Sygn. akt KIO 126/22

WYROK

z dnia 1 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2022r. przez wykonawcę GISS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia

przy udziale wykonawcy Z. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego.

2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- dokonanie w Rozdziale VIII pkt 4.1. Specyfikacji warunków zamówienia zmiany poprzez ustalenie, że wskazany w SWZ termin realizacji zamówienia nie może być krótszy niż 12 (dwanaście) miesięcy, liczony od dnia zawarcia umowy z wybranym wykonawcą,

- dokonanie odpowiednich modyfikacji w dokumentacji postępowania uwzględniających powyższą zmianę SWZ.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

3.1. 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.

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup mobilnych punktów pobierania krwi na bazie autobusów dla RCKiK w Radomiu (1 pojazd), Kaliszu (1 pojazd) i Słupsku (1 pojazd). Części 1*3.".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 stycznia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2022/S 003-004453.

W dniu 17 stycznia 2022r. Odwołujący - GISS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wobec treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 436 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 Pzp poprzez określenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia wskazaniem sztywnej daty (kalendarzowej), podczas gdy brak obiektywnych przyczyn dla zaniechania określenia terminu wykonania przedmiotu zamówienia liczonego w miesiącach od dnia zawarcia umowy, co ponadto oznacza opisanie przedmiotu zamówienia (w zakresie terminu jego realizacji) w sposób nieproporcjonalny, niejednoznaczny, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty oraz prowadzący do naruszenia zasad uczciwej konkurencji ze względu na nie zagwarantowanie wykonawcom wystarczającego czasu na realizację przedmiotu zamówienia.

2) art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niejasny oraz niedostatecznie wyczerpujący i wewnętrznie sprzeczny, a także nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i naruszający uczciwą konkurencję, w zakresie, w jakim:

a. parametry pojazdu bazowego Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia - Załączniki 2a, 2b, 2c do SWZ - Zamawiający wymaga, aby pojazdy bazowe wyposażone były w kołpaki kół ze stali szlachetnej oraz oczekuje potwierdzenia spełniania tego parametru już w ofercie, poprzez złożenie przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w rozdz. VIII pkt 3.1 .2. SWZ, nie dopuszczając dostosowania pojazdu do ww. wymagania na etapie zabudowy/ adaptacji do wymagań Zamawiającego w toku realizacji zamówienia;

b. parametry pojazdu bazowego Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia - Załączniki 2a, 2b, 2c do SWZ - Zamawiający wymaga montażu rolet wewnętrznych przeciwsłonecznych na wszystkich oknach bocznych, tylnych autobusu. Na szybie tylnej dopuszczalne jest jej oklejenie folią czarną w miejsce rolety pod warunkiem, że nie będzie przepuszczać promieni słonecznych oraz oczekuje potwierdzenia spełniania tego parametru już w ofercie, poprzez złożenie przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w rozdz. VIII pkt 3.1.2. SWZ, nie dopuszczając dostosowania pojazdu do ww. wymagania na etapie zabudowy/adaptacji do wymagań Zamawiającego w toku realizacji zamówienia;

c. w pkt 58 - Parametry pojazdu bazowego Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia - Załączniki Za, 2b, 2c do SWZ - Zamawiający wymaga wyposażania w „kamerę i czujnik cofania" oraz oczekuje potwierdzenia spełniania tego parametru już w ofercie, poprzez złożenie przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w rozdz. VIII pkt

3.1.2. SWZ, nie dopuszczając dostosowania pojazdu do ww. wymagania na etapie zabudowy/adaptacji do wymagań Zamawiającego w toku realizacji zamówienia;

d. parametry pojazdu bazowego Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia - Załączniki 2a, 2b, 2c do SWZ - wymagana jest sferyczna szyba przednia, warstwowa z powłoką anty-solar;

e. w pkt 60 Parametry pojazdu bazowego Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia - Załączniki Za, 2b, 2c do SWZ - wymagany jest „system asystenta martwego pola", bez doprecyzowania oczekiwań Zamawiającego, co może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz utrudnia sporządzenie oferty.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania

i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SWZ i Załączników, tj.:

1) zmianę terminu realizacji zamówienia dla Części 1-3 na „do 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy".

