

Sygn. akt: KIO/UZP 496/09

**WYROK**

**z dnia 28 kwietnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Renata Tubisz</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Ryszard Tetzlaff</b> <b>Agnieszka Trojanowska</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Magdalena Pazura</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Pogotowie Medyczne PHU Roma Józef Łoniewski, 16-400 Suwałki, ul. Witosa 4A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki, 16-400 Suwałki, ul. Szpitalna 60** protestu z dnia 27 marca 2009 r.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie postępowania oraz nakazuje skreślenie zapisów SIWZ dotyczących roku produkcji środków transportu, daty pierwszej rejestracji, rodzaju klimatyzacji „klimatronic” oraz doręczenia dowodów rejestracyjnych środków transportu.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki, 16-400 Suwałki, ul. Szpitalna 60**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Pogotowie Medyczne PHU Roma Józef Łoniewski, 16-400 Suwałki, ul. Witosa 4A,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8074 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki, 16-400 Suwałki, ul. Szpitalna 60** na rzecz **Pogotowia Medycznego PHU Roma Józef Łoniewski, 16-400 Suwałki, ul. Witosa 4A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Pogotowia Medycznego PHU Roma Józef Łoniewski, 16-400 Suwałki, ul. Witosa 4A.**

### **U z a s a d n i e**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17.03.2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2009/S 52-0752250.

Postępowanie dotyczy przetargu nieograniczonego na "Świadczenie usług transportu sanitarnego pacjentów Stacji Dializ SPSW w Suwałkach w okresie 36 miesięcy".

Odwołującym jest Łoniewski Józef prowadzący działalność gospodarczą Pogotowie Medyczne PHU "ROMA" Łoniewski Józef 16-400 Suwałki ul. Witosa 4A zwany dalej "Odwołującym"

Zamawiającym jest Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki w Suwałkach 16-400 Suwałki ul. Szpitalna 60 zwany dalej "Zamawiającym".

Odwołanie zostało złożone pismem z dnia 16 kwietnia 2009r. w wyniku rozstrzygnięcia protestu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przez jego oddalenie w całości przez Zamawiającego w dniu 6 kwietnia 2009r.

Na podstawie art. 184 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. -Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2007r. Nr 223 , poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą” zostało wniesione odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wniesionego w dniu 27 marca 2009r. na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwane dalej również „SIWZ”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Wykreślenie ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt. II. Przedmiotem zamówienia jest - ppkt 2 o treści "Środki transportu przeznaczone do realizacji przedmiotu zamówienia nie mogą być starsze niż z 2008 roku a data pierwszej rejestracji 2009 rok.

2. Dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zapisów zawartych w załączniku nr 6 do SIWZ poprzez wykreślenie zdań ... Wykonawcy zobowiązani są do dołączenia dokumentów /kserokopii/ dowodów rejestracyjnych i potwierdzających, że wyżej wymienione środki transportu zostały wyprodukowane w 2008 r. i zarejestrowane po raz pierwszy w 2009. Należy dołączyć dowody rejestracyjne środków transportu, które Wykonawca umieścił w ww. wykazie.

3. Dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zapisów zawartych w załączniku nr 5 do SIWZ poprzez wykreślenie wiersza 7 w brzmieniu "....środek transportu nie starszy niż z 2008 roku."

4. Nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zapisów zawartych w pkt XI. Termin i warunki płatności -ppkt 1 poprzez zmianę terminu płatności z 60 dni na 30 dni.

5. Nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zapisów zawartych w załączniku nr 5 do siwz poprzez wykreślenie wiersza 8 w brzmieniu ..."środek transportu wyposażony w klimatronic".

Odwołujący zarzucił w odwołaniu Zamawiającemu, co następuje:

1. Naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

2. Naruszenie art. 22 ust. 2 ustawy w zw. z art. 5 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych zwanej dalej „ustawą o terminach zapłaty”

oraz art. 22 ust. 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

3. Naruszenie art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mają być składane (Dz. U. 2006r. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.) zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”.

4. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez opracowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji w zakresie określenia wymagań dotyczących środków transportu i warunków płatności.

Uzasadnienie odwołania zawierało następującą argumentację formalną i prawną.

Odwołujący przywołał protest, w którym podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy, art. 22 ust. 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, art. 22 ust. 2 ustawy w zw. z art. art. 5 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy w zw. z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mają być składane oraz art. 7 ust. 1 ustawy poprzez żądanie wykonania zamówienia środkami transportu wyprodukowanymi nie wcześniej niż w 2008 r. a zarejestrowanymi po raz pierwszy w 2009 r. oraz wyposażonymi w system klimatyzacji typu klimatronic, poprzez żądanie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, do żądania których nie był uprawniony oraz ustalenie 60 dniowego terminu płatności za wykonane usługi.

