sygn. akt: **KIO 2847/20**

WYROK
z dnia 23 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed sp. z o.o., ul. Północna 22a;**
20-064 Lublin, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku, ul. M. Skłodowskiej-Curie 24a; 15-276 Białystok,**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany w pkt 16 opisu przedmiotu zamówienia - załącznik formularza oferty, poprzez usunięcie słów: „*fotele muszą być mocowane do podłogi w sposób zapewniający ich przesuwanie w przód i tył w celu zmiany odległości między nimi*".**
2. **Umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr 1 i 3 odwołania**.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku, ul. M. Skłodowskiej-Curie 24a; 15-276 Białystok** i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Kolumnę Transportu Sanitarnego Triomed sp. z o.o., ul. Północna 22a; 20-064 Lublin,** tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od zamawiającego **Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku, ul. M. Skłodowskiej-Curie 24a; 15-276 Białystok** na rzecz **Kolumny Transportu Sanitarnego Triomed sp. z o.o., ul. Północna 22a; 20-064 Lublin** kwotę 18 100 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku.**

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 2847/20**

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Usługa transportu pacjentów dializowanych w Uniwersyteckim Szpitalu Klinicznym w Białymstoku, na okres 36 miesięcy"*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 października 2020 r., pod nr 2020/S 205-499438.

Dnia 2 listopada 2020 roku, wykonawca Kolumna Transportu Sanitarnego Triomed sp. z o.o. (dalej „*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. 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, niewyczerpujący i utrudniający uczciwą konkurencję, a to poprzez brak wskazania w opisie przedmiotu zamówienia - załącznik do formularza ofertowego, że transport pacjentów dializowanych w pozycji leżącej zostanie wykonany pojazdami zgodnymi z normą PN-EN 1789 (w typie A1 lub A2), pomimo wymogu transportu pacjentów w pozycji leżącej tylko pojazdami 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, do tego typu transportu pojazd nieprzeznaczony do przewozu pacjentów w pozycji leżącej, 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,

2.art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez wskazanie w pkt 16 opisu przedmiotu zamówienia - załącznik do formularza ofertowego, iż *„Miejsca siedzące w pojeździe muszą być wyposażone w fotele z zagłówkami, trzypunktowe pasy bezpieczeństwa, a przestrzeń pasażerska w klimatyzację i ogrzewanie. Ponadto Zamawiający wymaga, aby środki transportu posiadały podłogę z wykładziną antypoślizgową w przestrzeni pasażerskiej, wykończoną listwami aluminiowymi, fotele muszą być mocowane do podłogi w sposób zapewniający ich przesuwanie w przód i tył w celu zmiany odległości między nimi, fotele z regulacją oparcia. Ponadto pojazdy o podwyższonym progu muszą posiadać stopnie boczne z atestem lub najazdy dla wózków, uchwyty pomocne przy wsiadaniu , zapewniać możliwość przewożenia osób niesprawnych ruchowo"*

- co powoduje, że z postępowania zostają wykluczeni wykonawcy, których samochody posiadają inne wyposażenie, a zgodna z s.i.w.z. będzie tylko oferta, w której treści zaoferowane zostaną pojazdy Volkswagen Transporter T6 oraz Toyota Proace, gdyż na rynku tylko te konkretne pojazd spełniają powyższe wymagania, co do wyposażenia w fotele mocowane do podłogi w sposób zapewniający ich przesuwanie w przód i tył w celu zmiany odległości miedzy nimi, fotele z regulacją oparcia, w połączeniu z pozostałymi parametrami wskazanymi w s.i.w.z., w konsekwencji czego zamawiający dokonał opisu przedmiotu

zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję
i wskazujący *de facto* na źródło i pochodzenie produktów oferowanych przez wykonawcę, podczas gdy nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a taki opis przedmiotu zamówienia stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawców dysponujących pojazdami Volkswagen Transporter T6 oraz Toyota Proace, co ma wpływ na wynik postępowania,

3.art. 29 ust. 1 i 2 ustawy 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, poprzez brak wskazania w opisie przedmiotu zamówienia, że przedmiotowe zamówienie powinno zostać wykonane pojazdami, w stosunku do których wydana została homologacja transportu osób niepełnosprawnych, pomimo ustawowego wymogu wykonania usług transportu osób na wózkach pojazdami spełniającymi odpowiednie normy techniczne pod rygorem niedopuszczenia ich do ruchu na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej, 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.

