

WYROK

z dnia 17 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 16 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego 23 czerwca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Comarch Healthcare S.A z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zapewnienie usługi teleopieki w mieszkaniach wspieranych w związku z realizacją przez Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Toruniu projektu „Aktywny senior” (nr postępowania SP.2611.5.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Miasta Toruń Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Toruniu

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego i zarzutu wycofanego przez Odwołującego.

2. Uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1) usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia wymogu utrzymania zatrudnienia ponad 30% osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w § 2 ust. 1 załącznika nr 5 do SIWZ (wzór umowy) oraz dodatkowych obowiązków w zakresie przedstawiania dokumentów, a także zastrzeżenie na tę okoliczność kar umownych oraz odpowiednie dostosowanie pozostałych postanowień SIWZ;
- 2) usunięcie warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych oraz usunięcie żądania dokumentów na potwierdzenie spełniania kwestionowanego warunku udziału oraz odpowiednie dostosowanie pozostałych postanowień SIWZ;
- 3) usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób pełniących funkcję teleopiekuna w stacji telemonitoringu oraz odpowiednie dostosowanie pozostałych postanowień SIWZ.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

- 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11600 zł 00 gr

(słownie: jedenaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Uzasadnienie

Gmina Miasta Toruń Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Toruniu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również:

„ustawa pzp”, „ppz”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. Zapewnienie usługi teleopieki w mieszkaniach wspieranych w związku z realizacją przez Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Toruniu projektu „Aktywny senior” (nr postępowania SP.2611.5.2020)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 18 czerwca 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 551720-N-2020.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

23 czerwca 2020 r. Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej również: „CH” lub „Odwołujący”) wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu w zakresie sprecyzowanym w zarzutach.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp (lista zarzutów):

1. Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego (dalej: „kc”) i

353¹ kc - przez sformułowanie w ramach opisu przedmiotu zamówienia we wzorze umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) wymogu utrzymania zatrudnienia ponad 30% osób należących do jednej lub więcej kategorii,

o których mowa w § 2 ust. 1 załącznika nr 5 do SIWZ (wzór umowy) oraz dodatkowych obowiązków w zakresie przedstawiania dokumentów, a także zastrzeżenie na tę okoliczność kar umownych (szerzej opisane w uzasadnieniu odwołania):

art. 22 ust. 2 i 2a w zw. z art. 7 ust. 1 - przez wprowadzenie warunku udziału, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych (szerzej opisane w uzasadnieniu odwołania), a także nieuprawnione żądanie dokumentów na potwierdzenie spełniania kwestionowanego warunku udziału;

2. Art. 29 ust. 3a w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a w zw. z art. 143e w zw. z art.

14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 w zw. z art. 5 kc i 353¹ kc w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (dalej: „kp”) - przez błędne ustalenie, że usługi będące przedmiotem zamówienia, czyli czynności w zakresie teleopieki („czynności teleopiekuna zatrudnionego w stacji telemonitoringu”) polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495) oraz określenie w opisie przedmiotu zamówienia w załącznikach nr 1 i 5 do SIWZ wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności, w tym nałożenie na wykonawcę dodatkowych obowiązków w zakresie przedstawiania dokumentów, a także zastrzeżenie na tę okoliczność kar umownych (szerzej opisane w uzasadnieniu odwołania);

a wobec konstatacji, że przedmiot zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia jest w istocie udzielaniem świadczenia zdrowotnego - naruszenie art. 22 ust. 1b pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z przywołanymi w treści uzasadnienia przepisami bezwzględnie obowiązującymi, gdyż minimalny poziom zdolności w przypadku takich świadczeń jest determinowany w szczególności ustawą o działalności leczniczej i ustawą o Państwowym Ratownictwie Medycznym.

3. Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 w zw. z art. 5 kc i 353¹ kc oraz art. 471

kc, art. 473 § 1 kc oraz art. 483 kc i 484 kc - przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego z naruszeniem zasady proporcjonalności, w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i równowagę stron, a także prowadzący do nadużycia przez Zamawiającego jego prawa podmiotowego, jak również poprzez bezzasadne wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy, przejawiające się w szczególności poprzez niewprowadzenie w § 7 wzoru umowy górnego limitu kar umownych wskazanych w § 7 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy w wysokości nieprzekraczającej kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy (niewprowadzenie górnego limitu kar

umownych związanych z nieterminowym wykonywaniem zamówienia w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej, zastrzeżonej w § 7 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy na okoliczność odstąpienia od umowy) oraz niewprowadzenie łącznej całkowitej odpowiedzialności wykonawcy z wszelkich tytułów wynikających z umowy i obowiązujących przepisów prawa w ten sposób, iż nie przekroczy ona wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy.