Odwołujący w złożonym odwołaniu przywołał rozstrzygnięcie protestu Zamawiającego, tj. pismo z dnia 6 kwietnia 2009 r., w którym uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający podał, że art. 29 ustawy, pozwala Zamawiającemu na określenie cech przedmiotu zamówienia, które są z punktu widzenia Zamawiającego kluczowe, a które nie wskazują marki pojazdu, znaku towarowego czy też innych cech, które doprowadziłyby do wybrania konkretnego wykonawcy. Ponadto, jak przywołuje Odwołujący, Zamawiający uzasadnił, oddalenie protestu tym, że pojazdy starsze mają większe ryzyko awaryjności i stąd ewentualne szkody, mające związek z przewozem pacjentów, będą musiały być pokryte

przez Zamawiającego oraz zasadą swobody umów art. 353<sup>1</sup> kc i treścią art. 5 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie ustosunkował się do pozostałych zarzutów protestu.

W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego, określone w uzasadnieniu oddalenia protestu, jest niezgodne z obowiązującym prawem zamówień publicznych, co powoduje uzasadnioną konieczność wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący podtrzymuje swoje zarzuty postawione w proteście i podnosi, że naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy polega na określeniu w opisie przedmiotu zamówienia wymagania, że środki transportu przeznaczone do realizacji przedmiotu zamówienia nie mogą być starsze niż z 2008 roku, a data pierwszej rejestracji 2009 rok ppkt 2 pkt II SIWZ. Konsekwencją takiego zapisu są dalsze wymagania podane w załączniku nr 5 do SIWZ - wymagania techniczno - sanitarne, transport sanitarny pacjentów stacji dializ - wiersz 7 - środki transportu nie starsze niż z 2008 roku oraz zapisy w załączniku nr 6 do SIWZ w brzmieniu ... Wykonawcy zobowiązani są do dołączenia dokumentów kserokopii dowodów rejestracyjnych potwierdzających, że wyżej wymienione środki transportu zostały wyprodukowane w 2008 r. i zarejestrowane po raz pierwszy w 2009 r. Należy dołączyć dowody rejestracyjne środków transportu, które Wykonawca umieścił w ww. wykazie.

W ocenie Odwołującego zapisy te utrudniają uczciwą konkurencję, gdyż uniemożliwiają złożenie oferty tym wykonawcom, którzy posiadają środki transportu wyprodukowane przed 2008 rokiem lub wyprodukowane w roku 2008 i zarejestrowane po raz pierwszy w roku 2008, a nie w roku 2009.

Z doświadczenia, jakie posiada wnoszący odwołanie wynika, że do tej pory transportowanych było około 90 pacjentów - średnio 2 lub 3 razy w tygodniu z tego 2 lub 3 pacjentów wymagających szczególnych warunków transportu pojazdem sanitarnym, tj. karetką. Taki zakres świadczenia usługi w żaden sposób nie uzasadnia konieczności dokonywania transportu środkami transportu wyprodukowanymi nie wcześniej niż w 2008 roku i po raz pierwszy zarejestrowanymi w 2009 roku.

Nie ma żadnych przeszkód do transportowania pacjentów transportem sanitarnym i pacjentów wymagających szczególnych warunków transportu transportem sanitarnym, spełniającym wymagania techniczno -sanitarne, środkami transportu wyprodukowanymi przed 2008 rokiem i po raz pierwszy zarejestrowanymi przed 2009 rokiem. Data produkcji oraz data pierwszej rejestracji, określona przez Zamawiającego, jest typowym ograniczeniem dostępu do postępowania wykonawcom, którzy posiadają w pełni sprawne i spełniające wszystkie wymogi techniczno -sanitarne środki transportu. Tak określone wymogi utrudniają

również uczciwą konkurencję poprzez zmuszanie wykonawców do dokonywania zakupów nowych środków transportu w sytuacji, gdy nie jest to konieczne ze względów technicznych lub sanitarnych.

