

Sygn. akt: KIO 1270/20

**WYROK
z dnia 21 lipca 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 16 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 czerwca 2020 r. przez Odwołującego – Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II z siedzibą w Zamościu

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 oraz 5 i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 zmianę punktu II.2.5 w sekcji II ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiednią zmianę treści SIWZ i załączników do SIWZ, polegającą na wprowadzeniu dla Zadania 1 i Zadania 2 co najmniej jednego, pozacenowego kryterium oceny ofert i nadanie mu wagi co najmniej 40%,
 - 1.2 określenie we wzorze umowy dla Zadania 1 i Zadania 2 maksymalnego limitu kar umownych jakie mogą zostać w skali jednego miesiąca nałożone na wykonawcę.
2. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 4 odwołania.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża w częściach równych Zamawiającego i Odwołującego i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy

złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 189,00 zł (sto osiemdziesiąt dziewięć złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika na rozprawę,

4.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 594,50 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt cztery złote 50/100).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zamościu.

.....

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki im. Papieża Jana Pawła II z siedzibą w Zamościu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Świadczenie usług transportu sanitarnego w zakresie podstawowym oraz przewozu osób na dializoterapię”, numer: AG.ZP.3320.12.20, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 maja 2020 r. pod numerem 2020/S 103-248522. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

1 czerwca 2020 r. wykonawca Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 91 ust. 2 i 2a Pzp przez brak wprowadzenia pozacenowego kryterium oceny ofert;
2. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o systemie oceny zgodności oraz 70b ust. 1 i 2 ustawy – Prawo o ruchu drogowym i w zw. z art. 161ba ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych przez brak wskazania w opisie przedmiotu zamówienia, że przedmiotowe zamówienie powinno zostać wykonane pojazdami, w stosunku do których wydana została homologacja fabryczna odpowiednio pojazdu kompletnego, sanitarnego lub do transportu osób niepełnosprawnych ruchowo (stosownie do danego zadania), pomimo ustawowego wymogu wykonania usług transportu sanitarnego pojazdami spełniającymi odpowiednie normy techniczne pod rygorem niedopuszczenia ich do obrotu w RP;
3. art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego w przetargu przez zastrzeżenie w § 13 ust. 1 pkt 4 załącznika do SIWZ – wzór umowy dla zadania 1 i 2: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do wypowiedzenia niniejszej umowy ze skutkiem natychmiastowym w następujących przypadkach: (...)
- 4) gdy Wykonawca w sposób rażąco narusza postanowienia niniejszej umowy, w szczególności:
 - a) dopuszcza się zwłoki w wykonywaniu usług transportu,

- b) nie podejmie się świadczeń zgodnie z ustalonym harmonogramem,
- c) odmówi Zamawiającemu wykonywania usługi z jakiegokolwiek przyczyny, (...)",
- co w istocie prowadzi do zagwarantowania Zamawiającemu uprzywilejowania wobec wykonawcy i możliwość arbitralnego natychmiastowego wypowiedzenia umowy, wobec niedookreślenia i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia;
4. Zarzut naruszenia Art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp, przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy i wprowadzenie w § 4 ust. 5 wzoru umowy dla zadania 1 i 2, wyłączenia roszczenia wykonawcy względem Zamawiającego w przypadku faktycznej realizacji usług transportu w mniejszej ilości kilometrów niż ilość kilometrów wskazana w SIWZ: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do niezlecenia wykonawcy usług transportowych w pełnym zakresie określonym w SIWZ. W zależności od potrzeb Zamawiającego, faktyczna ilość kilometrów może być mniejsza niż ilość kilometrów określona w SIWZ. W przypadku realizacji usług transportu w mniejszej ilości kilometrów niż wskazana w SIWZ, Wykonawcy nie będzie przysługiwało z tego względu żadne roszczenie wobec Zamawiającego, w szczególności o wynagrodzenie czy odszkodowanie”, co w konsekwencji oznacza, iż wykonawcy nie rywalizują na warunkach równych i przejrzystych, gdyż Zamawiający dopuszcza zlecenia mniejszej ilości kilometrów niż podana w SIWZ, jednocześnie nie podając przedziału mniejszej ilości zleceń, co uniemożliwia Odwołującemu skalkulowanie oferty, a zatem Zamawiający nie uwzględnił w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a Zamawiający tym samym naruszył zasadę odpłatności zamówień publicznych w ten sposób, że wykonawca pozostający w gotowości wykonuje tym samym zamówienie, jednakże nie otrzymuje za nie wynagrodzenia, co utrudnia złożenie oferty i w efekcie czego złożone oferty mogą się okazać nieporównywalne, gdyż Zamawiający nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
5. art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 484 § 2 i art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 Pzp, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 139 ust. 1 Pzp przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, polegające na skonstruowaniu niejednoznacznego, niewyczerpującego i utrudniającego uczciwą konkurencję opisu przedmiotu zamówienia przez nałożenie w SIWZ, na wykonawcę

niejasnych, niedookreślonych i wygórowanych kar umownych, brak określenia górnego limitu kar umownych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odnośnie zarzutu nr 1:

- A. Zmianę punktu II.2.5 w sekcji II ogłoszenia o zamówieniu i wprowadzenie pozacenowego kryterium oceny ofert dla każdego zadania i nadanie mu wagi, co najmniej 40% na przykład przez wprowadzenie następujących kryteriów oceny ofert i ich wagi: cena - 60 % i norma emisji spalin dla pojazdów 40%.
- B. Zmianę rozdziału 4 SIWZ: Warunki przeprowadzenia przetargu w tym kryterium oceny ofert przez wprowadzenie obok kryterium ceny innego kryterium odnoszącego się do przedmiotu zamówienia na przykład przez zastosowania poniżej przyjętego rozwiązania:

"Przy wyborze oferty zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny:

Lp.	KRYTERIUM	RANGA
1.	Oferowana cena [wartość brutto]	60pkt
2.	Norma emisji spalin dla pojazdów	40pkt
	RAZEM	100 pkt

Ad 1. Kryterium „Cena” - będzie oceniana na podstawie oferty cenowej. Najwyżej oceniona zostanie oferta o najniższej cenie. Porównywane będą ceny ostateczne brutto za całość przedmiotu zamówienia w danym zadaniu.

Sposób obliczania punktów za kryterium „Cena”: przyjmuje się zasadę poziomu odniesienia - w tym przypadku stosunek ceny minimalnej do ceny oferty badanej. Uwzględniając wartość tego kryterium 60 punktów (1% = 1 pkt) obliczamy przyznaną liczbę punktów dla danej oferty mnożąc wyliczony współczynnik przez wagę kryterium tj. 60 pkt.

Ad 2. Kryterium „Norma emisji spalin dla pojazdów” - będzie oceniana na podstawie załącznika do SIWZ, który Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty.

Norma emisji spalin dla pojazdów podlega ocenie według parametrów podanych poniżej:

Lp.	Parametry podlegające ocenie	Punkty
Norma emisji spalin		
1	Pojazd spełnia normę emisji spalin EURO 6 lub 7	10
2	Pojazd spełnia normę emisji spalin EURO 5	5
3	Pojazd spełnia normę emisji spalin niższą niż EURO 5 0pkt	0

Ocena ostateczna dla kryterium 2 jest obliczana wg wzoru:

$$\text{Wartość punktowa} = R \times (T_n/T_{\max})$$

gdzie:

T_{\max} - max liczba przyznanych punktów (obliczana na podstawie średniej arytmetycznej ze wszystkich punktów uzyskanych z zaoferowanych pojazdów).