2) modyfikację dopuszczającą potwierdzenie spełniania wymagań:

a. pkt 23 - Parametry pojazdu bazowego - Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia - Załączniki 2a, 2b, 2c do SWZ (wymaganie dotyczące wyposażenia w kołpaki ze stali szlachetnej);

b. pkt 33 - Parametry pojazdu bazowego - Szczegółowego opisu przedmiotu

zamówienia Załączniki 2a, 2b, 2c do SWZ (wymaganie dotyczące montażu rolet);

c. pkt 58 - Parametry pojazdu bazowego - Szczegółowego opisu przedmiotu

zamówienia - Załączniki 2a, 2b, 2c do SWZ (wymaganie dotyczące kamery i czujnika cofania) na etapie składania ofert poprzez oświadczenie Wykonawcy, iż przedmiot zamówienia będzie spełniał ww. wymagania oraz posiadał świadectwo homologacji/badanie techniczne przeprowadzone w Okręgowej Stacji kontroli Pojazdów po zabudowie; bez

stosowania do przedmiotowych parametrów wymagań przedstawienia środków dowodowych, o których mowa w rozdz. VIII pkt 3.1.2. SWZ, ewentualnie: wykreślenie ww. wymagań z części Załączników nr 2a, 2b i 2c określających „Parametry pojazdu bazowego" i zawarcie tych parametrów w części SOPZ określającej „PARAMETRY ZABUDOWY AMBULATORYJNEJ";

3) W zakresie pkt 31 - Parametry pojazdu bazowego Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia Załączniki Za, 2b, 2c do SWZ - modyfikację wymagania poprzez dopuszczenie alternatywnego sposobu spełnienia funkcjonalności, tj. zmianę brzmienia wymagania na następujące: „sferyczna szyba przednia, warstwowa z powłoką anty-solar lub roletą przeciwsłoneczną, klejona do nadwozia - ogrzewana";

4) doprecyzowania wymagania w pkt 60 Parametry pojazdu bazowego Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia - Załączniki 2a, 2b, 2c do SWZ poprzez wskazanie, iż funkcjonalność systemu asystenta martwego punktu polega na alarmowaniu kierowcy poprzez sygnał akustyczny i świetlny.

Uzasadniając zarzut 1 odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 436 pkt 1 Pzp niedopuszczalne jest określanie terminu wykonania dostawy poprzez wskazanie tzw. „daty sztywnej", tj. wskazanie daty kalendarzowej, a nie terminu wykonania liczonego jako okres od dnia zawarcia umowy. W rozdziale VIII pkt 4.1 SWZ Zamawiający wskazał

natomiast: „Termin realizacji przedmiotu zamówienia: Części 1-3 - najpóźniej do dnia 30 października 2022 roku.". Takie postanowienia warunków zamówienia są co do zasady niedopuszczalne, gdyż Wykonawcy nie mogą mieć pewności, kiedy dojdzie do zawarcia umowy, a tym samym - ile czasu będą mieli na wykonanie dostaw, które wymagają określonego nakładu środków i pracy, szczególnie w przypadku takich dostaw, jak objęte zamówienie pojazdy specjalistyczne wymagające dostosowania do indywidualnych potrzeb odbiorców. Wykonawcy składając ofertę, nie mogą zatem ocenić, czy będą w stanie wykonać przedmiot zamówienia w przewidzianym terminie i jakim kosztem. Tym bardziej, iż czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia jest całkowicie niezależny od woli Wykonawców i nie mają oni żadnego wpływu, ani na sprawność podejmowanych czynności przez Zamawiającego, ani też na konieczność dochowania terminów ustawowych związanych z okresem stand still lub też czasem procedowania składanych w postępowaniu środków odwoławczych. Jednocześnie, za obiektywną przyczynę, która uprawniałaby Zamawiającego do odstąpienia od zasady określania terminu realizacji w miesiącach liczonych od dnia zawarcia umowy, nie mogą być uznane okoliczności leżące po stronie samego Zamawiającego, takie jak np. zbyt późne wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia czy nieadekwatne zaplanowanie środków budżetowych. Są to uwarunkowania tworzone przez samego Zamawiającego, zatem konieczność dostosowania się do nich, nie może być wystarczającym i proporcjonalnym uzasadnieniem dla odstąpienia od zasad udzielania zamówień publicznych czy też naruszenia racjonalności wydatkowania środków publicznych. Szczególnie, gdy zasadą podlegającą naruszeniu w związku z takim odstąpieniem od zasady wyrażonej w art. 436 pkt 1 Pzp, są zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Określenie tak krótkiego i niepewnego terminu wykonania przedmiotu zamówienia preferuje w istotny sposób określonego dostawcę, czy wręcz eliminuje możliwość złożenia i wyceny konkurencyjnej oferty przez jakiegokolwiek