Również żądanie zamawiającego, wyposażenia środków transportu w system klimatyzacji typu klimatronic, nie ma żadnego uzasadnienia medycznego lub technicznego a stanowi jedynie o zamierzonym lub niezamierzonym utrudnianiu przez zamawiającego uczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego, opisane powyżej żądania Zamawiającego, w zakresie środków transportu, pomimo tego, że zostały umieszczone w części siwz dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, naruszają także art. 22 ust. 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy w części dotyczącej warunku posiadania przez wykonawcę potencjału technicznego niezbędnego do wykonania zamówienia gdyż żądania te utrudniają uczciwą konkurencję i zostały wprowadzone przez Zamawiającego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia bez żadnego uzasadnienia, które wynikałoby ze szczególnej specyfiki przedmiotu zamówienia czy z warunków koniecznych do wykonania zamówienia. Zamówienie polega bowiem, na transportowaniu osób zamieszkałych na terenie powiatu suwalskiego na dializy do Stacji Dializ w SPSW w Suwałkach i odbywa się w większości samochodami osobowymi, gdyż osoby wymagające dializy, nie wymagają szczególnych warunków transportu transportem sanitarnym. Osoby te nie są ani niedołążne, ani obłożnie chore ani niezdolne do samodzielnego poruszania się. Osoby te wymagają systematycznego dializowania i stąd konieczność regularnego ich transportowania do Suwałk, gdyż nie istnieje medyczna i techniczna możliwość dializowania tych osób w ich domach czy mieszkaniach.

Naruszenie art. 25 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy w zw. z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2008r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mają być składane polega na żądaniu dokumentów, które nie są wymienione tym przepisem. Cytowane rozporządzenie zawiera zamknięty katalog rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający w zakresie potwierdzenia przez wykonawcę warunku dysponowania urządzeniami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Wykaz ten nie wymienia dokumentów w postaci dowodów rejestracyjnych środków transportu, których zamawiający żąda w załączniku nr 6 do SIWZ. Odwołujący uważa zatem, że żądanie Zamawiającego w tym zakresie, jest niezgodne z obowiązującym prawem i narusza art. 25 ust. 1 ustawy.

Naruszenie art. 22 ust. 2 ustawy w zw. z art. 5 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, polega na postawieniu warunku, polegającego na konieczności przyjęcia 60 dniowego terminu płatności, określonego w pkt XI ppkt 1

specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie bowiem, z ustawą z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, wierzycielowi przysługują odsetki ustawowe od 31 dnia od spełnienia świadczenia i dostarczenia faktury, a zgodnie z art. 9 cytowanej ustawy czynność prawna, a więc postanowienie SIWZ o konieczności przyjęcia 60 dniowego terminu płatności, jest nieważna.

Określony w art. 184 ust. 2 ustawy termin do wniesienia odwołania został zachowany, a naruszenie interesu prawnego Odwołującego polega na uniemożliwieniu mu wzięcia udziału w postępowaniu.

W złożonym proteście Odwołujący wskazał naruszenia przepisów ustawy i pozostałych przepisów prawa oraz podniósł zarzuty jak w odwołaniu.

Zamawiający rozstrzygając protest pismem z dnia 6 kwietnia 2009 r. oddalił go w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający nie zgodził się z argumentacją zawartą w proteście. Zamawiający wskazał, że Odwołujący zdaje się pomijać całą normę płynącą z art. 29 ustawy. Po pierwsze Zamawiający zobowiązany jest do dokonania opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, to znaczy taki, który zapewnia, że potencjalni Wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować usługi, co jest przedmiotem zamówienia (jakie dostawy), że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione.

W rzeczonym przypadku przedmiot zamówienia został zidentyfikowany poprzez m.in. wskazanie roczników środków transportu, które będą wykorzystywane przy transporcie sanitarnym pacjentów stacji dializ Zamawiającego. Zamawiający nie wie skąd wnoszący protest ma wiedzę medyczną o stanie zdrowia pacjentów, pozwalającą na twierdzenia, jakim rodzajem transportu winien być przewożony dany pacjent. Niemniej jednak winien zdawać sobie sprawę z faktu, iż w przypadku wystąpienia awaryjności pojazdów, a ryzyko ich wystąpienia jest większe w pojazdach starszych - ewentualne szkody stąd wynikłe, a mające związek z przewozem pacjentów będą musiały być pokryte przez Zamawiającego. Ponadto Zamawiający pragnie zwrócić uwagę również na fakt, iż Protestujący nie do końca zapoznał się z zagadnieniem mającym na celu utrudnianie uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał cechy, które są kluczowe z jego punktu widzenia, przy czym należy zważyć, iż Zamawiający w żadnym miejscu nie wskazał marki pojazdu, znaku towarowego czy też innej cechy, która doprowadziłaby do wybrania konkretnego dostawcy.

