realizacji wcześniejszej umowy okazało się w ocenie składu orzekającego niewystarczające. Zgodzić się należy ze stwierdzeniem, że kary umowne posiadają istotne znaczenie w dyscyplinowaniu wykonawców i pozwalają zamawiającemu utrzymać określony standard realizacji usługi, ale nie mogą stanowić głównego czy też jedyne sposobu na zapewnienie określonego poziomu realizacji umowy. W opinii składu orzekającego kara umowna za opóźnienia do 119 lub 89 minut nie powinna przekraczać jednostkowej wartości usługi. W związku z tym Izba nakazała, aby kara umowna wskazana w tym zakresie nie przekraczała 100% wartości usługi.

Dodatkowo należało wskazać, że skład orzekający nie nakazywał dokładnie jak powinny kształtować się poszczególne progi wartościowe kary do 100% wartości usługi oraz przedziały czasowe z nimi związane, pozostawiając w tym zakresie pewną swobodę zamawiającemu. Odwołujący nie formułował w tym zakresie szczegółowych żądań, zatem Izba nie znalazła przeciwwskazań dla pozostawienia tego elementu w gestii zamawiającego przyjmując, że zamawiający podejdzie do tego zagadnienia zdroworozsądkowo. Istotne jest aby kara umowna nie przekraczała 100% wartości usługi do 119 minut opóźnienia w przypadku pakietu obejmującego transport karetkami typu S i P oraz do 89 minut opóźnienia w przypadku pozostałych pakietów.

Kolejny aspekt dotyczący przedmiotowego zakresu uzasadnienia odwołania dotyczył potraktowania opóźnień wynoszących 120 minut i więcej w przypadku pakietu nr 1 oraz 90 minut i więcej w przypadku pakietów nr 2 i 3, jako niewykonania usługi lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, skutkującego zgodnie z § 18 ust. 2 wzorów umów naliczeniem kary umownej w wysokości 1000 zł. W tym aspekcie Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania postanowienia wzoru umowy dla wszystkich pakietów. Co istotne odwołujący nie formułował zarzutów dotyczących kary umownej określonej w § 18 ust. 2 wzorów umów oraz nie przedstawił jakiegokolwiek stanowiska, które wskazywałoby, że opóźnienia przekraczające odpowiednio 119 minut lub 89 minut nie można potraktować jako niewykonania usługi lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący nie uchwycił tej istotnej różnicy w swojej argumentacji, którą determinowała treść kwestionowanego postanowienia, co wymagało przygotowania stanowiska zarówno w zakresie opóźnienia jak i opóźnienia kwalifikowanego jako niewykonanie usługi lub nienależyte wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W ocenie składu orzekającego argumentacja odwołującego okazała się słuszna w zakresie kary umownej za opóźnienia do 119 i 89 minut w zależności

od pakietu, natomiast w przypadku odwołania się do treści § 18 ust. 2 stanowisko odwołującego właściwie nie zostało przedstawione.

Na marginesie Izba zwróciła uwagę, że kara umowna przewidziana w § 18 ust. 1 wzoru umowy ma dotyczyć nieuzasadnionego niedotrzymania warunków umowy, co do terminów realizacji świadczeń, w tym czasu, który upłynął od zleconej przez zamawiającego godziny odbioru pacjenta do momentu fizycznego odebrania pacjenta przez wykonawcę z miejsca wskazanego w zleceniu. Powyższe oznacza, że zamawiający powinien rozważyć jak odpowiednio kwalifikować przypadki, w których niedotrzymanie terminów realizacji świadczeń wyniknęło z uzasadnionych sytuacji.

W znacznej mierze okazała się zasadna argumentacja odwołującego dotycząca okoliczności przedstawionej w pkt I lit. b uzasadnienia odwołania. W tym zakresie Izba doszła do przekonania, że zarzuty znalazły swoje potwierdzenie i przewidziany przez zamawiającego limit kar umownych na poziomie 80% wartości umowy brutto, określony w § 18 ust. 10 wzoru umowy, należało uznać za zbyt wygórowany.