T_n - liczba punktów uzyskanych przez Wykonawcę

R - ranga ocenianego kryterium

Za ofertę najkorzystniejszą złożoną w ramach tego przetargu zostanie uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów za kryterium 1 i 2".

2. odnośnie zarzutu nr 2 – dokonania zmiany w treści SIWZ przez dodanie w opisie przedmiotu zamówienia dla zadania 2 postanowienia: „Pojazdy muszą posiadać homologację fabryczną odpowiednio pojazdu kompletnego, sanitarnego lub pojazdu do przewozu osób niepełnosprawnych”,

3. Odnośnie zarzutu nr 3 - dokonanie zmiany § 13 ust. 1 pkt 4 załącznika do SIWZ – wzór umowy dla zadania 1 i 2 przez usunięcie postanowienia:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do wypowiedzenia niniejszej umowy ze skutkiem natychmiastowym w następujących przypadkach (...):

4) gdy Wykonawca w sposób rażąco narusza postanowienia niniejszej umowy, w szczególności:

a) dopuszcza się zwłoki w wykonywaniu usług transportu,

b) nie podejmuje się świadczeń zgodnie z ustalonym harmonogramem,

c) odmówi Zamawiającemu wykonywania usługi z jakiegokolwiek przyczyny, (...)",

ewentualnie doprecyzowanie przepisu, które będzie jednoznaczny i nie będzie pozostawiony arbitralnemu uznaniu przez Zamawiającego.

4. Odnośnie zarzutu nr 4 - dokonanie zmiany § 4 ust. 5 załącznika do SIWZ – wzór umowy dla zadania 1 i 2 przez usunięcie postanowienia ewentualnie przez wprowadzenie postanowienia w poniższym brzmieniu:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do niezlecenia Wykonawcy usług transportowych w pełnym zakresie określonym w SIWZ. W zależności od potrzeb Zamawiającego, faktyczna ilość kilometrów może być mniejsza niż ilość kilometrów określona w SIWZ. W przypadku realizacji usług transportu w mniejszej ilości kilometrów niż wskazana w SIWZ- mniejsza ilość kilometrów do 15% w stosunku miesięcznym, Wykonawcy nie będzie przysługiwało z tego względu żadne roszczenie wobec Zamawiającego, w szczególności o wynagrodzenie czy odszkodowanie”.

5. Odnośnie zarzutu nr 5 – dokonania zmiany w załączniku do SIWZ – § 8 wzór umowy dla zadania 1 i 2 przez:

- dodanie do § 8 ustępu 10 w brzmieniu „Łączny limit kar umownych w skali miesiąca wynosi maksymalnie 3 000,00 zł”.
- usunięcie ustępu 3,
- doprecyzowanie ustępu 1 pkt 1 i 2 oraz ustępu 5, które będą jednoznaczne i nie będą pozostawione arbitralnemu uznaniu przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Zamawiający w Sekcji II. 2.5) Ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale 4 SIWZ „Warunki przeprowadzenia przetargu w tym kryterium oceny ofert” wprowadził cenę jako jedyne kryterium oceny ofert. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 Pzp). W myśl ust. 2 tego przepisu kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówień, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Natomiast na podstawie art. 91 ust 2a Pzp wprowadzono wymóg przyznania kryteriom pozacenowym - co do zasady - wagi co najmniej 40%: „Zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związki kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3”.

Ograniczenia w stosowaniu kryterium ceny dotyczą wyłącznie zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp (tj. jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych i innych niż państwowe jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej) oraz ich związków. Do Zamawiającego, który jest samodzielnym zakładem opieki zdrowotnej, a tym samym jednostką sektora finansów publicznych, o której mowa w art. 9 pkt 10 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 roku, poz. 869 z późn. zm.) ma zastosowanie art. 91 ust. 2a Pzp. Zamawiający w ogłoszeniu i SIWZ zobowiązany był zatem do wprowadzenia obok ceny jako kryterium ceny także innego pozacenowego kryterium oceny ofert, odnoszącego się do przedmiotu zamówienia o wadze co najmniej 40%.

W ocenie Odwołującego zasadnym byłoby przyjęcie, jako pozacenowego kryterium, parametru w postaci normy emisji spalin dla pojazdów oferentów przeznaczonych do wykonywania przedmiotu umowy. Zamawiający winien uwzględnić powyższe kryterium, z racji faktu, że „aspekt środowiskowy” jako działanie proekologiczne jest zalecane i promowane przez UE, a dbanie o środowisko jest nie tylko słuszne, ale w aspekcie występującego smogu w miastach polskich wręcz pożądane. Za aspektem norm emisji spalin, idzie wiek floty przeznaczonej do realizacji zamówienia w sposób niewątpliwy wpływa na jakość świadczonych usług, tym bardziej, iż przedmiotem zamówienia są usługi

transportu sanitarnego. Pojazdy z wyższymi normami emisji spalin są nowsze. Wprowadzenie w/w kryterium oceny ofert posłużyć może Zamawiającemu oprócz aspektu ekologicznego, także na aspekt związany z racjonalnym wydatkowaniem pieniędzy, gdyż oferta zawierająca niższą cenę może okazać się jedynie ofertą pozornie korzystniejszą dla zamawiającego z racji wyeksploatowania taboru, co może mieć wpływ na podwyższoną awaryjność pojazdów, a tym samym możliwe zakłócenia w realizacji przedmiotu umowy.

Zaproponowane kryterium sformułowane jest w sposób przejrzysty, zawiera wszelkie niezbędne elementy umożliwiające ocenę przez zamawiającego poszczególnych ofert oraz jest związane w sposób niewątpliwy z przedmiotem zamówienia. Złożoność oceny zaproponowanego kryterium pozwoli zamawiającemu wybrać ofertę najkorzystniejszą w oparciu o przedłożone przez oferentów dokumenty, a tym samym pozwoli uniknąć zarzutu arbitralnego wyboru oferty.

Zarzut nr 2

W myśl art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie zaś z art. 13 ust. 1 ustawy o systemie oceny zgodności, domniemywa się, że wyrób spełnia określone zasadnicze wymagania, jeżeli jest zgodny z odpowiednimi postanowieniami norm zharmonizowanych lub specyfikacji zharmonizowanych. W art. 1 ust. 1a tej ustawy wyjaśniono także, że ustawę tę stosuje się m.in. do maszyn, a zatem także do pojazdów mechanicznych.

