

**WYROK**  
**z dnia 13 kwietnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2017 r. przez odwołującego - **Luxury Medical Care Sp. z o.o., Sp. k., ul. Słomińskiego 17/ lok. 47, 00-195 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Mokotów, ul. Rakowiecka 25-27, 02-517 Warszawa,**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wnoszącego odwołanie wykonawcę - **Luxury Medical Care Sp. z o.o., Sp. k., ul. Słomińskiego 17/ lok. 47, 00-195 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Luxury Medical Care Sp. z o.o., Sp. k., ul. Słomińskiego 17/ lok. 47, 00-195 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę - Luxury Medical Care Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie [Odwołujący], którego przedmiotem jest „Dowóz 96 dzieci niepełnosprawnych zamieszkałych na terenie Dzielnicy Mokotów do szkół i placówek oświatowych na trasie dom-szkoła-dom dla ośmiu Obszarów Mokotowa" wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz Ogłoszenia o zamówieniu (Ogłoszenie). Przedmiot zamówienia podzielony został na osiem części. Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 marca 2017 r. Zdaniem wnoszącego odwołanie, zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Mokotów naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp], a mianowicie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust 1, 2 i 3 Pzp z uwagi na opisanie przedmiotu zamówienia (w każdej z 8 części) w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, a mianowicie: przedstawienie takich zasad realizacji przedmiotu zamówienia, które są (z przyczyn nieznajdujących uzasadnienia) nieadekwatne i wygórowane w stosunku do rzeczywistych potrzeb i wymagań aby przedmiot zamówienia wykonać co najmniej prawidłowo, rzetelnie i zgodnie ze wszelkimi zasadami, co w konsekwencji może prowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji;
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2a oraz ust 2 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art 36 ust. 1 pkt 13) Pzp z uwagi na wprowadzenie pozornych kryteriów oceny ofert, a tym samym zastosowanie kryterium ceny, jako kryterium o wadze przekraczającej 60% bez jednoczesnego określenia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, a co najmniej poprzez wprowadzenie kryterium doświadczenia osób w sytuacji, gdy nie ma to znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania w całości; 2) przeprowadzenie zmian w dokumentacji postępowania, które spowodują usunięcie wszystkich naruszeń wskazanych w treści niniejszego odwołania, w tym w szczególności nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ oraz Ogłoszenia: a. dla każdej z 8 części zamówienia wykreślenie z opisu przedmiotu zamówienia: (1) zakazu używania przez załogę samochodu ubiorów w kolorze czerwonym z oznakowaniem sanitariusz, ratownik medyczny, itp.; (2) zakazu realizacji przedmiotu zamówienia samochodami sanitarnymi, karetkami, które zajmują się przewożeniem pacjentów szpitalnych, dializowanych oraz materiału biologicznego; b. usunięcie kryteriów „doświadczenie opiekuna" oraz „kary umowne"; c. ustalenie kryterium ceny na dopuszczalnym poziomie 60%.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania albowiem wadliwy, naruszający zasadę uczciwej konkurencji, a w konsekwencji niezgodny z ustawą Pzp opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ oraz Ogłoszeniu utrudnia (a w praktyce uniemożliwia) mu złożenie prawidłowej i zgodnej z warunkami określonymi przez Zamawiającego oferty. Powyższe prowadzi bezpośrednio do narażenia Odwołującego na brak możliwości udziału w postępowaniu, pozyskaniu zamówienia i w konsekwencji szkodę w postaci utraty zysku, który Odwołujący mógłby osiągnąć w wypadku wyboru jego oferty (uznania oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego). W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla Zamawiającego warunkach i podjąć działania w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia w Postępowaniu. Obecna treść SIWZ i Ogłoszenia jest skonstruowana w sposób eliminujący Odwołującego z możliwości ubiegania się o realizację zamówienia, pomimo, że posiada doświadczenie, wiedzę i wszystkie inne możliwości niezbędne do wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty.

