Sygn. akt: KIO 3954/23

WYROK

Warszawa, dnia 24 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Anna Chudzik

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Ratownik-Ambulanse Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Pogotowie Ratunkowe we Wrocławiu,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: W.A.S. Wietmarscher-Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ostaszewie,

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Ratownik-Ambulanse Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie 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.

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 3954/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Pogotowie Ratunkowe we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Zakup dziesięciu ambulansów medycznych typu C oraz wyposażenia medycznego – 2 części*. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 grudnia 2023 r. pod nr 00769231-2023.

W dniu 29 grudnia 2023 r. wykonawca Ratownik-Ambulanse Sp. z o.o. Sp.k. wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 16 ust. 1, art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia pośrednio pod jeden typ pojazdu Mercedes-Benz Sprinter;

2)art. 16 ust. 1. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. zKc, przez określenie nierealnego dla większości potencjalnych wykonawców terminu realizacji zamówienia na 90 dni;

3)art. 99 ust. 4 art. 16 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. zKc, przez wymaganie, że ambulanse maja być wyprodukowane na bazie furgonu rok produkcji 2023;

4)art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1, art. 240 ust. 2, art. 242 ust. 1 i 2, art. 247 ustawy Pzp, przez ustanowienie dyskryminujących, niezachowujących zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nieuzasadnionych, nieproporcjonalnych także w zakresie przypisanych im wag, kryteriów oceny ofert (termin realizacji);

5)art. 16 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. zKC, przez określenie kar umownych za zwłokę w dostawie pojazdów na rażąco wygórowanym poziomie, tj. 0,5% wartości kontraktu.

Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że w punkcie 1.10 OPZ Zamawiający wymaga, by pojazd posiadał następujące

wyposażenie:

Fabryczny pakiet parkowania z kamerą 360 stopni, asystent parkowania do prędkości 10km/h ostrzega wizualnie i dźwiękowo przed przeszkodami przed i za pojazdem.

Fabryczny system multimedialny z ekranem dotykowym min. 7 cali i współpracujący z nawigacją. Obsługa za pomocą ekranu dotykowego lub przycisków na kierownicy. Obsługa smartfona przy użyciu np. Bluetooth z funkcją zestawu głośnomówiącego.

Zdaniem Odwołującego powyższe rozwiązanie dostępne jest wyłącznie w samochodzie marki Mercedes-Benz Sprinter.

Odwołujący podniósł, że powyższy wymóg pojawia się w opisie Zamawiającego po raz pierwszy. Do tej pory (również w poprzednim unieważnionym postępowaniu) Zamawiający wymagał: *kamery cofania z wyświetlaczem w formie lusterka wstecznego w kabinie kierowcy lub wbudowanym w konsolę przednią wyświetlaczem. Zestaw czujników cofania z tyłu pojazdu z akustyczną sygnalizacją ostrzegawczą dla kierowcy podczas zbliżania się do przeszkody podczas wykonywania manewru cofania*. Rozwiązanie takie dostępne było zarówno w samochodach marki Mercedes-Benz Sprinter, jak i w innych markach, np. VW Crafter. Po wprowadzeniu do oferty przez firmę WAS ambulansów marki Mercedes-Benz Sprinter z fabrycznym asystentem parkowania z kamerą 360 stopni Zamawiający zmienił dotychczasowe wieloletnie wymagania na takie, które zawężają możliwość zaoferowania pojazdu do jednej marki i modelu.

Odwołujący wniósł o wykreślenie zaskarżonego wymagania lub jego zmiany na następujące:

Kamera cofania z wyświetlaczem w formie lusterka wstecznego w kabinie kierowcy lub wbudowanym w konsolę przednią wyświetlaczem. Zestaw czujników cofania z tyłu pojazdu z akustyczną sygnalizacją ostrzegawczą dla kierowcy podczas zbliżania się do przeszkody podczas wykonywania manewru cofania.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dziale XX SWZ „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert" w pkt 4 ppkt 1.17 określił kryterium oceny ofert: *Drzwi boczne przesuwne lewe do zewnętrznego schowka Fabryczny system wspomagania domykania*.

Odwołujący podniósł, że wskazuje to wprost na cechę katalogową Mercedes Benz Sprinter. Zdaniem Odwołującego nie ma żadnego uzasadnienia dla promowania tej marki za pomocą wskazywania w kryteriach jej cech charakterystycznych, gdyż funkcjonalnie i jakościowo tożsame systemy, tylko inaczej opisane, mogą być zapewnione także w pojazdach innych marek.

Odwołujący wniósł o wykreślenie tego kryterium lub jego zmianę na: *Drzwi boczne przesuwne lewe do zewnętrznego schowka system wspomagania domykania*.

