

Sygn. akt: KIO 3293/20

WYROK
z dnia 4 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irena Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2020 r. przez wykonawcę Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Uniwersytecki w Krakowie

orzeka:

1. umarza postępowanie w części dotyczącej zarzutów oznaczonych nr 1, 3 i 5 w odwołaniu;
 2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
 3. kosztami postępowania obciąża odwołującego - Kolumnę Transportu Sanitarnego Triomed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3293/20

Uzasadnienie

Zamawiający Szpital Uniwersytecki w Krakowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowe całodobowe wykonywanie usług polegających na przewożeniu transportem medycznym pacjentów Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie wraz z personelem medycznym, sprzętem medycznym, materiałów do badań, wyników tych badań i innych materiałów stosowanych w procesie leczenia, także przewozów wykonywanych na hasło „przeszczepy” oraz usług polegających na przewożeniu pacjentów dializowanych do Stacji Hemodializ i ze Stacji Hemodializ zlokalizowanej w Krakowie przy ul. Macieja Jakubowskiego 2” (nr ref. DFP.271.141.2020.KK). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 234-577829. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 11 grudnia 2020 r. wykonawca Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 2 i 2a ustawy Pzp poprzez brak wprowadzenia pozacenowego kryterium oceny ofert;
2. art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 53 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo o ruchu drogowym poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie wymogu uzyskania przez wykonawcę zezwolenia ministra właściwego do spraw wewnętrznych na używanie pojazdów samochodowych jako uprzywilejowanych w odniesieniu do pojazdu typu VAN do przewozów pacjentów dializowanych nie wymagających opieki medycznej oraz sprzętu medycznego, materiałów do badań, wyników tych badań i innych materiałów stosowanych w procesie leczenia, a kierowca tego pojazdu ma posiadać zezwolenie do kierowania pojazdem uprzywilejowanym w ruchu drogowym, choć w odniesieniu do tych przewozów, zezwolenie takie nie może zostać wydane ze względu na brak używania takich pojazdów w związku z ratowaniem życia lub zdrowia ludzkiego, co ogranicza krąg wykonawców mogących zrealizować zamówienie i w konsekwencji Zamawiający utrudnia uczciwą konkurencję.
3. art. 29 ust. 1 i 2, art. 2 pkt 13 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego jako organizatora przetargu i wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1a do SIWZ, iż pojazdy oraz zespoły wyjazdowe Wykonawcy w trakcie wykonywania usług muszą pozostawać w wyłącznej dyspozycji Zamawiającego i pozostawać w gotowości do świadczenia usługi, a wynagrodzenie za zmniejszony lub zwiększony zakres usługi przez Zamawiającego nie będzie przysługiwało Wykonawcy, przy jednoczesnym wskazaniu, że wykonawcy przysługuje wynagrodzenie jedynie za ilość przejechanych kilometrów, ilość wykonanych zleceń, czas pracy zespołu wyjazdowego, co narusza zasadę odpłatności zamówień publicznych w ten sposób, że wykonawca pozostający w gotowości ponosi koszty zespołu transportowego, kosztów transportów pacjenta, bez otrzymania za nie wynagrodzenia, co utrudnia Odwołującemu złożenie oferty i ma wpływ na wynik postępowania.
4. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 161 ba ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, nie wyczerpujący i utrudniający uczciwą konkurencję, a to poprzez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1a SIWZ, że pojazdy typu A2 i B zgodne z normą PN-EN 1789 mają spełniać wymagania do przewozu sztucznej nerkę, co narusza normę PN-EN 1789, gdyż ambulans drogowy A2 i B skonstruowany i wyposażony jest do transportu pacjenta a nie sztucznej nerkę, co uniemożliwia złożenia ważnej i skutecznej oferty przez Odwołującego, a złożone oferty mogą się okazać nieporównywalne, gdyż Zamawiający nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co ma wpływ na wynik postępowania.
5. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp w zw. z art. 161 ba ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, nie wyczerpujący i utrudniający uczciwą konkurencję, a to poprzez brak wskazania w opisie przedmiotu zamówienia - załącznik 1a do SIWZ, że transport pacjentów dializowanych:

–na wózkach zostanie wykonany pojazdami posiadającymi homologację transportu osób niepełnosprawnych
–w pozycji leżącej zostanie wykonany pojazdami zgodnymi z normą PN-EN 1789 i do tego przeznaczonym tj. spełniającymi cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy, co uniemożliwia złożenia ważnej i skutecznej oferty przez Odwołującego, porównywalnej oferty z innymi ofertami, gdyż oferenci mogą zaoferować i skalkulować w cenie, różną ilość pojazdów nie przeznaczonych do transportu pacjentów w pozycji leżącej i na wózku, co ma wpływ na wynik postępowania, a co gorsza - może doprowadzić do wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawcy, który nie będzie w stanie zrealizować zamówienia gdyż nie posiada pojazdu do transportu osób w pozycji leżącej i na wózku inwalidzkim oraz nie posiada wystarczającej ilości pojazdów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.odnośnie zarzutu nr 1:

1)Zmianę punktu II.2.5 w sekcji II ogłoszenia o zamówieniu i wprowadzenie pozacenowego kryterium oceny ofert o wadze co najmniej 40 %, na przykład poprzez wprowadzenie następujących kryteriów oceny ofert i ich wagi: cena - 60 % i rok produkcji pojazdów 40%.

2)Zmianę rozdziału 13 SIWZ: Kryteria oceny ofert, ich znaczenie oraz sposób oceny ofert, poprzez wprowadzenie obok kryterium ceny innego kryterium odnoszącego się do przedmiotu zamówienia na przykład poprzez zastosowania poniżej przyjętego rozwiązania:

„Oferty będą oceniane według następujących kryteriów:

1.Cena – waga 60%;

2.Rok produkcji pojazdów – waga 40%.