Zgodnie z art. 70b ust. 1 i 2 ustawy – Prawo o ruchu drogowym, nowy typ pojazdu, typ przedmiotu wyposażenia lub części, który ma być wprowadzony do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, powinien spełniać wymagania techniczne, odpowiednie dla danej kategorii pojazdu, zaś spełnienie tych wymagań potwierdza się w procedurze homologacji. Wyposażenie pojazdu także podlega kontroli w procedurze homologacji (art. 70t ust. 1, art. 70zl ust. 1 pkt. 1 ustawy). Zgodnie zaś z art. 161ba ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, transport sanitarny wykonywany jest specjalistycznymi środkami transportu lądowego, wodnego i lotniczego. Środki transportu sanitarnego muszą spełniać cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Na podstawie transpozycji normy europejskiej do polskiego porządku norm, w trybie ustawy o systemie oceny zgodności, normą określającą lądowe środki transportu sanitarnego jest norma PN-EN 1789. Zgodnie zaś z tabelą nr 3 załącznika nr 4 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia

27 września 2003 r. w sprawie szczegółowych czynności organów w sprawach związanych z dopuszczeniem pojazdu do ruchu oraz wzorów dokumentów w tych sprawach (Dz.U. z 2016 r. poz. 1088 j.t.), wśród pojazdów specjalnych rozróżniono także pojazd sanitarny. Niemniej, po uzyskaniu stosownego certyfikatu, za zgodność z normą powyższą można zatwierdzić także pojazd przeznaczony do przewozu osób niepełnosprawnych. W związku z tym, Zamawiający powinien był doprecyzować, jakiej skali homologacji dla pojazdów oczekuje, aby oferty w postępowaniu, które zostaną złożone, były w tym zakresie porównywalne. Z uwagi na przedmiot zamówienia, jakim jest transport osób chorych, najbezpieczniejszym rozwiązaniem byłoby wymaganie homologacji dla pojazdu kompletnego, z pełnym wyposażeniem, przy czym powinien to być pojazd zarejestrowany jako pojazd specjalny sanitarny albo jako pojazd do przewozu osób niepełnosprawnych – to ostatnie w przypadku przewozu pacjentów niewymagających opieki. Brak żądania w zakresie homologacji prowadzi zaś do naruszenia wyżej wskazanych przepisów. Celem homologacji pojazdów w ogóle jest ocena ich zgodności z normami technicznymi. W konsekwencji, homologacja przesądza, czy dany pojazd spełnia właściwą dla niego normę techniczną.

Zgodnie z dyspozycją art. 142 ust. 1 Pzp umowę zawiera się na czas oznaczony. Omawiany przepis statuuje ogólną zasadę, jaką na gruncie zamówień publicznych jest zawieranie umów na czas oznaczony.

Zarzut nr 3

Zamawiającego w § 13 ust. 1 pkt 4 załącznika do SIWZ – wzór umowy dla zadania 1 i 2 wprowadził postanowienie:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do wypowiedzenia niniejszej umowy ze skutkiem natychmiastowym w następujących przypadkach (...):

- 4) gdy Wykonawca w sposób rażąco narusza postanowienia niniejszej umowy, w szczególności:
 - a) dopuszcza się zwłoki w wykonywaniu usług transportu,
 - b) nie podejmuje się świadczeń zgodnie z ustalonym harmonogramem,
 - c) odmówi Zamawiającemu wykonywania usługi z jakiegokolwiek przyczyny,
 - d) realizuje usługi innym, niż wymagany, transportem, lub przy użyciu niesprawnych pojazdów,
 - e) oddeleguje do realizacji umowy osoby nie posiadające niezbędnych kwalifikacji, wymaganych przez Zamawiającego,
 - f) nie wykonuje dezynfekcji pojazdów”.

Podjmując decyzję o ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawca musi mieć pewność, że wykonując zamówienie zgodnie z zawartą umową otrzyma wynagrodzenie. Cechą umów o zamówienia publiczne jest ich trwałość rozumiana w ten sposób, że przepisy Pzp nie przewidują możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Jeżeli taka umowa jest wykonywana należycie, to powinna obowiązywać do upływu terminu jej wykonywania.

Zastrzeżenie natychmiastowego wypowiedzenia przez Zamawiającego umowy - w przypadku § 13 ust. 1 pkt 4 lit a, b, c, wzoru umowy nie jest dopuszczalne, gdyż przyczyny wypowiedzenia są niedookreślone i nieprecyzyjne np. Zamawiający może wypowiedzieć umowę, gdy wykonawca odmówi wykonania transportu z powodu stanu pacjenta lub gdy Wykonawca wykonuje transport ze zwłoką np. 1 minuty. Postanowienia o natychmiastowym rozwiązaniu umowy w przypadkach niedookreślonych i niejednoznacznych w istocie prowadzi do zagwarantowania Zamawiającemu uprzywilejowania wobec wykonawcy i możliwość arbitralnego natychmiastowego wypowiedzenia umowy oraz stwarza nadmierne ryzyko podjęcia się danego zamówienia i muszą być uznane za zaprzeczające wytycznym art. 29 ust. 2 Pzp.

Zarzut nr 4

Zamawiający § 4 ust. 5 wzoru umowy dla zadania 1 i 2, wyłączył sprzecznie z celem umowy oraz właściwością stosunku zobowiązaniowego, roszczenie wykonawcy względem Zamawiającego w przypadku realizacji usług transportu w mniejszej ilości kilometrów niż ilość kilometrów wskazana w SIWZ:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo do niezlecenia Wykonawcy usług transportowych w pełnym zakresie określonym w SIWZ. W zależności od potrzeb Zamawiającego, faktyczna ilość kilometrów może być mniejsza niż ilość kilometrów określona w SIWZ. W przypadku realizacji usług transportu w mniejszej ilości kilometrów niż wskazana w SIWZ, Wykonawcy nie będzie przysługiwało z tego względu żadne roszczenie wobec Zamawiającego, w szczególności o wynagrodzenie czy odszkodowanie". Uprawnienie zamawiającego do kształtowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami nie oznacza prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do obciążenia wykonawcy w stopniu wykraczającym ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować stosunek prawny w granicach określonych treścią art. 353¹ oraz art. 5 Kc, co oznacza, że postanowienia umowne nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego.

Wykonawca składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu musi mieć pewność - wynikającą z oszacowania kosztów i zysków, opartych na założeniu świadczenia usługi przez przewidziany w umowie czas - rentowności tego kontraktu, w okresie trwania umowy tj. 24 miesięcy. Wyłączenie roszczenia wykonawcy względem Zamawiającego w przypadku realizacji usług transportu w mniejszej ilości kilometrów niż ilość kilometrów wskazana w SIWZ jest nie dopuszczalne, z punktu widzenia osiągnięcia celów, którym służą umowy realizacyjne zamówień publicznych. Wielkość zapotrzebowania na transport sanitarny określona przez Zamawiającego w SIWZ tj. ilości kilometrów stanowi podstawę do oszacowania zaproponowanej przez Wykonawcę kwoty za usługę. Wykonawca na podstawie w/w ilości podanych przez Zamawiającego sporządza kalkulację cenową. Czym większe zapotrzebowanie na usługę, tym niższą cenę jednostkową za kilometr może zaproponować oferent w swojej ofercie. Sytuacja taka może spowodować, iż ustalone ceny oferty, mimo, że rentowne przy założeniu 24 miesięcznego okresu realizacji umowy, mogą się okazać przynoszące stratę, gdyby Zamawiający realizował przedmiotową usługę w ilości transportów znacznie odbiegającej od podanej w SIWZ (np. w ilości 30% w stosunku do ilości podanej w SIWZ) wobec pozostawiania w gotowości zespołów transportu sanitarnego Wykonawcy.