Zarzut nr 2

Odwołujący podniósł, że Zamawiający określił termin dostawy w sposób, który uniemożliwia realną konkurencję. Zamawiający określając termin dostawy na 90 dni kalendarzowych (Dział IV pkt 2 SWZ)przy zachowaniu pozostałych wymogów SWZ, zawęził grono potencjalnych wykonawców do jednego, tj. W.A.S. Wietmarscher Polska Sp. z o.o., który posiada pojazdy o specyfikacji podanej przez Zamawiającego w magazynach zakładowych. Żaden inny podmiot na rynku nie jest w stanie wyprodukować i zaoferować wymaganych SWZ produktów w przewidzianym w SWZ terminie realizacji 90 dni.

Odwołujący wniósł o zmianę terminu realizacji na 180 dni od dnia podpisania umowy.

Zarzut nr 3

Odwołujący zakwestionował wymaganie z punktu 17.1 OPZ:*Ambulans nowy, na bazie furgonu rok produkcji 2023 (…)*. Podniósł, że zaburza to konkurencję w postępowaniu i wskazał, że Zamawiający wie, że w tym postępowaniu, w którym termin składania ofert wyznaczono na 15 stycznia 2024 r., ofertę mogą złożyć jedynie podmioty, które już na etapie publikacji ogłoszenia, tj. w dniu 19 grudnia 2023 r. posiadały zakupione i wyprodukowane w 2023 r. pojazdy o ściśle określonej charakterystycznej specyfikacji technicznej. Odwołujący wniósł o wykreślenie tego wymagania.

Zarzut nr 4

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, dodatkowo punktując (10%) termin dostawy, ogranicza krąg potencjalnych wykonawców do konkretnego producenta ambulansów, który posiada na stanie pojazdy spełniające specyficzne (konkretne) wymagania Zamawiającego. Taki sposób formułowania wymagań przetargowych ogranicza uczciwą konkurencję i ma znamiona zmowy między Zamawiającym a konkretnym wykonawcą. Zdaniem Odwołującego nie jest

możliwie w terminie 90 dni kalendarzowych wyprodukowanie ambulansów, tj. zamówienie w fabryce samochodów wg specyfikacji Zamawiającego, a następnie dostosowanie ich do funkcji ambulansów. Tym bardziej punktowany termin 40 dni na dostawę nie jest możliwy do spełnienia dla wykonawcy, który na chwile obecną nie posiada wyprodukowanych samochodów bazowych (tj. samochodów ciężarowych przed adaptacją na ambulans sanitarny).

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w poprzednim tożsamym postępowaniu określił termin dostawy na 120 dni (co również jest bardzo krótkim, lecz na tamten czas potencjalnie możliwym do spełniania terminem dostawy ambulansów) i nie punktował skróconego terminu dostawy. W poprzednim postępowaniu mogło więc wziąć udział wielu wykonawców i uczciwie konkurować ceną oraz jakością (tj. gwarancją czy walorami technicznymi oferowanych ambulansów).

Zdaniem Odwołującego, wydłużenie terminu dostawy ambulansów bez zniesienia punktacji w zakresie terminu dostawy z praktycznego punktu widzenia nie zmienia sytuacji przetargowej tj. zachowania uczciwej konkurencji. Pozostawienie punktowanego terminu dostawy uniemożliwia de facto przeprowadzenie niniejszego postępowania przetargowego z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Odwołujący przedstawił symulację, w której do obliczeń przyjął cenę ambulansu marki WAS/MB Sprinter produkcji Wietmarscher Ambulanz – und Sonderfahrzeug GMBH zaoferowanego przez W.A.S. Wietmarscher Polska Sp. z o.o. w przetargu organizowanym przez Wojewódzką Stację Pogotowia Ratunkowego i Transportu Sanitarnego „Meditrans" SP ZOZ w Warszawie (– cena ambulansu z noszami elektrycznymi marki Promeba PC-752: 669.174,21 zł. brutto. Wskazał, że W.A.S. Wietmarscher Polska to podmiot, który od kilku lat praktycznie jako jedyny składa oferty i dostarcza ambulanse do Pogotowia Ratunkowego we Wrocławiu.

Kryteria oceny ofert	Ambulans marki WAS	Ambulans innego Wykonawcy
Cena	669.174,21 zł. brutto – 50 pkt.	557.650,00 zł. brutto – 60 pkt
Gwarancja	max. 15 pkt	max. 15 pkt.
Ocena techniczna	max. 15 pkt	max. 15 pkt
Termin dostawy	40 dni – 10 pkt.	90 dni – 0 pkt.
Razem	90 pkt.	90 pkt.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca oferujący dokładnie taki sam produkt jak powyżej wskazany ambulans, z taką samą gwarancją i technicznymi parametrami punktowanymi, lecz w terminie 90 dni (czyli terminie niepunktowanym) musiałby być o ponad 111.500,00 zł. tańszy na jednej sztuce ambulansu, aby móc konkurować z wykonawcą oferującym termin dostawy wynoszący 40 dni. Postępowanie dotyczy 10 szt. Ambulansów, więc wykonawca oferujący termin dostawy 90 dni musiałby być tańszy o ponad milion złotych od wykonawcy oferującego 40-to dniowy termin dostawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia kryterium dotyczącego terminu realizacji.

Zarzut nr 5

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w § 8 ust. 1 wzoru umowy określił kary umowne:

- za zwłokę w wydaniu Przedmiotu Umowy wraz z dokumentami, o których mowa w § 4 ust. 3 w terminie określonym w umowie w wysokości 0,5% kwoty wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- za zwłokę w wykonaniu obowiązku, o którym mowa w § 6 ust. 5 w wysokości 0,5 % kwoty wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

Odwołujący podniósł, że średnia cena jednego ambulansu to 650.000 zł, co przy 10 ambulansach daje 6.500.000 zł. Obliczona od tej wartości kara umowna za dzień zwłoki w dostawie lub naprawie gwarancyjnej to 32.500 zł, co – zdaniem Odwołującego – jest skrajnie niekorzystne, wygórowane i narusza zasadę swobody umów.

Odwołujący wniósł o zmianę zaskarżonych kar umownych na 0,2 % kwoty wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca W.A.S. Wietmarscher-Polska Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na Zamawiającego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1

Izba ustaliła, że w Część III SWZ – Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający określił m.in. następujące wymagania:

Pkt 1.10: *Fabryczny pakiet parkowania z kamerą 360 stopni, asystent parkowania do prędkości 10km/h ostrzega wizualnie i dźwiękowo przed przeszkodami przed i za pojazdem.*

Fabryczny system multimedialny z ekranem dotykowym min.(7 cali) i współpracujący z nawigacją. Obsługa za pomocą ekranu dotykowego lub przycisków na kierownicy. Obsługa smartfona przy użyciu np. Bluetooth z funkcją zestawu głośnomówiącego.

Ponadto w punkcie XX SWZ Zamawiający określił, że jednym z kryteriów oceny ofert, o łącznej wadze 15 pkt, będzie ocena techniczna (OT), a jednym z parametrów punktowanych w ramach kryterium OT jest parametr: *Drzwi boczne przesuwne lewe do zewnętrznego schowka Fabryczny system wspomagania domykania* (waga 2 pkt).

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności 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.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zamawiający, jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Każde z takich wymagań w większym lub mniejszym stopniu ogranicza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, to zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania. Nie jest natomiast celem systemu zamówień publicznych i obowiązującej w nim zasady uczciwej konkurencji, umożliwienie uzyskania zamówienia wszystkim wykonawcom działającym w danej branży, bez względu na to, jakie cechy i właściwości ma przedmiot zamówienia, który mogą zaoferować i bez uwzględnienia potrzeb zamawiającego. To bowiem zamawiający jest uprawniony do określenia tego co, zamierza nabyć i jeśli tylko nie stawia wymagań, które mają za cel ograniczenie konkurencji, nie zaś realizowanie jego potrzeb, to nie można mu w drodze środków ochrony prawnej nakazywać, aby nabył produkty lub rozwiązania, które jego potrzeb nie zaspokoją. Natomiast okoliczność, że dany wykonawca nie jest w stanie dostarczyć produktów spełniających wymagania określone przez zamawiającego, nie może być automatycznie utożsamiana z naruszeniem konkurencji.

Zdaniem Izby, wymóg wyposażenia ambulansów w fabryczny pakiet parkowania z kamerą 360 stopni, jest obiektywnie usprawiedliwiony. Zamawiający przedstawił wyczerpujące i przekonujące uzasadnienie wprowadzenia tego wymagania, a Odwołujący ani w odwołaniu, ani podczas rozprawy takich potrzeb Zamawiającego skutecznie nie zakwestionował.

Zamawiający wskazał w tym zakresie, że: *jest to rozwiązanie, które nie tylko ułatwia pracę ratowników, ale także znacząco przyczynia się do zwiększenia bezpieczeństwa podczas działań ratunkowych. System kamer 360 stopni zapewnia bowiem widok dookoła samochodu, co jest niezwykle pomocne w sytuacjach, gdzie precyzja i szybkie podejmowanie decyzji podczas akcji ratunkowych są kluczowe. Ratownicy mają możliwość monitorowania otoczenia pojazdu, co umożliwia szybką reakcję na zmieniające się sytuacje, a także minimalizuje ryzyko kolizji czy wypadków podczas manewrowania pojazdem pod presją czasu i w trudnych warunkach. Ponadto, system kamer 360 stopni eliminuje tzw. martwe pole i pomaga uniknąć potencjalnych zagrożeń. Ułatwia to manewrowanie pojazdem nawet w*

ciasnych ulicach osiedlowych, bramach wjazdowych czy podwórzach, gdzie widoczność jest ograniczona, a gdzie codziennie poruszają się ambulanse Zamawiającego. (…) Powyższa zmiana, przede wszystkim ma na celu zminimalizowanie liczby szkód powodowanych przez kierujących ambulansami członków ZRM, podczas manewrowania w trudnych warunkach, w ograniczonych przestrzeniach (zwłaszcza miejskich), w sytuacjach, w których czas – z uwagi na dobro pacjenta – pełni szczególną rolę. Zapewnienie rozwiązań służących poprawie bezpieczeństwa jest więc w pełni uzasadnione. Natomiast nie jest to jedyny powód wprowadzenia zmiany w tym zakresie. System kamer 360 stopni zapewnia bowiem widok dookoła samochodu, co jest niezwykle pomocne w sytuacjach, gdzie precyzja i szybkie podejmowanie decyzji podczas akcji ratunkowych są kluczowe. Ponadto, system kamer 360 stopni eliminuje tzw. martwe pole i pomaga uniknąć potencjalnych zagrożeń.

W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że biorąc pod uwagę zadania wykonywane przez Zamawiającego (udzielanie świadczeń zdrowotnych w miejscu zdarzenia w razie wypadku, urazu, porodu, nagłego zachorowania lub nagłego pogorszenia stanu zdrowia powodującego zagrożenie życia, w tym w ramach systemu Państwowego Ratownictwa Medycznego), systemy podnoszące bezpieczeństwo służb ratunkowych oraz pacjentów, a także innych uczestników ruchu drogowego, maja znaczenie fundamentalne. Odwołujący nie zakwestionował znaczenia dla bezpieczeństwa systemu opisanego w punkcie 1.10 OPZ, a wręcz przyznał w piśmie procesowym, że system parkowania z kamerą 360 stopni z pewnością podwyższa bezpieczeństwo użytkowania pojazdu. Jednocześnie Odwołujący gołosłownie zaprzeczył, że to właśnie względy bezpieczeństwa były tym, czym kierował się Zamawiający i podniósł, że intencją Zamawiającego było ograniczenie konkurencji, co nie zostało nawet uprawdopodobnione.

Zamawiający dodatkowo wskazywał, że sporny system – w połączeniu z wymaganiem z punktu 16.5 OPZ (System rejestracji wizualnej wewnętrznej i zewnętrznej ambulansu z możliwością zapisu oraz zabezpieczony przed dostępem osób trzecich) – będzie ułatwiał ustalenie sprawcy zdarzeń drogowych czy innych szkód, które często występują, co jest szczególnie istotne z uwagi na wartość tak samych ambulansów, jak i ich wyposażenia. Odwołujący zakwestionował tę argumentację twierdząc, że system z kamerą 360 stopni jest aktywny i pomocny tylko przy parkowaniu i nie stanowi monitoringu karetki w środku i na zewnątrz, na dowód czego przedstawił korespondencję z przedstawicielem marki Mercedes Benz. W ocenie Izby, przyjmując nawet, że Zamawiający nie wykazał prawidłowości swojej argumentacji w tym zakresie, to i tak sformułowanie przedmiotowego wymagania zostało wystarczająco uzasadnione względami, o których mowa we wcześniejszej części uzasadnienia.

Zauważenia wymaga, że w treści odwołania Odwołujący wskazał jedynie dwie podstawy faktyczne przedmiotowego zarzutu: po pierwsze – że zaskarżone rozwiązanie dostępne jest wyłącznie w pojazdach Mercedes Benz Sprinter, po drugie – że we wcześniejszych postępowaniach Zamawiający takiego wymagania nie formułował. Innych podstaw faktycznych zarzutu Odwołujący nie wskazał.

Odnosząc się do pierwszego z powyższych twierdzeń stwierdzić należy, że nie jest ono zgodne ze stanem faktycznym, fabryczne systemu parkowania z kamerą 360 stopni są bowiem dostępne również w pojazdach innych marek. Zamawiający wskazał na pojazdy takich jak marek, jak Ford, Man, Fiat, a Przystępujący przedstawił cennik dotyczący Fiata Ducato, potwierdzający wyposażenie w przedmiotowy system. Odwołujący natomiast nie wykazał okoliczności przeciwnych.

Odnosząc się do drugiego z twierdzeń przedstawionych w odwołaniu należy wskazać, że okoliczność, iż przedmiotowy wymóg nie pojawił się w postępowaniach prowadzonych wcześniej przez Zamawiającego, w żadnej mierze nie świadczy o jego niezgodności z ustawą. Zamawiający ma prawo zweryfikować, czy dotychczas stosowane rozwiązania w pełni odpowiadają jego potrzebom, ma również prawo korzystać z coraz nowocześniejszych rozwiązań, na które pozwala postęp techniczny.

Zauważyć należy że dopiero w toku postępowania odwoławczego Odwołujący sprecyzował dodatkowe podstawy faktyczne zarzutu. Po pierwsze, Odwołujący podniósł w piśmie procesowym oraz na rozprawie, że kwestionuje nie tyle całe zaskarżone postanowienie, ale ten jego element, który wymaga, aby był to system fabryczny. Takiej podstawy zarzutu nie sposób wyczytać z odwołania, w którym nie podjęto żadnej polemiki z wymaganiem, aby był to system fabryczny, o czym dodatkowo świadczy wniosek Odwołującego, który nie zmierzał do wykreślenia słowa „fabryczny”, ale do całościowego zastąpienia obecnego wymagania zupełnie innym rozwiązaniem, tj. kamerą cofania z zestawem czujników cofania.

Ponadto, dopiero w toku postępowania odwoławczego Odwołujący sformułował tezę, że co prawda także pojazdy innych marek posiadają fabryczny system parkowania z kamerą 360 stopni, ale pojazdy te nie spełniają innych wymagań OPZ. Również takie twierdzenia w żadnej mierze z odwołania nie wynikają.

Podkreślenia wymaga, że zarzuty, wraz z ich podstawami faktycznymi, muszą zostać sprecyzowane już w

odwołaniu, a późniejsze modyfikacje w tym zakresie należy uznać za spóźnione. Zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać konkretne zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego.

W ocenie Izby nie może być wątpliwości, że czym innym jest kwestionowanie wymagania, aby pojazdy były wyposażone w system parkowania, który jest systemem fabrycznym, a czym innym kwestionowanie w ogóle takiego systemu, jako rozwiązania zapewniającego określoną funkcjonalność. Podobnie, czym innym jest twierdzenie, że tylko jeden pojazd spełnia to wymaganie, a czym innym – że inne pojazdy spełniające to wymaganie istnieją, ale nie mogą być zaoferowane z innych przyczyn. Powyższe twierdzenia powinny być przedstawione w odwołaniu, jako wyznaczające zakres zarzutu. Zauważyć należy, że gdyby tak się stało, to stanowisko procesowe Zamawiającego oraz przedstawiane przez niego dowody dotyczyłyby zupełnie innych kwestii niż te, do których odnosił się on na podstawie odwołania. Należy więc stwierdzić, że Odwołujący, po terminie na wniesienie odwołania, dokonał zmiany i skonkretyzowania zarzutów, co należy uznać za niedopuszczalne i niepodlegające ocenie Izby. Tym samym dowody powoływane przez Odwołującego w celu ustalenia, które z odstępnych na rynku pojazdów spełniają wszystkie wymagania Zamawiającego łącznie (w tym wnioskowany dowód z opinii biegłego) nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, kwestia spełniania wszystkich wymagań łącznie nie była bowiem objęta odwołaniem.

W odniesieniu do fabrycznego systemu domykania drzwi, zauważenia wymaga, że zaskarżone postanowienie nie jest wymaganiem minimalnym, ale stanowi kryterium oceny ofert o niewielkiej wadze. Wykonawca może więc zaoferować ambulanse bez fabrycznego systemu wspomagania domykania drzwi, natomiast zaoferowanie takiego systemu zaoferuje pozwala na uzyskanie 2 punktów.

Odwołujący w treści odwołania podniósł jedynie, że zapis ten wskazuje wprost na cechę katalogową pojazdu bazowego Mercedes Benz Sprinter oraz że*funkcjonalnie i jakościowo tożsame systemy tylko inaczej opisane są możliwe także w pojazdach innych marek*. Odwołujący nie przedstawił innych twierdzeń w tym zakresie, nie wyjaśnił też, jakie inne *tożsame systemy tylko inaczej opisane* ma na myśli. Jedynie z porównania zaskarżonego postanowienia i sformułowanego przez Odwołującego żądania można wywieść, że Odwołujący kwestionował to, że ma to być system fabryczny.

Zamawiający wskazał, że system montowany fabrycznie jest lepszy z punktu widzenia realizacji uprawnień z tytułu gwarancji czy serwisowania. W ocenie Izby Zamawiający ma prawo punktować takie rozwiązanie, które ma z jego punktu widzenia zalety, a waga tego kryterium jest adekwatna do funkcjonalne wartości tego rozwiązania. Nie można w tym dopatrzeć się naruszenia przepisów ustawy odnoszących się do kryteriów oceny ofert.

W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że system wspomagania domykania drzwi jest istotny z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego, co zresztą Zamawiający w sposób przekonujący wyjaśnił, wskazując m.in., że jest to rozwiązanie, które nie tylko poprawia wygodę użytkowania, ale także ma istotne znaczenie dla personelu medycznego, zwłaszcza kobiet, które czasami nie dysponują tak dużą siłą fizyczną jak mężczyźni. Odwołujący nie kwestionował jednak znaczenia systemu wspomagania domykania drzwi z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego, istotą zarzutu – jak wskazano powyżej – było to, że ma być to system fabryczny.

Odwołujący – na potwierdzenie, że wymóg ten wskazuje na pojazd Mercedes Benz Sprinter – przedstawił jako dowód zrzut ekranu z opisem systemu tego pojazdu, co w żaden sposób nie może być uznane za potwierdzenie, że tylko ten pojazd posiada taki system. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego powyższą tezę. Jak wynika natomiast ze stanowiska Zamawiającego, system taki jest dostępny w samochodach różnych marek, w tym Iveco, Opel czy Ford.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, nawet gdyby pojazdy innych marek nie posiadały przedmiotowego systemu, nie świadczy to automatycznie o niemożliwości punktowania takiego rozwiązania w ramach kryteriów oceny ofert. Zamawiający jest bowiem uprawniony do przyznawania dodatkowych punktów rozwiązaniom, które w wyższym stopniu spełniają jego oczekiwania. Zatem, o ile przyznawanie dodatkowych punktów za określone rozwiązanie nie wynika z nieuzasadnionej chęci preferowania określonych wykonawców, ale z rzeczywistych walorów takiego rozwiązania, jest to zgodne z przepisami ustawy.

Zarzut nr 2

Izba ustaliła, że zgodnie w punkcie IV.2 SWZ Zamawiający następująco określił termin wykonania zamówienia: *Termin zakończenia w zakresie cz. 1 i 2: w terminie do 90 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy (parametr punktowany)*.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że takie określenie terminu wykonania zamówienia stanowi naruszenie art. 16 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny oraz art. 353^1 Kc, który stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W ocenie Izby określony przez Zamawiającego termin wykonania zamówienia nie narusza ani zasad udzielania zamówień publicznych, ani zasady swobody umów.

Po pierwsze, jak wynika z przedstawionych przez Zamawiającego wyciągów z dokumentacji szeregu innych postępowań, nie jest to termin krótszy niż stosowany w podobnych zamówieniach. Zamawiający i Przystępujący przedstawili wyciągi z dokumentacji innych postępowań, w których określono termin dostawy ambulansów na 40-90 dni, a nawet poniżej 30 dni. Z dowodów tych wynika również, że Odwołujący składał oferty w postępowaniach z tak określonymi terminami.

Ponadto, Odwołujący przedstawił w odwołaniu tezę, że zaskarżony termin wykonania zamówienia zawęża grono wykonawców do Przystępującego, jednak tezy tej w żaden sposób nie rozwinął ani podjął nawet próby wykazania jej prawdziwości. Nie zostało również nawet uprawdopodobnione, że określony w SWZ termin umożliwia udział w postępowaniu tylko wykonawcom, którzy posiadają w magazynach pojazdy o wymaganej specyfikacji. Nie sposób przyjąć, że ambulanse, poczynając od pojazdów bazowych, są produkowane dopiero po ogłoszeniu postępowania czy też po uzyskaniu zamówienia. Wykonawcy mają możliwość nabycia pojazdów bazowych, które zabudowują i wyposażają pod kątem konkretnego zamówienia. Zamawiający wskazał, że z jego doświadczenia w realizowaniu zakupów ambulansów wynika, że produkcja jednego ambulansu trwa na linii montażowej około tygodnia, co oznacza, że przy kilku linach montażowych wykonawca jest w stanie wyprodukować 5 ambulansów w ciągu zaledwie tygodnia, 90 dni natomiast to ponad 12 tygodni. Jeżeli Odwołujący tak zorganizował procesy w swoim przedsiębiorstwie lub podjął takie a nie inne decyzje biznesowe, że nie jest w stanie wykonać dostawy w wyznaczonym terminie, to jest to jego ryzyko, czego nie można utożsamiać z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Zauważyć również należy, że Zamawiający umożliwił składanie ofert częściowych, co oznacza, że w postępowaniu mogą wziąć udział również wykonawcy, których potencjał nie pozwala na dostawę wszystkich ambulansów w wyznaczonym terminie.

Zarzut nr 3

Izba ustaliła, że w Część III SWZ – Opis przedmiotu zamówienia w punkcie 1.17 Zamawiający określił następujące wymaganie: Pkt 17.1: *Ambulans nowy, na bazie furgonu rok produkcji 2023, wyposażony w system eCALL oraz asystenta pasa ruchu.*

Izba stwierdziła, że ze sposobu sformułowania tego zarzutu wynika, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu wyłączenie możliwości zaoferowania ambulansów na bazie furgonu z 2024 r. W ocenie Izby takie odczytywanie postanowień SWZ nie ma uzasadnienia.

Wykładnia zaskarżonego postanowienia prowadzi – zdaniem Izby – do wniosku, że Zamawiający wymaga, aby rok produkcji furgonu nie był wcześniejszy niż rok 2023, co oznacza, że dopuszcza także pojazdy wyprodukowane w roku 2024. Zostało to wprost potwierdzone przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym. Zdaniem Izby tylko taka interpretacja jest prawidłowa, nie ma bowiem wątpliwości, że zestawienie wymagania, że ambulans ma być nowy, z wymaganiem, aby był wykonany na bazie furgony z roku, w którym postępowanie zostało wszczęte, wskazuje, że intencją Zamawiającego było zapewnienie, że będą to pojazdy z bieżącej produkcji i wyeliminowanie pojazdów z lat

wcześniejszych. Jakkolwiek w postanowieniu tym zabrakło wyraźnego wskazania, że chodzi o furgon nie starszy niż z 2023 r., to odmienna interpretacja byłaby pozbawiona sensu.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że nie powinno budzić wątpliwości, iż wyłączenie możliwości oferowania ambulansów na bazie furgonu starszego niż z 2023 r. jest uzasadnione. Zamawiający przedstawił w tym zakresie przekonujące wyjaśnienie, wskazując, że chce zakupić nowe modele pojazdów, które wyposażone są w najnowsze technologie, zapewniając wyższy standard funkcjonalności, efektywności i bezpieczeństwa, co ma wymierne korzyści dla poziomu jakości świadczonych usług w Ratownictwie Medycznym i służy wypełnianiu obowiązków wynikających z ustawy o jakości w opiece zdrowotnej i bezpieczeństwie pacjenta oraz że wybór nowszych roczników pojazdów bazowych ma również związek z lepszymi standardami dotyczącymi wydajności, efektywności paliwowej, jak również aspektami środowiskowymi i ekologicznymi. Kwestia ta nie była jednak, jak się wydaje, istotą zarzutu podniesionego w odwołaniu.

Zarzut nr 4

Izba ustaliła, że w punkcie XX SWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

Oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryteria oceny ofert:

1) Cena [zł] – Pi (C) – waga 60 pkt

2) Oferowany okres gwarancji na dostarczony ambulans z uwzględnieniem podziału, o którym mowa w Rozdziale III ust. 3.1 pkt 2 ppkt 7 - zgodnie ze wskazaniem Wykonawcy w ofercie – Pi (OG) – waga 15 pkt

3) Ocena techniczna (OT) - zgodnie ze wskazaniem Wykonawcy w tabeli minimalnych wymagań techniczno - użytkowych ambulansu – waga 15 pkt

4) Termin dostawy (TD) - zgodnie ze wskazaniem Wykonawcy w ofercie – Pi (TD) – waga 10 pkt.

Zamawiający określił następujące zasady oceny w ramach kryterium TD:

Termin dostawy liczony od dnia podpisania umowy: 90 dni – 0 pkt; 60 dni – 5 pkt; 40 dni – 10 pkt.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 239 ust. 1, zgodnie z którym zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
- art. 240 ust. 2, zgodnie z którym kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.
- art. 242 ust. 1, zgodnie z którym: Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2) ceny lub kosztu.
- art. 242 ust. 2, zgodnie z którym kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do: 1) jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników; 2) aspektów społecznych, w tym integracji zawodowej i społecznej osób, o których mowa w ; 3) aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia; 4) aspektów innowacyjnych; 5) organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia; 6) serwisu posprzedażnego, pomocy technicznej, warunków dostawy takich jak termin, sposób lub czas dostawy, oraz okresu realizacji.
- art. 247, zgodnie z którym: 1. W ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia zamawiający określa wagę, jaką przypisuje każdemu z kryteriów wybranych do celów ustalenia oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem sytuacji, gdy najkorzystniejszą ofertę określa się wyłącznie na podstawie ceny. 2. Wagi przypisane każdemu z kryteriów mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną.

Na wstępie zauważyć należy, że przepisy, których naruszenie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, są nieadekwatne do podniesionych zarzutów. Przepis art. 239 ust. 1 ustawy Pzp może zostać naruszony dopiero przy wyborze oferty najkorzystniejszej i polegać na dokonaniu takiego wyboru na innej podstawie niż kryteria określone w SWZ. Przepis art. 240 ust. 2 ustawy Pzp ogranicza możliwość stosowania kryteriów „nieostrych", czego zarzuty odwołania w ogóle nie dotyczą. Art. 242 ust. 1 i 2 określa rodzaje kryteriów, jakie mogą być stosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z kolei art. 247 ustawy reguluje obowiązek przypisania każdemu z kryteriów wagi. Trudno dopatrzyć się związku między zakresem regulacji tych przepisów a zarzutem odwołania.

Niezależnie od powyższego, w odniesieniu do kryterium skróconego terminu dostawy, w pełni aktualna pozostaje argumentacja Izby przedstawiona w odniesieniu do podstawowego terminu przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający przedstawił przekonujące uzasadnienie wprowadzenia tego kryterium, wykazując, że ma to usprawiedliwienie w jego potrzebach. Wskazał, że w 2024 r. będzie musiał przystąpić do konkursu ofert organizowanego przez Narodowy Fundusz Zdrowia na realizowanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju ratownictwo medyczne. W ramach tego konkursu zobowiązany jest wykazać potencjał, którym realizował będzie świadczenia zdrowotne, w tym ambulanse oraz ich wyposażenie. Wskazał również, że konieczność szybkiej, systematycznej wymiany ambulansów systemowych jest uzasadniona z uwagi na intensywne, ciągłe użytkowanie, mocne wyeksploatowanie, nadmierne zużycie, uszkodzenia powypadkowe (szkody całkowite), awarie oraz inne wady uniemożliwiające ich eksploatację.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że krótszy termin dostawy ambulansów jest dla Zamawiającego obiektywnie korzystniejszy, ma ona zatem prawo dodatkowo punktować zaoferowanie takiego skróconego terminu. Nie narusza to żadnego z przepisów wskazanych w odwołaniu.

Zarzut nr 5

Izba ustaliła, że Zamawiający w § 8 ust. 1 wzoru umowy określił m.in. następujące kary umowne:

- ppkt 1: za zwłokę w wydaniu Przedmiotu Umowy wraz z dokumentami, o których mowa w § 4 ust. 3 w terminie określonym w umowie w wysokości 0,5% kwoty wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- ppkt 3: za zwłokę w wykonaniu obowiązku, o którym mowa w § 6 ust. 5 w wysokości 0,5 % kwoty wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

Zgodnie z art. 353^1 Kc, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że skutecznie podniesienie zarzutu dotyczącego wysokości kar umownych wymaga wykazania przez wykonawcę wnoszącego odwołanie, że wysokość zaskarżonych kar umownych narusza przepisy ustawy Pzp. Kara umowna może być uznana za rażąco wygórowaną, jeżeli jej wysokość wpływa na zawężenie lub wyłączenie konkurencji w postępowaniu, prowadząc do naruszenia ustawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Odwołujący nie podjął nawet próby takiego wykazania. Zamawiający wykazał natomiast, że na tle innych postępowań na dostawę ambulansów nie jest to kara wygórowana.

Odwołujący stwierdził w odwołaniu, że jest to kara skrajnie niekorzystna, wygórowana i narusza zasadę swobody umów. Odnosząc się do tych twierdzeń należy wskazać, że kara umowna, aby realizowała cel jej zastrzeżenia, ze swej istoty musi stanowić dla wykonawcy określoną dolegliwość. Odwołujący nie wyjaśnił natomiast, w jaki sposób zaskarżone kary naruszają zasadę swobody umów, tj. nie wskazał, aby była niezgodna z ustawą, (w szczególności z art. 433 pkt 1-3 ustawy Pzp, określającym klauzule abuzywne w zakresie odpowiedzialności wykonawcy, w tym w formie kar umownych), nie określił, na czym miałaby polegać jej sprzeczność z właściwością (naturą) stosunku, nie wiadomo też, jakie zasady współżycia społecznego miałaby naruszać.

Zauważenia wymaga, że objęte zarzutem kary umowne dotyczą tylko przypadków zwłoki, czyli zawinionego opóźnienia wykonawcy. Ponadto podstawą ustalenia wysokości tych kar jest wynagrodzenie netto, a nie brutto, jak wskazywał Odwołujący – wysokość tych kar za każdy dzień zwłoki będzie zatem niższa niż twierdzi Odwołujący. Należy również mieć na uwadze, że termin dostawy stanowi kryterium oceny ofert i może mieć wpływ na uzyskanie zamówienia, dlatego zasadne jest zawarcie w umowie takich kar umownych, które będą służyć dotrzymaniu oferowanego terminu na etapie realizacji zamówienia.

W związku z powyższym Izba nie dopatrzyła się podstaw od uwzględnienia przedmiotowego zarzutu.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 § 8 ust. 2 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodnicząca:……