Ad. 1 Kryterium „Cena”

Liczba punktów = $(A(\min)/A(i)) * 100 * \text{waga}$, gdzie:

A (min) - najniższa cena spośród wszystkich ofert ocenianych

Sposób oceny ofert

A (i) - cena podana w ofercie ocenianej

Ad 2. Kryterium „Rok produkcji pojazdów” - będzie oceniana na podstawie załącznika do SIWZ, który Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty. W kryterium "Rok produkcji pojazdów" pojazd podlega ocenie według poniższej punktacji:

Rok produkcji pojazdy od 2015 rok – 10 pkt

Rok produkcji pojazdu poniżej 2015 r. – 0 pkt.

Ocena ostateczna dla kryterium 2 jest obliczana wg wzoru:

Liczba punktów = $(B(\max)/B(i)) * 100 * \text{waga}$ gdzie:

B (max) - max liczba uzyskanych punktów spośród wszystkich ocenianych ofert

B (i) - liczba punktów uzyskanych przez oferenta

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:

1)dokonanie zmiany w rozdziale IV pkt 1 lit. b opisu przedmiotu zamówienia - załącznik 1a do SIWZ, poprzez usunięcie zapisu „posiadającego zezwolenie wydane przez właściwy organ na używanie jako pojazdu uprzywilejowanego w ruchu drogowym zgodnie z obowiązującymi przepisami”,

2)dokonanie zmiany w rozdziale V pkt 2 lit. b opisu przedmiotu zamówienia - załącznik 1a do SIWZ, poprzez jego usunięcie.

3.odnośnie zarzutu nr 3:

1)dokonanie zmiany we wzorze umowy - załącznik nr 3 do SIWZ, poprzez doprecyzowanie wzoru umowy na przykład poprzez wprowadzenie wynagrodzenia miesięcznego dla wykonawcy za gotowość do wykonania transportów w postaci stawki ryczałtowej dla poszczególnych typów pojazdów

2)dokonanie zmiany w arkuszu cenowym - załącznik nr 1 do SIWZ, poprzez doprecyzowanie opisu na przykład wynagrodzenia miesięcznego dla wykonawcy za gotowość do wykonania transportu w postaci stawki ryczałtowej dla poszczególnych typów pojazdów,

3)dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia- załącznik nr 1a do SIWZ, poprzez usunięcie pkt 25 i 26 z rozdziału VI opisu przedmiotu zamówienia.

4.odnośnie zarzutu nr 4:

1)dokonanie zmiany w § 4 wzoru umowy - załącznik nr 3 do SIWZ, poprzez usunięcie zapisu: „spełniającego równocześnie warunki do przewozu aparatury medycznej, w tym tzw. „sztucznej nerki”,

2)dokonanie zmiany w rozdziale III opisu przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1a do SIWZ, poprzez usunięcie zapisu: „spełniającego równocześnie warunki do przewozu aparatury medycznej, w tym tzw. „sztucznej nerki”,

3)dokonanie zmiany w rozdziale IV pkt 1a opisu przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1a do SIWZ, poprzez usunięcie zapisu: „oraz spełniających wymagania do przewozu sztucznej nerki o wymiarach: - głębokość 75 cm,- szerokość 55 cm,- wysokość 165 cm,”.

5.odnośnie zarzutu nr 5 – dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia – załącznik 1a do SIWZ:

1)poprzez doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzenie zapisów dotyczącego wymogu transportu pacjentów dializowanych na wózkach inwalidzkich pojazdami posiadającymi homologację do przewozu osób niepełnosprawnych, z podaniem ilości wymaganych pojazdów do realizacji przedmiotowego zamówienia;

2)Poprzez doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzenie zapisu dotyczącego wymogu transportu pacjentów w pozycji leżącej pojazdami wraz z wyposażeniem, zgodnymi z normą PN-EN 1789, z podaniem typu pojazdu i ilością wymaganych pojazdów do realizacji przedmiotowego zamówienia;

3)Poprzez doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia i wprowadzenie zapisu dotyczącego podania ilości pojazdów wymaganych do transportu pacjentów dializowanych mogących poruszać się samodzielnie;

4)poprzez usunięcie z rozdziału IV pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia zapisu: „Wykonawca zobowiązuje się do realizacji przewozów pacjentów dializowanych samochodami w ilości wystarczającej do realizacji usługi z zastrzeżeniem, że Zamawiający nie określa ilości pojazdów niezbędnych do realizacji usługi. Pozostaje to w gestii Wykonawcy, który winien zrealizować usługę prawidłowo, rzetelnie i w określonym czasie.”

Odwolujący w piśmie z dnia 21 grudnia 2020 r. zmodyfikował żądanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania w kwestii punktacji w kryterium „Rok produkcji pojazdów” proponując następującą:

Rok produkcji pojazdu 2020 i powyżej – 40 pkt

Rok produkcji pojazdu od 2018 do 2019 - 20 pkt

Rok produkcji pojazdu od 2016 do 2017 – 10 pkt

Rok produkcji pojazdu j 2015 i poniżej – 0 pkt.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 i 2a ustawy Pzp (zarzut nr 1) Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zobowiązany był jako jednostka sektora finansów publicznych w ogłoszeniu i SIWZ wprowadzić obok ceny pozacenowej kryterium oceny ofert odnoszące się do przedmiotu zamówienia o wadze co najmniej 40%. Odwołujący wskazał jako postulowane wprowadzenie kryterium w zakresie roku produkcji pojazdów.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 53 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo o ruchu drogowym (zarzut nr 2) Odwołujący wskazał, iż zgodnie z ww. przepisem Prawa o ruchu drogowym zezwolenie na używanie pojazdu jako uprzywilejowanego w ruchu lądowym wydawane jest jedynie dla pojazdów służących do ratowania zdrowia lub życia ludzkiego, tymczasem z pkt IV pkt 1 lit. b OPZ wynika, że pojazd osobowy typu VAN przeznaczony jest do przewozów pacjentów nie wymagających opieki medycznej, a więc pojazd nie służy ratowaniu życia lub zdrowia ludzkiego. W ocenie Odwołującego Minister nie wyda przedmiotowego zezwolenia do ww. celów dlatego, że nie są one związane bezpośrednio z ratowaniem życia lub zdrowia ludzkiego. W tym zakresie Odwołujący wskazał na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 lutego 2014 r. (I OSK 1814/12), wydany w sprawie, która dotyczyła ubiegania się o przedmiotowe zezwolenie właśnie dla użycia pojazdów transportu sanitarnego. Powołał się także na stanowisko Ministerstwa Spraw Wewnętrznych. Mając to na uwadze, zdaniem Odwołującego, do wykonywania przewozu osób dializowanych pojazdem typu VAN nie jest konieczne:

1) wykonywanie przewozu pojazdem posiadającym zezwolenia Ministra Spraw Wewnętrznych na używanie pojazdów samochodowych jako uprzywilejowanych w ruchu drogowym w przypadku używania tych pojazdów w związku z ratowaniem życia lub zdrowia ludzkiego, o którym mowa w art. 53 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2017 poz. 1260 z późn. zm.);

2) wykonywanie przewozu przez kierowcę spełniającego wymagania w stosunku do kierujących pojazdami uprzywilejowanymi, o których mowa w rozdz. 16 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami (Dz.U. z 2017 poz. 978 z późn. zm.).

Zezwolenie nie może zostać wydane dla pojazdu typu VAN do przewozu pacjentów nie wymagających opieki medycznej, a w konsekwencji wymagania Zamawiającego, aby przewóz osób dializowanych pojazdem typu VAN był wykonywany przez kierowców spełniających wymagania dotyczące przewozów służących ratowaniu zdrowia i życia, jest bezpodstawne i nadmiernie ogranicza konkurencję, mając wpływ na wynik postępowania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2, art. 2 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 3), Odwołujący wskazał m.in. na niezgodny z ustawą wymóg pełnej dyspozycyjności dla potrzeb Zamawiającego (całodobowego dyżuru pod telefonem i dostępności pojazdów), przy jednoczesnym uzależnieniu wynagrodzenia od ilości faktycznie wykonanych zleceń i braku ustanowienia osobnych zasad wynagrodzenia za usługę całodobowego dyżuru pod telefonem i dostępności pojazdów. Odwołujący przedstawił argumentację wskazującą, iż taki sposób ujęcia wynagrodzenia jest niewystarczający i prowadzi do wniosku, że wykonawca powinien uwzględnić koszty utrzymania w wyłączności w stawce za jeden przejechany kilometr i godzinę czasu pracy zespołu. Podniósł także, iż zamówienie publiczne jest odpłatną umową o wykonanie dostaw, usług lub robót budowlanych, zaś Zamawiający przewiduje obowiązek pozostawiania przez wykonawcę w gotowości do wykonania transportu w ramach opisu przedmiotu zamówienia stanowiący element zamówienia, bez ustalenia wynagrodzenia. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż wykonawcy nie będzie przysługiwać wynagrodzenie za zmniejszenie zakresu usług oraz za zwiększenie zakresu usług, co jest niezgodne z regułą odpłatności zamówienia publicznego, powoduje zlecenie części zamówienia w sposób nieodpłatny i jednocześnie powoduje konieczność poniesienia przez wykonawcę kosztów pozostawiania w gotowości zespołu transportowego, kosztów transportów pacjenta, bez otrzymania za nie wynagrodzenia, co utrudnia ponadto Odwołującemu złożenie oferty.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 161ba ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (zarzut nr 4), Odwołujący powołał się na definicję transportu sanitarnego zawartą w art. 5 pkt 33a ww. ustawy, dodając, że środki transportu sanitarnego muszą spełniać wymagania norm – w tym przypadku normy PN-EN 1789. Zgodnie z tą normą ambulanse drogowe dzielą się na: ambulans do transportu pacjentów (typy A1, A2), ambulans ratunkowy (typ B) i ruchoma jednostka intensywnego opieki (typ C) (dowód: norma, s. 6). Typ A to ambulans do transportu pacjentów, skonstruowany i wyposażony do transportu pacjentów, co do których nie przewiduje się, że staną się pacjentami w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego. Typ B to ambulans drogowy skonstruowany i wyposażony do transportu, podstawowego leczenia i monitorowania pacjentów. Typ C to ambulans drogowy skonstruowany i wyposażony do transportu, zaawansowanego leczenia i monitorowania pacjentów (norma, s. 9). W tym zakresie Odwołujący powołał się także na komunikat NFZ z dnia 5 lutego 2009 r., zgodnie z którym rozróżnia się 3 typy pojazdów przeznaczonych do transportu pacjentów: A, B oraz C, za normą PN-EN 1789+A2. Wobec, powyższego transport sztucznej nerki powinien odbywać się innym pojazdem posiadającym odpowiednią przestrzeń, lecz nie pojazdem spełniającym cechy techniczne i jakościowe oraz posiadającym wyposażenie określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy tj. zgodnym z normą PN-EN 1789. Zdaniem Odwołującego podanie przez Zamawiającego wymogu transportu sztucznej nerki pojazdem zgodnym z normą PN-EN 1789, stanowi naruszenie tej normy oraz narusza zasadę proporcjonalności, co utrudnia złożenie Odwołującemu oferty i może mieć wpływ na wynik postępowania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 13 ust. 1 ustawy o systemie oceny zgodności oraz art. 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 (zarzut nr 5), Odwołujący podniósł, iż Zamawiający opisując warunki stawiane środkom transportu dla transportu pacjentów dializowanych w SIWZ, nie wskazał, iż pojazdy przewożące pacjentów dializowanych w pozycji leżącej oraz pacjentów na wózku inwalidzkim muszą być do tego przeznaczone. Odwołujący wskazał na ww. regulację oraz normę PN-EN 1789, podnosząc, iż transport pacjentów na dializy w pozycji leżącej możliwy jest jedynie pojazdem do tego przeznaczonym, spełniającym cechy techniczne i jakościowe oraz posiadającym wyposażenie określone w ww. normie. OPZ nie precyzuje że transport pacjentów w pozycji leżącej wymaga pojazdów oraz ich wyposażenia zgodnego z normą PN-EN 1789, oraz jaki typ i ile pojazdów

