

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 21 grudnia 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 21 listopada 2016 r. zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego: Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 9 listopada 2016 r., (znak: KD/124/16/DKUE) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

dostawę ambulansu z wyposażeniem dla potrzeb Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu, w którym zamontowany zostanie defibrylator z możliwością wykonywania teletransmisyjnego EKG (3 pojazdy)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Lubomira Matczuk-Mazuś Agata Mikołajczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego zasługują na uwzględnienie w zakresie naruszenia opisanego w pkt 1 informacji o wyniku kontroli.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził na wniosek kontrolę doraźną następczą postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę ambulansu wraz z wyposażeniem dla potrzeb Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu, w którym zamontowany zostanie defibrylator z możliwością wykonywania teletransmisyjnego EKG (3 pojazdy)”.

W informacji przekazanej Prezesowi UZP, inicjującej przedmiotową kontrolę, wskazano na

ustalenia do jakich doprowadziło postępowanie kontrolne Delegatury CBA w Białymstoku wskazujące na naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Ustawy Pzp poprzez łączne wymaganie parametrów właściwych dla konkretnego modelu pojazdu: Mercedes – Benz Sprinter, a także wymaganie parametrów dodatkowo punktowanych charakterystycznych dla dwóch marek: Mercedes – Benz Sprinter oraz Volkswagen Crafter oraz określenie terminu realizacji zamówienia na 30 dni od dnia podpisania umowy, co skutkowało złożeniem tylko jednej oferty.

Prezes UZP zlecił sporządzenie opinii biegłemu zawierającej odpowiedzi na pytania:

1. Czy w świetle ostatecznych postanowień siwz, zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył parametrów technicznych wskazujących na wybór konkretnego produktu, tj. konkretnej marki i modelu ambulansu, będącego przedmiotem zamówienia? Jeśli tak, to jaki produkt i które parametry o tym przesądzają?
2. Czy w świetle ostatecznych postanowień siwz w dniu składania ofert (tj. w dniu 07.06.2013) istniała możliwość zaoferowania ambulansu (rok produkcji 2013 na pojazdach bazowych wyprodukowanych w 2012 roku) o parametrach takich samych lub wyższych od wskazanych w siwz? Jeśli tak, to proszę wskazać konkretne marki i modele.
3. Czy możliwa była realizacja zamówienia w terminie określonym przez zamawiającego (30-dni od dnia podpisania umowy) przez każdy podmiot działający w danej branży czy też mógł jej podjąć tylko podmiot, który posiadał na „stanie” wskazane przez zamawiającego w siwz określone pojazdy bazowe lub gotowe ambulanse oraz miał dostęp do zabudowy medycznej ze sprzętem medycznym?
4. Które dostępne na rynku w dniu składania ofert (tj. w dniu 07.06.2013 r.) ambulanse posiadały zbiornik paliwa min. 100 l., drzwi boczne prawe przesuwane do tyłu z fabrycznym systemem wspomaganie ich domykania oraz drzwi boczne lewe przesuwane do tyłu z fabrycznym, elektrycznym systemem wspomaganie ich domykania ? Proszę o wskazanie marki i modelu.
5. Czy wymagania zamawiającego odnośnie ww. ambulansów, które przesądzają o możliwości zaoferowania jednego produktu (jeżeli odpowiedź na pytanie nr 1 jest twierdząca) można uzasadniać jego potrzebami?

Biegły w opinii wskazał na dwa modele pojazdów spełniające wskazane w pytaniu nr 4 parametry oceny, tj. Mercedes model Sprinter oraz Volkswagen model Crafter, oba z silnikami 163 KM. Biegły nie przesądził w sposób jednoznaczny, czy tylko podmioty posiadające na stanie wskazane pojazdy bazowe lub gotowe mające dostęp do zabudowy medycznej mogły złożyć ofertę, gdyż wymagało to potwierdzenia przez importerów marki Mercedes i Volkswagen, którzy mają bezpośredni podgląd i wiedzę o „parku” pojazdów wolnych (czyli nie zamówionych pod konkretnego klienta) w danym czasookresie. Udzielając odpowiedzi na

ostatnie z pytań biegły ujął swoją ocenę w jednym zdaniu zawierającym stwierdzenie, iż wymagań dotyczących zbiornika paliwa oraz wyposażenia (drzwi boczne) *zdaniem opiniującego nie można uzasadniać potrzebami techniczno/eksploatacyjnymi*.