Zamawiający w trosce o swoich pacjentów chce zapewnić chorym transport w najbardziej optymalnych warunkach. Nie można tu mówić o ograniczeniu uczciwej konkurencji, gdyż

postanowieniami o których mowa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia interesuje się co najmniej kilku potencjalnych wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 5 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych Zamawiający wskazuje, że przepis ten uprawnia, a nie zobowiązuje wierzyciela do naliczania odsetek począwszy od 31 dnia upływu terminu płatności.

Zdaniem Zamawiającego *per factia concludentia* oraz na podstawie art. 353<sup>1</sup> k.c. wierzyciel może odstąpić od naliczania odsetek jeżeli wyrazi na ten fakt zgodę. Ponadto prawo naliczania odsetek, o których mowa w art. 5 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych może nastąpić poczynając od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu dłużnikowi faktury lub rachunku -do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego, chyba że wierzyciel nie skorzysta z prawa wynikającego z art. 5 ww. ustawy.

Z powyższych względów Zamawiający protest oddalił.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Izba nie stwierdziła okoliczności formalno –prawnych skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu zarówno protestu jak i odwołania, ponieważ uwzględnienie zarzutów do SIWZ podniesionych przez Odwołującego, jako potencjalnego wykonawcy wskazywałoby na uszczerbek w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia w związku z zarzutami dotyczącymi wymogów co do środków transportu oraz terminu płatności za świadczone usługi. Tym bardziej, że z załączonego do odwołania wypisu z ewidencji działalności gospodarczej wynika, że Odwołujący prowadzi działalność o nazwie „Pogotowie Medyczne PHU „ROMA”, a przedmiot działalności Odwołującego dotyczy między innymi działalności ambulansami wypadkowymi, a co wskazuje na potencjalne zainteresowanie udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby powyższe okoliczności przemawiają za spełnieniem przesłanek materialno-prawnych zawartych w art. 179 ust. 1 ustawy co do istnienia po stronie Odwołującego interesu prawnego we wniesieniu protestu i odwołania.

Izba na podstawie przedłożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pism Odwołującego i Zamawiającego oraz wyjaśnień złożonych przez strony na rozprawie, ustaliła następujący stan formalno –prawny w sprawie.



1. Przedmiotem zamówienia jest świadczenia usług transportu sanitarnego pacjentów Stacji Dializ SPSW w Suwałkach w okresie 36 miesięcy. Szczegółowy zakres zadań, środki transportu, czas realizacji, obsady osobowej transportu oraz wymagania stawiane wykonawcom określone zostały w załączniku nr 4 do SIWZ (formularz ofertowo-cenowy), którego integralną część stanowią druki wymaganych parametrów technicznych i sanitarnych, dotyczące przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5 do SIWZ) – Cz. II pkt 1 SIWZ.
2. Środki transportu przeznaczone do realizacji przedmiotu zamówienia nie mogą być starsze niż z 2008r., a data pierwszej rejestracji 2009 rok. Cz. II pkt 2 SIWZ.
3. W ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany będzie w szczególności do: świadczenia usług w zakresie transportu sanitarnego pacjentów Stacji Dializ w godzinach od 5.00 do 2.00 dnia następnego we wszystkie dni tygodnia od poniedziałku do soboty, wyposażenia środków transportu w środki łączności umożliwiające stały kontakt z Zamawiającym, spełnienia wymagań technicznych i sanitarnych w zakresie świadczonych usług, przystąpienia do wykonania zleconych usług nie później niż w ciągu dwóch godzin od otrzymania zlecenia jednorazowego (telefonicznie lub faksem) oraz nie później niż w ciągu 15 minut w przypadku terminów podstawienia środków transportu wynikających z realizowanego harmonogramu przewozu pacjentów (...) Cz. II pkt 6 SIWZ.
4. Świadczone usługi muszą być na wysokim poziomie jakościowym, zgodnie obowiązującymi normami technicznymi i przepisami prawa, sztuką i etyką zawodu oraz postanowieniami umowy, przy zachowaniu należytej staranności oraz pełnej gotowości świadczenia usług na rzecz Zamawiającego – Cz. II Założenia pkt 1 SIWZ.
5. O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub pisemnym zobowiązaniem innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia – Cz. III Warunki i wymagania stawiane Wykonawcom pkt 1 ppkt 2 SIWZ.
6. W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymaga dołączenia do oferty: 1) oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w ust. 1 – treść oświadczenia znajduje się w druku oferty, który stanowi zał. nr 1 do SIWZ, 5) wykazu środków transportu przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia (przedstawionego nie później niż jeden dzień przed podpisaniem umowy). Druk wykazu środków transportu stanowi załącznik nr 6 do SIWZ.- Cz. III Warunki i wymagania stawiane Wykonawcom pkt 2 ppkt 1 i 5 SIWZ.