innego wykonawcę lub w oparciu o produkty innego producenta pojazdów bazowych. Producent i dostawca, którego produkty aktualnie w całości lub w znacznej mierze spełniają wymagane parametry, czy też taki, który przewidując uzyskanie zamówienia, jako preferowany dostawca, podjął ryzyko wcześniejszego rozpoczęcia ich produkcji, zyskuje przewagę i nie ponosi ryzyka oraz nakładów, jakie taki niepewny i krótki termin realizacji zamówienia nakłada na jakiegokolwiek innego wykonawcę, który wziąłby udział w postępowaniu. Ma to istotny negatywny wpływ na realną konkurencyjność postepowania, które prowadzone jest przecież w trybie nieograniczonym, a więc - otwartym i mającym sprzyjać zwiększonej konkurencyjności. Odwołujący podkreślił, że aktualnie prowadzone postępowanie jest już drugim postępowaniem obejmującym ten sam przedmiot zamówienia, po unieważnieniu poprzedniego postępowania. Wagę okoliczności, które Zamawiający mógłby powoływać dla uzasadnienia naruszenia zasady określania terminu realizacji umowy wynikającego z art. 436 pkt 1 Pzp, należy zatem oceniać z uwzględnieniem zasad proporcjonalności i adekwatności, mając na uwadze, iż prowadzi to do istotnego naruszenia konkurencyjności postępowania i z dużym prawdopodobieństwem doprowadzi do powierzenia realizacji dostaw pojazdów specjalistycznych temu samemu wykonawcy, który uprzednio złożył ofertę jako jedyny, mimo iż na rynku funkcjonuje większa liczba dostawców, działających w oparciu o różne oferty produktowe. Szczególną uwagę należy zwrócić na fakt, że termin realizacji w poprzednim (unieważnionym) postępowaniu był dokładnie taki sam (tj. 30 października 2022 r.). W fazie pytań/odpowiedzi znalazło się pytanie jednego z wykonawców dotyczące możliwości zmiany terminu (z informacją, że realne terminy wykonania zamówienia to 12 miesięcy). Zamawiający nie przychylił się wtedy do wniosku wykonawcy i ostatecznie uzyskał tylko jedną ofertę, przekraczającą szacowaną kwotę budżetu Zamawiającego. Pozostawienie tego samego terminu realizacji w aktualnym Postępowaniu powoduje, że podlega on jeszcze dalszemu, znaczącemu skróceniu. Należy więc zakładać, że po raz kolejny tylko jeden z potencjalnie zainteresowanych wykonawców będzie w stanie złożyć ofertę w Postępowaniu.

Według Odwołującego, Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia i określając termin realizacji przedmiotu zamówienia, powinien uwzględnić istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu tak, aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób postanowienia SWZ. Nie można dopuścić do sytuacji, w której to opis przedmiotu zamówienia, a nie treść ofert, zdecydują komu Zamawiający udzieli zamówienia.

