

WYROK

z dnia 20 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Beata Pakulska – Banach
Grzegorz Matejczuk**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **Luxury Medical Care Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Słomińskiego 17 lok. 47, 00-195 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach, ul. Raciborska 15, 40-074 Katowice**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje modyfikację ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ w sposób następujący:

- a) wpisanie w Sekcji III Ogłoszenia o zamówieniu „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym finansowym i technicznym, pkt, III.2) Warunki udziału, ppkt III.2.1) Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego oraz w rozdziale VI SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” *„Zezwolenia Ministra Spraw Wewnętrznych na używanie pojazdów samochodowych, jako uprzywilejowanych w ruchu drogowym - zgodnie z ustawą z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (tj. Dz. U. z 2012 r., nr 1137, ze zm.) lub oświadczenie Wykonawcy, że w terminie 5 dni od daty podpisania umowy na świadczenie usług transportu sanitarnego wystąpi do Ministra Spraw Wewnętrznych o wydanie powyższego zezwolenia oraz przekaże Zamawiającemu kopie złożonego wniosku w terminie 2 dni od jego złożenia”*

b) skreślenie w treści załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w części dotyczącej pozostałych wymagań zamawiającego punktu 6 dotyczącego obowiązku zatrudnienia kierowców na podstawie umowy o pracę

c) uściślenie w treści załącznik nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w części dotyczącej wymagań zamawiającego dotyczących pojazdu punktu 3 przez podanie, o jakiej maksymalnej objętości ładunek będzie przewożony

2.w pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutów odwołania

3.kosztami postępowania obciąża **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach, ul. Raciborska 15, 40-074 Katowice** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Luxury Medical Care Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Słomińskiego 17 lok. 47, 00-195 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

3.2. zasądza od **Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach, ul. Raciborska 15, 40-074 Katowice** na rzecz wykonawcy **Luxury Medical Care Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Słomińskiego 17 lok. 47, 00-195 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie w okresie trzech lat usług transportu sanitarnego w zakresie transportu krwi i jej składników”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 marca 2015 r., nr 2015/S 059-103931. W tej dacie została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, zwana dalej „SIWZ”.

W dniu 3 kwietnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Luxury Medical Care Sp. z o.o., Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 3 kwietnia 2015 r.) wobec treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 1), 2) i 3) w zw. z 22 ust. 4. ustawy Pzp poprzez przygotowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych uprawnień, potencjału technicznego, posiadania wiedzy i doświadczenia, w sposób nadmierny, nieprecyzyjny, niejednoznaczny oraz nieproporcjonalny i nieadekwatny do rzeczywistych wymogów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, a jednocześnie tożsamy do przedmiotu zamówienia
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu, sposobu ich oceny oraz opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, tj. poprzez opis warunków udziału w postępowaniu (warunki dot. posiadanych uprawnień oraz wiedzy i doświadczenia, a także potencjału technicznego) i opisu przedmiotu zamówienia (dot. wymogu bagażnika i umów o pracę) w sposób nieadekwatny do rzeczywistych wymogów technicznych i prawnych niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, prowadzący do naruszenia uczciwej konkurencji
3. art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia określenie w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związanego z zatrudnieniem osób na podstawie umowy o pracę.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości

2. nakazanie zamawiającemu zmiany treści SIWZ (załącznikiem do SIWZ jest Opis przedmiotu zamówienia („OPZ”) oraz ogłoszenia poprzez zmianę opisu warunków udziału w postępowaniu, sposobu oceny spełnienia warunku dotyczącego posiadania uprawnień, wiedzy i doświadczenia oraz opisu przedmiotu zamówienia - w ten sposób żeby zapewnić proporcjonalność i związanie z przedmiotem zamówienia oraz uczciwą konkurencję, np. w taki sposób, że:

a) akapit w rozdziale VI SIWZ dotyczący minimum usług wykonanych na potwierdzenie spełnienia udziału warunków w postępowaniu będzie brzmiał: „Zamawiający uzna za spełniony warunek udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, 1 usługę (zamówienie) polegającą na transporcie sanitarnym lub transporcie krwi lub preparatów krwio pochodnych o wartości nie mniejszej niż 2.500.000 zł brutto. Jeżeli usługa jest nadal wykonywana (niezrealizowana w całości) to Wykonawca winien wykazać wartość części wykonanej prawidłowo usługi. Wykonawca składa dokumenty potwierdzające prawidłowość oraz wartość zrealizowanej usługi lub prawidłowość i wartość wykonanej części usługi nadal realizowanej. W przypadku, gdy usługa była wykonywana przez okres dłuższy niż ostatnie 3 lata przed terminem złożenia ofert, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert wykonał część usługi o wartości minimum 2.500.000 zł brutto