7. Zapłata realizowana będzie przelewem na konto Wykonawcy w terminie przez niego deklarowanym nie krótszym jednak niż 60 dni od daty otrzymania faktury VAT przez Zamawiającego – Cz. XI Termin i warunki płatności pkt 1 SIWZ.
8. Zapłata realizowana będzie przelewem na konto Wykonawcy w terminie przez niego deklarowanym, tj... dni od daty otrzymania faktury VAT przez Zamawiającego, nie krótszym jednak niż 60 dni.(...) – Cz.IV Płatność formularz oferty.
9. Załączniki i dokumenty złożone przez Wykonawcę łącznie z ofertą: Inne formularz ofertowo –cenowy (zał. Nr 4 do SIWZ), Wymagania techniczno –sanitarne (zał. Nr 5 do SIWZ) i wykaz środków transportu (zał. Nr 6 do SIWZ) – oferta zał. nr 1 do SIWZ
10. Umowa - § 3 ust. 2 termin płatności ustala się na ...dni po złożeniu faktury z kompletem dokumentów rozliczeniowych umowy. Ust. 4 Nieterminowe płatności Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do wstrzymania świadczenia usług transportowych. § 5 ust. 2 wykonawca zobowiązuje się, że środki transportu samochodowego używane do świadczenia usług transportowych będących przedmiotem zamówienia spełniać będą określone obowiązującymi przepisami wymagania sanitarne i techniczne i w całym okresie obowiązywania umowy będą utrzymane we właściwym stanie i gotowości technicznej.
11. Załącznik nr 5 do SIWZ pod nazwą Wymagania techniczno – sanitarne – transport sanitarny pacjentów Stacji Dializ zawiera w ostatnich dwóch pozycjach zapisy o treści „środek transportu nie starszy niż z 2008 roku” oraz „środek transportu wyposażony w klimatronic”.
12. Załącznik nr 6 do SIWZ pod nazwą Wykaz środków transportu” zawiera zapis „Wykonawcy zobowiązani są do dołączenia dokumentów (kserokopii dowodów rejestracyjnych) potwierdzających, że wyżej wymienione środki transportu zostały wyprodukowane w 2008 r. i zarejestrowane po raz pierwszy w 2009 r. należy dołączyć dowody rejestracyjne środków transportu, które Wykonawca umieścił w w/w wykazie.”
13. W dniu 20 kwietnia 2009 r. Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi na pytania: „Czy zamawiający dopuszcza aby środek transportu przeznaczony do realizacji usług nie był starszy niż z 2008 r., a data pierwszej rejestracji również z 2008r. udzielił odpowiedzi: Tak. „Czy Zamawiający dopuszcza, aby obok załączonych dowodów rejestracyjnych pojazdów przeznaczonych do realizacji usługi, oferent dołączył oświadczenie, że w ciągu 2 miesięcy od podpisania umowy na świadczenie usług transportowych zobowiązuje się uzupełnić tabor samochodowy o kolejne dwa nowe pojazdy samochodowe?” udzielił odpowiedzi „Tak”.

14. Na rozprawie ustalono, że Zamawiający nie dokonał zmiany terminu składania ofert i w dniu 23 kwietnia nastąpiło otwarcie ofert, złożone zostały dwie oferty, przy czym Odwołujący nie złożył oferty.
15. Strony wyjaśniły, że klimatyzacja typu „klimatronic” jest klimatyzacją automatyczną, a nie manualną, to jest uruchamianą mechanicznie.

Skład orzekający zważył, co następuje.

Co do zarzutu odnoszącego się do wymogu SIWZ dysponowania środkami transportu do świadczenia przedmiotowych usług nie starszych niż 2008 r. i zarejestrowanych po raz pierwszy w 2009 r., a po udzielonej wykonawcom odpowiedzi przez Zamawiającego w dniu 20 kwietnia 2009 r. zarejestrowanych w 2008 r. oraz co do zarzutu odnoszącego się do wymogu wyposażenia środków transportu w urządzenie klimatyzacyjne typu klimatronic.

Przedmiotem postępowania jest świadczenie usług transportu sanitarnego pacjentów Stacji Dializ SPSW w Suwałkach.