wymagany jest do wykonania przedmiotowej usługi tj. A1 czy A2 i w jakiej ilości. Zdaniem Odwołującego w opisie przedmiotu zamówienia znajdują się określenia, które uniemożliwiają należyte przygotowanie wykonawcy do wykonywania usługi. Wykonawca musi bowiem mieć wiedzę, iloma pojazdami i jakiego typu mają być realizowane transporty wymagające przewozu pacjentów w stabilnym stanie zdrowia w pozycji leżącej. Ponadto Odwołujący podniósł, iż samochód osobowy przystosowany do przewozu osób niepełnosprawnych zgodnie z definicją kategorii i typów pojazdów specjalnych jest pojazdem specjalnego przeznaczenia. Pojazd tego typu oznacza pojazd przeznaczony do wykonywania funkcji, która wymaga specjalnego dostosowania nadwozia lub posiadania specjalnego wyposażenia. Spełnienie tych wymagań potwierdza się w procedurze homologacji. Przeprowadzenie badań homologacyjnych na pojazd przystosowany do przewozu osób niepełnosprawnych na wózkach inwalidzkich wymaga od producenta spełnienia określonych wymagań. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien doprecyzować opis przedmiotu zamówienia, i wskazać, iż transport osoby niepełnosprawnej na wózek inwalidzki ma zostać wykonany pojazdem do tego przeznaczonym, posiadającym świadectwo homologacji potwierdzające, iż pojazd jest przystosowany do przewozu osób niepełnosprawnych. Brak podania przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, ww. wymagań uniemożliwia złożenie Odwołującemu porównywalnej oferty z innymi ofertami, gdyż oferenci mogą zaoferować i skalkulować w cenie do tego typu transportu pojazd nie przeznaczony do przewozu pacjentów na wózek inwalidzki, co może mieć wpływ na wynik postępowania, a co gorsza - może doprowadzić do wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawcy, który nie będzie w stanie zrealizować zamówienia gdyż nie posiada pojazdu do transportu osób w pozycji leżącej i na wózek inwalidzki. Odwołujący podniósł także, iż w rozdziale IV pkt 2 lit. e OPZ Zamawiający nie wskazał, ile pojazdów wymaga do transportu pacjentów na dializy, a zatem dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób nie wyczerpujący.

Zamawiający w dniu 29 grudnia 2020 r. wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż uwzględni odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1, 3 i 5 odwołania. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania – w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych (nr 1, 3 i 5) z uwagi na brak przedmiotu zaskarżenia, a w odniesieniu do zarzutów nieuwzględnionych (nr 2 i 4) z uwagi na ich bezzasadność. Jednocześnie wniósł o nieuwzględnienie zmiany żądania w zakresie zarzutu nr 1 jako dokonanej przez Odwołującego po terminie.

W zakresie zarzutu nr 1, 3 i 5 Zamawiający w uzasadnieniu odpowiedzi wskazał, iż uwzględni odwołanie w tym zakresie. Wskazał także, iż dokonał modyfikacji kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SIWZ oraz wyjaśnił powody wprowadzonych zmian, a do odpowiedzi na odwołanie załączył dokumenty zamówienia uwzględniającą modyfikacje.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 odwołania Zamawiający wskazał, iż nie uwzględni odwołania w tym zakresie i wniósł o oddalenie zarzutu. Zamawiający podniósł, iż przedmiot zamówienia w zakresie pojazdu typu VAN został precyzyjnie określony i opisany w załączniku nr 1a do specyfikacji pkt 4. ppkt 1 lit. b). Wyjaśnił, iż wymaga, aby pojazd typu VAN posiadał zezwolenie wydane przez właściwy organ na używanie go jako pojazdu uprzywilejowanego w ruchu drogowym zgodnie z obowiązującymi przepisami i nie jest to ze strony Zamawiającego działanie mające na celu utrudnienie uczciwej konkurencji. Pojazd używany będzie między innymi do przewozu w trybie pilnym „na ratunek” materiałów stosowanych w procesie leczenia w tym krwi i materiałów krwiopochodnych, co zostało precyzyjnie określone w załączniku nr 1a do specyfikacji. Zamawiający wyjaśnił także, iż pojazd typu VAN nie jest przeznaczony do przewozu pacjentów dializowanych. Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż w celu rozwiania zgłoszonych przez Odwołującego wątpliwości w tym zakresie dokonał uzupełnienia zapisu we wskazanym załączniku nr 1a do Specyfikacji poprzez dopisanie w części IV w pkt. 1 lit. b) następującej treści: „Pojazd typu VAN nie jest przeznaczony do przewozu pacjentów dializowanych”.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 odwołania Zamawiający wskazał, iż nie uwzględni odwołania w tym zakresie i wniósł o oddalenie zarzutu. Zamawiający podniósł, iż norma PN-EN 1789 w pkt. 4.5.2.2 „wymiarzy przedziału dla pacjenta w ambulansach drogowych typu A1, A2 i B” określa wyłącznie minimalne wymiary dotyczące ambulansu typu A2. Zamawiający wskazał, że ambulanse typu A2 przeznaczone do realizacji przedmiotowego zamówienia zostały opisane w sposób zgodny z normą PN-EN 1789, gdyż ich wymiary minimalne określone w specyfikacji pokrywają się wymiarami określonymi tą normą. W opinii Zamawiającego żądanie realizowania usługi ambulansem o większych wymiarach nie narusza wskazanych przez Odwołującego przepisów oraz nie prowadzi do zaburzenia konkurencji, gdyż tego rodzaju pojazdy są szeroko dostępne na rynku. W celu należytego zabezpieczenia zdrowia i życia pacjentów, Zamawiający będący jednostką specjalistyczną, szpitalem wysokoreferencyjnym wymaga w szczególnych przypadkach użycia ambulansu typu A2 lub typu B do przewozu aparatury medycznej, w tym sztucznej nerki w trybie pilnym „na ratunek życia”, stąd między innymi konieczność posiadania zabezpieczonego ambulansu o wymiarach większych niż minimalne, określone normą PN-EN 1789.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na względzie, iż Odwołujący deklaruje zainteresowanie przedmiotowym postępowaniem jako podmiot trudniący się usługami transportu medycznego, Izba uznała, iż sposób ukształtowania postanowień SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia, może przekładać się na jego sytuację w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty, a tym samym Odwołującemu nie sposób odmówić uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