W konsekwencji określony przez Zamawiającego w warunkach zamówienia termin wykonania dostaw, powinien zostać ustalony jako okres, po pierwsze, liczony od dnia zawarcia umowy, jak również - odpowiednio długi dla zapewnienia możliwości wykonania przedmiotu z uwzględnieniem obiektywnych okoliczności związanych z jego specyfiką. Aktualna, powszechnie znana sytuacja rynkowa wskazuje na niedobory podzespołów i istotne wydłużenia czasu produkcji, dotykające szczególnie rynku motoryzacyjnego. Mają one charakter globalny i w obecnym czasie, muszą być brane pod uwagę jako czynnik obiektywny i niezależny, zarówno od starań dostawców, jak i woli odbiorców dostaw. Okoliczności te nie powinny być ignorowane, ale stanowią aktualnie czynnik charakterystyczny dla specyfiki przedmiotu zamówień z tego sektora. Aktualnie obowiązujące terminy dostaw pojazdów bazowych od producenta do wykonawcy zabudowy specjalistycznej wynoszą ok. 10 miesięcy. Potwierdzają to doniesienia prasowe, jak również m.in. uzyskane przez Odwołującego, oświadczenie producenta pojazdów bazowych, możliwych do zabudowy jako mobilne punkty poboru krwi. Odwołujący podkreślił, że produkcja i dostawa od producenta pojazdów bazowych (wymagane są autokary fabrycznie nowe i nieużywane) to dopiero jeden z etapów realizacji przedmiotu zamówienia, który stanowi punkt wyjścia do kolejnych czynności adaptacyjnych do potrzeb konkretnego użytkownika. Jak zaznaczono w warunkach zamówienia, ostateczne parametry gotowego produktu będą podlegały ustaleniom z każdym z odbiorców, a zatem, przedmiot dostawy nie może stanowić rozwiązania już gotowego, dostępnego natychmiastowo (tzw. „z półki”), ale wymaga nakładów pracy i czasu w celu odpowiedniego dostosowania do indywidualnych potrzeb odbiorcy. Oznacza to, że dotrzymanie określonego w warunkach zamówienia terminu do dnia 30 października 2022 r., nie jest realne. Zakładając bowiem nawet udzielenie zamówienia w okresie związania ofertą zgodnie z rozdz. XIV pkt 1 SWZ, tj. przed końcem kwietnia, pozostawia to wykonawcom zaledwie 6 miesięcy na realizację całości przedmiotu zamówienia - nie jest to termin realny do dochowania w warunkach uczciwej konkurencji i przy aktualnym zestawieniu wymagań Zamawiającego. Zamawiający powinien mieć tego świadomość w związku z poprzednio prowadzonym postępowaniem, w toku którego padło pytanie w zakresie wydłużenia terminu realizacji, wskazując że czas potrzebny na wykonanie przedmiotu zamówienia to 12 miesięcy.

Ponadto Odwołujący wskazał, że postanowienia § 3 ust. 1 projektu umowy przewidują, iż przed dokonaniem odbioru końcowego przedmiotu umowy, Wykonawca przeszkoli wskazany przez Odbiorcę personel w zakresie obsługi pojazdu oraz zamontowanych w nim urządzeń.

Odwołujący podkreślił także, iż nie jest możliwe podejmowanie przez Wykonawcę jakichkolwiek inwestycji przed zawarciem umowy. Ponadto, należy mieć na względzie możliwość odstąpienia od umowy w przypadku zwłoki oraz wysokie kary umowne, jakie przewidział Zamawiający za niedotrzymanie terminu realizacji. Z uwagi na powyższe, zasadne jest dokonanie modyfikacji warunków zamówienia w sposób zaproponowany przez Odwołującego, tj. poprzez określenie, iż do realizacji przedmiotu zamówienia dojdzie w terminie nie dłuższym niż 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że działając na podstawie art. 522 ust. 3 Pzp uwzględnia wszystkie zarzuty wymienione w pkt 2 petitum odwołania, tj. zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niejasny oraz niedostatecznie wyczerpujący i wewnętrznie sprzeczny, a także nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i naruszający uczciwą konkurencję, przy czym zarzut w zakresie pkt 60 - Parametry pojazdu bazowego - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - Załączniki 2a, 2b, 2c do SWZ - uwzględnia w ten sposób, że dokona modyfikacji przedmiotowego postanowienia poprzez wskazanie, że systemu asystenta martwego pola oznacza system zapewniający funkcjonalność polegającą na alarmowaniu kierowcy poprzez sygnał dźwiękowy lub świetlny lub inny system stosowany przez producenta jako system asystenta martwego pola.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że po ponownej analizie możliwości związanych z odbiorem, rozliczeniem zakupu i wydatkowaniem środków zaplanowanych w budżecie na 2022r. mógłby wyrazić zgodę na przedłużenie terminu realizacji zamówienia do dnia 15 listopada 2022 r. Podkreślił, że termin ten to ostatni możliwy termin, zapewniający dokonanie odbioru, a także rozliczenie zakupu mobilnych punktów pobierania krwi i tym samym wydatkowanie środków zaplanowanych w budżecie w 2022 roku.