Odwołujący wniósł ponadto o przeprowadzenie dowodu z dokumentu normy PN-EN 1789+A2 na okoliczność rozróżnienia klas pojazdów służących do transportu pacjentów na A (w tym podtypy A1 i A2), B i C, przeznaczenia tych pojazdów według klas i ich wyposażenia. Z uwagi na niemożność kopiowania tego dokumentu bez zgodny prezesa PKN, dokument w oryginale lub kopii po uzyskaniu stosownej zgody zostanie dostarczony stronom i KIO bezzwłocznie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1)odnośnie zarzutu nr 1 - dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia - załącznik formularza oferty, 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 (A1 lub A2) i ilością wymaganych pojazdów do realizacji przedmiotowego zamówienia,

2) odnośnie zarzutu nr 2 - dokonania zmiany w pkt 16 opisu przedmiotu zamówienia - załącznik formularza oferty, poprzez usunięcie słów: „*fotele muszą być mocowane do podłogi w sposób zapewniający ich przesuwanie w przód i tył w celu zmiany odległości miedzy nimi*",

3)odnośnie zarzutu nr 3 - dokonania zmiany opisu przedmiotu zamówienia - załącznik formularza oferty, poprzez doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia
i wprowadzenie zapisu, dotyczącego wymogu transportu pacjentów niepełnosprawnych na wózkach inwalidzkich pojazdami posiadającymi homologację do przewozu osób niepełnosprawnych, z podaniem ilości wymaganych pojazdów do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ prowadzi działalność w zakresie transportu sanitarnego
i zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a dokonanie przez zamawiającego czynności postępowania z naruszeniem ustawy Pzp uniemożliwia odwołującemu złożenie ważnej oferty.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone
w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,
iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W związku ze zmianą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonaną przez zamawiającego w dniach 18 i 20 listopada 2020 roku, odwołujący na posiedzeniu oświadczył, iż wycofuje zarzuty opisane w pkt 1 i 3 odwołania. Jednocześnie odwołujący podtrzymał zarzut opisany w pkt 2 odwołania.

W związku z powyższym, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów wycofanych przez odwołującego na posiedzeniu oraz postanowiła skierować na rozprawę zarzut z pkt 2 odwołania.

W zakresie zarzutu skierowanego do merytorycznego rozpoznania na rozprawie, odwołujący wskazał, iż zamawiający w pkt 16 opisu przedmiotu zamówienia - załącznik do formularza oferty, wskazał wymagania dla pojazdów realizujących transport: *„Pojazdy, służące do transportu muszą posiadać aktualne badania techniczne, ABS, pakiet ubezpieczeń OC i NNW obowiązujący dla każdego pojazdu. Pojazdy musza być utrzymane w należytej czystości (konieczny jest harmonogram mycia i sprzątania kabiny pojazdu - nie rzadziej niż 1 raz w tygodniu). Miejsca siedzące w pojeździe muszą być wyposażone w fotele z zagłówkami, trzypunktowe pasy bezpieczeństwa, a przestrzeń pasażerska w klimatyzacje*
i ogrzewanie. Ponadto Zamawiający wymaga, aby środki transportu posiadały podłogę
z wykładziną antypoślizgową w przestrzeni pasażerskiej, wykończoną listwami aluminiowymi, fotele muszą być mocowane do podłogi w sposób zapewniający ich przesuwanie w przód i tył w celu zmiany odległości miedzy nimi, fotele z regulacją oparcia. Ponadto pojazdy o podwyższonym progu muszą posiadać stopnie boczne z atestem lub najazdy dla wózków, uchwyty pomocne przy wsiadaniu, zapewniać możliwość przewożenia osób niesprawnych ruchowo.”.

Zdaniem odwołującego, zamawiający ograniczył powyższym zapisem dostęp do zamówienia jedynie do tych wykonawców, którzy posiadają pojazdy marki Volkswagen Transporter T6 oraz Toyota Proace, gdyż na rynku tylko te pojazdy spełniają powyższe wymagania, co do wyposażenia w fotele mocowane do podłogi w sposób zapewniający ich przesuwanie w przód i tył w celu zmiany odległości miedzy nimi, fotele z regulacją oparcia,
w połączeniu z pozostałymi parametrami wskazanymi w s.i.w.z., w konsekwencji czego zamawiający dokonał opisu

przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i wskazujący *de facto* na źródło i pochodzenie produktów oferowanych przez wykonawcę, podczas gdy nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a taki opis przedmiotu zamówienia stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawców dysponujących pojazdami Volkswagen Transporter T6 oraz Toyota Proace. Warunek ten nadmiernie ogranicza konkurencję, gdyż pojazdy innych marek, np. Renault, Opel, Fiat, spełniają wymagane parametry dla pojazdów oprócz foteli mocowanych do podłogi w sposób zapewniający ich przesuwanie w przód i tył w celu zmiany odległości między nimi. Zawężenie wymaganych pojazdów do dwóch, nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, i prowadzi do uprzywilejowania części oferentów posiadających pojazdy: Volkswagen Transporter T6 oraz Toyota Proace, a tym samym wyeliminowania z postępowania oferentów posiadających pojazdy innych marek bez przesuwnych foteli w wymaganej konfiguracji.