W uzasadnieniu, odnośnie pierwszego zarzutu wskazał, że postanowienia specyfikacji mogą doprowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji, a w szczególności bezzasadnego wykluczenia z realizacji zamówienia podmiotów, które w ramach swojej działalności zajmują się również transportem sanitarnym. Wskazał na pkt 3 zgodnie z którym: „nie dopuszcza używania przez załogę samochodu ubiorów w kolorze czerwonym z oznakowaniem sanitariusz, ratownik medyczny itp.” oraz na tiret pierwszy w pkt 4 OPZ: „nie dopuszcza się transportu samochodami sanitarnymi, karetkami, które zajmują się przewożeniem pacjentów szpitalnych, dializowanych oraz materiału biologicznego”. Z powyższych punktów, zdaniem wykonawcy, należy wyciągnąć dwa podstawowe wnioski: a) Zamawiający bez logicznego uzasadnienia, wyłącza z realizacji zamówienia wykonawców, których załogi są profesjonalnie przeszkolone i ubrane w jednakowe kostiumy. Dodatkowo Zamawiający wyklucza wykonawców, którzy nie tylko posiadają w swojej flocie pojazdy sanitarne lub karetki, a jedynie ogranicza się do firm transportowych (rozumianych wąsko). b) Zamawiający, bezpodstawnie, próbuje wyłączyć z realizacji zamówienia podmioty, które w ramach swojej działalności zajmują się też transportem sanitarnym. Jego zdaniem, dokonany opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, a tym samym narusza art. 29 ust. 2 Pzp. Prowadzi bowiem do zawężenia postępowania dla konkretnych wykonawców oraz preferuje wykonawców zajmujących się wyłącznie wąsko rozumianym transportem osób w pojazdach przystosowanych do przewozu niepełnosprawnych, pomimo że inne podmioty też spełniają warunki udziału w postępowaniu i posiadają niezbędne doświadczenie (także w transporcie dzieci niepełnosprawnych), wiedzę i umiejętności. Wskazał na orzeczenie KIO sygn. akt: KIO 2419/16), podnosząc, że: "Uprawnienie do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób,

który w pełni zabezpiecza jego potrzeby przysługuje w sposób oczywisty zamawiającemu, który jako profesjonalista jest w tym zakresie najlepiej zorientowany. Jednocześnie jednak opis przedmiotu zamówienia, którego zrealizowanie ma zaspokoić uzasadnione potrzeby zamawiającego nie może naruszać zasad zamówień publicznych, w szczególności wynikających z treści art. 7 oraz art. 29 Pzp. Potrzeby muszą być obiektywnie uzasadnione, a ewentualne przedmiotowe wymagania nie mogą mieć na celu preferowanie określonego wykonawcy". Na marginesie Odwołujący wskazał, że wyeliminowanie z pomocy dzieciom w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia sanitariuszy stoi w sprzeczności z zasadami logicznego rozumowania. Transport dzieci niepełnosprawnych to nierzadko ciężka fizyczna praca, w której najlepiej sprawdzają się właśnie doświadczeni sanitariusze, którym Zamawiający zdaje się zakazywać wykonywania takiej pracy w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odnosnie drugiego zarzutu podał, że kryterium „Doświadczenie opiekuna” jest pozorne, gdyż nie istnieją żadne mechanizmy pozwalające na zweryfikowanie doświadczenia opiekuna (nie istnieją żadne rejestry, certyfikaty czy nawet wytyczne czym jest zawód „opiekuna” lub z jakimi obowiązkami taka funkcja się wiąże). Zamawiający wprowadzając takie kryterium wystąpił przeciwko podstawowej zasadzie oceny ofert w ramach Pzp, tj. uniemożliwił zróżnicowanie jakości ofert na podstawie potencjału konkurujących wykonawców. Ponadto, jego zdaniem, nie znajduje żadnego uzasadnienia wprowadzanie tak znaczących różnic (10% możliwych punktów) w zależności od (nieweryfikowalnego) czasu doświadczenia opiekunów. Fakt niemożliwości sprawdzenia czym jest (i jak jest udokumentowane) doświadczenie opiekunów, a tym samym jego pozorność, prowadzi do tego, że kryterium ceny w rzeczywistości jest jedynym kryterium oceny ofert. Powyższe twierdzenie odniósł również do kryterium „Kar umownych”, które de facto staje się kryterium ceny, które odnosi się pośrednio do wartości realizacji Zamówienia i podobnie jak cena dotyczy ekspozycji majątkowej wykonawcy w stosunku do Zamawiającego i możliwych do poniesienia przez niego w przyszłości kosztów.

W konkluzji stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym i prawnym postanowienia zawarte w SIWZ oraz Ogłoszeniu (kryteria oceny ofert, a także opis przedmiotu zamówienia) rażąco naruszają zasady uczciwej konkurencji. Kluczową zasadą przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych jest formułowanie warunków realizacji zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) w sposób adekwatny do rzeczywistych potrzeb niezbędnych do realizacji danych usług, robót budowlanych lub dostaw. Nie ulega wątpliwości, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie dostosował SIWZ oraz Ogłoszenia do ww. norm, a tym samym postępowanie przez niego prowadzone nie może dalej toczyć się w

oparciu o obecny SIWZ i Ogłoszenie gdyż naruszałoby tym samym uczciwą konkurencję eliminując podmiot, który swoim doświadczeniem i uzyskanymi referencjami daje gwarancję należytego wykonania zamówienia. Wskazał wyrok KIO w sprawie sygn. akt: KIO 2634/2014, podnosząc, że: „Zakazane jest dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Dyspozycją art 29 ust. 2 Pzp objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, tak więc spełnienie dyspozycji tego przepisu niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję.”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że uwzględnił zarzuty dotyczące kryteriów w ten sposób, że odnośnie kryterium doświadczenie opiekuna zmniejszył wagę kryterium oraz wprowadził wymóg przedstawienia zaświadczenia, umożliwiającego weryfikację doświadczenia opiekuna, a w przypadku kryterium – kary umowne – to kryterium wykreślił, a w jego miejsce wprowadził kryterium: „Parametry techniczne pojazdów (rok produkcji samochodów przewidzianych do realizacji zamówienia – waga 20%”. Stwierdził także, że odrzuca zarzut dotyczący prób wyłączenia z realizacji zamówienia podmiotów, które zajmują się transportem sanitarnym, albowiem w postępowaniu mogą uczestniczyć wszyscy wykonawcy, którzy posiadają licencję zezwalającą na wykonywanie transportu drogowego osób, obejmującej co najmniej obszar m.st. Warszawy, zgodnie z ustawą o transporcie drogowym. Wskazał także na określenie przedmiotu zamówienia za pomocą kodu CPV – Usługi w zakresie transportu drogowego – 60130000-9.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust 1, 2 i 3 Pzp Izba nie zgodziła się z twierdzeniami wykonawcy, że wymagania związane z realizacją przedmiotu zamówienia, nie znajdują uzasadnienia oraz, że są wygórowane w stosunku do rzeczywistych potrzeb i wymagań.

Odnośnie zarzutów skierowanych do postanowień punktu 3 i 4 Opisu przedmiotu zamówienia [załącznik 8a do 8h specyfikacji], Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że zgodnie z punktem 4 tiret pierwszy Zamawiający wymaga od wykonawcy „zapewnienia

*transportu dzieci niepełnosprawnych oznakowanymi samochodami (widoczne oznakowanie pojazdu z przodu i z tyłu symbolem: przejazd dla osób niepełnosprawnych – zgodnie z art. 58 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (...) przystosowanymi pod względem technicznym do przewozu dzieci niepełnosprawnych, wyposażonymi w odpowiedni sprzęt ułatwiający wsiadanie i wysiadanie dziecku poruszającemu się na wózku inwalidzkim tj. wind lub najazdów dla wózków inwalidzkich oraz odpowiednie zabezpieczenie dla przewozu dzieci i wózków oraz pasy do przypinania dzieci znajdujących się na wózkach (nie dopuszcza się transportu samochodami sanitarnymi, karetkami, które zajmują się przewożeniem pacjentów szpitalnych, dializowanych oraz materiału biologicznego).*" Zdaniem Izby zastrzeżenie w nawiasie, którego dotyczy zarzut odwołania, nie pozwala na stosowanie do przewozu dzieci, wyłącznie tego samego pojazdu sanitarnego, którym następuje transport pacjentów szpitalnych, dializowanych oraz materiału biologicznego. Nie wyklucza natomiast wogóle stosowania pojazdu zarejestrowanego jako „samochód specjalny – sanitarny – przewóz osób niepełnosprawnych” tylko z uwagi na adnotację, że jest to pojazd „sanitarny”. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z przepisami o ruchu drogowym - pojazdem przeznaczonym do przewozu osób niepełnosprawnych jest pojazd konstrukcyjnie przystosowany do przewozu tych osób; przystosowanie to polega na wyposażeniu go w dodatkowe urządzenia, np. nisko opuszczaną podłogę, dźwig do transportowania niepełnosprawnych z wózkami inwalidzkimi. To oznacza, że samochód sanitarny uzyska oznaczenie przewidziane dla pojazdu służącego do przewozu osób niepełnosprawnych tylko wówczas, gdy spełnia stosowne wymaganie. Nie byłoby zatem żadnego uzasadnionego powodu, aby eliminować pojazd tylko z powodu dodatkowego oznaczenia „jako sanitarny”, w sytuacji gdy będzie to pojazd dedykowany – z podanymi wyłączeniami - dla realizacji tej usługi. Nie ma także żadnego powodu, aby wymagania, co do stroju traktować, jako nieadekwatne czy wygórowane. Powyższa usługa jest związana z dowozem dzieci niepełnosprawnych do szkół i placówek oświatowych na trasie dom-szkoła-dom. Z kolei strój ratownika medycznego [sanitariusza] jest umundurowaniem – zgodnie z przepisami o ratownictwie medycznym – w tym rozporządzeniem ministra zdrowia w sprawie oznaczenia systemu Państwowe Ratownictwo Medyczne oraz wymagań w zakresie umundurowania członków zespołów ratownictwa medycznego, zastrzeżonym dla osób wykonujących takie funkcje – w ramach umów udzielają medycznych czynności ratunkowe w ramach działalności leczniczej. Izba stwierdza, że punkt 3.3 OPZ [„nie dopuszcza używania przez załogę samochodu ubiorów w kolorze czerwonym z oznakowaniem sanitariusz, ratownik medyczny itp.”] dotyczy właśnie tego umundurowania, a nie koloru czerwonego, jako takiego. To postanowienie z pewnością nie wyłączy z realizacji zamówienia wykonawców, których załogi są profesjonalnie przeszkolone, w przypadku gdy będą miały inny strój niż umundurowanie przewidziane dla sanitariusza, czy ratownika medycznego.