W rezultacie - zarzut Odwołującego z którego wynika, że brak jest obiektywnej przyczyny dla określenia terminu realizacji zamówienia poprzez wskazanie daty, jest całkowicie bezzasadny.

W niniejszym postępowaniu określenie terminu realizacji zamówienia poprzez wskazanie daty jest uzasadnione obiektywną przyczyną, ponieważ zakup jest częścią programu, który zawiera plan zakupów dla konkretnych RCKiK - w związku z ich pilnymi i obiektywnymi potrzebami wymiany lub zastąpienia starych - kilkunastoletnich autobusów. Niniejsze zakupy - dla RCKiK w Radomiu, Kaliszu i Słupsku - muszą być dokonane (odebrane) oraz sfinansowane do końca 2022r. Zakup mobilnych punktów pobierania krwi i jej składników, stanowiący przedmiot niniejszego zamówienia, jest zaplanowany i finansowany w ramach programu polityki zdrowotnej Ministra Zdrowia pn. „Zapewnienie samowystarczalności RP w krew i jej składniki na lata 2021 - 2026". W ramach celu szczegółowego „Zwiększenie dostępności do odpowiednich warunków technicznych i organizacyjnych pobierania krwi" planowane są interwencje polegające na organizacji zakupu i wykorzystaniu mobilnych punktów pobierania krwi. Program przewiduje w 2022 roku dokonanie zakupu 5 mobilnych punktów pobierania krwi. Zakup ten jest ujęty w Projekcie Planu Finansowego Narodowego Centrum Krwi na rok 2022. Oznacza to, że dokonanie odbioru, a także rozliczenie zakupu 5 mobilnych punktów pobierania krwi i tym samym wydatkowanie środków zaplanowanych w budżecie następuje w 2022 roku. W ramach tego harmonogramu nastąpiło wyodrębnienie środków na zakup 5 punktów mobilnych w roku 2022. Zgodnie ze wskazaniem na stronie 38 Programu" „Program, w zakresie wskazanych celów i interwencji jest sfinansowany ze środków finansowych będących w dyspozycji Ministra Zdrowia, w ramach części 46 - Zdrowie, dział 851 - Ochrona zdrowia, rozdział 85149 - Programy polityki zdrowotnej. Nie przewiduje się innych niż powyższe źródeł finansowania.". Zatem wydatkowanie środków na ten cel z budżetu Ministra Zdrowia zaplanowano do końca 2022r., na co RCKiK nie miały żadnego wpływu. W dniu 15.04.2021r. RCKiK w Kaliszu, Olsztynie, Raciborzu, Radomiu i Słupsku oraz Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia otrzymały z Narodowego Centrum Krwi informację, że w 2022r. zostaną zakupione mobilne punkty dla tych właśnie Centrów. Przy tym, z uwagi na terminy odbioru, szkoleń personelu i terminy rozliczeń, termin wykonania wyznaczono 2 miesiące przed końcem roku. Termin został wyznaczony przez Narodowe Centrum Krwi. RCKiK nie miały na wyznaczenie tego terminu wpływu. Z uwagi na powyższe należy uznać, że ustalenie terminu wykonania w konkretnej dacie zostało podyktowane przyczynami obiektywnymi, gdyż wynikało z wyznaczenia tej daty przez instytucje nadrzędne. Zamawiający podkreślił ponadto, że konieczność określenia terminu poprzez wskazanie daty wynika również z określenia w Projektowanych Postanowieniach Umowy 30-dniowego termin płatności faktury. Warunkiem wystawienia i przekazania faktury Zamawiającemu jest m.in. podpisanie bezusterkowego protokołu odbioru (§ 4 ust. 5 PPU). W sytuacji przedłużającego się odbioru przedmiotu umowy, wskutek np. usuwania wad stwierdzonych przy odbiorze - mogłoby dojść do zagrożenia możliwości rozliczenia zakupu w 2022 r.- stąd określenie terminu realizacji zamówienia najpóźniej jako 15 listopada 2022r. Brak możliwości przesunięcia terminu realizacji zamówienia wynika również z informacji

przekazywanych przez Regionalne Centra Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa, które są bezpośrednimi odbiorcami w niniejszym postępowaniu. Wskazują one na konieczność jak najszybszego uzupełnienia środków o nowy mobilny punkt pobierania krwi i jej składników z uwagi na znaczące wyeksploatowanie dotychczas używanych pojazdów oraz brak wystarczającej liczby pojazdów do zorganizowania akcji pobierania krwi nawet w przypadku dysponowania odpowiednią ilością personelu.