b) akapit dotyczący zezwolenia Ministra Spraw Wewnętrznych na uprzywilejowanie w ruchu będzie brzmiał: „Warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie przez Wykonawcę zezwolenia Ministra Spraw Wewnętrznych na używanie pojazdów samochodowych, jako uprzywilejowanych w ruchu drogowym - zgodnie z ustawą z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (tj. Dz. U. z 2012 r., poz. 1137 ze zm.) lub oświadczenie Wykonawcy, że w terminie 5 dni od daty podpisania umowy na świadczenie usług transportu sanitarnego wystąpi do Ministra Spraw Wewnętrznych o wydanie powyższego zezwolenia oraz przekaże Zamawiającemu kopię złożonego wniosku w terminie 2 dni od jego złożenia”

c) z OPZ zostanie wykreślony wymóg, aby kierowcy musieli być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia

d) w kwestii wymogu dotyczącego bagażnika (potencjału technicznego):

1) wymóg przedstawienia wykazu samochodów wraz z bagażnikami

zostanie przesunięty na dzień rozpoczęcia wykonywania usługi przez Wykonawcę, który złoży najkorzystniejszą ofertę (przedstawiając w dniu podpisania umowy stosowne oświadczenie wraz z dokumentacją potwierdzającą odpowiedni zakup pojazdów) lub

2) zamawiający określi, że oczekuje pojazdów, które umożliwiają przewóz ładunku o objętości do 500 L

3. przyznanie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż postanowienia SIWZ zawarte w Rozdziale IV „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” nie spełniają kryteriów, jakie powinny być wypełnione w prawidłowo sporządzonym opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu a mianowicie zaproponowane przez zamawiającego sformułowania wymienione w petitum a dotyczące: a) warunków udziału w postępowaniu - posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności i b) warunki udziału w postępowaniu - posiadanie wiedzy i doświadczenia:

- a) zostały przygotowane w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia (tożsamy z przedmiotem zamówienia)
- b) naruszają zasady uczciwej konkurencji
- c) są skonstruowane w sposób prowadzący do wykluczenia (już na etapie przed złożeniem ofert), konkretnych podmiotów, które mimo posiadania niezbędnego i wystarczającego doświadczenia mogłyby potencjalnie zostać uznane za nie spełniające warunki udziału w postępowaniu.

A ponadto w OPZ znajdują się postanowienia prowadzące do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w związku z stworzeniem wymogu, co do przedstawienia dowodów rejestracyjnych pojazdów wyposażonych w specjalistyczne bagażniki w dniu składania ofert oraz w związku z wymogiem zawarcia umów o pracę z kierowcami.

Odnośnie zarzutu 1 i 2 odwołujący podniósł, iż w tym postępowaniu doszło do zamknięcia postępowania jedynie dla podmiotów, które spełniły warunki opisane w rozdziale IV SIWZ, tj. dla posiadających uprawnienie - zezwolenie na uprzywilejowanie w ruchu (nie sposób bowiem stwierdzić jakich podmiotów ten wymóg nie obejmuje, gdyż w obrocie prawnym nie istnieje sformułowanie użyte przez zamawiającego, tj. „statut działalności”) oraz tych, którzy posiadają doświadczenie w postaci wykonanej jednej usługi w rozumieniu określonym w SIWZ (jedna usługa w zakresie transportu krwi i preparatów krwiopochodnym o wartości powyżej 2.500.000 zł brutto) są nieproporcjonalne i nieadekwatne dla przedmiotu zamówienia. Nie może bowiem obronić się twierdzenie, że przedmiot zamówienia objęty