Zarzut nr 5

Zamawiający szczegółowo określił katalog kar umownych w § 8 wzoru umowy. Zamawiający nie wprowadził przy tym górnego limitu naliczania kar umownych. Może się zatem zdarzyć, że Zamawiający będzie naliczał miesięcznie kary umowne które będą nieadekwatne do naruszenia, a których suma będzie wyższa niż miesięczne wynagrodzenie Wykonawcy. Ponadto kary umowne określone we wzorze umowy są nieokreślone, wygórowane i nieadekwatne do ewentualnej szkody, którą Zamawiający mógłby ponieść w wyniku niewłaściwej realizacji przez wykonawcę zamówienia.

16 lipca 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględnił zarzut nr 4 odwołania. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Zamawiający nie jest każdorazowo bezwzględnie zobowiązany do wprowadzenia, obok ceny, również pozacenowego kryterium oceny ofert. Warunkiem zastosowania przez Zamawiającego ceny jako jedyne kryterium oceny ofert jest określenie w opisie

przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykazanie w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Oba warunki zostały przez Zamawiającego spełnione, a zatem Zamawiający był uprawniony do ustalenia, że cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Zamawiający szczegółowo określił standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia w SIWZ, załączniku do SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia”, jak również w treści wzoru umowy. W treści przywołanych dokumentów przetargowych wskazane zostały zarówno wymagania dotyczące pojazdów niezbędnych do realizacji usług, czy też personelu wykonawcy świadczącego usługi, jak również szczegółowe zasady i warunki świadczenia usług, a także kwestie odnoszące się do ustalenia częstotliwości ich realizacji oraz czynności do których wykonawca będzie zobowiązany świadcząc usługi, stanowiące przedmiot zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia jest na tyle szczegółowy, że bez względu na fakt, kto będzie wykonawcą przedmiotu zamówienia jedyną różnicą będą zaoferowane ceny. Usługi świadczone przez któregośkolwiek z wykonawców będą bowiem odpowiadać temu samemu standardowi.

W załączniku do protokołu z postępowania o tytule „Uzasadnienie zastosowania kryterium ceny o wadze 100%”, Zamawiający wykazał natomiast w jaki sposób w opisie przedmiotu zamówienia uwzględnione zostały koszty cyklu życia, a mianowicie, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy koszt cyklu życia usługi ogranicza się jedynie do jej realizacji na rzecz Zamawiającego. Zamawiający zważył, że wytworzona na etapie realizacji umowy usługa będzie zrealizowana na rzecz Zamawiającego, a Zamawiający poniesie pełne koszty z tym związane. Po stronie Zamawiającego nie będą występowały inne koszty, takie jak koszty związane z produkcją, dostawą, użytkowaniem przedmiotu zamówienia, czy jego utylizacją. Co więcej, to wykonawca zobowiązany jest do utrzymywania pojazdów przeznaczonych do świadczenia usług w należyтым stanie technicznym oraz ich dezynfekcji. Przedmiot zamówienia nie wymaga zatem ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek kosztów związanych z serwisem, utrzymaniem czy zużyciem. Koszt nabycia usługi jest pełnym (całkowitym) kosztem po stronie Zamawiającego. Wszelkie wskazane koszty ponosi bowiem Wykonawca usługi i winien w kalkulować je w cenę oferty. Tym samym, opłata za usługę obejmować będzie pełne koszty ponoszone przez Zamawiającego w związku z udzieleniem zamówienia. Brak jest po stronie Zamawiającego innych wydatków ponoszonych na poszczególnych etapach cyklu życia.

W ocenie Zamawiającego, zastosowane kryterium jest najbardziej obiektywnym i nie zaburza zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający nie może przy tym zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że wprowadzenie dodatkowo kryterium pozacenowego postulowanego przez

Odwołującego przyczyni się, do „racjonalnego wydatkowania pieniędzy” przez Zamawiającego, wobec faktu, że pojazdy z wyższymi normami emisji spalin są nowsze, a tym samym mniejsze jest ryzyko awarii pojazdów. Zamawiający zauważa bowiem, że ryzyko związane z awarią pojazdów, zgodnie z SIWZ, obciąża Wykonawcę. To Wykonawca zobowiązany jest utrzymywać pojazdy w należytym stanie technicznym. Zamawiający nie ponosi z tego tytułu żadnych dodatkowych obciążeń finansowych.

Zarzut nr 2

Zamówienie zostało podzielone na części. Przedmiotem pierwszej części jest świadczenie usług transportu sanitarnego w zakresie podstawowym, przedmiotem drugiej natomiast, świadczenie usług przewozu osób na dializoterapię.

Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. Z 2019 r., poz. 1373 z późn. zm.) - dalej „ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej”, wyróżnia jako świadczenia towarzyszące dwa rodzaje usług - usługi transportu oraz usługi transportu sanitarnego. Jak stanowi art. 5 pkt 38 przywołanej ustawy, świadczenie towarzyszące, jest to zakwaterowanie i adekwatne do stanu zdrowia wyżywienie w szpitalu lub w innym zakładzie leczniczym podmiotu leczniczego wykonującego działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej, usługi transportu oraz transportu sanitarnego, a także zakwaterowanie poza zakładem leczniczym podmiotu leczniczego, jeżeli konieczność jego zapewnienia wynika z warunków określonych dla danego świadczenia gwarantowanego. Art. 5 pkt 33a ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej definiuje transport sanitarny jako przewóz osób albo materiałów biologicznych i materiałów wykorzystywanych do udzielania świadczeń zdrowotnych, wymagających specjalnych warunków transportu. Zgodnie zaś z przywołanym przez Odwołującego przepisem art. 161 ba ust. 1 i 2 ustawy, jedynie transport sanitarny wykonywany jest specjalistycznymi środkami transportu lądowego, wodnego i lotniczego, które muszą spełniać cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Uwypuklenia wymaga zatem okoliczność, że ustawodawca nie przewidział analogicznego wymogu w odniesieniu do transportu niebędącego transportem sanitarnym, tj. w odniesieniu do transportu osób niewymagających specjalnych warunków transportu.

Zamawiający, celem umożliwienia złożenia ofert szerszemu gronu wykonawców, w prowadzonym postępowaniu wyodrębnił dwie części, przy czym jedynie w odniesieniu do części dotyczącej transportu sanitarnego, Zamawiający wprowadził wymóg, aby pojazdy przeznaczone do realizacji tego rodzaju usług spełniały wymagania normy PN-EN 1789

lub równoważnej. Jedynie ten rodzaj transportu musi być wykonywany środkami spełniającymi przywołaną normę. Z uwagi zaś na okoliczność, że co do zasady, pacjenci przewożeni na dializy nie wymagają zapewnienia im specjalnych warunków transportu, Zamawiający w ramach postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia wyodrębnił zadanie drugie, w celu realizacji którego Wykonawca nie musi dysponować pojazdami, które spełniają cechy techniczne i jakościowe wymagane dla transportu sanitarnego.

Wprowadzenie również dla pojazdów nieprzeznaczonych do wykonywania usług transportu sanitarnego, a jedynie do zapewnienia transportu osobom niewymagającym specjalnych warunków, konieczności spełnienia wymagań normy PN-EN 1789 lub równoważnej powodowałoby niepotrzebne ograniczenie kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia w części drugiej. Zamawiający, formułując opis przedmiotu zamówienia dotyczący części drugiej, uwzględnił zatem okoliczność, że przepisy ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej nie wymagają, aby inny rodzaj transportu, niż transport sanitarny, wykonywany był specjalistycznymi środkami transportu lądowego, wodnego i lotniczego, spełniającymi cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Tym samym, w odniesieniu pojazdów biorących udział w realizacji zamówienia, którego dotyczy druga część postępowania, wystarczające będzie, w celu jego prawidłowej realizacji, spełnienie przez pojazdy wymagań wyszczególnionych w SIWZ.