W związku z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie o uwzględnieniu następujących zarzutów:

- zarzut nr 1: naruszenie art. 91 ust. 2 i 2a ustawy Pzp poprzez brak wprowadzenia pozacenowego kryterium oceny ofert;
- zarzut nr 3: naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 2 pkt 13 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nadużycie pozycji

dominującej Zamawiającego jako organizatora przetargu i wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1a do SIWZ, iż pojazdy oraz zespoły wyjazdowe Wykonawcy w trakcie wykonywania usług muszą pozostawać w wyłącznej dyspozycji Zamawiającego i pozostawać w gotowości do świadczenia usługi, a wynagrodzenie za zmniejszony lub zwiększony zakres usługi przez Zamawiającego nie będzie przysługiwało Wykonawcy, przy jednoczesnym wskazaniu, że wykonawcy przysługuje wynagrodzenie jedynie za ilość przejechanych kilometrów, ilość wykonanych zleceń, czas pracy zespołu wyjazdowego, co narusza zasadę odpłatności zamówień publicznych w ten sposób, że wykonawca pozostający w gotowości ponosi koszty zespołu transportowego, kosztów transportów pacjenta, bez otrzymania za nie wynagrodzenia, co utrudnia Odwołującemu złożenie oferty i ma wpływ na wynik postępowania;

-zarzut nr 5: naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp w zw. z art. 161 ba ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, nie wyczerpujący i utrudniający uczciwą konkurencję, a to poprzez brak wskazania w opisie przedmiotu zamówienia - załącznik 1a do SIWZ, że transport pacjentów dializowanych:

-na wózkach zostanie wykonany pojazdami posiadającymi homologację transportu osób niepełnosprawnych

-w pozycji leżącej zostanie wykonany pojazdami zgodnymi z normą PN-EN 1789 i do tego przeznaczonym tj. spełniającymi cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy, co uniemożliwia złożenia ważnej i skutecznej oferty przez Odwołującego, porównywalnej oferty z innymi ofertami, gdyż oferenci mogą zaoferować i skalkulować w cenie, różną ilość pojazdów nie przeznaczonych do transportu pacjentów w pozycji leżącej i na wózku, co ma wpływ na wynik postępowania, a co gorsza - może doprowadzić do wyboru przez Zamawiającego oferty wykonawcy, który nie będzie w stanie zrealizować zamówienia gdyż nie posiada pojazdu do transportu osób w pozycji leżącej i na wózku inwalidzkim oraz nie posiada wystarczającej ilości pojazdów;

oraz brakiem przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części dot. ww. zarzutów, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 sentencji wyroku. W konsekwencji Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie w części obejmującej zarzuty oznaczone nr 2 i 4 odwołania, które nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej modyfikacji. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone w pismach procesowych (odwołanie, odpowiedź na odwołanie) oraz przez Odwołującego ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 grudnia 2020 r. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie, tj. odpisów wyroków Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2018 r. VII SA/Wa 2233/18 i z dnia 15 maja 2018 r. o sygn. akt VII Sa/Wa 2481/18 wydanych w sprawach ze skargi Odwołującego (zarzut nr 2 odwołania) oraz normy PN-EN 1789+A2 (zarzut nr 4 odwołania).

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 234-577829. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej dokumenty zamówienia, w tym SIWZ.

W zakresie podlegającym rozpoznaniu na rozprawie izba ustaliła ponadto, co następuje.

Zgodnie z pkt 3.1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest kompleksowe całodobowe wykonywanie usług polegających na przewożeniu transportem medycznym pacjentów Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie wraz z personelem medycznym, sprzętu medycznego, materiałów do badań, wyników tych badań i innych materiałów stosowanych w procesie leczenia, także przewozów wykonywanych na hasło „przeszczepy” oraz usług polegających na przewożeniu pacjentów dializowanych do Stacji Hemodializ i ze Stacji Hemodializ zlokalizowanej w Krakowie przy ul. Macieja Jakubowskiego 2. Zamawiający zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1a do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami) oraz nr 1 (arkusz cenowy).

W pkt III.1 lit. a, w pkt III.2 lit. a i b oraz w pkt III.4 lit. b OPZ Zamawiający wskazał godziny wykonywania usług dla ambulansu typu A2 pozostającego w gotowości i w systemie dyżurowym oraz dla ambulansu typu B w systemie dyżurowym, spełniających równocześnie warunki do przewozu aparatury medycznej, w tym tzw. „sztucznej nerkę”. Analogiczne postanowienia zawarto w § 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ.