SIWZ jest wykonalny tylko przez podmioty, które wykonały jedną usługę polegającą na technicznie najprostszym transporcie sanitarnym - transporcie krwi o wartości powyżej 2.500.000. Nie tylko podmiot, który wykonał opisaną w SIWZ i ogłoszeniu usługę, lecz także podmiot, który zrealizował usługi podobne lub technicznie bardziej wymagające, w takim samym stopniu (a nawet w większym) zapewnia rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a mimo to, poprzez aktualne sformułowanie SIWZ i ogłoszenia, mógłby zostać uznany za niespełniający warunku udziału w postępowaniu. Tak konkretnie sformułowany warunek udziału w postępowaniu i sposób jego oceny prowadzi do wniosku, iż faworyzowany jest jedyny podmiot spełniający przedmiotowy wymóg, a więc potwierdzony zostaje zarzut sporządzenia SIWZ z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

Zakres przedmiotu zamówienia dotyczy transportu krwi. Transport krwi jest technicznie najprostszym transportem z zakresu transportów sanitarnych (medycznych/ratunkowych). Wskazuje na to znacznie mniejsza liczba wymogów dotyczących sprzętu i aparatury niż w przypadku, np. transportu osób, chorych. Zawężenie warunku udziału w postępowaniu i jego oceny jedynie do transportu krwi jest nieuzasadnione i utrudniające uczciwą konkurencję oraz prowadzące do wykluczenia z postępowania wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia, zwłaszcza, że analiza zakresu przedmiotu zamówienia oraz zakresu warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu ich oceny prowadzi do wniosku, że te zakresy są tożsame.

Nadto odwołujący podniósł, iż taki sam zabieg zastosował zamawiający w zakresie pozwoleń na uprzywilejowanie w ruchu. Zamawiający nie ma bowiem podstaw prawnych by żądać tego typu decyzji administracyjnych od podmiotów ubiegających się o realizację przedmiotu zamówienia na etapie składania ofert. Zezwolenia na uprzywilejowanie w ruchu są wydawane przez MSW dopiero na podstawie podpisanych kontraktów, z których wynika, iż podmioty (wykonawcy) będą wykorzystywali pojazdy do ratowania zdrowia i życia. Zatem kolejność uzyskiwania zezwoleń na uprzywilejowanie w ruchu jest następująca: 1) Podpisanie umowy, 2) Złożenie wniosku, 3) Otrzymanie decyzji - zezwolenia na uprzywilejowanie w ruchu. Pojazdy posiadające zezwolenie na uprzywilejowanie w ruchu są co do zasady wykorzystywane przy innych kontraktach, a zatem niemożliwe jest posiadanie pojazdu „wolnego” i niewykorzystywanego, który jednocześnie posiada zezwolenie MSW na uprzywilejowanie w ruchu i mógłby zostać zgłoszony na potrzeby przedmiotowego postępowania.

Odnosnie zarzutu 3 odwołujący podniósł, iż zamieszczone przez zamawiającego w OPZ postanowienie nakazujące by kierowcy byli zatrudnieni na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia jest sprzeczne z ustawą Pzp i prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Brzmienie art. 29 ust. 4 pkt 4) ustawy Pzp jednoznacznie prowadzi do

stwierdzenia, że wymóg zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę w opisie przedmiotu zamówienia może być dokonany przez zamawiającego jedynie jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem czynności wykonywanych przez te osoby. W nawiązaniu do powyższego nie ulega wątpliwości, że nakazanie by kierowcy prowadzący pojazdy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia byli zatrudnieni na podstawie umowy o pracę jest znacząco wygórowanym i nieadekwatnym wobec zakresu ich czynności. Charakter obowiązków kierowcy zatrudnionego w ramach świadczenia usług transportu sanitarnego (w tym transportu krwi i materiałów krwiopochodnych) jest odbiegający znacząco od rodzaju stosunku prawnego, jaki łączy pracodawcę i pracownika na podstawie ustawy Kodeks pracy z dnia 26 czerwca 1974 r. („Kp”). Wykonywanie obowiązków kierowcy w ramach świadczenia usług transportu sanitarnego jest zróżnicowane zależnie od ilości przejazdów, ich odległości i utrudnień w ruchu. Powyższe wpływa nie tylko na trudności (a w zasadzie niemożliwość) odpowiedniego skonstruowania umowy o pracę, a dodatkowo znacząco wpływa na podniesienie kosztów rozliczenia takich pracowników (delegacje, nadgodziny itd.). A ponadto powyższe prowadzi do wyjątkowego i nieuzasadnionego zwiększenia kosztów realizacji zamówienia. W przedmiotowym stanie prawnym i faktycznym nie sposób znaleźć logicznego wyjaśnienia, dlaczego zamawiający zdecydował się na taki warunek.

W kwestii wymogu bagażnika 500 l. (nieproporcjonalny i nieadekwatny warunek udziału związany potencjałem technicznym) odwołujący podniósł, że wymóg posiadania bagażnika o wskazanej pojemności jest wygórowany (zbyt konkretny, nadmiernie doprecyzowany) i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. To nie wymóg posiadania „bagażnika”, a jedynie zdolność pojazdu do przewiezienia towarów (materiałów, produktów) o objętości 500 l powinna być określona, jako wymóg (*de facto* warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego polegający na posiadaniu bagażnika) w ramach przedmiotu zamówienia. Nie znajduje logicznego uzasadnienia twierdzenie jakoby tylko „bagażnik” mógł służyć, jako powierzchnia przewozowa w pojazdach sanitarnych. Wymóg posiadania bagażnika 500 l na etapie składania ofert jest znacząco wygórowany i nieadekwatny (prowadzący do naruszenia uczciwej konkurencji/utrudniający uczciwą konkurencję). Przedmiotowo sporządzony wymóg określony w OPZ powoduje przymus zakupu pojazdów (i poczynienia znaczących nakładów finansowych) jeszcze przed zapewnieniem podpisania kontraktu. Wykonawca winien móc złożyć oświadczenie, o tym, że będzie posiadał ww. pojazdy w dniu podpisania umowy (w przypadku wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej) i powinien przedmiotowy wykaz wraz z listą pojazdów przeznaczonych do wykonywania umowy przedstawić w dniu rozpoczęcia świadczenia usługi (przedstawiając w dniu podpisania umowy stosowne oświadczenie wraz z dokumentacją potwierdzającą odpowiedni zakup). Jest to powszechna praktyka w zamówieniach tego typu powszechnie stosowana.

W dniu 7 kwietnia 2015 r. zamawiający zamieścił kopie odwołania na swej stronie internetowej, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania.

W dniu 13 kwietnia 2015 r. (pismem z dnia 9 kwietnia 2015 r.) wykonawca Henryk S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Transport Sanitarny „Raptim” H. S. z siedzibą w Zabrze, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

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, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia wykonawcy H. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Sanitarny „Raptim” H. S. z siedzibą w Zabrze do udziału w postępowaniu odwoławczym z uwagi na to, że zgłoszenie przystąpienia zostało wniesione przez tego wykonawcę dopiero w dniu 13 kwietnia 2015 r., a więc po upływie terminu na jego zgłoszenie. Tymczasem wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni, od dnia otrzymania kopii odwołania bądź też zamieszczenia kopii odwołania na stronie internetowej zamawiającego, wskazując stronę, do której przystępuje. Skoro zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia w dniu 7 kwietnia 2015 r. to zgłoszenie winno być wniesione najpóźniej w dniu 10 kwietnia 2015 r.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący warunku wiedzy i doświadczenia (wymogu doświadczenia wyłącznie w przewozie krwi i jej składników) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i w treści SIWZ (rozdział IV) wskazał, iż na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – posiadanie wiedzy i doświadczenia „wymagane jest wykazanie minimum jednej (1) usługi wykonanej lub (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) wykonywanej wraz z dokumentem potwierdzającym należyte jej wykonanie. Pod pojęciem wykonana usługa odpowiadająca swoim rodzajem i wartością zamówieniu stanowiącemu przedmiot zamówienia należy rozumieć zamówienie polegające na transporcie krwi i preparatów krwiopochodnych o wartości zamówienia nie mniejszej niż 2.500.000,00 złotych brutto, zrealizowane, tj. zakończone przez Wykonawcę (realizacja umowy zakończyła się). Pod pojęciem wykonywana usługa odpowiadająca swoim rodzajem i wartością zamówieniu stanowiącemu przedmiot zamówienia należy rozumieć zamówienie polegające na transporcie krwi i preparatów krwiopochodnych, jeszcze niezrealizowane, tj. niezakończone przez wykonawcę (umowa nadal jest realizowana) w przypadku, którego zrealizowana już wartość jest nie mniejsza niż: 2.500.000,00 złotych brutto. Wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż wykonał (wykonuje) adekwatną usługę”.