Zarzut nr 3

Przewidziane w § 13 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy przypadki, gdy umowa może zostać wypowiedziana ze skutkiem natychmiastowym zostały zastrzeżone wyłącznie na wypadek sytuacji, gdyby wykonawca realizował zamówienie niezgodnie z treścią zawartej umowy. Ww. postanowienie umowne nie kształtuje po stronie Zamawiającego uprawnienia do „dowolnego rozwiązania” umowy. Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest świadczenie szczególnego rodzaju usług, nie tyle w interesie samego Zamawiającego, co w interesie publicznym. Zamawiający jest zatem zobligowany do takiego ukształtowania postanowień umowy, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych w zakresie określonego rodzaju świadczeń opieki zdrowotnej został osiągnięty. Zamawiający nie może sobie pozwolić na kontynuowanie stosunku zobowiązaniowego w sytuacji gdyby Wykonawca nie wywiązywał się z określonych umową zobowiązań, pozostawiając niezaspokojone potrzeby szerszej zbiorowości w zakresie transportu sanitarnego czy przewozu osób na dializoterapię. Mając na uwadze, że Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu może prowadzić do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości, ryzyko

ponoszone przez Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają równi sobie przedsiębiorcy. Dlatego też, w przypadku umów zawieranych w trybie Pzp, należy mieć na uwadze ich specyfikę, polegającą na tym, że Zamawiający wyposażony jest w uprawnienia do kształtowania treści umowy, co samo w sobie nie stanowi o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współżycia społecznego. Odpowiedzią na jednostronne ustalanie przez Zamawiającego ryzyk w umowie jest jednostronne uprawnienie Wykonawcy do określenia w ofercie ceny, za którą gotów jest zrealizować zamówienie.

Zarzut nr 5

We wzorze umowy zostały precyzyjnie określone wszystkie przypadki nienależytego wykonywania zobowiązań, na wypadek których zastrzeżono kary umowne. Nietrafne jest zatem twierdzenie Odwołującego o niedookreśleniu kar umownych. Odnosząc się natomiast do stanowiska Odwołującego, że kary umowne zostały określone w wygórowanej wysokości, Zamawiający wskazał, że Izba nie rozstrzyga w postępowaniu odwoławczym zarzutów dotyczących zasadności naliczania określonej kary umownej. Ocena taka, ograniczona do zindywidualizowanego okolicznościami przypadku, należy bowiem do sądu powszechnego. Rolą Izby jest generalna ocena, czy wprowadzenie określonych kar umownych do wzoru umowy wpływa, bądź może wpływać, na krąg potencjalnych wykonawców. Odwołujący nie podnosi żadnych twierdzeń, z których wynikałoby, że w jego ocenie istnieje jakakolwiek zależność pomiędzy przewidzianymi w treści wzoru umowy karami umownymi, a kręgiem podmiotów zainteresowanych udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający stoi zaś na stanowisku, że kary umowne mają funkcję motywującą wykonawcę do prawidłowej realizacji zamówienia i nie stanowią przeszkody w jego uzyskaniu.

Zamawiający podziela również stanowisko wyrażone w wyroku KIO 2085/18, iż istota prawidłowości zarówno samego ustalenia kary umownej, jak i jej wysokości, zawiera się w kwestii, czy obiektywnie rzecz biorąc możliwe jest wykonanie zamówienia w warunkach ustalonych i opisanych przez zamawiającego bez narażenia się na konieczność zapłacenia kary umownej. Jeśli nie jest możliwe wykonanie zamówienia, bądź określonej jego części, za którą została ustalona kara umowna, to należałoby stwierdzić, że tak ustalona kara umowna naruszałaby zasady prawa zamówień publicznych. W stanie faktycznym sprawy taki stan rzeczy nie występuje, a tym samym, zarzuty Odwołującego są niezasadne.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że częściowo zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut nr 1

Zgodnie z informacją zawartą na stronie 16 i 17 SIWZ: „Przy wyborze oferty zamawiający będzie się kierował następującym kryterium oceny o znaczeniu:

1. Cena 100% – będzie oceniana na podstawie oferty cenowej. Najwyżej oceniona w danym zadaniu zostanie oferta o najniższej cenie. Porównywane będą ceny ostateczne brutto za całość przedmiotu zamówienia.

Sposób obliczania punktów za kryterium ceny: przyjmuje się zasadę poziomu odniesienia - w tym przypadku stosunek ceny minimalnej do ceny oferty badanej. Uwzględniając wartość tego kryterium 100 punktów (1% = 1 pkt.) obliczamy przyznaną liczbę punktów dla danej oferty mnożąc wyliczony współczynnik przez wagę kryterium tj. 100,00 pkt. Oferta, która przedstawia najniższą cenę (maksymalna liczba przyznanych punktów) zostanie uznana za najkorzystniejszą, pozostałe oferty zostaną sklasyfikowane zgodnie z ilością uzyskanych punktów”.

W załączniku do protokołu z postępowania na potrzeby uzasadnienia przyjęcia kryterium ceny jako jedyne kryterium w postępowaniu Zamawiający wskazał: „Cykl życia usług, których dotyczy niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia ogranicza się wyłącznie do ich realizacji na rzecz Zamawiającego. Tym samym, koszt ich cyklu życia sprowadza się jedynie do kosztu nabycia usług. W przypadku przedmiotowego zamówienia nie będą, po stronie Zamawiającego, występowały inne koszty, takie jak koszty związane z produkcją, dostawą, użytkowaniem przedmiotu zamówienia, czy jego utylizacją. Co więcej, to Wykonawca zobowiązany jest do utrzymywania pojazdów przeznaczonych do świadczenia usług w należyłym stanie technicznym oraz ich dezynfekcji. Przedmiot

zamówienia nie wymaga zatem ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek kosztów związanych z ich serwisem, utrzymaniem czy zużyciem. Koszt nabycia usługi jest całkowitym kosztem po stronie Zamawiającego. Wszelkie wyszczególnione powyżej koszty ponosi bowiem Wykonawca usługi, w związku z powyższym, winien wkalkulować je w cenę oferty. Tym samym, opłata za usługę, obejmować będzie pełne koszty ponoszone przez Zamawiającego w związku z udzieleniem zamówienia. Brak jest po stronie Zamawiającego innych wydatków ponoszonych na poszczególnych etapach cyklu życia.

Przywołane okoliczności uwzględnione zostały w opisie przedmiotu zamówienia, poprzez ustalenie, że Wykonawca winien zaoferować cenę świadczenia usługi za jeden kilometr, przy założeniu, że wszystkie powyżej wskazane koszty Wykonawca wkalkuluje w cenę oferty.

Jedynym kosztem ponoszonym przez Zamawiającego będzie koszt nabycia usługi”.

Dokument „Opis przedmiotu zamówienia na świadczenie usług transportu sanitarnego w zakresie podstawowym oraz przewozu osób na dializoterapię” (dalej: OPZ) zawiera szczegółowe informacje na temat wymaganego przez Zamawiającego sposobu realizacji Zadania nr 1 i Zadania nr 2.