W § 5 ust. 2 projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, Zamawiający przewidział, iż wykonawca zobowiązuje się, że środki transportu samochodowego używane do świadczenia usług transportowych, będących przedmiotem zamówienia, spełniać będą określone obowiązującymi przepisami wymagania sanitarne i techniczne i w całym okresie obowiązywania umowy będą utrzymane we właściwym stanie i gotowości technicznej.

W Cz. II Założenia pkt 1 SIWZ Zamawiający zawarł ponadto, iż świadczone usługi muszą być na wysokim poziomie jakościowym, zgodnie z obowiązującymi normami technicznymi i przepisami prawa, sztuką i etyką zawodu oraz postanowieniami umowy, przy zachowaniu należytej staranności oraz pełnej gotowości świadczenia usług na rzecz Zamawiającego.

Również w Cz. II pkt 1 SIWZ zawarto zapis, że szczegółowy zakres zadań, środki transportu, czas realizacji, obsady osobowej transportu oraz wymagania stawiane wykonawcom określone zostały w załączniku nr 4 do SIWZ (formularz ofertowo - cenowy), którego integralną część stanowią druki wymaganych parametrów technicznych i sanitarnych, dotyczące przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5 do SIWZ).

W formularzu Oferta w Cz. VI Oświadczenia Wykonawcy zawarto zapis „oświadczamy, że wykonawca pkt.11 w przypadku przyznania zamówienia publicznego zobowiązuje się do zawarcia pisemnej umowy w siedzibie zamawiającego, w terminie przez niego wyznaczonym”.

Powyższe zapisy SIWZ gwarantujące świadczenie usługi na rzecz Zamawiającego na odpowiednim poziomie i zgodnie z obowiązującymi właściwymi przepisami sanitarnymi, nie

zostały zakwestionowane przez Odwołującego, czyli należy rozumieć, że zostały przez niego zaakceptowane.

Zakwestionowane zostały przez Odwołującego zapisy SIWZ zobowiązujące wykonawców do dysponowania taborem samochodowym, którego rok produkcji nie ma być starszy niż 2008 r. i pierwsza rejestracja ma nastąpić w 2009 r.

Po wniesieniu odwołania Zamawiający odpowiadając w dniu 20 kwietnia 2009 r. na pytania wykonawcy zajął stanowisko, w którym określił, że pierwsza rejestracja samochodów produkowanych w 2008 r. może również nastąpić w 2008 r., a nie koniecznie w 2009 r.

Natomiast Odwołujący we wniesionym proteście i odwołaniu kwestionował pochodzenie samochodów tylko z 2008 r. oraz rejestrację samochodów w 2009 r.

Udzielona odpowiedź Zamawiającego nie wypełnia żądań Odwołującego, ponieważ odnosi się tylko do zmiany pierwszej rejestracji z 2009 r. na 2008 r.

Skład orzekający Izby przychylił się do poglądu Odwołującego, że nieuprawnione jest żądanie Zamawiającego, aby tabor samochodowy do świadczenia usług przewożenia pacjentów na dializy musiał być nie starszy niż z 2008 r.

Zamawiający w wyniku wyjaśnień złożonych na rozprawie nie wykazał, że samochody starsze rocznikowo niż z 2008 r. nie wypełnią funkcji przedmiotowego zamówienia, jakim jest przewóz pacjentów na dializy. Fakt wykonywania usługi przez okres 36 miesięcy również nie przemawia za argumentacją Zamawiającego, że samochody z 2008 r. gwarantują bezawaryjność, a samochody starsze rocznikowo takiej bezawaryjności nie gwarantują.

Izba uważa, że zastosowany opis transportu, którym wykonawca ma świadczyć usługi narusza zasady uczciwej konkurencji, ponieważ ogranicza prawo do świadczenia usług transportowych tylko i wyłącznie do wykonawców dysponujących transportem nie starszym niż z 2008 r. Takie postawienie wymogu co do rocznika transportu samochodowego nie jest usprawiedliwione przedmiotem zamówienia, jakim jest przewóz pacjentów na dializy.

Tym bardziej, że szczegółowe wymagania techniczne transportu zostały określone w zał. nr 5 do SIWZ wymagania sanitarno –techniczne, które obejmują: co do kierowcy – prawo jazdy odpowiedniej kategorii, świadectwo kwalifikacji do kierowania pojazdami uprzywilejowanymi, szkolenie w zakresie pierwszej pomocy przedlekarskiej, a co do środka transportu – wyposażenie w urządzenie łączności radiowej, przystosowanie środka transportu do przewozu osób w pozycji leżącej i z nadwagą, oraz środek transportu nie starszy niż z 2008 r. oraz środek transportu wyposażony w klimatronic (ostatnie dwa wymogi oprotestowane).