Dowód: opinia biegłego rzeczoznawcy z 17.8.2016 r. przedłożona Prezesowi UZP w dniu 12.09.2016 r.

Prezes UZP wystąpił o uzupełnienie opinii w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 3, która nie była jednoznaczna. W odpowiedzi biegły posiłkując się informacją z działu sprzedaży samochodów dostawczych firmy Mercedes Polska i ASO Mercedes w Warszawie wskazał, iż realizacji zamówienia mógł się podjąć tylko podmiot, który posiadał na „stanie” wskazane przez zamawiającego w siwz określone pojazdy bazowe lub gotowe ambulanse oraz miał dostęp do zabudowy medycznej ze sprzętem medycznym. Biegły nie mógł uzyskać informacji o dostępnej na czerwiec 2013 r. bazie wolnych pojazdów Volkswagen, które to dane nie są gromadzone według wiedzy Volkswagen Poznań (opinia z 4.10.2016 r.).

W świetle ustaleń biegłego Prezes UZP poinformował Zamawiającego o wszczęciu kontroli następczej doraźnej (pismo z 25.10.2016 r.). W informacji o wyniku kontroli z 09.11.2016 r. Prezes UZP stwierdził naruszenie:

1. Art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez określeniu terminu realizacji zamówienia na 30 dni licząc od dnia podpisania umowy, w którym dostawy mógł podjąć się tylko podmiot, który posiadał na stanie wskazane pojazdy bazowe lub gotowe ambulanse oraz miał dostęp do zabudowy medycznej ze sprzętem medycznym, co mogło utrudniać wykonawcom udział w niniejszym postępowaniu.
2. Art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to utrudniający uczciwą konkurencję, przez wymaganie wykazania się doświadczeniem w realizacji co najmniej pięciu dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, polegających na dostawie ambulansów typu C.
3. Art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, przez wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu szerszego zakresu dokumentów wymaganych od wykonawców zagranicznych niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – tj. braku żądania od wykonawców mających miejsce zamieszkania albo siedzibę na terenie Polski aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 Ustawy Pzp.
4. § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów z 2013 r. poprzez zamieszczenie nieaktualnej informacji o możliwym zastąpieniu dokumentów, o których mowa w § 4

ust. 1 pkt rozporządzenia, oświadczeniem składanym przed notariuszem w obszarze miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

5. § 3 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów z 2013 r. poprzez zamieszczenie nieaktualnej informacji o możliwości zastąpienia dokumentów, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 Ustawy Pzp, oświadczeniem złożonym przed notariuszem miejsca zamieszkania osób.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli (informacja doręczona 9.11.2016 r.).

W piśmie z dnia 16.11.2016r. Zamawiający uznał, iż ustalenia stanowiące podstawę zarzutu z punktu 1 zostały oparte na niemiarodajnej opinii biegłego z pominięciem rzetelnej analizy rynku dostaw ambulansów. Opinia nie uwzględniała okoliczności działania na rynku wyspecjalizowanych podmiotów, którymi nie są producenci pojazdów bazowych, lecz wykonawcy będący bądź autoryzowanymi przedstawicielami producentów działającymi na własny rachunek lub inne podmioty zajmujące się sprzedażą samochodów. Pojazdy bazowe na potrzeby ambulansów stanowią furgony znajdujące się w ofercie każdego liczącego się producenta samochodów. W skali kraju w gotowości pozostaje ponad 1400 karetek pogotowia (użytkowane przeciętnie w okresie 7-8 lat), co oznacza iż rocznie wymienianych na nowe jest około 175-200 karetek. Zamawiający wystąpił do dwóch podmiotów działających na rynku o udzielenie informacji o terminach dostaw i uzyskał potwierdzenie dostępu pojazdów w przedziale „od ręki” do 30 dni i załączył korespondencję z W.A.S. Wietmaster Polska Sp. z o.o. w Lubiczu oraz Auto-Form Ambulanse Sanitarne Sp. z o.o. Sp. k. Również wybrany wykonawca zadeklarował dostawę 3 ambulansów w 30-dniowym terminie. Zamawiający ustalił, iż na przestrzeni 2015 r. i 2016 r. ukazały się ogłoszenia, w których określono termin dostawy na 21-30 dni (8 ogłoszeń załączył do zastrzeżeń) i nie znalazł ogłoszeń z dłuższym terminem dostawy. Zamawiający nie miał możliwości odniesienia się do opinii biegłego przed wydaniem rozstrzygnięcia przez Prezesa UZP.