W zakresie Zadania nr 1 Zamawiający zawarł w OPZ m. in. następujące wymogi:

„Zakres całodobowej obsługi obejmuje przewóz:

- chorych wymagających konsultacji lekarza specjalisty lub wykonania badania diagnostycznego w innym podmiocie leczniczym,
- chorych do innego podmiotu leczniczego gdy leczenie nie może być kontynuowane w oddziałach Zamawiającego,
- osób z dysfunkcją narządu ruchu, niezdolnych do korzystania ze środków komunikacji masowej do miejsca zamieszkania po zakończonym leczeniu,
- materiałów do badań.

Orientacyjna liczba kilometrów związana z realizacją zadania to 606 992 km w tym 17 868 km w nocnej i świątecznej opiece zdrowotnej.

Przewóz wykonywany karetkami przewozowymi, z obsadą zespołu:

- a) kierowca z uprawnieniami do udzielania pierwszej pomocy – 215 136 km
- b) kierowca z uprawnieniami do udzielania pierwszej pomocy z sanitariuszem – 280 010 km
- c) kierowca z uprawnieniami do udzielania pierwszej pomocy z ratownikiem – 111 846 km

Wymagana obsada pojazdu będzie każdorazowo określana w zleceniu na transport przez personel oddziału zlecającego zgodnie z Załącznikiem Nr 3 do wzoru umowy I dla zadania 1 – Zlecenie na przewiezienie chorego.

Maksymalny czas dojazdu wynosi, w przypadku zleceń zgłaszanych:

- z co najmniej jednodniowym wyprzedzeniem – dojazd na określoną godzinę \pm 15 minut,
- w dniu wyjazdu – do 60 minut

Wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi wykazać, że dysponuje pojazdami w ilości minimum 5 pojazdów w tym pojazd na potrzeby nocnej i świątecznej opieki zdrowotnej, tj. : opieka nocna – w dni powszednie w godz. 18.00-8.00; opieka świąteczna – dni wolne od pracy – całodobowo.

Wymagane typy pojazdów wraz z wyposażeniem:

- ambulans transportowy typu A (A1 lub A2) – 2 szt.
- ambulans typu B - 3 szt.

Pojazdy przeznaczone do realizacji Zadania 1 powinny spełniać wymagania zgodnie z aktualną normą PN-EN 1789 lub równoważną.

Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia sprawnymi technicznie pojazdami i wykonania ich z należytą starannością. W przypadku awarii pojazdu Wykonawca zobowiązany jest we własnym zakresie zapewnić sprawny pojazd zastępczy do zachowania ciągłości świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia, spełniający wymagania opisane w SIWZ”.

W zakresie Zadania nr 2 Zamawiający zawarł w OPZ m. in. następujące wymogi:

„Przewozy osób na dializoterapię będzie odbywał się zgodnie z harmonogramem:

- zmiana I – godz. rozpoczęcia zabiegów: 7:15
- zmiana II – godz. rozpoczęcia zabiegów: 12:30
- zmiana III – godz. rozpoczęcia zabiegów 17:30

Wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi wykazać, że dysponuje pojazdami do przewozu osób w ilości minimum 6 sztuk. Pojazdy muszą być sprawne technicznie, posiadać aktualne badania techniczne, środki łączności pozwalające na kontakt z siedzibą własną, stacją Pogotowia Ratunkowego oraz Zamawiającym, wyposażone w sprawny system klimatyzacji i ogrzewania.

Wykonawca zobowiązuje się zabezpieczyć odpowiednią ilości środków transportu osobowego, niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem ewentualnego wzrostu liczby przewożonych osób, godzin trwania hemodializ oraz czasu, w którym osoby dializowane będą przywożone na zabiegi, a następnie odwożone do miejsca zamieszkania. Wykonawca zapewnia gotowość do wykonania usługi, utrzymując w stałej dyspozycji obsadę kadrową oraz środki transportu do przewozu osób dializowanych”.

OPZ nie zawiera żadnych informacji dotyczących jakości ww. usług w zakresie komfortu przewożonych pacjentów. Zamawiający nie wprowadził również żadnych wymogów dotyczących wieku pojazdów jakimi mają być świadczone usługi.

Zgodnie z art. 91 ust. 2a Pzp zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, oraz ich związku kryterium ceny mogą zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykażą w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia, z wyjątkiem art. 72 ust. 2 i art. 80 ust. 3. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest transport osób, w tym pacjentów wymagających zapewnienia szczególnej opieki (m. in. osoby chore, osoby niezdolne do samodzielnego poruszania się) wskazać należy, że istotnym elementem określającym jakość świadczonej usługi powinny być wymogi dotyczące zapewnienia tym osobom możliwie dobrych warunków przewozu. Wobec braku takich wymogów w SIWZ i OPZ, a także wobec nieokreślenia przez Zamawiającego wymagań dotyczących norm emisji spalin spełnianych przez pojazdy służące do realizacji przedmiotu zamówienia Izba uznała, że nie zostały spełnione przesłanki wskazane w przytoczonym wyżej art. 91 ust. 2a Pzp. Z tego względu Izba uznała, że zarzut nr 1 potwierdził się. Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu, zgodnie z sentencją, zmianę punktu II.2.5 w sekcji II ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiednią zmianę treści SIWZ i załączników do SIWZ, polegającą na wprowadzeniu dla Zadania 1 i Zadania 2 co najmniej jednego, pozacenowego kryterium oceny ofert i nadanie mu wagi co najmniej 40%. Izba nie będąc związana żądaniem odwołania uznała, że nie jest jej rolą wyręczenie Zamawiającego, czy też decydowanie za Zamawiającego o konkretnych kryteriach jakimi powinien on się kierować w celu wyboru najkorzystniejszej oferty. Kompetencja ta, zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1 Pzp przyznana została przez ustawodawcę zamawiającemu (Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Z tego względu mimo, że zarzut nr 1 okazał się zasadny Izba nie orzekła w sposób zgodny z żądaniem związanym z zarzutem nr 1 odwołania.

Zarzut nr 2

Zgodnie z przytoczonymi wyżej postanowieniami SIWZ i OPZ Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na dwa zadania:

1. Zadanie 1 – Transport sanitarny w zakresie podstawowym,
2. Zadanie 2 – Przewóz osób na dializoterapię.

W zakresie Zadania nr 1 Zamawiający postawił w OPZ następujący wymóg:

„Wymagane typy pojazdów wraz z wyposażeniem:

- ambulans transportowy typu A (A1 lub A2) – 2 szt.
- ambulans typu B - 3 szt.

Pojazdy przeznaczone do realizacji Zadania 1 powinny spełniać wymagania zgodnie z aktualną normą PN-EN 1789 lub równoważną”. Powyższe wymagania, w szczególności spełniania przez pojazdy wykonawcy normy PN-EN 1789 lub równoważnej jest uzasadnione, biorąc pod uwagę charakter świadczenia, tj. transport sanitarny, który na gruncie przepisów prawa definiowany jest jako przewóz osób albo materiałów biologicznych i materiałów wykorzystywanych do udzielania świadczeń zdrowotnych, wymagających specjalnych warunków transportu.