Argumentacja zamawiającego koncentrowała się na tym, że zarzut dotyczący tej części odwołania odnosił się do art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, jednakże nie można było uznać, że treść kwestionowanego postanowienia była niejednoznaczna i niedookreślona. Ponadto zamawiający zwrócił uwagę na dyspozycję art. 436 pkt 3 Pzp, który wskazuje, że umowa powinna zawierać postanowienia dotyczące łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, którą mogą dochodzić strony oraz wskazał na swoje doświadczenia z realizacji wcześniejszej umowy.

W kontekście stanowiska zamawiającego Izba ustaliła, że treść zarzutu wskazanego w *petitum* odwołania wskazywała również art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 5 kc. W ocenie składu orzekającego tak określona podstawa prawna w powiązaniu z uzasadnieniem faktycznym podanym w pkt I lit. b) pozwoliła stwierdzić, że odwołujący na tyle precyzyjnie wyraził swoje zastrzeżenia wobec czynności zamawiającego, że bez wątplenia umożliwiło to zamawiającemu odniesienie się do zarzutu, a Izbie – ocenę jego zasadności.

Ponadto obowiązek określenia w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, którą mogą dochodzić strony nie oznacza, że zamawiający ma nieograniczoną swobodę w tym zakresie. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę przede wszystkim zasady określone w art. 16 Pzp, swoje wcześniejsze doświadczenia oraz indywidualne okoliczności związane z konkretnym zamówieniem. Zamawiający w ocenie Izby tylko w ograniczonym zakresie wziął pod uwagę powyższe okoliczności, skupiając się właściwie na swoich doświadczeniach pomijając zupełnie zasady systemu zamówień publicznych.

W związku z powyższym zarzut znalazł swoje potwierdzenie, jednakże Izba postanowiła nakazać zamawiającemu zmianę kwestionowanego postanowienia w sposób nie do końca

zgodny z treścią żądania zawartego w odwołaniu. Po pierwsze Izba nie jest związana żądaniami zawartymi w odwołaniu. Po drugie w pewnym wąskim zakresie stanowisko zamawiającego, odwołujące się do jego doświadczeń powinno zasługiwać na akceptację. W związku z tym próbując pogodzić zasadność podniesionego zarzutu ze zrozumieniem dotychczasowych trudności zamawiającego związanych z realizacją wcześniejszej umowy, Izba doszła do przekonania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy słuszne było ograniczenie o połowę limitu przewidzianego w § 18 ust. 10 wzoru umowy, tj. do 40%.

W przypadku zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt II uzasadnienia, Izba uznała, że podlegał on oddaleniu. Odwołujący *de facto* domagał się wprowadzenia bardziej rygorystycznej treści warunku zawartego w rozdziale VII ust. 1 pkt 4) lit. b) SWZ, przy czym nie uzasadnił w sposób wystarczający zasadności tego obostrzenia.

Ponadto skład orzekający wziął pod uwagę stanowisko zamawiającego, który wyjaśnił, że z przeprowadzonej przez niego analizy wynikało, że w okresie od listopada 2021 r. do października 2022 r. wydatkował na realizację usługi transportu typu „P” kwotę 642 175,85 zł, natomiast na usługi transportu typu „T” kwotę 1 183 846,20 zł (obecnie w szpitalu funkcjonuje około 940 łóżek szpitalnych). Oznacza to, że usługa transportu w przypadku podmiotu leczniczego obsługującego nieco ponad 200 łóżek będzie wahać się w granicach 390.000 zł. W związku z tym wprowadzenie dodatkowego warunku udziału w postępowaniu – minimalnej wartości usługi na poziomie około 1.000.000 zł wykluczy z postępowania część podmiotów, ograniczając bezpodstawnie zasadę uczciwej konkurencji. Jednocześnie zamawiający mając na celu z jednej strony poszerzenie kręgu potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony dokonując tego z zachowaniem ostrożności co do zabezpieczenia prawidłowej realizacji usługi ograniczył termin obowiązywania umowy do 12 miesięcy. Odwołujący nie odniósł się do powyżej wskazanej argumentacji, zatem Izba nie znalazła powodów do jej zakwestionowania.