W ocenie Izby postawione wymogi co do środka transportu to jest wyposażenie w urządzenie łączności radiowej, przystosowanie środka transportu do przewozu osób w pozycji leżącej i z nadwagą oraz wyposażenie w klimatronic (ostatni wymóg oprotestowany) nie uprawniają Zamawiającego do żądania aby data produkcji środka transportu była nie

starsza niż z 2008 r., ponieważ sprecyzowane wymagania przez Zamawiającego w SIWZ spełniają również środki transportu starsze niż z 2008 r.

Reasumując Zamawiający w toku postępowania odwoławczego nie wykazał, że samochody starsze niż jeden rok mają większą awaryjność niż samochody z produkcji w 2008 r., a co w ocenie Zamawiającego narażałoby go na ewentualne odszkodowania.

Izba uwzględni również zarzut Odwołującego co do bezpodstawności żądania klimatyzacji typu klimatronic czyli klimatyzacji automatycznej, a nie mechanicznej czyli ręcznie uruchamianej.

W ocenie Izby wyposażenie samochodów, przewożących pacjentów na dializy, w klimatyzację uruchamianą mechanicznie, to jest tak jak dotychczas, jest wystarczające. Bowiem klimatyzacja mechaniczna również zapewnia zarówno ogrzewanie jak i chłodzenie wnętrza pojazdu, chociaż nie tak komfortowo jak przy klimatyzacji automatycznej, ale z uwagi na przewożenie pacjentów na dializy zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego na odległość nie dalszą niż 50 km (teren powiatu suwalskiego) klimatyzacja manualna jest wystarczająca.

Poza rozstrzygnięciem Izby pozostaje nie zaskarżony zapis SIWZ wskazujący na okoliczność żądania wykazu środków transportu dopiero na etapie podpisania umowy to jest zgodnie z Cz. III Warunki i wymagania stawiane Wykonawcom pkt 2 w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymaga doręczenia do oferty: 5) wykazu środków transportu przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia (przedstawionego nie później niż jeden dzień przed podpisaniem umowy).

To samo odnosi się do skutku wyjaśnienia Zamawiającego, że wykonawca w ciągu dwóch miesięcy od podpisania umowy ma prawo uzupełnić transport do wymogów SIWZ.

Izba jedynie wskazuje Zamawiającemu, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien sprawdzić przed oceną ofert i wyborem oferty najkorzystniejszej, ponieważ nie spełnienie warunku udziału skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania i odrzuceniem jego oferty w myśl art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy. Postawienie wymogu spełnienia warunku dysponowania środkiem transportu po wyborze ofert to jest 1 dzień przed podpisaniem umowy, a w wyniku wyjaśnienia z dnia 20 kwietnia 2009 r. w ciągu dwóch miesięcy po podpisaniu umowy powoduje, że warunek jest postawiony bez możliwości skutku prawnego przewidzianego w art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że warunek co do dysponowania środkami transportu postawiony został blankietowo, to jest do uznania przez wykonawcę w zakresie ilości środków transportu. Bowiem Zamawiający w żadnym zapisie SIWZ nie sprecyzował, jaką ilość środków transportu powinien wykonawca postawić do dyspozycji, aby spełnić wymóg

posiadania sprzętu do wykonania zamówienia. Tym samym można domniemywać, że warunek dysponowania środkami transportu wypełni nawet jeden samochód.

Reasumując zarzut dotyczący wymogu środków transportu nie starszych niż 2008 r. z pierwszą rejestracją nie starszą niż 2008 r. (przy uwzględnieniu wyjaśnienia z dnia 20 kwietnia 2009 r.) zasługuje na uwzględnienie, ponieważ Izba uznała za wystarczający wymóg co do stanu technicznego środków transportu według zapisu § 5 ust. 2 umowy. Bowiem słusznie Odwołujący podnosił, iż postawione wymagania przez Zamawiającego wymuszają zakup nowych samochodów w sytuacji gdy przewidziane usługi mogą być wykonywane starszymi, ale sprawnymi pojazdami, a utrzymanie wymogu dysponowania pojazdami nie starszymi niż z 2008 r. utrudniłoby dostęp do udziału w postępowaniu, czym naruszona zostałaby zasada równego dostępu do zamówienia określona w art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba uznała również za zasadny zarzut dotyczący wymogu załączenia dowodów rejestracyjnych środków transportu, którymi dysponować ma wykonawca, ponieważ rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów nie wymienia wśród dokumentów jakich może żądać Zamawiający dowodów rejestracyjnych. Natomiast zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów Zamawiający żądając wykazu środków transportu może wymagać podania w tymże wykazie cech identyfikujących zadysponowanych urządzeń to jest np.: podania numeru rejestracyjnego środka transportu.