Zgodnie z OPZ dla Zadania nr 2: „Transport osób dializowanych obejmuje w swoim zakresie przewiezienie osób dializowanych z miejsca zamieszkania do siedziby Zamawiającego, doprowadzenie lub dowiezienie do Stacji Dializ. Po zakończonych zabiegach: doprowadzenie lub dowiezienie do pojazdu, przewiezienie do miejsca zamieszkania i odprowadzenie lub dowiezienie do drzwi domu lub mieszkania, jeżeli są takie wskazania przekazanie osobie odpowiedzialnej za opiekę w domu osoby dializowanej. W przypadku osoby samotnie zamieszkującej konieczne jest upewnienie się, że przewożona osoba weszła do domu/mieszkania. W przypadku przewozu osoby małoletniej w transporcie ma prawo uczestniczyć przedstawiciel ustawowy bądź opiekun fizyczny tej osoby. W czasie transportu Wykonawca ponosi odpowiedzialność za przewożone osoby. Po zakończeniu hemodializ przewożone osoby muszą być odebrane do odwiezienia w czasie nie dłuższym niż 30 minut od chwili zakończenia zabiegu. Jednocześnie nie mogą być przywożone na zabiegi wcześniej niż 20 minut przed rozpoczęciem zabiegu hemodializy.

O wyborze rodzaju transportu decyduje lekarz Stacji Dializ.

Przewóz osób realizowany będzie przez (obsada zespołu):

- kierowca z uprawnieniami do udzielania pierwszej pomocy – orientacyjna ilość – 1 126 506 km
- kierowca z uprawnieniami do udzielania pierwszej pomocy oraz osoba do pomocy z uprawnieniami do udzielania pierwszej pomocy lub sanitariusz – orientacyjna ilość – 94 262 km

Kierowcy transportujący osoby na dializoterapię oraz osoby do pomocy muszą posiadać kwalifikacje do udzielania pierwszej pomocy i zobowiązani są do jej udzielania w przypadku zaistnienia takiej konieczności. Kierowcy oraz osoby do pomocy realizujący usługę transportową zobowiązani są do pomocy osobom dializowanym w szczególności podczas wsiadania do pojazdu, wysiadania z pojazdu. Po przywiezieniu na dializę osoba dializowana powinna być przekazana personelowi Stacji Dializ. Po zakończonych zabiegach dializowani zostają odwiezieni (z jednoczesnym doprowadzeniem lub dowiezieniem do pojazdu) do miejsca zamieszkania”. Biorąc pod uwagę powyższe nie budzi wątpliwości, że przedmiot zamówienia w ramach Zadania nr 2 nie wpisuje się w ww. definicję transportu sanitarnego.

Brak jest tym samym powodów, by – zgodnie z zarzutem nr 2 – uznać, że Zadanie nr 2 powinno zostać wykonane pojazdami, w stosunku do których wydana została homologacja fabryczna odpowiednio pojazdu kompletnego, sanitarnego lub do transportu osób niepełnosprawnych ruchowo (stosownie do danego zadania), pomimo ustawowego wymogu wykonania usług transportu sanitarnego pojazdami spełniającymi odpowiednie normy techniczne pod rygorem niedopuszczenia ich do obrotu w RP. Biorąc pod uwagę zakres Zadania nr 2 wprowadzenie takiego wymogu byłoby nieproporcjonalne do obiektywnych potrzeb Zamawiającego, a co za tym idzie stanowiłoby naruszenie zasady proporcjonalności. Z tego względu Izba uznała zarzut nr 2 za niezasadny.

Zarzut nr 3

Zgodnie z § 13 wzoru umowy dla Zadania nr 1 i Zadania nr 2:

1. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wypowiedzenia niniejszej umowy ze skutkiem natychmiastowym w następujących przypadkach: (...)
 - 4) gdy Wykonawca w sposób rażący narusza postanowienia niniejszej umowy, w szczególności:
 - a) dopuszcza się zwłoki w wykonywaniu usług transportu,
 - b) nie podejmuje się świadczeń zgodnie z ustalonym harmonogramem,
 - c) odmówi Zamawiającemu wykonywania usługi z jakiegokolwiek przyczyny,
 - d) realizuje usługi innym, niż wymagany, transportem, lub przy użyciu niesprawnych pojazdów,
 - e) oddeleguje do realizacji umowy osoby nie posiadające niezbędnych kwalifikacji, wymaganych przez Zamawiającego,
 - f) nie wykonuje dezynfekcji pojazdów.

Literalna wykładnia przytoczonego postanowienia wzoru umowy prowadzi do wniosku, że Zamawiający jednoznacznie wskazał, że podstawą do wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym może być tylko rażące naruszenie jej postanowień przez wykonawcę. Stoi to w sprzeczności z podstawową tezą zarzutu nr 3, iż konstrukcja § 13 ust. 1 pkt 4 wzoru umowy wprowadza po stronie wykonawcy element niepewności przez umożliwienie Zamawiającemu wypowiedzenia umowy ze skutkiem natychmiastowym z błahego powodu (np. zwłoka wynosząca jedną minutę).

Z tego względu Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut nr 4

Zamawiający uwzględnił zarzut i wprowadził do treści SIWZ odpowiednie, zgodne z żądaniami Odwołującego zmiany treści SIWZ. Do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. W tej sytuacji Izba uznała, że zaistniały przesłanki do umorzenia postępowania w zakresie zarzutu nr 4 o czym orzekła w sentencji.

Zarzut nr 5

Szczegółową regulację dotyczącą kar umownych Zamawiający zawarł w § 8 wzoru umowy dla Zadania nr 1 i Zadania nr 2:

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu umowy w następujących przypadkach i w wysokości:
 - 1) 2.000,00 zł (dwa tysiące złotych) za nieuzasadnioną przerwę w zabezpieczeniu usług w zakresie transportu i pozostawaniu w gotowości do wykonywania tego transportu oraz w zabezpieczeniu stałej łączności – za każdy stwierdzony przypadek,
 - 2) 500,00 zł (pięćset złotych) za każdy przypadek nieterminowej realizacji usługi, przy czym pod pojęciem nieterminowej realizacji usługi Strony rozumieją każdy przypadek uchybienia terminom określonym w § 3 ust. 1 (odpowiednio § 1 ust. 6 dla Zadania nr 2),
 - 3) 500,00 zł (pięćset złotych) za każdy przypadek konieczności skorzystania przez Zamawiającego z usług innego przewoźnika na zasadach określonych w § 1 ust. 8-9,
 - 4) 500,00 zł (pięćset złotych) za każdy przypadek niedostarczenia Zamawiającemu dokumentów, o których mowa w § 9 ust. 4 umowy w terminach ustalonych zgodnie z treścią § 9 ust. 4,
 - 5) 1.000,00 zł (jeden tysiąc złotych) za każdy stwierdzony przypadek:
 - a) braku wymaganych kwalifikacji przez osoby realizujące usługi,
 - b) braku dezynfekcji środka transportu,
 - c) naruszenia obowiązków określonych w § 1 ust. 4.
2. 1.000,00 zł (jeden tysiąc złotych) za utrudnienie prowadzenia kontroli osobie wyznaczonej przez Zamawiającego działającej w jego imieniu lub kontroli, o której mowa w § 3 ust. 6.
3. 0,2% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1 za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek naruszenia przez Wykonawcę obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w § 10 ust. 1,
4. 1.000,00 zł (jeden tysiąc złotych) za każdy stwierdzony przez Zamawiającego przypadek nieprzedstawienia przez Wykonawcę dowodów wskazanych w § 10 ust. 3 w określonym terminie.