Tym samym skład orzekający uznał, że zmiana warunku proponowana przez odwołującego doprowadzi *de facto* do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, zatem zarzut w tym zakresie nie mógł zostać uwzględniony.

Izba oddaliła także zarzuty odnoszące się do pkt III uzasadnienia odwołania. W związku z tym rozstrzygnięciem należało wskazać, że zamawiający rzecz jasna nie jest związany postanowieniami dokumentacji przetargowej ze wcześniejszych postępowań przetargowych. W związku z tym może wprowadzać stosowne modyfikacje w kolejnych postępowaniach w stosunku do wcześniejszych, szczególnie w tych aspektach, które jego zdaniem pozytywnie wpłyną na realizację umowy, o ile nie naruszają one przepisów Pzp. Jak wynikało ze stanowiska zamawiającego, przy realizacji wcześniejszej umowy, zdiagnozował on pewne problemy, które były dla niego dolegliwe. Stąd też zdecydował się na

wprowadzenie pewnych zmian w SWZ w stosunku do wcześniejszego przetargu, które odnosiły się głównie do zwiększenia poziomu kar umownych (czego dotyczyły okoliczności określone w pkt I uzasadnienia odwołania), składu zespołu transportowego w karetkach typu P (pkt III) oraz połączenia w jeden pakiet usługi dotyczącej transportu karetkami typu P i S (pkt IV). O ile w znacznej mierze okoliczności podniesione w pkt I (o czym szerzej powyżej) i pkt IV (o czym szerzej poniżej) uzasadnienia odwołania, znalazły w ocenie składu orzekającego swoje potwierdzenie, to argumentacja przedstawiona dla pkt III uzasadnienia odwołania okazała się niezasadna.

Punktem wyjścia dla oddalenia zarzutów dotyczących pkt III była treść art. 36 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz. U. z 2022 r. poz. 2770) zgodnie, z którym w skład podstawowego zespołu ratownictwa medycznego wchodzi co najmniej dwie osoby uprawnione do wykonywania medycznych czynności ratunkowych będące pielęgniarką systemu lub ratownikiem medycznym. Skoro zamawiający określił skład zespołu dla karetek podstawowych typu P w sposób odpowiadający właściwej ustawie to nie mogło to stanowić naruszenia Pzp w kontekście argumentacji podniesionej przez odwołującego. Przy czym Izba nie jest organem kompetentnym i właściwym do oceny działań jednostek pod kątem zgodności z ustawą o Państwowym Ratownictwie Medycznym w związku z tym nie była uprawniona do oceny czy propozycja zmiany § 3 ust. 2 wzoru umowy dla pakietu nr 1 wnioskowana przez odwołującego naruszała przepisy powyżej wskazanej ustawy. Izba uznała, że kwestionowane przez odwołującego wymaganie ma swoje przełożenie w przepisach szczegółowych w związku z tym zamawiający był uprawniony do jego skorzystania.

Ponadto działanie zamawiającego w tym zakresie należało uznać jako dopuszczalne podjęcie starań w celu uniknięcia problemów jakie pojawiły się w realizacji dotychczasowej umowy. Zamawiający powinien mieć świadomość, że zwiększenie wymagań co do członków podstawowego zespołu ratownictwa medycznego w stosunku do wcześniejszego postępowania może spowodować wzrost cen zaoferowanych przez wykonawców, niemniej okoliczność ta nie mogła doprowadzić do uznania zasadności zarzutów i skutkować uwzględnieniem odwołania we wnioskowanym przez odwołującego zakresie.

W dalszej kolejności Izba uznała, że uwzględnieniu podlegały zarzuty dotyczące okoliczności wskazanej w pkt IV uzasadnienia odwołania. W tym względzie skład orzekający stwierdził, że argumentacja odwołującego w kontekście stanowiska zamawiającego okazała się słuszna, przez co połączenie w jeden pakiet dwóch rodzajów transportów typu P i S wprowadza niepotrzebne ograniczenie dostępności wykonawców do możliwości złożenia ofert na pakiet nr 1. Przy obecnej konstrukcji pakietu nr 1 ofertę będą mogli złożyć tylko wykonawcy, którzy posiadają zdolności do realizacji zarówno transportów typu S, jak i typu P.