Co do zarzutu ustalenia w SIWZ terminu płatności nie wcześniej niż 60 dni od daty wystawienia faktury, w przyjętym w umowie terminie comiesięcznego, tj. po zakończeniu każdego miesiąca kalendarzowego, rozliczania wynagrodzenia za usługi transportowe.

Zamawiający zawarł następujące zapisy regulujące terminy płatności za świadczone usługi. Zapłata realizowana będzie przelewem na konto Wykonawcy w terminie przez niego deklarowanym nie krótszym jednak niż 60 dni od daty otrzymania faktury VAT przez Zamawiającego – Cz. XI Termin i warunki płatności pkt 1 SIWZ.

Zapłata realizowana będzie przelewem na konto Wykonawcy w terminie przez niego deklarowanym, tj....dni od daty otrzymania faktury VAT przez Zamawiającego, nie krótszym jednak niż 60 dni.(...) – Cz. IV Płatność formularz oferty.

Odwołujący podniósł w proteście i odwołaniu zarzut dotyczący terminu płatności za świadczone usługi nie wcześniej niż po upływie 60 dni od daty wystawienia faktury.

Izba rozpatrując powyższy zarzut uwzględniła przywoływany również przez Odwołującego § 5 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U.

2003 r. Nr 139, poz. 1323 z późn. zm.), zgodnie z którym jeżeli strony w umowie przewidziały termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, wierzyciel może żądać odsetek ustawowych za okres począwszy od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu dłużnikowi faktury lub rachunku – do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego.

Z powyższego przepisu nie wynika nieważność postanowień, w których strony porozumieją się co do terminu płatności dłuższego niż 30 dni. Przepis ten jedynie zobowiązuje do uiszczania odsetek począwszy od 31 dnia od upływu terminu płatności. O niezbywalności praw wierzyciela decyduje przepis art. 9 tejże ustawy zgodnie z którym czynność prawna wyłączająca lub ograniczająca uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, o których mowa w art. 5-8 ustawy o terminach płatności, jest nieważna.

Na rozprawie Zamawiający przedstawił argumentację w zakresie wydłużenia terminu zapłaty powyżej 60 dni od daty wystawienia faktury za poszczególne okresy rozliczeniowe, to jest prowadzenie egzekucji komorniczych z kont bankowych Zamawiającego oraz wydłużone oczekiwanie na środki finansowe z Narodowego Funduszu Zdrowia przekazywane transzami.

Uwzględniając powyższe wyjaśnienia Zamawiającego oraz okoliczność, że Odwołujący nie zakwestionował projektu umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, do podpisania której zobowiąże się składając ofertę, w szczególności w zakresie § 3 ust. 4, zgodnie z którym nieterminowe płatności Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy do wstrzymania świadczenia usług transportowych, należy uznać, że Odwołujący zdaje sobie sprawę z możliwości nieterminowych płatności i obowiązku świadczenia usług. Skoro takiej dolegliwości nie zakwestionował Odwołujący to tym bardziej powinien uwzględnić okoliczność późniejszej zapłaty. Tym bardziej, że z argumentacji Odwołującego na rozprawie oraz z argumentacji przedstawionej w proteście i odwołaniu nie wynika, że Odwołujący poza formalną argumentacją co do niemożliwości prawnej ustalenia takiego terminu nie przedstawia innej argumentacji np.: względów jego statusu ekonomicznego uniemożliwiającego świadczenie usługi z tak odroczonym terminem płatności jak to oferuje w SIWZ Zamawiający.

Reasumując jedyną sankcją z przywołanej przez Odwołującego ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych jest prawo wierzyciela żądania odsetek za okres zapłaty powyżej 30 dni. Natomiast ustawa nie zakazuje stronom ustalania terminu zapłaty powyżej 30 dni z ustawowym prawem zapewnienia niezbywalnych odsetek.

Z uwagi na to, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, a Zamawiający nie zmienił terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 23 kwietnia 2009 r. Izba orzekła o nakazaniu unieważnienia postępowania, ponieważ zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy specyfikację

istotnych warunków zamówienia można tylko zmienić przed upływem terminu składania ofert.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3500,00 zł.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Suwałkach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*