Końcowo Zamawiający wskazał, że poprzednie postępowania na zakup autobusów

do pobierania krwi - zawierają terminy dostawy wynoszące średnio 6 miesięcy od dnia podpisania umowy, przy czym każdorazowo były one ograniczone terminem granicznym określonym datą kalendarzową, zbieżnym z terminem określonym w niniejszym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje:

odwołanie jest zasadne.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Z. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust.

1 i 2 Pzp.

Izba umorzyła na podstawie art. 522 ust. 4 Pzp postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, uwzględniając okoliczność, że Przystępujący po stronie Zamawiającego, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oświadczył, że nie zgłasza sprzeciwu w tym zakresie.

Izba zważyła:

Na wstępie wskazać należy, że Zamawiający w rozdziale VIII pkt 4.1. SWZ ustalił tylko końcowy termin do którego ma zostać wykonane zamówienie, wskazując konkretną datę kalendarzową, tj. dzień 30 października 2022r. Zamawiający natomiast w żaden sposób nie wskazał daty od jakiej wybrany wykonawca, będzie mógł przystąpić do wykonywania przedmiotowego zamówienia. Zamawiający na rozprawie wskazał, że podpisanie umowy w lutym spowoduje, że wykonawca będzie miał na realizację zamówienia ok. 8 miesięcy. W ocenie Izby, jednak powyższe stanowisko Zamawiającego jest błędne. Zauważyć należy, że

Zamawiający jako termin otwarcia ofert przewidział dzień 8 lutego 2022r., zaś termin związania ofertą określił w rozdziale XIV pkt 1 SWZ na dzień 20 kwietnia 2022r. W ocenie Izby termin ten potwierdza, że Zamawiający szacuje, że dopiero w kwietniu br. nastąpi podpisanie umowy z wykonawcą. Ponadto w ocenie Izby należy uwzględnić również okoliczności wpływające na możliwość wyznaczenia terminu zawarcia umowy, tj. okoliczności związane z trwaniem procesu oceny i badania ofert, jak również z możliwością skorzystania przez potencjalnych wykonawców ze środków ochrony prawnej. W konsekwencji w ocenie Izby nierealne jest podpisanie umowy - jak twierdził Zamawiający - w lutym br. Powyższe natomiast, przy ustaleniu sztywnej daty końcowej wykonania zamówienia, może skrócić okres realizacji zamówienia do około 6 miesięcy. Termin ten w ocenie Izby jest terminem nierealnym do zachowania, bowiem jak wskazywał Odwołujący, aktualna, powszechnie znana sytuacja rynkowa wskazuje na niedobory podzespołów i istotne wydłużenia czasu produkcji, dotykające szczególnie rynku motoryzacyjnego. Mają one charakter globalny i w obecnym czasie, muszą być brane pod uwagę jako czynnik

obiektywny i niezależny, zarówno od starań dostawców, jak i woli odbiorców dostaw. Powyższa okoliczność została potwierdzona przez jednego z producentów w złożonym przez Odwołującego wraz z odwołaniem dowodu w postaci pisma firmy MAN.

Izba uwzględniając okoliczności niniejszej sprawy wzięła pod uwagę również akcentowaną przez Odwołującego okoliczność dotyczącą braku zapewnienia konkurencyjności ofert w tym postępowaniu. Podkreślić należy, że zasada konkurencyjności jest jedną z najważniejszych zasad, która obowiązuje na rynku europejskim. Zamawiający wszczynając postepowanie o udzielenie zamówienia winien nie tylko dokonać opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający mu uzyskanie spełnienia uzasadnionych potrzeb w tym zakresie, ale także ocenić możliwości rynku, czy tak dokonany opis nie doprowadzi do takiego utrudnienia wzięcia udziału w postepowaniu wykonawcom, iż tylko jeden z nich (Przystępujący) będzie w stanie sprostać postawionym wymaganiom. Dokonany opis nie może prowadzić do eliminacji wykonawców, którzy są zdolni w sposób należyty wykonać dane zamówienie (podobnie w wyroku z 7 kwietnia 2016 roku sygn. akt KIO 443/16 oraz wyroku z dnia 27 kwietnia 2016r., sygn. akt KIO 582/16).