Tym samym zamawiający uniemożliwia złożenie oferty innym wykonawcom (w tym odwołującemu), którzy przy podziale pakietu nr 1 na dwa oddzielne pakiety, nawet nie posiadając doświadczenia w zakresie pakietu S mogliby ubiegać się o udzielenie im zamówienia w zakresie transportów typu P.

Zamawiający zupełnie pominął fakt, że jeśli do przetargu będą chcieli przystąpić wykonawcy którzy mogą zrealizować zarówno transporty typu S i typu P to nawet przy podziale zamówienia złożą po prostu oferty na dwa oddzielne pakiety. Tym samym zamawiający będzie miał zarówno szersze grono oferentów na transporty typu P, ale również nie straci możliwości udzielenia zamówienia na transporty typu S.

Mając powyższe na uwadze Izba nakazała podzielenie pakietu nr 1 na dwa osobne pakiety, z których jeden będzie obejmował transporty karetkami typu S, a drugi transporty karetkami typu P.

W zakresie ostatniej rozpoznawanej kwestii, Izba stwierdziła, że należało oddalić grupę zarzutów przedstawionych w pkt V uzasadnienia odwołania. W tym kontekście skład orzekający ustalił, że kwestionowane kryterium powiązane było z ogólnym stanem technicznym środków transportu, który pośrednio wpływa na jakość realizowanej usługi. W związku z tym należało podkreślić, że urzędowym potwierdzeniem odpowiedniego stanu technicznego pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi, są kopie dowodów rejestracyjnych z aktualnymi badaniami technicznymi, które mają potwierdzić spełnianie obiektywnych przesłanek dopuszczenia pojazdu do ruchu drogowego. Zamawiający w § 4 ust. 10 wzoru umowy dla wszystkich pakietów zobowiązał wykonawcę do przedłożenia mu dowodów aktualnych przeglądów środków transportu, w tym m. in. zezwoleń dopuszczających pojazd do ruchu jako uprzywilejowany (kserokopie dowodów rejestracyjnych oraz zezwoleń MSWiA potwierdzonych za zgodność z oryginałem) dla każdego pojazdu włączanego do użytkowania w trakcie trwania umowy minimum na 3 dni przed planowanym wykorzystaniem pojazdu do realizacji przedmiotu umowy. Ponadto w § 16 ust. 2 lit. d) zamawiający określił, że będzie upoważniony do żądania okazania w każdym czasie aktualnych dowodów rejestracji środków transportu i dokumentacji z przeglądów technicznych pojazdów.

Powyższe oznacza, że kwestionowane przez odwołującego kryterium odnosi się do jakości realizacji zamówienia, ponieważ dotyczy istotnego zakresu zamówienia jakim jest stan techniczny pojazdów (karetek), a zamawiający przewidział i zapewnił sobie możliwość weryfikowania wykonawcy pod tym kątem.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie odnoszącym się do okoliczności wskazanych w pkt I (w znacznym zakresie) i IV uzasadnienia odwołania i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał określenia poziomu niektórych kar umownych oraz opisu przedmiotu zamówienia w zakresie odnoszącym się do połączenia w jeden pakiet usług transportu prowadzonych przez karetki typu P i S.

Zgodnie z art. 575 Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W przedmiotowej sprawie rozpoznaniu podlegało pięć grup zarzutów. Odwołanie okazało się częściowo zasadne w zakresie dwóch okoliczności opisanych w uzasadnieniu odwołania i chybione w pozostałym zakresie. W związku z tym kosztami postępowania obciążono odwołującego w części 3/5 oraz zamawiającego w części 2/5.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego (15 000 zł) oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zatem łącznie 18 600 zł. Zamawiający nie wnosił o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 7 440 zł (18 600 zł x 2/5). Z kolei odwołujący poniósł do tej pory koszty w wysokości 18 600 zł (koszt wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika), a odpowiadał za te koszty w kwocie 11 160 zł (18 600 zł x 3/5). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 440 zł (18 600 zł – 11 160 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: