Sygn. akt: KIO 3163/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 20 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2024 roku przez wykonawcę Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie ul. Probostwo nr 4 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Krakowski Szpital Specjalistyczny im. św. Jana Pawła II z siedzibą w Krakowie, ul. Prądnicka 80

postanawia:

1. umorzyć postępowanie,

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie ul. Probostwo nr 4 tytułem zwrotu 90% uiszczonego wpisu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: …….

Sygn. akt KIO 3163/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług w zakresie transportu karetką typu "T" pacjentów krakowskiego Szpitala Specjalistycznego im. św. Jana Pawła II", ogłoszono w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 20 sierpnia 2024 roku, numer publikacji ogłoszenia: 499731-2024, numer wydania Dz.U. S: 161/2024, numer referencyjny: DZ.271.66.2024.

W dniu 30 sierpnia 2024 r. odwołujący Kolumna Transportu Sanitarnego TRIOMED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie ul. Probostwo nr 4 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 sierpnia 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

1. art. 246 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 4 pkt 1 ustawy w zw. z art. 266 ustawy, przez

określenie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, podczas gdy wobec nieokreślenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia zamawiający był zobowiązany do określenia obok tego kryterium pozacenowego kryterium oceny ofert o wadze co najmniej 40%.

2. art. 112 ust. 1 ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy

przez brak postawienia w postępowaniu, warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co może doprowadzić do wyboru przez zamawiającego oferty wykonawcy, który nie będzie w stanie zrealizować zamówienia, gdyż nie posiada odpowiedniego doświadczenia w transporcie sanitarnym pacjentów, podczas gdy proporcjonalny do przedmiotu warunek udziału umożliwia ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia i prowadzi do wyboru wykonawcy, który posiada odpowiednie zdolności i doświadczenie, aby należycie wykonać przedmiotowe zamówienie.

3. art. 439 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy w zw. z art. 353(1)

ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, przez brak określenia w projektowanych postanowieniach umownych minimalnego poziomu zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia uprawniającego wykonawcę do żądania zmiany wynagrodzenia,

4. art. 439 ust. 2 pkt 1 i 4 ustawy. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy w zw. z art. 353(1)

ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, przez określenie w projektowanych postanowieniach umownych

maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia w sposób

iluzoryczny, naruszający zasadę równowagi stron, który sprawia, że nie będzie ona miała praktycznego zastosowania i w konsekwencji należy uznać takie zastrzeżenie za przekraczające swobodę kontraktową przez obejście przepisu art. 439 ust. 2 pkt 1 i 4 ustawy. 5. art. 436 pkt 3 i art. 16 pkt 1 ustawy oraz art. 353(1) kodeksu cywilnego i art. 5 kodeksu

cywilnego w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy, przez zastrzeżenie § 5 ust. 6 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ, maksymalnej wysokości kar umownych możliwych do nałożenia na wykonawcę przez zamawiającego w wysokości 40% wartości wynagrodzenia wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, podczas, gdy w/w maksymalna wartość kar umownych jest rażąco wygórowana, świadczącą o naruszeniu przez zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności, prowadzącą do ograniczenia kręgu wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie, a co w efekcie świadczy o nadużyciu przez zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy, co ma wpływ na wynik postępowania.

6. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy oraz art. 353(1) kodeksu cywilnego i art. 5 kodeksu cywilnego

w zw. z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 484 § 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy, przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i określenie w § 2 ust. 3 i 4 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ, rażąco wygórowanych kar umownych w wysokości 50% wynagrodzenia za dane zlecenie w przypadku opóźnienie w przyjeździe karetki.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. odnośnie zarzutu nr 1 – dokonania zmiany:

a) SWZ przez wprowadzenie zapisu w rozdziale 21 SWZ:

"21. Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert Zamawiający przy wyborze ofert będzie kierował się kryteriami podanymi w poniższej tabeli. L.p. Kryterium Znaczenie procentowe kryterium (Rj) Maksymalna ilość punktów,

jakie może otrzymać oferta za dane kryterium

1. Cena R1 = 60 % 60 punktów

2. Certyfikat ISO 9001 i/lub ISO 45001 i / lub ISO 14001 wydany/e przez jednostkę

akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji i związany/e z przedmiotem zamówienia R2 = 40 % 40 punktów

kryterium – cena

C = R1 x Cmin / Cb

Cmin – cena oferty najtańszej

Cb – cena oferty badanej

R1 – znaczenie procentowe kryterium cena

kryterium – certyfikat/y

Ocena zostanie dokonana w oparciu o załączone do oferty certyfikat / certyfikaty w następujący sposób:

Certyfikat ISO 9001 i/lub ISO 45001 i / lub ISO 14001 wydany / wydany/e przez jednostkę akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji i związany/e z przedmiotem zamówienia: -wykonawca, który załączy do oferty wskazany/e certyfikat/y otrzyma – 40 pkt.

- wykonawca, który nie dołączy do oferty certyfikatu/ów otrzyma – 0 pkt.

Wzór końcowy do obliczenia całkowitej ilości punktów przyznanych ofercie:

Całkowita ilość punktów dla oferty badanej = punkty otrzymane przez ofertę w kryterium „ Cena” + punkty otrzymane przez ofertę w kryterium „Certyfikat” / „Certyfikaty”" b) ogłoszenia o zamówieniu w sekcja 5.1.10. przez nadanie mu brzmienia: "Kryteria oceny ofert

Kryterium 1: Nazwa kryterium: Cena - Waga: 60 %

Kryterium 2: Nazwa kryterium: „Certyfikat” / „Certyfikaty”- Waga: 20%"

2. odnośnie zarzutu nr 2 – dokonania zmiany:

a) SWZ i ogłoszenia o zamówieniu przez wprowadzenie warunku udziału w

postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

"Warunek będzie spełniony jeżeli wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należycie wykonał lub wykonuje co najmniej:

- jedno porównywalne zamówienie, za zamówienie porównywalne Zamawiający uzna usługę, która dotyczyła wykonywania przewozów transportem sanitarnym na kwotę nie niższą niż 900 000,00 zł (słownie: dziewięćset tysięcy 00/100) przez okres nie krótszy niż 1 rok. W przypadku gdy wykonawca aktualnie wykonuje zamówienie Zamawiający uzna, że warunek jest spełniony, jeżeli od rozpoczęcia realizacji zamówienia do dnia wystawienia dokumentu potwierdzającego jego należyte wykonywanie upłynęło co najmniej 12 miesięcy, a wartość zamówienia wykonanego do tego momentu wynosi co najmniej 900 000,00 zł brutto;

Przez 1 zamówienie (zadanie) Zamawiający rozumie wykonanie zamówienia w ramach 1 umowy. Przez zamówienia wykonane należy rozumieć: a) zamówienia rozpoczęte i zakończone w w/w okresie;

b) zamówienia zakończone w w/w okresie, których rozpoczęcie mogło nastąpić wcześniej niż w w/w okresie."

b) SWZ przez wprowadzenie w rozdziale 15 SWZ podmiotowego środka dowodowego w pkt 8 tabeli:

"na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawca przedłoży wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń

okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert."

3. odnośnie zarzutu nr 3: dokonania zmiany §3 ust. 8 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ przez wprowadzenie zapisu:

"Wynagrodzenie wykonawcy może zostać zmienione przez zmianę cen jednostkowych, adekwatnie do przedstawionego przez wykonawcę wzrostu cen materiałów i kosztów w przypadku, gdy: poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, określony miesięcznymi wskaźnikami cen towarów i usług konsumpcyjnych publikowanymi w formie komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w stosunku do początkowego terminu ustalania zmiany wynagrodzenia, jakim jest dzień składania ofert, będzie wskazywać na wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych o więcej niż 4%;"

4. odnośnie zarzutu nr 4: dokonania zmiany §3 ust. 8 lit. d) wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ przez nadanie mu brzmienia:

"Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia wykonawcy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania niniejszych postanowień wynosi 30% całkowitego wynagrodzenia wykonawcy należnego na podstawie niniejszej umowy".

5. odnośnie zarzutu nr 5: dokonania zmiany §5 ust. 6 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ przez nadanie mu brzmienia:

"Łączna maksymalna wysokość kar umownych, którą mogą dochodzić strony wynosi 20 % wartości wynagrodzenia brutto obliczonego za ostatnie trzy miesiące przed dniem naliczenia kar umownych. Limit kar umownych, o którym mowa w zdaniu poprzednim, nie obejmuje kary umownej, o której mowa w ust. 9 (która nie podlega wliczeniu do limitu kar).".

6. odnośnie zarzutu nr 6: dokonania zmiany §2 ust. 3 i 4 wzoru umowy- załącznik nr 2 do SWZ przez nadanie mu brzmienia:

"3 . Czas reakcji na zgłoszenie wynosi maksymalnie 30 minut na terenie Krakowa (tryb CITO – „na ratunek"). W tym czasie wykonawca jest zobowiązany podstawić odpowiednia karetkę wraz z załogą w miejsce wskazane przez zamawiającego celem realizacji usługi. Jeżeli

przyjazd karetki w trybie CITO nastąpi po upływie 30 minut od zgłoszenia, Zamawiający obniży należne wykonawcy za tą usługę wynagrodzenie o 5%.

4. Strony przewidują również zamawianie karetek „T" na umówioną godzinę (tryb planowy). W trybie planowym zamówienie powinno być złożone na 5 godzin przed godziną przyjazdu, a jeżeli transport ma być wykonywany poza granicami administracyjnymi Krakowa na 12 godzin przed godziną przyjazdu. Jeżeli przyjazd karetki w trybie planowym nastąpi po upływie 15 minut od zleconej godziny przyjazdu, Zamawiający obniży należne wykonawcy za

tą usługę wynagrodzenie o 5%."

Nadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy.

W dniu 18 września 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględnił częściowo odwołanie w zakresie zarzutu 3, 4 i 6, zgodnie z treścią tej odpowiedzi, w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania, którego zarzuty nie mają żadnego pokrycia ani w przepisach prawa ani w stanie faktycznym.

W dniu 19 września 2024 r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w całości. Termin posiedzenia z udziałem stron był wyznaczony na dzień 20 września 2024 r.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jednoznacznie i wyraźnie oświadczył, że cofa odwołanie w całości. Taki stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 520 ust. 1 i 2 ustawy, które stanowią, że odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy i cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W tym stanie rzeczy Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania, działając na podstawie art. 568 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt. 3 lit a cyt. rozporządzenia

nakazując zwrot odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 90% uiszczonego wpisu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:…….