Podkreślić należy, że Odwołujący wskazywał, że w tym postepowaniu ustalenie krótkiego okresu realizacji zamówienia powoduje, że tylko jeden wykonawca jest w stanie złożyć ofertę, co w sposób zasadniczy może doprowadzić do złożenia wygórowanej cenowo oferty i tym samym doprowadzić do naruszenia zasady racjonalnego i efektywnego wydatkowania środków publicznych. Odwołujący jako potwierdzenie powyższego stanowiska wskazał okoliczność, że w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu (które zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp) tylko i wyłącznie Przystępujący złożył ofertę, przekraczającą budżet Zamawiającego.

Izba uznała kolejno, że Zamawiający nie zdołał wykazać, że w niniejszym postępowaniu zaistniały okoliczności uzasadnione obiektywną przyczyną umożliwiające mu wskazanie daty wykonania umowy. Izba podkreśla, że Zamawiający już od dnia 15 kwietnia 2021r., miał wiedzę o tym, że zamówienie ma zostać zrealizowane do dnia 30 października 2022r., a więc powinien on powinien on dokonać wszelkich czynności aby po pierwsze zapewnić konkurencyjność i poszanowanie zasad postępowania przetargowego, a przy tym zapewnić siebie uzyskanie przedmiotu zamówienia w pełni zaspokajającego jego potrzeby. Zamawiający działając z należytą starannością winien był wszcząć postępowanie w odpowiednim czasie, aby zapewnić wykonawcom niezbędny czas na zrealizowanie zamówienia. Zwłoka we wszczęciu pierwszego przetargu nie może być podstawą do przyjęcia stanowiska, że w takich okolicznościach faktycznych, za dopuszczalne należy uznać ograniczenie konkurencji do jednego wykonawcy, który jest w stanie w zakładanym okresie wykonać zamówienie. Dla prawidłowego ustalenia terminu realizacji, należy brać pod uwagę, jaki jest minimalny a jednocześnie niezbędny okres dla podmiotów innych marek pojazdów, na wyprodukowanie i oprzyrządowanie mobilnych punktów poboru krwi. Zamawiający w żaden sposób dowodowo nie wykazał, że każdy inny niż przystępujący potencjalny wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie w oczekiwanym przez zamawiającego okresie.

Ponadto, co istotne Zamawiający wskazywał, że niniejsze zamówienie jest zaplanowane i finansowane w ramach programu polityki zdrowotnej Ministra Zdrowia pn.

„Zapewnienie samowystarczalności RP w krew i jej składniki na lata 2021 - 2026", a zakup 5 mobilnych punktów pobierania krwi jest ujęty w Projekcie Planu Finansowego Narodowego Centrum Krwi na rok 2022, co oznacza, że dokonanie odbioru, a także rozliczenie zakupu 5 mobilnych punktów pobierania krwi i tym samym wydatkowanie środków zaplanowanych w budżecie następuje w 2022 roku. Zamawiający na rozprawie nie wykazał jednak, że nie jest możliwe przeniesienie finansowania niniejszego zamówienia na następny rok budżetowy, tym bardziej, że program w ramach którego ma być finansowany zakup jest programem wieloletnim, trwającym do roku 2026.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający nie uwzględnił wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Biorąc pod uwagę jako bezsporną okoliczność, ze czas potrzebny na wykonanie usługi to około 12 miesięcy, który to okres obejmuje wyprodukowanie samego pojazdu bazowego, a także późniejsze jego dostosowanie/wyposażenie do potrzeb Zamawiającego wynikających z SWZ, w tym także konieczność przeprowadzenia szkoleń, Izba uznała, że uzasadnione jest wydłużenie terminu o czas wskazywany przez Odwołującego.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z

2020r. poz. 2437).

Przewodniczący : .....