Odwołujący zakwestionował powyższe podnosząc m.in., iż określenie warunku dotyczącego doświadczenia w postaci wykonania jednej usługi w zakresie transportu krwi i preparatów krwiopochodnych o wartości powyżej 2.500.000,00 zł brutto jest nieproporcjonalne i nieadekwatne dla przedmiotu zamówienia. Nie tylko podmiot, który wykonał opisaną w SIWZ i ogłoszeniu usługę, lecz także podmiot, który zrealizował usługi podobne lub technicznie bardziej wymagające, w takim samym stopniu (a nawet w większym) zapewnia rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a mimo to, poprzez aktualne sformułowanie SIWZ i ogłoszenia, mógłby zostać uznany za niespełniający warunku udziału w postępowaniu. Podniósł także, iż transport krwi jest technicznie najprostszym transportem z zakresu transportów sanitarnych (medycznych/ratunkowych).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 33a ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych transport sanitarny to przewóz osób albo materiałów biologicznych i materiałów wykorzystywanych do udzielania świadczeń zdrowotnych, wymagających specjalnych warunków transportu. Środki transportu wykorzystywane do tego rodzaju przewozów muszą spełniać określone cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane. Niezależnie od wymogów stawianych przez ustawę środkom transportu dla każdego z zakresów objętych tym terminem wymagane jest także spełnienie wymogów właściwych dla każdego z nich. Każdy z zakresów określony mianem „transport sanitarny” wymaga bowiem ściśle określonych warunków jego przewozu. Na powyższe zwrócił uwagę

zamawiający, składając wyciąg z zasad transportu krwi i preparatów – zestawienie na podstawie „Medycznych zasad pobierania krwi, oddzielania jej składników i wydawania, obowiązujące w jednostkach organizacyjnych publicznej służby krwi” w treści, którego wskazano zasady transportu krwi i jej preparatów w zależności od rodzaju preparatu. Zasady te opracowano – jak wskazywał zamawiający na rozprawie – na podstawie przepisów ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi (Dz. U z 1997 r., Nr 106, poz. 681 z późn. zm.). Rzeczywiście odesłania do tych zasad zamawiający nie zawarł w treści SIWZ. Tym niemniej odwołujący, jako podmiot profesjonalny, który – jak sam konsekwentnie zapewniał – ma doświadczenie w realizacji tego typu zamówień, powinien je realizować zgodnie z przyjętymi zasadami.

Równie istotne dla przewozu krwi i jej preparatów jest rozporządzenie z dnia 11 grudnia 2012 r. w sprawie leczenia krwią w podmiotach leczniczych wykonujących działalność leczniczą w rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne, w których przebywają pacjenci ze wskazaniem do leczenia krwią i jej składnikami (Dz. U. z 2013 r., poz. 5), z którego wynika konieczność sporządzania protokołu kontroli temperatury transportu. Dla tego zakresu transportu ważne jest więc m.in. zachowanie określonej temperatury transportu. A ponieważ krew to materiał biologiczny, w którym najczęściej wykonywane są badania laboratoryjne, to decydującym czynnikiem dla transportu tego rodzaju zakresu jest właśnie czas transportu i temperatura transportu. W odniesieniu do zakresów transportu sanitarnego innych niż transport krwi i jej składników istotne są inne elementy. Każdy z zakresów określony łącznie mianem „transport sanitarny” wymaga dla prawidłowości jego wykonania ściśle określonych warunków transportu i nie są one identyczne dla wszystkich zakresów, np. transport chorych ze szpitala do szpitala ma zupełnie inny charakter niż np. transport krwi czy też transport transplantacyjny. Nie można więc uznać, wbrew twierdzeniom odwołującego, iż doświadczenie nabyte przez wykonawcę przy przewozie sanitarnym osób, a więc w zakresie zdecydowanie innym niż objęty przedmiotem tego zamówienia, jest wystarczające do świadczenia usługi tak różnej jak ta, która ma być obecnie świadczona. Nie można tu mówić o transporcie prostszym czy też trudniejszym, gdyż każdy z jego zakresów jest zdecydowanie inny. Odwołujący nie wykazał przy tym, w toku tego postępowania, iż przewóz krwi to transport mniej wymagający niż, np. transport osób, poprzestając jedynie na twierdzeniach, których w żaden sposób nie udowodnił czy choćby uprawdopodobnił. Tymczasem dla realizacji tego typu zamówień, tak ważnych dla życia i zdrowia ludzkiego, istotne jest zagwarantowanie prawidłowości jego wykonania. A tym samym wybór podmiotu posiadającego doświadczenie w realizacji tego typu zamówień. Natomiast fakt, iż tak postawionemu warunkowi udziału w postępowaniu nie jest w stanie spełnić każdy wykonawca nie oznacza jeszcze, że warunek ten został określony w sposób ograniczający konkurencję i jest on nieadekwatny do przedmiotu