5. 20.000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) za każdy stwierdzony przypadek odmowy poddania się kontroli, o której mowa w § 3 ust. 6.
6. W przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę lub Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci na rzecz Zamawiającego karę umowną w wysokości 20% łącznego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 4 ust. 1.
7. Odstąpienie od niniejszej umowy przez którąkolwiek ze Stron lub wypowiedzenie niniejszej umowy nie wyłącza obowiązku zapłaty przez Wykonawcę kar umownych powstałych i naliczonych zgodnie z treścią ust. 1 niniejszego paragrafu.
8. Zamawiający może żądać odszkodowania przewyższającego wysokość kary umownej do wysokości rzeczywiście poniesionej szkody.
9. Kary umowne będą płatne na podstawie noty obciążeniowej, w terminie wskazanym w nocie. Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie kary umownej z przysługującego mu wynagrodzenia także przed upływem terminu płatności wskazanego w nocie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania § 8 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 5 wzoru umowy tak, by stały się jednoznaczne i niepozostawione arbitralnemu uznaniu Zamawiającego. W ocenie Izby żądanie to było bezpodstawne.

- A. Podstawą naliczenia kary umownej w przypadku wskazanym w § 8 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy będzie nieuzasadniona przerwa w zabezpieczeniu usług w zakresie transportu i pozostawaniu w gotowości do wykonywania tego transportu oraz w zabezpieczeniu stałej łączności. W ocenie Izby słowo „nieuzasadniona” interpretować należy jako niemająca uzasadnienia, podstaw. Co za tym idzie podstawą naliczenia kary w omawianym przypadku może być tylko pozbawiona podstaw czy uzasadnienia przerwa w zabezpieczeniu ww. usług i pozostawaniu w gotowości do ich świadczenia, której przyczyny leżą po stronie wykonawcy (ponieważ to wykonawca jest odpowiedzialny za zabezpieczenie usług w zakresie transportu i pozostawanie w gotowości do wykonywania tego transportu oraz w zabezpieczeniu stałej łączności).
- B. Podstawą naliczenia kary umownej w przypadku wskazanym w § 8 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy będzie każdy przypadek nieterminowej realizacji usługi, przy czym pod pojęciem nieterminowej realizacji usługi Strony rozumieją każdy przypadek uchybienia terminom określonym w § 3 ust. 1 (odpowiednio dla Zadania nr 2 - § 1 ust. 6). § 3 ust. 1 wzoru umowy dla Zadania nr 1 stanowi:

„Wykonawca zobowiązuje się dotrzeć do siedziby Zamawiającego w następującym czasie:

- 1) w przypadku gdy zgłoszenie transportu zostało przekazane Wykonawcy z co najmniej jednodniowym wyprzedzeniem- na godzinę wskazaną w zgłoszeniu, z dopuszczalną różnicą w stosunku do wskazanej godziny wynoszącą 15 minut,
- 2) w przypadku gdy zgłoszenie transportu zostało przekazane Wykonawcy w dniu planowanego transportu – do 60 minut od chwili otrzymania zgłoszenia”.

§ 1 ust. 6 wzoru umowy dla Zadania nr 2 stanowi:

„Wykonawca zobowiązuje się przywozić osoby dializowane nie wcześniej niż 20 minut przed rozpoczęciem zabiegu dializy, a po wykonaniu dializy zobowiązuje się odebrać je ze Stacji Dializ w czasie nie dłuższym niż 30 minut od chwili zakończenia zabiegu”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że stanowisko Odwołującego w powyższym zakresie jest niezasadne. Zamawiający dokładnie określił przypadki, w których może nastąpić naliczenie kar umownych. Nie ma zatem podstaw do uznania, że kwestionowane przez Odwołującego postanowienia umowy będą mogły posłużyć do arbitralnego nakładania kar umownych na wykonawcę. Podkreślić należy przy tym, że przedmiotem zamówienia są usługi szczególnego rodzaju, zatem w pełni uzasadnione było ustanowienie przez Zamawiającego szerokiego katalogu rygorystycznych kar umownych.

- C. Podstawą naliczenia kary umownej w przypadku wskazanym w § 8 ust. 5 wzoru umowy będzie każdy stwierdzony przypadek odmowy poddania się kontroli przez wykonawcę. Wskazać przy tym należy, że odmowę poddania się kontroli należy rozumieć jako konkretnego rodzaju działanie lub zaniechanie wykonawcy zmierzające do uniemożliwienia dojścia do skutku kontroli o której mowa w omawianym postanowieniu wzoru umowy. Nie ma zatem podstaw do uznania, że § 8 ust. 5 wzoru umowy jest niejasny czy nieprecyzyjny.

Izba uwzględniła zarzut nr 5 odwołania wyłącznie w zakresie twierdzenia Odwołującego o braku określenia przez Zamawiającego limitu kar umownych w skali miesiąca. Brak takiego limitu utrudni bądź uniemożliwi wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu prawidłową kalkulację ryzyk wynikających z możliwości naliczenia przez Zamawiającego kar umownych. W tym zakresie Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp, który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Określenie katalogu kar umownych i okoliczności w jakich mogą one zostać nałożone na wykonawcę stanowi szeroko rozumiany element opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym obowiązkiem Zamawiającego było – zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 Pzp – opisanie go w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Brak ustanowienia limitu kar jakie mogą być nałożone na wykonawcę w jednostce czasu –

w przypadku przedmiotowego zamówienia – w ciągu jednego miesiąca, może powodować niepewność wykonawców co do warunków i sposobu realizacji tego zamówienia. Izba uznała jednak, że zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 Pzp określenie wysokości tego limitu leży w gestii i kompetencjach Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Zasada ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania oznacza, że obowiązuje w nim reguła odpowiedzialności za wynik postępowania, według której koszty tego postępowania obciążają stronę przegrywającą. W przedmiotowej sprawie Izba częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie.

Odwołanie zostało uwzględnione w zakresie dwóch zarzutów (zarzuty nr 1 i 5) oraz oddalone w zakresie dwóch zarzutów (Zarzuty nr 2 i 3). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) oraz kwota 189,00 zł (sto osiemdziesiąt dziewięć złotych 00/100) stanowiąca uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika na rozprawę. Łączne koszty postępowania odwoławczego wyniosły zatem 15 189,00 zł (piętnaście tysięcy sto osiemdziesiąt dziewięć złotych 00/100). Kwota ta, ze względu na ilość ww. uwzględnionych i oddalonych zarzutów odwołania została podzielona między stronami w częściach równych, tj. według proporcji:

1. 1/2 po stronie Zamawiającego, który przegrał sprawę w zakresie dwóch zarzutów,
2. 1/2 po stronie Odwołującego, który przegrał sprawę w zakresie dwóch zarzutów.

Odwołujący odpowiadał za koszty postępowania jedynie do wysokości 7 594,50 zł (15 189 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę

7 594,50 zł (15 189 zł x 1/2), stanowiącą różnicę pomiędzy całkowitą wysokością kosztów postępowania odwoławczego a kosztami postępowania, za jakie Odwołujący odpowiadał w świetle jego wyniku.

.....