Zgodnie z pkt IV.1 lit. a i b OPZ wykonawca zobowiązuje się do realizacji usługi przy użyciu co najmniej 7 ambulansów typu A2 obsługiwanych przez ratowników, 2 ambulansów typu B obsługiwanych przez ratowników medycznych i pojazdu osobowego typu VAN obsługiwanego przez ratownika w tym:

a)co najmniej 4 ambulansów typu A2 oraz 2 ambulansów typu B posiadających zezwolenie wydane przez właściwy organ na używanie jako pojazdu uprzywilejowanego w ruchu drogowym zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz spełniających wymagania do przewozu sztucznej nerkę o wymiarach: głębokość 75 cm, szerokość 55 cm, wysokość 165 cm,

b)pojazdu osobowego typu VAN posiadającego zezwolenie wydane przez właściwy organ na używanie pojazdu jako uprzywilejowanego w ruchu drogowym zgodnie z obowiązującymi przepisami przeznaczonego do przewozów pacjentów nie wymagających opieki medycznej oraz sprzętu medycznego, materiałów do badań, wyników tych badań i innych materiałów stosowanych w procesie leczenia, wyposażonego w pokrowce łatwo zmywalne.

Ponadto zgodnie z pkt V.2 lit. b OPZ Zamawiający wymagał, aby przez cały okres obowiązywania umowy kierowca pojazdu typu VAN zobowiązany był posiadać zezwolenie do kierowania pojazdem uprzywilejowanym w ruchu drogowym.

Zamawiający w dniu 29 grudnia 2020 r., po analizie zarzutów odwołania, zmodyfikował treść SIWZ, wprowadzając m.in. zmianę w pkt IV.1 lit. b OPZ poprzez dodanie do istniejącego brzmienia sformułowania: „Pojazd typu VAN nie jest przeznaczony do przewozu pacjentów dializowanych.”

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut nr 2 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 53 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo o ruchu drogowym poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie wymogu uzyskania przez wykonawcę zezwolenia ministra właściwego do spraw wewnętrznych na używanie pojazdów samochodowych jako uprzywilejowanych w odniesieniu do pojazdu typu VAN do przewozów pacjentów dializowanych nie wymagających opieki medycznej oraz sprzętu medycznego, materiałów do badań, wyników tych badań i innych materiałów stosowanych w procesie leczenia, a kierowca tego pojazdu ma posiadać zezwolenie do kierowania pojazdem uprzywilejowanym w ruchu drogowym, choć w odniesieniu do tych przewozów, zezwolenie takie nie może zostać wydane ze względu na brak używania takich pojazdów w związku z ratowaniem życia lub zdrowia ludzkiego, co ogranicza krąg wykonawców mogących zrealizować zamówienie i w konsekwencji Zamawiający utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwolujący postawił zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, przy czym stwierdzić należy, że ust. 3 omawianego przepisu nie koresponduje z treścią zarzutu. Zgodnie z art. 29 ust. 3 przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Zamawiający nie wskazał w treści pkt IV.1 lit. b OPZ żadnych znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który miałby charakteryzować usługi konkretnego wykonawcy. Odwołujący w treści odwołania (ani w petitum ani w uzasadnieniu) nie przedstawił zaś jakiegokolwiek argumentacji mającej referować do tego przepisu.

Mając to na względzie przedmiotowy zarzut należało rozpatrywać pod kątem naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz z uwzględnieniem okoliczności wynikających z art. 53 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz. U. z 2020 poz. 110 ze zm.), który stanowi, że pojazdem uprzywilejowanym w ruchu drogowym może być pojazd samochodowy jednostki niewymienionej w pkt 1-11, jeżeli jest używany w związku z ratowaniem życia lub zdrowia ludzkiego - na podstawie zezwolenia ministra właściwego do spraw wewnętrznych.

Izba wskazuje, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi obowiązek Zamawiającego, ale jednocześnie jego uprawnienie, bowiem odzwierciedla rzeczywiste potrzeby Zamawiającego w danym postępowaniu. To Zamawiający ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Zamawiający zobowiązany jest ponadto respektować art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący, przy czym podkreślenia wymaga, że powyższa norma nie może być równoważona z obowiązkiem wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia (podobnie m.in. wyrok KIO z 28 stycznia 2019 r., KIO 26/19, wyrok KIO z dnia 22 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1271/19).

Nadmienić ponadto należy, iż zarówno z przepisów prawa, jak i z orzecnictwa Izby i sądów powszechnych jednoznacznie wynika, że zarzut musi być skonkretyzowany. Kluczowe znaczenie ma przede wszystkim podanie w treści odwołania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu odwołujący (por m.in. wyrok Izby z dnia 31 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1613/18). Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, że umożliwia zamawiającemu i uczestnikom postępowania odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności czy zaniechań zamawiającego. Nie sposób uznać zatem za wystarczające zwrócenie uwagi na istnienie określonego problemu, czy proste zasygnalizowanie, że pewien wymóg może nie być uzasadniony w okolicznościach danego przypadku, lecz niezbędne jest przedstawienie argumentacji potwierdzającej fakt naruszenia przepisów prawa, wykazującej spełnienie wszystkich przesłanek wskazanych w treści przepisu, którego naruszenie zamawiającemu się zarzuca. Jest to tym bardziej istotne, że granice rozpoznania sprawy przez KIO są ściśle określone przez zarzuty odwołania, na co wskazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Konsekwencją powyższego jest fakt, iż rozszerzanie podstaw faktycznych zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania, na późniejszym etapie postępowania odwoławczego, w szczególności na rozprawie, stanowi działanie spóźnione, a tak podniesiona argumentacja nie może stanowić dla Izby podstawy rozstrzygnięcia.