Odnośnie kryteriów – w zakresie podtrzymanego kryterium „Doświadczenie opiekuna” - Izba przede wszystkim wskazuje, że wbrew twierdzeniom odwołania wytyczne czym jest zawód „opiekuna” lub z jakimi obowiązkami taka funkcja się wiąże zostały podane w opisie kryterium, a mianowicie: *”ofercie Wykonawcy, który skieruje do realizacji zamówienia opiekuna posiadającego przeszkolenie w zakresie udzielania pierwszej pomocy oraz doświadczenie w opiece nad dziećmi niepełnosprawnymi sprawowanej w czasie zorganizowanego dowozu do placówek oświatowych zostaną przyznane punkty wg niżej opisanych zasad: za doświadczenie opiekuna od 1 roku do 3 lat -10 pkt; - za doświadczenie opiekuna od 3 roku do 5 lat - 20 pkt; -za doświadczenie opiekuna powyżej 5 lat-30 pkt.”*. Wbrew twierdzeniu Odwołującego kryterium to nie jest pozorne, albowiem zweryfikowanie doświadczenia opiekuna mogło nastąpić na podstawie oświadczenia wykonawcy zainteresowanego uzyskaniem jak najwyższej punktacji. Kwestionowanie takiego oświadczenia mogło niewątpliwie następować w trybie odwoławczym przez konkurencyjnego wykonawcę. Nie jest zatem słuszne twierdzenie, że Zamawiający wprowadzając takie kryterium wystąpił przeciwko podstawowej zasadzie oceny ofert w ramach ustawy Pzp, a mianowicie uniemożliwił zróżnicowanie jakości ofert na podstawie potencjału konkurujących wykonawców. Izba zwraca uwagę, że zakres wymaganych informacji – wobec takiego opisu kryterium – Zamawiający pozostawił zainteresowanemu wykonawcy. Jednocześnie Izba stwierdza, że Zamawiający wobec zarzutu braku mechanizmu pozwalającego na zweryfikowanie tego doświadczenia wprowadził – modyfikacją z 7.04.2017 r. - formularz nr 9 oznaczony jako załącznik nr 9 do SIWZ: *„Informacja na temat doświadczenia opiekuna/opiekunów skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (...), który miał wypełnić „Wykonawca w celu uzyskania punktów w ramach Kryterium II doświadczenie opiekuna (...). Z kolei reakcją Zamawiającego na zarzut braku „uzasadnienia wprowadzenia tak znaczących różnic (10% możliwych punktów) w zależności od (nieweryfikowalnego) czasu doświadczenia opiekunów.” – było zmniejszenie wagi do 20 % i punktacji doświadczenia powyżej 2 lat maksymalnie do 20 pkt. Izba dodatkowo zauważa, że powyższe w toku rozprawy nie było podważane. Podobnie, jak wprowadzone w miejsce kryterium „kary umowne” - kryterium „Parametry techniczne pojazdów (rok produkcji samochodów przewidzianych do realizacji zamówienia – waga 20%” wraz z jego opisem, w którym podano, że punktacja dotyczy skierowanych do realizacji zamówienia samochodów wyprodukowanych nie wcześniej niż w 2012 roku.*

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:**

.....