zamówienia. Zamawiający zachował bowiem proporcje pomiędzy koniecznością przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a interesem zamawiającego gwarantującym mu wyłonienie wykonawcy, który należycie wykona to zamówienie. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Na marginesie należy dodać, iż odwołujący nie kwestionował w odwołaniu samej wartości referencyjnej usługi a jedynie jej zakres. Zarzut taki postawił dopiero na rozprawie, podnosząc go przez pryzmat wysokości wnoszonego wadium. Tym samym jest on spóźniony.

Zarzut dotyczący warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i w treści SIWZ (rozdział IV) wskazał, iż wykonawca w celu wykazania posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności złoży „zezwolenie Ministra Spraw wewnętrznych i administracji na uprzywilejowanie w ruchu drogowym wykorzystywanych zgodnie z art. 53 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2005 r., nr 108, poz. 908 z późn. Zm.) oraz spełniających dodatkowe warunki dla pojazdów uprzywilejowanych, określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2003 r., Nr 32, poz. 262 z późn. zm). Wymóg ten nie dotyczy wykonawców, którzy w statucie działalności posiadają zezwolenie świadczenia usług transportu sanitarnego”.

Odwołujący zakwestionował powyższe podnosząc m.in., iż zezwolenia na uprzywilejowanie pojazdów w ruchu drogowym wydawana są przez MSW dopiero na podstawie podpisanych kontraktów, z których wynika, że podmioty (wykonawcy) będą wykorzystywali pojazdy do ratowania zdrowia i życia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 53 ust. 1 pkt 1-11 ustawy Prawo o ruchu drogowym wymienia pojazdy, jakie mogą być pojazdami uprzywilejowanymi w ruchu drogowym. Pojazdem uprzywilejowanym w ruchu drogowym – zgodnie z punktem 12 ww. artykułu – może być również pojazd samochodowy jednostki niewymienionej w pkt 1-11 jeżeli jest używany w związku z ratowaniem życia i zdrowia ludzkiego – na podstawie zezwolenia ministra właściwego do spraw wewnętrznych. Wniosek o wydanie takiego zezwolenia składa się do MSW. Uprawnienie do wydawania zezwoleń na uprzywilejowanie w ruchu drogowym pojazdów samochodowych posiada więc naczelny organ administracji państwowej, uzależniając wydanie takiego zezwolenia od tego czy „pojazd jest używany w związku z ratowaniem życia lub zdrowia ludzkiego, a nie w przypadkach działań mogących hipotetycznie wystąpić w