- 4.Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 - przez nieprawidłowe sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie opisanych w uzasadnieniu wymogów dotyczących kart SIM.
- 5.Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 - przez nałożenie na wykonawcę nielimitowanego obowiązku dostarczenia opaski lub karty SIM każdorazowo w przypadku wystąpienia okoliczności, za które wykonawca nie ponosi żadnej odpowiedzialności - w szczególności w przypadku kradzieży, uszkodzenia lub utraty z winy użytkownika.
- 6.Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 - przez niejasne i nieprecyzyjne zapisy w zakresie zwiększenia ilościowego świadczenia oraz brak wskazania, że z tytułu realizacji zwiększonego zakresu świadczenia wykonawcy będzie przysługiwać dodatkowe wynagrodzenie, co wpływa na niemożność jednoznacznego ustalenia przez wykonawcę, jaki jest rzeczywisty zakres świadczenia realizowanego za cenę zaoferowaną w formularzu ofertowym.
- 7.Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 - przez niejasne i nieprecyzyjne zapisy formularza ofertowego - które są niespójne z niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia (i wewnętrznie sprzeczne w ramach samego formularza) - w sytuacji, gdy wykonawca stosuje zgodnie z obowiązującymi przepisami dwie stawki podatku od towarów i usług (w stosunku do dostawy urządzeń oraz do świadczenia zdrowotnego), co może uniemożliwić wybór najkorzystniejszej oferty (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6).
- 8.Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 - przez postawienie wykonawcy wymogu zapewnienia zamawiania e-Recept, co narusza przepisy bezwzględnie obowiązujące (opisane w uzasadnieniu), a w przypadku gdy Zamawiający uznaje wymóg zapewnienia zamawiania e-Recept za zasadny - niespójny i niekompletny opis przedmiotu zamówienia (niezgodny także z powszechnie obowiązującymi przepisami w zakresie wystawiania e-Recept).
- 9.Art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 - przez rozpisany szczegółowo w uzasadnieniu opis przedmiotu zamówienia niezgodnie z pzp, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i niezrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję.
10. Art. 14 i 139 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z ustawą z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych oraz Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) {dalej: „RODO”} - przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie danych osobowych bez uwzględnienia możliwości złożenia oferty przez wykonawcę będącego odrębnym od zamawiającego administratorem danych osobowych, sprzecznie z bezwzględnie obowiązującymi regulacjami w zakresie ochrony danych osobowych, co uniemożliwia wykonawcy identyfikację, jakie wymagania stawia mu Zamawiający w zakresie ochrony danych osobowych, a bez wątplenia mają one znaczenie na sporządzenie (koszt) oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian SIWZ {lista żądań}:

- 1.Usunięcia z opisu przedmiotu zamówienia wymogu utrzymania zatrudnienia ponad 30% osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w § 2 ust. 1 załącznika nr 5 do SIWZ (wzór umowy) oraz dodatkowych obowiązków w zakresie przedstawiania dokumentów, a także zastrzeżenia na tę okoliczność kar umownych oraz odpowiedniego dostosowania pozostałych postanowień SIWZ (w szczególności załącznika nr 5 do SIWZ -wzoru umowy).
- 2.Usunięcia warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych oraz usunięcie żądania dokumentów na potwierdzenie spełniania kwestionowanego warunku udziału oraz odpowiedniego dostosowania pozostałych postanowień SIWZ (w

szczegółności załącznika nr 6 do SIWZ).