Zamawiający zakwestionował również ustalenia Prezesa UZP poczynione w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 22 ust. 4 Ustawy Pzp (pkt 2 informacji o wyniku kontroli), zasadniczo opierając się na poczynionych wcześniej uwagach związanych z rzeczywistym rynkiem dostawców ambulansów. Rynek dostawców, uwzględniając podmioty z całej Unii Europejskiej określił jako duży, na którym działają podmioty z kilkudziesięcioletnim doświadczeniem. Zamawiający warunek pięciu wykonanych dostaw odnosił do perspektywy 3-letniej, a jak wskazał sam kontrolujący, wystarczającą byłaby dostawa 5 pojedynczych ambulansów. W ocenie Zamawiającego wymóg nie był nieproporcjonalny w stosunku do

przedmiotu zamówienia ponieważ w kontrolowanym postępowaniu zamówienie dotyczyło jednocześnie dostawy 3 ambulansów, a nie pojedynczej sztuki. Zamawiający odwołał się do wyroku KIO z 31.5.2016 r., sygn. KIO 786/16 i zawartej tezy dotyczącej zasady proporcjonalności, w świetle której *warunek proporcjonalny to przede wszystkim taki, który zachowuje właściwą proporcję do przedmiotu zamówienia, czyli nie jest w stosunku do niego nadmierny, nie zaś wyłącznie taki, który pozostaje w określonym arytmetycznym stosunku do niego. Istota proporcjonalności musi sprowadzać się do odpowiedzi na pytanie, czy warunek nie ogranicza w sposób nieuzasadniony dostępu do zamówienia podmiotom zdolnym do jego należytego wykonania.*

Odnosząc się do punktu 3 informacji o wyniku kontroli Zamawiający uznał, iż nie doszło do uprzywilejowania wykonawców krajowych, a obowiązek żądania dokumentów wynikał wprost z przepisów rozporządzenia, zatem braki w ogłoszeniu mogły być uzupełnione przez bezpośrednie stosowanie przepisów powszechnie obowiązujących.

Również naruszenia opisane w pkt 4 i 5 informacji o wyniku kontroli nie miały miejsca, a zmiana przepisów rozporządzenia w 2013 r. miała w zakresie dotyczącym oświadczenia składanego przed notariuszem charakter porządkujący i rozwiewający wątpliwości interpretacyjne, poprzez zmianę szyku zdania, tak aby wiadomym było, że stosowne oświadczenie można ważnie złożyć przed jakimkolwiek notariuszem. W postępowaniu nie wystąpiła konieczność złożenia przez wykonawcę oświadczenia przed notariuszem, a gdyby było inaczej Zamawiający interpretowałby przepisy rozporządzenia jako odnoszące się do jakiegokolwiek notariusza.

Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia podtrzymała stanowisko dotyczące naruszeń wskazanych w informacji.

Pismem z dnia 6.12.2016 r. znak: UZP/DKUE/W2/421/128(16)/16/DP dot. KD/124/16/DKUE Prezes UZP podtrzymał stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli o stwierdzonych naruszeniach przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów z 2013 r.