Powyższe rozważania mają istotne znaczenie dla oceny zasadności zarzutu nr 2 odwołania, którego podstawa faktyczna koncentrowała się wyłącznie na okoliczności, że dla pojazdu osobowego typu VAN przeznaczonego dla przewozu osób dializowanych nie będzie możliwe uzyskanie zezwolenia na używanie go jako uprzywilejowanego. Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu akcentował jedynie kwestię przewozu tym pojazdem osób na dializy jako osób nie wymagających opieki medycznej, na co wskazują zawarte na str. 8 odwołania stwierdzenia, takie jak: „wobec powyższego do wykonywania przewozu osób dializowanych pojazdem typu VAN nie jest konieczne (...)”, czy też „(...) a w konsekwencji wymagane Zamawiającego, aby przewóz osób dializowanych pojazdem typu VAN był wykonywany przez kierowców spełniających wymagania dotyczące przewozów służących ratowaniu ludzkiego zdrowia i życia jest bezpodstawny”. Jednocześnie, poza przywołaniem brzmienia pkt IV.1 lit b) OPZ, Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w ogóle nie odniósł się do innych niż przewóz osób dializowanych sytuacji objętych treścią tego postanowienia, w tym przewozu pojazdem typu VAN sprzętu medycznego, materiałów do badań, wyników tych badań czy innych materiałów stosowanych w procesie leczenia. Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek analizy pod kątem możliwości uzyskania wymaganego zezwolenia dla pojazdu typu VAN dedykowanego tego rodzaju przewozom, nie omówił ich potencjalnego związku z ratowaniem życia lub zdrowia ludzkiego. Argumentacja odwołania sprowadzała się li tylko do wskazania, że zezwolenie nie może zostać wydane dla pojazdu typu VAN przeznaczonego do przewozu osób dializowanych, niewymagających opieki medycznej oraz odesłania do orzecnictwa sądowego i stanowiska MSW.

Ukształtowanie podstaw faktycznych zarzutu w ten sposób spowodowało, że przedmiotowe postanowienie mogło zostać zweryfikowane przez Izbę wyłącznie w zakresie odnoszącym się do transportu pacjentów dializowanych. Mając na uwadze, iż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekając uwzględniła okoliczność, iż po wniesieniu odwołania doszło do modyfikacji treści SIWZ.

Zamawiający w ramach tych modyfikacji doprecyzował brzmienie pkt IV.1 lit b) OPZ wskazując jednoznacznie, że pojazd typu VAN nie będzie przeznaczony do przewozu pacjentów dializowanych. Tym samym argumentacja przedstawiona jako uzasadnienie zarzutu nr 2 w świetle dokonanej zmiany OPZ zdezaktualizowała się, co powoduje, że zarzut stał się bezzasadny.

Izba za chybione uznała stanowisko Odwołującego, który podnosił na rozprawie, iż wprowadzona w OPZ zmiana nie rozjaśnia, ponieważ zasadnicza treść OPZ w tym zakresie się nie zmieniła. Owszem, pkt IV.1 lit b) OPZ w zdecydowanej części zachował dotychczasowe brzmienie, niemniej wprowadzona modyfikacja miała znaczenie z perspektywy rozstrzygnięcia odwołania, ponieważ podstawa faktyczna zarzutu nr 2 sprowadzała się wyłącznie do kwestii przewozu pacjentów dializowanych. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a jego wynik w zasadniczej mierze zależy od inicjatywy stron postępowania. Izba jedynie dokonuje oceny argumentacji prezentowanej w ramach postępowania oraz dowodów składanych na jej poparcie. Rozszerzanie podstaw faktycznych zarzutu ponad te wskazanie w odwołaniu nie jest dopuszczalne, gdyż prowadziłoby do obejścia przepisów statuujących terminy na wniesienie odwołań. Z tego względu Izba za spóźnioną uznała prezentowaną na rozprawie argumentację odnoszącą się do innych niż transport osób dializowanych przypadków wymienionych w pkt IV.1 lit b) OPZ, w tym okoliczności, że zezwolenie na używanie pojazdu jako uprzywilejowanego mogłoby zostać wydane wyłącznie do transportu krwi na cito. W konsekwencji za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia - jako odnoszące się do przypadku nieobjętego zakresem zarzutu - Izba uznała dowody w postaci zapadłych w sprawach ze skargi Odwołującego wyroków WSA, które referowały do kwestii uzyskania zezwolenia dla pojazdu używanego do transportu krwi. Uzupełniając Izba zauważa, iż to, że argumentacja odwołania koncentrowała się jedynie na transporcie pacjentów dializowanych odzwierciedla udzieloną przez Zamawiającego w tym zakresie odpowiedź na odwołanie - Zamawiający odpiłając zarzut do tej właśnie kwestii referował i w tym zakresie wprowadził zmiany doprecyzowujące OPZ. Sytuacja ta pokazuje jak duże znaczenie z perspektywy możliwości odniesienia się przez pozostałe strony i uczestników postępowania do kwestionowanych czynności, ma wyczerpujące przedstawienie w treści odwołania podstaw faktycznych zarzutów.

Za niewykazany Izba uznała zarzut nr 4, tj. zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 161 ba ust. 1 i 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, nie wyczerpujący i utrudniający uczciwą konkurencję, a to poprzez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia, że pojazdy typu A2 i B zgodnie z normą PN-EN 1789 mają spełniać wymagania do przewozu „sztucznej nerkę”, co narusza normę PN-EN 1789, gdyż ambulans drogowy A2 i B skonstruowany i wyposażony jest do transportu pacjenta a nie „sztucznej nerkę”, co uniemożliwia złożenia ważnej i skutecznej oferty przez Odwołującego, a złożone oferty mogą się okazać nieporównywalne, gdyż Zamawiający nie uwzględnił wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co ma wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy 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. Jak stanowi ust. 2, na co wskazano już wcześniej, Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z kolei w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zgodnie z art. 5 pkt 33a ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1398 ze zm.) transport sanitarny to przewóz osób albo materiałów biologicznych i materiałów wykorzystywanych do udzielania świadczeń zdrowotnych, wymagających specjalnych warunków transportu. Zgodnie zaś z art. 161ba ust. 1 transport sanitarny wykonywany jest specjalistycznymi środkami transportu lądowego, wodnego i lotniczego. Z kolei ust. 2 tego przepisu stanowi, że środki transportu sanitarnego, o których mowa w ust. 1, muszą spełniać cechy techniczne i jakościowe określone w Polskich Normach przenoszących europejskie normy zharmonizowane.