Jak wynika z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, 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". Uzasadnieniem dla takiej treści przepisu jest konieczność zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, która dla opisu przedmiotu zamówienia została skonkretyzowana w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie był zatem uprawniony do podania w s.i.w.z. takiego parametru pojazdu, który powoduje *de facto* na wskazanie konkretnego źródła i pochodzenia produktu niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji bowiem uprzywilejowany będzie wykonawca, który dysponuje tego typu pojazdami, w porównaniu z wykonawcami, którzy dysponują tylko pojazdami innych marek lub modeli z fotelami mocowanymi do podłogi w sposób nie zapewniający ich przesuwanie w przód i tył w celu zmiany odległości miedzy nimi, a byliby równie zdolni do wykonania przedmiotowego zamówienia, co ma wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wskazał, że 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. Sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powinien tym samym w maksymalnym stopniu zapewniać zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust, 1 ustawy Pzp, a rozszerzonego o art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, tj. o zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 roku (sygn. akt: VI ACa 965/11) *„Dyspozycją art. 29 ust. 2 Pzp objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji*". Stanowisko to jest reprezentowane także w aktualnym orzecznictwie. W wyroku z 24 kwietnia 2017 r. (sygn. akt: KIO 664/17) Izba stwierdziła, że: *„1. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia z góry eliminować z udziału w postępowaniu czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne*.".

Zamawiający na rozprawie wskazał, że na rynku funkcjonują również inne pojazdy, innych marek, które być może posiadają wymaganą przez zamawiającego funkcjonalność, a ponadto transport pacjentów do dializ odbywa się nawet do 70 km, a zakładając, że transportowani pacjenci mogą być otyli lub o znacznym wzroście, to w celu zapewnienia wyższego komfortu pacjentom, wymóg zamawiającego jest zasadny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest zasadny.

Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, stanowi, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ustęp 3 art. 29 ustawy Pzp, precyzuje, iż 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". Natomiast zgodnie z przepisem 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.

W ocenie Izby, za zasadnością postawionego zarzutu przemawiają okoliczności, których zamawiający nie potrafił w sposób dostateczny wyjaśnić i uzasadnić, tj. zamawiający nie wykazał, że opis przedmiotu zamówienia spowodowany jest specjalnymi wymaganiami koniecznymi do realizacji przedmiotu zamówienia, które umożliwiają mu (zamawiającemu) realizację tego przedmiotu w *stricte* specyficzny i wyjątkowy sposób. Podnieść bowiem należy, iż przy obecnym brzmieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (po modyfikacji), przedmiotem zamówienia jest *de facto* zwykła usługa transportowa pacjentów dializowanych u zamawiającego. Izbie nie została wykazana przez zamawiającego okoliczność statuująca prawo zamawiającego do uprzywilejowania niektórych typów pojazdów, a tym samym wyeliminowania niektórych wykonawców z możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Izby, z zasady wynikającej z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek przygotowania zamówienia w sposób, który zapewni równe traktowanie wykonawców zgodnie z zasadą proporcjonalności. Tym samym odpowiednie dobranie proporcji w zakresie wymagań zamawiającego uzależnia udział wykonawców w danym postępowaniu, zapewniając ich równe traktowanie. Skoro zatem przedmiotem zamówienia jest zwykła usługa transportowa wykonywana przy udziale „standardowych" pojazdów (nie specjalnych) to fakt, czy w takim pojeździe fotele mocowane do podłogi mają funkcję przesuwania ich w przód i tył, nie może determinować możliwości udziału szerszego grona wykonawców w realizacji zamówienia.

Argumentacja powyższa wsparta jest również dowodami złożonymi przez odwołującego na rozprawie, z których w sposób jednoznaczny wynika, że zamawiający swoim działaniem, w sposób niezasadny ograniczył konkurencję w

postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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 (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:……