3. Usunięcia z opisu przedmiotu zamówienia wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących usługę będącą przedmiotem zamówienia, a w szczególności wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie usługi teleopieki („teleopiekun zatrudniony w stacji telemonitoringu”) oraz odpowiedniego dostosowania pozostałych postanowień SIWZ (w szczególności załącznika nr 5 do SIWZ - wzoru umowy).
4. Ustalenia warunku udziału w postępowaniu z uwzględnieniem charakteru świadczenia i wymogów wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów prawa (w tym u.d.l.)
-w szczególności wymogu wpisu do rejestru podmiotów prowadzących działalność leczniczą.
5. Wprowadzenia górnego limitu kar umownych, które są określone w § 7 ust. 1 pkt 2-4 w wysokości odpowiadającej co najwyżej wysokości kary umownej zastrzeżonej w § 7 ust. 1 pkt 1 na okoliczność odstąpienia od umowy tj. w wysokości nie większej niż 10% wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1 umowy.
6. Wprowadzenia łącznej całkowitej odpowiedzialności wykonawcy z wszelkich tytułów wynikających z umowy i obowiązujących przepisów prawa w wysokości nieprzekraczającej wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy.
7. Usunięcia z opisu przedmiotu zamówienia poniższych wymagań: Karta SIM (...) 2. Taryfa no limit na połączenia i sms krajowe na wszystkich kartach; (...) 4. Transfer danych do 3 GB/miesiąc na wszystkich kartach; (...) 7. Wyłączanie usługi roamingu;
8. Bezpłatna blokada połączeń o podwyższonych opłatach PREMIUM; 9. Blokada reklam przychodzących(...) 11. Bezpłatny dostęp do aplikacji do zarządzania kontem abonenta; 12. Bezpłatny biling w formie elektronicznej; (...) 15. Karty SIM typu wieloformatowego (standard, mikroSIM, nanoSIM); 16. Możliwość ograniczenia numerów połączeń przychodzących na dostarczone karty sim do max 10 zdefiniowanych numerów na każdą kartę.
8. Usunięcia z opisu przedmiotu zamówienia poniższych wymagań: (...) 23. Wykonawca dostarczy nowe kompletne opaski (wraz z kartami SIM) w przypadku ich kradzieży, utraty, uszkodzenia z winy Użytkownika w okresie trwania umowy w tej samej stawce i specyfikacji usług co w ofercie pierwotnej; (...) 10. Bezpłatna wymiana uszkodzonych kart SIM (na wypadek uszkodzenia z winy użytkownika, kradzieży, itp. Wykonawca powinien zapewnić minimum 20 szt. rezerwowych kart uruchamianych gdy zajdzie taka potrzeba) albo określenia maksymalnej liczby dostarczanych opasek i kart SIM na rzecz uzupełnienia uszkodzonych z winy użytkownika wraz z wliczeniem tej liczby do całkowitej liczby Zamawianych opasek i kart SIM, która została określona na formularzu ofertowym.
9. Usunięcia ze wzoru umowy § 5 ust. 4 i rozdziału III SIWZ pkt 11 (Strony dopuszczają
możliwość zwiększenia ilościowego zakupu usług; w wysokości do 20% wartości szacunkowej zamówienia, stosownie do obiektywnie istniejących potrzeb
Zamawiającego, co nie stanowi zmiany umowy.) albo uzupełnienia powyższego zapisu o postanowienie, że z tytułu zwiększenia ilościowego zakupionych usług wykonawcy będzie przysługiwać dodatkowe wynagrodzenie i dostosowania pod tym względem formularza ofertowego.
10. Zmiany formularza ofertowego w sposób umożliwiający w pozycji „Całkowita wartość oferty netto (opaski + teleopieka)” podania odrębnej stawki VAT dla usług dostawy opasek oraz dla usług teleopieki.
11. Usunięcia z Usługa centrum: (...) wymagania (...) 17. Możliwość zamawiania e-recept.
12. Usunięcia z Usługa centrum: (...) wymagania (...) 3. Prowadzenie obowiązującej dokumentacji bądź dokładne i szczegółowe wskazanie (zgodnie z RODO i innymi przepisami powszechnie obowiązującymi), co Zamawiający rozumie pod pojęciem „dokumentacji”.
13. Nadania opisowi przedmiotu zamówienia następującego brzmienia: Usługa centrum (...)
4. Wprowadzanie danych dotyczących użytkowników opasek (danych identyfikujących użytkowników, ich opiekunów a także sytuacji zdrowotnej) oraz świadczonej usługi do systemu informatycznego telecentrum; Niniejsze dane są dostarczane ratownikom przez koordynatora projektu wyznaczonego po stronie Zamawiającego.
14. Nadania opisowi przedmiotu zamówienia następującego brzmienia: Usługa centrum (...) 7. Wykonywanie opracowanych przez Wykonawcę, zgodnych z aktualnym stanem wiedzy medycznej procedur po otrzymaniu alertu o zdarzeniu zagrażającym zdrowiu lub życiu a także po zanotowaniu zdarzenia odbiegającego od standardowego.