Bezsporne w sprawie było, że normą określającą pojazdy medyczne i ich wyposażenie jest norma PN-EN 1789 (normę tę Odwołujący złożył jako dowód), która rozróżnia trzy typy ambulansów drogowych stosowanych do transportu i sprawowania opieki nad pacjentami (typ A, B i C). Bazując wyłącznie na okoliczności, że ww. norma referuje do przewozu pacjentów, Odwołujący wywodził tezę, iż transport „sztucznej nerkę” powinien odbywać się innym pojazdem posiadającym odpowiednią przestrzeń, zaś przedmiotowy wymóg stanowi naruszenie ww. normy oraz narusza zasadę proporcjonalności.

W ocenie Izby teza ta jest zbyt daleko idąca i nie została przez Odwołującego należycie wykazana. Po pierwsze Odwołujący w ogóle nie wyjaśnił dlaczego wymóg, aby część ambulansów spełniała warunki do przewozu „sztucznej nerkę” stanowił miało naruszenie normy PN-EN 1789. Odwołujący w szczególności nie wytłumaczył dlaczego z faktu, że ambulanse omówione w ww. normie z założenia służą do przewozu pacjentów, miałyby wynikać zakaz przewożenia nimi w określonych sytuacjach także niezbędnej aparatury medycznej. Okoliczność taka nie wynika z treści przedmiotowej normy. Również fakt, że norma określa wymagane wymiary przedziału dla pacjenta w poszczególnych typach ambulansów, nie potwierdza, że nie jest możliwe wyposażenie ambulansu w wymaganą przez Zamawiającego aparaturę medyczną, przy zachowaniu określonych normą minimalnych wymiarów przestrzennych oraz innych ustanowionych normą wymagań. Na okoliczność, że przedmiotowa norma określa jedynie wymagania minimalne zwrócił uwagę Zamawiający, a Odwołujący stanowiska tego nie kwestionował. Za nieuzasadnione Izba uznała także powoływanie się przez Odwołującego na pkt 6.5 normy zawierający wykaz wyposażenia, z treści tego punktu jasno bowiem wynika, że określa on jedynie minimalne wyposażenie ambulansów. Izba miała ponadto na względzie, iż argumentacja prezentowana przez Odwołującego była lakoniczna i wybiórcza. Odwołujący twierdząc, że przewóz urządzenia do hemodializy powinien być dokonywany innym pojazdem, jednocześnie w ogóle nie wyjaśnił jakiego rodzaju miałyby to być pojazdy, nie omówił wymagań koniecznych do przewozu takiej aparatury. Z kolei odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, iż przewóz takiej aparatury może mieć miejsce także w trybie pilnym, w celu ratowania życia lub zdrowia pacjentów, Odwołujący wskazał jedynie, że do takiego transportu powinien być zastosowany inny pojazd, ponieważ ambulans służy do przewozu pacjentów. Twierdzenia Odwołującego pozostały gołosłowne, nie zostały poparte ani dowodami, ani szerszą argumentacją. Jedyny złożony przez Odwołującego dowód (norma PN-EN 1789+A2), jak omówiono powyżej, nie potwierdzał tezy odwołania.

Na kanwie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, by opis

przedmiotu zamówienia w zakresie, do którego odnosił się zarzut nr 4, naruszał art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie powoływał się na niejednoznaczność czy nieprecyzyjność postanowień OPZ w odniesieniu do wymagań dotyczących przewozu „sztucznej nerki” – wręcz przeciwnie, ich treść nie budziła u Odwołującego wątpliwości interpretacyjnych. Odwołujący nie wskazywał także, aby przedmiot zamówienia nie uwzględniał wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Odwołujący kwestionował jedynie zasadność takiego rozwiązania z perspektywy utrudnienia konkurencji i zasady proporcjonalności, przy czym szerszego wywodu w tym zakresie również nie przedstawił. Jednocześnie Odwołujący nie zakwestionował argumentacji Zamawiającego, który wskazywał, że na rynku szeroko dostępne są ambulanse o większych wymiarach. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkiem Odwołującego jest udowodnienie okoliczności wskazanych w przepisie, którego naruszenie zarzucane jest Zamawiającemu i nie zmienia tego fakt, że art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje na możliwość utrudniania konkurencji, a nie utrudnienie konkurencji (a zatem na prawdopodobieństwo wystąpienia naruszenia konkurencji, a nie konieczność wystąpienia tego naruszenia). To na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania tej potencjalnej możliwości wystąpienia utrudniania konkurencji, czemu zdaniem Izby Odwołujący nie sprostował. Jedynie uzupełniająco zauważyć można, że okoliczność, iż Odwołujący może nie posiadać ambulansów o wymiarach umożliwiających przewóz wymaganej przez Zamawiającego aparatury medycznej czy też, że tego rodzaju wymóg może utrudnić Odwołującemu złożenie oferty, nie stanowi dostatecznej podstawy do stwierdzenia naruszenia konkurencji. Rolą środków ochrony prawnej nie jest udogodnienie warunków przetargu wykonawcom, lecz konwalidacja czynności Zamawiającego naruszających przepisy ustawy Pzp, a Odwołujący nie wykazał, aby do takiego naruszenia w przedmiotowym przypadku doszło.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie w zakresie rozpoznanym na rozprawie podlega oddaleniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 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).

Przewodniczący:.....