bliżej nieokreślonej przyszłości (wyrok NSA z dnia 24 maja 1999 r., sygn. Akt II S.A. 547/99). Dlatego też do wniosku o wydanie zezwolenia na użytkowanie pojazdu samochodowego, jako pojazdu uprzywilejowanego w ruchu drogowym, wnioskodawca zobowiązany jest dołączyć m.in. dokumenty, z których będzie wynikać, że świadczone przez wnioskodawcę usługi związane są z ratowaniem życia lub zdrowia ludzkiego, np. zawarte z umowy. Jediną przesłanką do uprzywilejowania w ruchu drogowym pojazdów jest bowiem ich rzeczywisty udział w akcjach związanych z bezpośrednim ratowaniem życia lub zdrowia ludzkiego. Nie jest nią natomiast ani sposób przeznaczenia pojazdu wskazany w dowodzie rejestracyjnym danego pojazdu, ani też „udział w przetargach na usługi transportu sanitarnego”. Pojazdy posiadające zezwolenie na uprzywilejowanie w ruchu drogowym są – jak wykazał odwołujący – wykorzystywane przy realizacji innych umów. A skoro tak wykonawca w chwili składania oferty rzeczywiście nie może dysponować uprzywilejowanymi i niewykorzystywanymi pojazdami. Zauważyć przy tym należy, iż do realizacji zamówienia – zgodnie z postanowieniami SIWZ – mogą być użyte tylko pojazdy wskazane w ofercie i posiadające już takie zezwolenie. Istotne jest także, iż w stosunku do pojazdu, który przestał spełniać przesłanki z art. 53 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo o ruchu drogowym, tj. przestał być wykorzystywany w akcjach związanych z ratowaniem życia i zdrowia ludzkiego wykonawca zobowiązany jest zwrócić się do MSW z wnioskiem o stwierdzenie wygaśnięcia zezwolenia. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się. Istotnie taka treść warunku, jaką wprowadził zamawiający utrudnia konkurencję, ograniczając możliwość złożenia oferty tylko do wykonawców, którzy posiadają niewykorzystane i uprzywilejowane pojazdy, które mogłyby być wykorzystane w tym postępowaniu. Tym samym zamawiający zobowiązany jest dokonać modyfikacji treści ogłoszenia o zamówienie i treści SIWZ – zgodnie z żądaniem odwołującego – i to w sposób następujący, tj.: „Warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie przez Wykonawcę zezwolenia Ministra Spraw Wewnętrznych na używanie pojazdów samochodowych, jako uprzywilejowanych w ruchu drogowym - zgodnie z ustawą z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (tj. Dz. U. z 2012 r., nr 1137, ze zm.) lub oświadczenie Wykonawcy, że w terminie 5 dni od daty podpisania umowy na świadczenie usług transportu sanitarnego wystąpi do Ministra Spraw Wewnętrznych o wydanie powyższego zezwolenia oraz przekaże Zamawiającemu kopie złożonego wniosku w terminie 2 dni od jego złożenia. Wymóg nie dotyczy Wykonawców, którzy w statucie działalności posiadają zadanie świadczenia usług transportu sanitarnego”. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się.

Zarzut dotyczący wymogu zatrudnienia kierowców na podstawie umowy o pracę potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w części dotyczącej pozostałych wymagań zamawiającego w punkcie 6 wskazał, iż „kierowcy muszą być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący zakwestionował powyższe podnosząc m.in., iż wymóg ten jest znacząco wygórowany i nieadekwatny wobec zakresu czynności kierowców. Charakter obowiązków kierowcy zatrudnionego w ramach świadczenia usług transportu sanitarnego jest odbiegający znacząco od rodzaju stosunku prawnego, jaki łączy pracodawcę i pracownika na podstawie ustawy kodeks pracy. A ponadto zamawiający nie wypełnił wymogu z art. 29 ust. 4 ustawy Pzp i nie uzasadnił postawienia tego wymogu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 29 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż „zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące: (...) zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności”.

Art. 36 ust. 2 pkt 9, litera d) ustawy Pzp stanowi, iż „w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również: (...) 9) jeżeli zamawiający przewiduje wymagania, o których mowa w art. 29 ust. 4, określenie w szczególności: (...) d) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia”.

Powyższe oznacza, iż zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymogi dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności, podając przy tym w SIWZ wskazane w ustawie informacje. Tymczasem zamawiający w tym konkretnym stanie faktycznym poza postawieniem tego wymogu nie podał żadnych informacji, które w takim przypadku zobowiązany był przedstawić, a uzasadniających postawienie tego wymogu.

Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę – jak podniósł na rozprawie – ma zapewnić większą gwarancję stabilności zatrudnienia osób posiadających stosowne szkolenia, a tym samym prawidłową realizację zamówienia. Niemniej jednak przepis art. 29 ust. 4 ustawy Pzp pozwala na postawienie takiego żądania o ile jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności. Przedmiotem tego zamówienia jest usługa transportu krwi i jej składników. Jest ona wykonywana przez kierowców do obowiązków,

których – zgodnie z projektem umowy (§ 1) – należy także wykonywanie usług spedycyjnych (załadunek i rozładunek). Tak więc kierowcy poza typową dla kierowców pracą, uwzględniającą charakter przewozu i uzależnioną jedynie od ilości przejazdów, ich odległości i utrudnień w ruchu wykonują ściśle określone i powtarzalne czynności. Ich charakter nie uzasadnia przy tym nałożenia na wykonawców obowiązku zatrudnienia kierowców na podstawie umów o pracę. Przeciwnie taki zapis, w odniesieniu do tego konkretnego stanu faktycznego, prowadziłby do utrudnienia konkurencji i uniemożliwił dostęp potencjalnych wykonawców do realizacji tego zamówienia, gdyż z uwagi na ten konkretny przedmiot zamówienia i właśnie jego charakter stosunek cywilnoprawny daje także możliwość prawidłowej jego realizacji. Czas pracy kierowców jest regulowany przepisami prawa i określonych w nim norm nie można przekraczać czy to będzie umowa o pracę, czy też stosunek cywilnoprawny. Akcentowana przez zamawiającego konieczność szkoleń kierowców nie stanowi powodu uzasadniającego taki rodzaj zatrudnienia, jakiego oczekuje zamawiający. To zamawiający – zgodnie z § 1 projektu umowy – zobowiązał się do przeprowadzenia przynajmniej raz w roku szkolenia na temat sposobu transportu krwi i jej składników i tego typu szkolenia rzeczywiście przeprowadza (powyższe wynika z przedłożonych w poczet materiału dowodowego dokumentów). Jednak sam fakt odbycia szkolenia nie gwarantuje stabilności zatrudnienia. To jest bowiem uzależnione od szeregu innych czynników na, które zamawiający nie ma wpływu, a w niektórych przypadkach nawet wykonawca. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się.

Zarzut dotyczący wymogu posiadania pojazdów wyposażonych w bagażnik o pojemności minimum 500 l potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w części dotyczącej wymagań zamawiającego dotyczących pojazdów, punkt 3 wskazał, iż „pojazdy muszą posiadać bagażnik o pojemności minimum 500 l oraz posiadać minimum 5 miejsc siedzących (łącznie z kierowcą)”.

Odwołujący zakwestionował powyższe podnosząc m.in., iż wymóg posiadania bagażnika o wskazanej pojemności jest wygórowany i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Nie wymóg posiadania „bagażnika”, a jedynie zdolność pojazdu do przewiezienia towarów o objętości 500 l powinna być określona, jako wymóg w ramach przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Niewątpliwym jest, że bagażnik to część ładunkowa znajdująca się najczęściej z tyłu samochodu. Bagażnik może posiadać różną pojemność załadunku. Fakt, iż pojazd posiada bagażnik o pojemności minimum 500 l, a więc takiej, jakiej oczekuje zamawiający, nie oznacza, iż możliwym będzie (w każdym przypadku), przewóz ładunku o określonej

objętości. Przy takim brzmieniu tego wymogu - na co zwrócił uwagę odwołujący – nawet pojazd specjalistyczny (ambulans) go nie spełnia, gdyż nie można w nim określić przestrzeni bagażnika. Z okazanych przez zamawiającego w toku rozprawy zdjęć załadowanych samochodów wynika, że przewożone będą ładunki o różnych gabarytach. Może więc zdarzyć się i tak, biorąc pod uwagę złożone fotografie załadowanych pojazdów, że mimo, iż bagażnik pojazdu spełnia wymóg zamawiającego, to jednak nie będzie możliwe przewiezienie nim określonej wielkości ładunku. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się a zamawiający powinien uściślić ten wymóg przez podanie, o jakiej objętości ładunek będzie przewożony.

Wymóg posiadania pojazdu o określonej pojemności bagażnika na etapie składania ofert – w ocenie Izby - nie jest znacząco wygórowany i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Posiadanie określonej floty pojazdów jest przecież konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia. A ponadto „wiek pojazdów” i „przebieg pojazdu” to obok „ceny” kryteria oceny ofert, których odwołujący nie kwestionował. Tak więc ocena w ramach tych kryteriów odbywać się będzie w oparciu o wypełniony załącznik nr 7 „Wykaz pojazdów”. Także sam odwołujący oświadczył na rozprawie, iż jest w stanie zaoferować pojazdy spełniające wymogi zamawiającego, nie wie tylko, przy takim brzmieniu wymogu czy spełniłby kryteria zamawiającego. Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut dotyczący wymogu posiadania pojazdów w dniu składania ofert nie prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji a tym samym nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:
.....
.....