Odnosząc się do zastrzeżeń dot. terminu dostawy Prezes UZP w pierwszej kolejności odniósł się do podstawy ustaleń wynikających z opinii biegłego, co świadczyć ma o rzetelnym i obiektywnym przeprowadzeniu kontroli i nie wymagało uprzedniego umożliwienia Zamawiającemu odniesienia się do treści opinii. Możliwość taką Zamawiający miał na etapie zastrzeżeń od wyników kontroli i z niej skorzystał. Opinia biegłego sporządzona została w oparciu o analizę rynku dostaw ambulansów dokonaną na dzień składania ofert, a ustalenia w niej zawarte są jednoznaczne i wskazują, że termin 30 dni na dostarczenie pojazdów wraz z zabudową był w praktyce terminem mogącym utrudnić wykonawcom udział w postępowaniu,

co potwierdza fakt, iż w postępowaniu złożona została tylko jedna oferta. W ocenie kontrolującego, działania innych zamawiających w innych postępowaniach nie są dowodem prawidłowości działań Zamawiającego w tym konkretnym postępowaniu. Ponieważ ambulans przed jego dostarczeniem musi być uprzednio wyprodukowany, a sam tylko proces produkcji pojazdu bazowego trwa min. 30 dni, czyli tyle ile Zamawiający przewidział na dostawę trzech gotowych ambulansów, status wykonawcy nie ma znaczenia. Z powodu krótkiego terminu dostawy część podmiotów działających na rynku nie mogła złożyć oferty. W odpowiedzi na zastrzeżenia zakwestionowano oświadczenia dwóch podmiotów załączone do zastrzeżeń, złożone w listopadzie 2016 r., jako nie odzwierciedlające stanu faktycznego z 2013 r. Ponadto, wskazano, iż w oświadczeniach nie ma potwierdzenia możliwości dostarczenia pojazdów odpowiadających wymaganiom Zamawiającego i nie stanowią one dowodu, iż inne działające na rynku podmioty, które byłyby zdolne do dostawy ambulansów miały w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie realizacji zamówienia dostęp do pojazdów bazowych i w związku z tym mogły dostarczyć ambulanse w tymże terminie. Prezes UZP wystąpił o opinię uzupełniającą do biegłego, w której ponownie wskazano na konieczny czas dla producentów pojazdów (Fiat, VW, Mercedes, itd.), którzy nie posiadają na „stanie” samochodów, co potwierdza, że przedstawiciele producentów lub dealerzy, których wskazuje Zamawiający jako potencjalnych wykonawców, nie posiadają samochodów „na stanie”, więc nie mogą w każdym przypadku dostarczyć gotowych ambulansów w wyznaczonym terminie 30 dni. Prezes UZP odniósł się również do ustaleń kontrolującego ujętych w protokole kontroli Delegatury CBA co do możliwych terminów dostawy opartych na wyjaśnieniach podmiotów: W.A.S Wietmarscher Polska Sp. z o.o., AMZ Kutno Sp. z o.o., Ratownik-M Z. Sp.j., Decar Sp. z o.o., Profile Vehicles OY, Q. Sp. z o.o. W opinii Prezesa UZP, termin realizacji zamówienia ograniczał dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy nie posiadali na stanie gotowych ambulansów lub pojazdów bazowych ze sprzętem do zabudowy. Zamawiający nie spełnił ciężącego na nim obowiązku zapewnienia wykonawcom niedyskryminacyjnego dostępu do zamówienia, gdyż ograniczył konkurencję do wykonawców posiadających na stanie pojazdy bazowe lub gotowe ambulanse.

W odniesieniu do drugiego zarzutu Prezes UZP podtrzymał stanowisko o naruszeniu art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp polegającym na ustaleniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to utrudniający uczciwą konkurencję, przez wymaganie wykazania się doświadczeniem w realizacji co najmniej pięciu dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, tj. polegających na dostawie ambulansów typu C. Warunek wiedzy i doświadczenia odnoszący się do liczby dostaw, zamiast do liczby pojazdów, powodował, że wykonawca posiadający doświadczenie nawet w dostawie dużej ilości ambulansów, ale dostarczonych w ramach mniej niż pięciu dostaw musiałby tworzyć

konsorcjum lub szukać zasobów podmiotów trzecich lub nawet zrezygnować ze złożenia oferty, mimo że liczba dostarczonych przez niego ambulansów przekraczałaby nawet kilkukrotnie liczbę objętą przedmiotowym zamówieniem i obiektywnie byłby zdolny do jego wykonania. W ocenie kontrolującego, żądanie wykazania się co najmniej 5 dostawami było nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia obejmującego dostawę trzech ambulansów i nie było niezbędne do sprawdzenia, czy wykonawca jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia. Argumentacja Zamawiającego związana z oceną możliwości utrzymania się na rynku wykonawcy, który nie wykonał co najmniej 5 dostaw, Prezes UZP ocenił jako niedostateczną, wskazując jednocześnie na możliwość zbadania sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy w ramach odrębnego od wiedzy i doświadczenia, warunku udziału w postępowaniu. W przypadku zamówienia na dostawę ambulansów najważniejsze, w ocenie Prezesa UZP jest posiadanie przez wykonawcę odpowiedniej wiedzy oraz umiejętności technologicznych, do której zdobycia nie jest niezbędne wykonanie większej liczby pojazdów, niż wymagane w ramach realizacji zamówienia. Stanowisko Prezesa UZP potwierdzać ma fakt, iż w postępowaniu złożona została tylko jedna oferta wykonawcy, który faktycznie wykazał się doświadczeniem w dostawie 26 sztuk pojazdów w ramach pięciu dostaw. Zamawiający w toku badania doświadczenia wykonawcy wzywał do uzupełnienia dokumentów, gdyż w wykazie ujęte zostały cztery dostawy pojazdów łącznie na 24 ambulanse sanitarne typu C. Powyższe wskazuje, iż opis warunku w praktyce oznaczał konieczność wykazania się nieproporcjonalnie dużą liczbą ambulansów w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy już 5 sztuk ambulansów wobec zamawianych trzech, jest wymogiem nadmiernym. Powyższe prowadziło do takiego efektu, iż w postępowaniu nie mogli brać udziału wykonawcy, którzy dawali rękojmię należytej realizacji zamówienia, lecz wykonali ambulanse w ramach mniejszej niż wymagana ilość dostaw, czy też dostarczyli mniejszą niż 5 liczbę ambulansów. Opisany warunek ograniczał zatem dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy posiadali odpowiednie doświadczenie i byłiby zdolni do realizacji przedmiotu zamówienia.

Prezes UZP nie uwzględnił pozostałych zastrzeżeń wniesionych wobec stwierdzonych w kolejnych punktach 3, 4 i 5 naruszeń przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów, wskazując iż Zamawiający nie zaprzeczył prawidłowości ustaleń poczynionych w związku ze zmianą przepisów wykonawczych z 2013 r., obowiązujących w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania. Zaniechanie przestrzegania przez Zamawiającego obowiązujących przepisów rozporządzenia nie mogło być „automatycznie” naprawiane przez odwołanie się do powszechnie obowiązujących przepisów. W przypadku braku żądania określonego dokumentu w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz, wykonawca nie ma obowiązku składać takiego dokumentu, a zamawiający nie może na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy żądać ich uzupełnienia. Brak dokumentu nie może również w takiej sytuacji stanowić podstawy do

wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zatem, brak żądania od wykonawców krajowych zaświadczenia z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 wobec wskazania takiego obowiązku wobec podmiotów zagranicznych, stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów z 2013 r. Również naruszającym przepisy § 3 ust. 3 i § 4 ust. 3 rozporządzenia było zamieszczenie nieaktualnej informacji o możliwości składania przez wykonawców zagranicznych oraz krajowych oświadczeń składanych przed notariuszem miejsca zamieszkania tych osób lub kraju, w których wykonawca ma siedzibę.

Izba zważyła, co następuje:

Wydając opinię Izba miała na uwadze ustalenia faktyczne, które legły u podstawy stwierdzenia przez Prezesa UZP naruszenia przepisów Ustawy, dokonane w oparciu o sporządzoną w toku kontroli opinię biegłego – rzeczoznawcę mgr inż. X. Y. z dnia 17.08.2016 r., wraz z opinią uzupełniającą z dnia 4.10.2016 r., a także w oparciu o treść obowiązujących w dacie wszczęcia kontrolowanego postępowania przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) – zwane dalej rozporządzeniem z 2013 r.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu z punktu pierwszej informacji o wyniku kontroli, tj. naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez określenie terminu realizacji zamówienia na 30 dni licząc od dnia podpisania umowy – Izba uznała, iż zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba uznała, iż stanowiąca podstawę ustaleń Prezesa UZP opinia biegłego nie uwzględniała specyfiki rynku dostaw ambulansów, co czyniło wnioski w niej zawarte niemiarodajnymi. W szczególności Izba uznała, iż uzyskanie stanowiska jednego z dwóch przedstawicieli na kraj producentów pojazdów spełniających wymagania Zamawiającego, tj. od Mercedes Polska, nie pozwalało na postawienie tezy, iż działające na rynku krajowym podmioty profesjonalnie zajmujące się dostawą ambulansów, nie posiadały dostępu do pojazdów oraz zabudowy, umożliwiającej dostawę ambulansów w terminie 30 dni od podpisania umowy. Opinia biegłego pozwalała wyłącznie przyjąć, iż dostawy ambulansów mogły podjąć się tylko te podmioty, które posiadały na stanie wskazane pojazdy bazowe lub gotowe ambulanse oraz miał dostęp do zabudowy medycznej ze sprzętem medycznym. Nie oznacza to jeszcze, iż termin realizacji ograniczał konkurencję i utrudniał dostęp do zamówienia podmiotom działającym na tym rynku. Przede wszystkim nie pozwala na wywiedzenie takiego wniosku opinia biegłego, stanowiąca podstawę zarzutu Prezesa UZP, która nie uwzględniała warunków właściwych dla podmiotów, które dostarczają karetki

pogotowia. Biegły swoją ocenę i wnioski opierał na oświadczeniu podmiotu, który nie zajmuje się dostawą ambulansów, a jedynie sprowadza i dystrybuje na kraj furgonetki jednego z producentów pojazdów, spełniających wymagania Zamawiającego. Ponadto Biegły przyznał w opinii uzupełniającej w odniesieniu do obu rodzaju pojazdów, iż nie było możliwe uzyskanie informacji od importerów pojazdów Mercedes oraz Volkswagen, czy w dacie historycznej tj. czerwiec 2013 r. dystrybutorzy dysponowali wolnym „parkiem” pojazdów (czyli nie zamówione pod danego klienta). W ocenie Izby wywodzenie z tej opinii wniosku, iż inne podmioty oferujące np. pojazdy marki Mercedes nie miały dostępu „od ręki” do furgonu możliwego do zabudowy lub gotowego ambulansu, nie było wnioskiem prawidłowym. Przede wszystkim nie ma podstaw do wykluczenia możliwości zamówienia pojazdu „na zapas”, o której to możliwości pisał jeden z podmiotów, działających na rynku dostawców ambulansów, a której nie zaprzecza opinia biegłego. Z uzyskanych przez CBA informacji, znanych Prezesowi UZP wynika, iż termin 30 dniowy został potwierdzony przez podmioty zajmujące się dostawą ambulansów, jako możliwy do spełnienia przy założeniu dostępu do auta bazowego już wyprodukowanego w momencie podpisania umowy, który następnie zostanie zabudowany lub dostępu do gotowego ambulansu. Do zastrzeżeń Zamawiający załączył oświadczenia dwóch podmiotów zajmujących się dostawą ambulansów (W.A.S Wietmarscher Polska Sp. z o.o. oraz Auto-Form Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k.), z których wynika, iż powszechną na tym rynku jest praktyka zamawiających, którzy określają krótkie terminy wykonania dostawy (30 dni). Stąd podmioty profesjonalnie zajmujące się dystrybucją ambulansów sanitarnych zamawiają pojazdy z wyprzedzeniem, tak aby móc zaoferować gotowe ambulansy w terminach, a zatem zapewniają sobie w ramach prowadzonej działalności dostęp „od ręki” do pojazdów bazowych ze standardowym wyposażeniem. Powyższe można w zasadzie odnieść również do działalności salonów sprzedaży pojazdów, które również zamawiają część pojazdów bez wcześniejszego zamówienia klienta, aby móc oferować je do sprzedaży. W ocenie Izby praktyka opisana przez jeden z podmiotów wpisuje się w normalny obrót właściwy dla rynku dostaw pojazdów, z tym zastrzeżeniem, iż pojazdy bazowe podlegają zabudowie pod konkretne wymagania, stąd konieczne jest zapewnienie niezbędnego czasu do przystosowania pojazdu przed jego dostawą. Biegły w swojej opinii nie podważył, a wręcz przyznał, iż termin 30 dni jest terminem realnym przy dostępie do pojazdu bazowego i sprzętu do jego zabudowy.

Izba nie miała podstaw do pominięcia oświadczenia załączonego do zastrzeżeń, tym bardziej wiarygodnego, iż pochodzącego od podmiotu profesjonalnie działającego na rynku właściwym, co ważne, który nie złożył oferty na kontrolowany zakup. Również inne podmioty potwierdzały w ramach wyjaśnień ujętych w protokole kontroli CBA teoretyczną możliwość dostarczenia pojazdów w terminie 30 dni, do których opinia biegłego w ogóle się nie odnosiła. Samo

stwierdzenie w odpowiedzi na zastrzeżenia, iż oświadczenie jakie uzyskał Zamawiający w ramach przygotowywania zastrzeżeń nie może być uwzględnione, gdyż nie odnosi się do warunków, jakie istniały w dacie składania oferty, nie jest wystarczającym do podważenia prawdziwości informacji dotyczących charakterystyki rynku dostaw ambulansów, na którym zamawiana jest co roku duża ilość pojazdów. Opinia biegłego w ogóle nie odnosi się do praktyki dostawców, którzy zapewniają sobie dostęp do pojazdów, możliwych do zabudowy pod konkretne zamówienie jeszcze przed ogłoszeniem postępowania, a ponadto w samej opinii (uzupełniającej) mowa jest o braku dostępu do danych historycznych, tj. z czerwca 2013 r. Wiarygodności zastrzeżeń Zamawiającego dodają również przedłożone do zastrzeżeń ogłoszenia na tego rodzaju dostawy, w których terminy realizacji niekiedy jest jeszcze krótszy niż 30 dni, a jak stwierdził Zamawiający (czemu nie zaprzeczył Prezes UZP prowadzący chociażby Biuletyn Zamówień Publicznych), nie są dłuższe. Ponadto należy zauważyć, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa ambulansów, a zatem pojazdów zabudowanych w sprzęt diagnostyczny, co oznacza, iż faktycznie decydującym dla konkretnego zamówienia jest zakres wymaganej zabudowy, a nie parametry furgonetek. Prezes UZP nie stwierdził naruszenia przepisów Ustawy na jakie wskazano we wniosku o wszczęcie kontroli, a dotyczącej parametrów pojazdu, co oznacza, iż możliwe było zaoferowanie pojazdu kilku producentów (co najmniej Mercedes oraz Volkswagen) po ich wcześniejszej zabudowie. Ponieważ oświadczenia kilku podmiotów, na jakie między innymi wskazał Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia, potwierdzały możliwość zabudowy pojazdu i jego dostarczenia w terminie 30 dni, Izba uznała, iż nie było podstaw do stawiania zarzutu utrudnienia dostępu do zamówienia podmiot działającym na rynku. Skoro praktyka jaka wykształciła się na tym rynku wymaga od podmiotów dostarczających karetki posiadania w gotowości pojazdów, to nie można uznać, iż niniejsze zamówienie stanowiło zaostrenie warunków, w jakich faktycznie podmioty konkurujące ze sobą składają oferty. W świetle powyższego, opinia biegłego, w której ustalano czas potrzebny do wyprodukowania pojazdu, faktycznie nie obejmowała istotnych ustaleń, które pozwalałyby na stwierdzenie, iż dostaw 3 sztuk pojazdów nie była możliwa w terminie przewidzianym przez Zamawiającego dla szerszego grona podmiotów. Okoliczność, iż w postępowaniu złożono tylko jedną ofertę, nie jest jeszcze wystarczającym dowodem na postawienie zarzut naruszenia przepisów Ustawy, w szczególności w świetle oświadczeń innych podmiotów, co do możliwości dostarczenia pojazdu w terminie 30 dni. W świetle powyższego zastrzeżenia dotyczące tej części wyniku kontroli zasługiwały na uwzględnienie.

W pozostałym zakresie Izba uznała, iż zarzuty stawiane Zamawiającemu były uzasadnione.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez ustalenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób

nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to utrudniający uczciwą konkurencję, przez wymaganie wykazania się doświadczeniem w realizacji co najmniej pięciu dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, polegających na dostawie ambulansów typu C, argumenty Zamawiającego w zasadzie sprowadzić można do twierdzenia, iż sprawdzenie ilości dostaw, a nie dostarczonych pojazdów, miało decydować o zdolności do realizacji zamówienia. Mając na uwadze zakres przedmiotowego zamówienia, obejmującego jednorazową dostawę 3 ambulansów, wymaganie Zamawiającego było nadmierne, na co wskazuje chociażby złożona w postępowaniu oferta. Wykonawca, aby jego doświadczenie zostało uznane za wystarczające, praktycznie wykazał się dostawą łącznie 26 pojazdów w okresie ostatnich trzech lat. Zamawiający przy tak postawionym warunku nie mógł uznać doświadczenia w realizacji 24 pojazdów (zrealizowane w ramach 4 dostaw) i wezwał do uzupełnienia piątej dostawy. W ocenie Izby, ten przykład w sposób przekonujący wskazuje w jaki sposób mogło dojść do nadmiernego, i nieproporcjonalnego ustalenia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto, odniesienie się w opisie warunku do ilości dostaw, a nie ilości dostarczonych pojazdów, mogło być dyskryminującym dla części podmiotów, które np. przez to iż zrealizowały mniejszą ilość dużych dostaw, w ogóle nie mogłyby wziąć udziału w postępowaniu. Mając również na uwadze czasookres – 3 ostatnie lata, nie każdy podmiot działający na rynku, mógł uzyskać pięć zamówienia, a w tym czasie zrealizował np. cztery duże zamówienia. Ponadto, słusznie Prezes UZP wskazał, iż ocena możliwości utrzymania się na rynku, nie powinna być przedmiotem weryfikacji podmiotu pod kątem jego zdolności do wykonania zamówienia, ale sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający oceniając ilości dostaw, a nie ilości pojazdów dostarczonych, stworzył warunki utrudniające konkurencję i dostęp do tego zamówienia, co mogło powodować, iż część podmiotów nie mogła złożyć własnej oferty, chociaż posiadała wiedzę i doświadczenie w dostawie tego rodzaju przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze również termin dostawy – 30 dni, jedynie wykonawcy mający zorganizowany proces zabudowy, dostęp do elementów wyposażenia, mogliby złożyć ofertę. Oznacza to, iż decydującym dla oceny możliwości należytego wykonania zamówienia powinna być weryfikacja podmiotowa pod kątem dostarczonych pojazdów, a nie ilości dostaw.

Pozostałe zastrzeżenia odnosiły się do naruszenia przepisów rozporządzenia wykonawczego do Ustawy z 2013 r., tj. rozporządzenia z 2013 r., polegającego na braku uwzględnienia aktualnych w dniu wszczęcia postępowania regulacji prawnych. Zasadniczo Zamawiający nie zaprzeczył prawidłowości ustaleń poczynionych w toku kontroli, opierając zastrzeżenia na próbie wykazania możliwości naprawy błędów w toku postępowania. Izba w całości podziela argumenty prezentowane w informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia, przyjmując jako własne bez potrzeby ich powielania. Okoliczność, iż naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania została uwzględniona w informacji o wyniku kontroli, co

oddawało pełen obraz oceny stwierdzonych naruszeń.

Mając powyższe na uwadze, Izba wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....