15. Nadania opisowi przedmiotu zamówienia następującego brzmienia: Usługa centrum (...) 9. Zatrudnienie w odpowiedniej liczbie przeszkolonych pracowników do obsługi telecentrum/ratowników medycznych gwarantującej ciągłość obsługi przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu.
16. Nadania opisowi przedmiotu zamówienia następującego brzmienia: Usługa centrum (...)
11. Do zadań operatora technicznego należy monitorowanie i obsługa zdarzeń technicznych np. niski stan baterii, wyłączenie bransoletki, zdalny reset zawieszanej bransoletki.
17. Nadania opisowi przedmiotu zamówienia następującego brzmienia: Usługa centrum (...) 14. W przypadku wystąpienia zdarzenia zagrażającego zdrowiu lub życiu wezwanie karetki Pogotowia Ratunkowego i/lub Policji i/lub Straży Pożarnej pod adres przebywania użytkownika bransoletki oraz powiadomienie jednej z osób wskazanych do kontaktu o wywołanym alarmie i zaistniałym problemie.
18. Nadania opisowi przedmiotu zamówienia następującego brzmienia: Usługa centrum (...)
21. Oprogramowanie telecentrum powinno dysponować następującymi funkcjonalnościami: (...) e) posiadać możliwość odczytu sygnałów SOS oraz innych zdarzeń tj. stan baterii, upadek, lokalizacja GPS, pomiar tętna, pomiar liczby kroków; e1) Wymagany monitoring baterii w stanach alarmowych• Gdy poziom baterii jest poniżej 20% wysyłany jest sms do pacjenta na numer telefonu; • Gdy poziom baterii jest poniżej 7% pojawia się alert stanu w systemie. e2) Możliwość automatycznego pobierania lokalizacji GPS w dowolnych konfigurowanych interwałach czasowych oraz w momencie wystąpienia zdarzenia.
19. Nadania opisowi przedmiotu zamówienia następującego brzmienia: Usługa centrum (...)
17. Oprogramowanie telecentrum powinno dysponować następującymi funkcjonalnościami: (...) e) posiadać funkcje raportów zdarzeń, podjętych działań oraz ich rezultatów; zapisu raportów - wystarczające dla spełnienia wymagania będą automatycznie generowane raporty zawierające informacje o liczbie połączeń wychodzących jak i przychodzących oraz o alarmach dotyczących przekroczenia stanu baterii. Wskazane informacje dotyczące m.in. rodzaju zdarzeń, podjętych działań oraz ich rezultatów zawarte będą w osobnym dokumencie przesyłanym na początku kolejnego miesiąca.
20. Zmiany opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umowy (w tym załącznika nr 5 do SIWZ - umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych), polegającej na wskazaniu, że w przypadku gdy umowa o udzielenie zamówienia publicznego zostanie zawarta z wykonawcą będącym podmiotem leczniczym w rozumieniu u.d.l., będącym odrębnym od Zamawiającego administratorem danych osobowych, w zakresie danych użytkowników objętych usługą nie ma zastosowania wzór umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych oraz § 9 wzoru umowy, a także inne elementy opisu przedmiotu zamówienia traktujące wykonawcę jako podmiot, któremu dane są powierzane do przetwarzania.

Odwolujący sprecyzował zarzuty przez podanie w szczególności następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1 .listy zarzutów}

Na wstępie Odwołujący zaznaczył, iż ponieważ kwestionowane przez niego zastrzeżenie znajduje się zarówno w rozdziale III SIWZ, załączniku nr 1 oraz 5 do SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia oraz we wzorze umowy (załącznik nr 5 do SIWZ), jak i w rozdziale V i VI SIWZ oraz załączniku nr 6 do SIWZ określających warunki udziału w postępowaniu, całość jego argumentacji odnosi się do obu tych aspektów.

Odwolujący zarzucił, że zaskarżone przez niego wymogi skutkują wyeliminowaniem z ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wykonawców zdolnych do jego realizacji, w szczególności wykonawców prowadzących działalność leczniczą, co stoi w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji i proporcjonalności wyrażonymi w art. 7 ust. 1 pzp.

Odwolujący wywiódł, że obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. W tym przypadku według Odwołującego Zamawiający nie tylko nie zidentyfikował prawidłowo wymogów wynikających z przepisów odrębnie obowiązujących na gruncie prawa polskiego co do przedmiotu zamówienia, ale dodatkowo postawił warunek zakłócający konkurencję, bo eliminujący podmioty, które zawodowo w sposób maksymalnie profesjonalny świadczą usługi teleopieki,

czyli podmioty lecznicze. Odwołujący sprecyzował, że podmioty zajmujące się profesjonalnie udzielaniem świadczeń zdrowotnych (w tym teleopieki) nie są w stanie spełnić takich warunków, gdyż muszą dysponować wykwalifikowanym, w najwyższym stopniu profesjonalnym personelem, który umożliwia świadczenie usług medycznych na odpowiednim poziomie.

Zdaniem Odwołującego wymagania te są również nieproporcjonalne, biorąc pod uwagę wynikające z odrębnych przepisów wymogi dotyczące ratowników medycznych, czyli kadry realizującej świadczenie, oraz charakter świadczenia, które obejmuje monitorowanie stanu zdrowia podopiecznych, reakcję w sytuacjach kryzysowych, awaryjnych, w których zagrożone jest życie lub zdrowie.

Zdaniem Odwołującego niedopuszczalne jest, aby Zamawiający ograniczał konkurencję przez tak nieuzasadnione wymogi, a jednocześnie szedł na zagrażające życiu i zdrowiu podopiecznych objętych usługą kompromisy co do opisu samego świadczenia (w zasadzie odwołującego się do bliżej nieokreślonych procedur, które de facto nie muszą spełniać żadnych standardów).

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwołujący przywołał lub powołał się na przepisy:

-art. 22 ust. 1 Kodeksu pracy, zgodnie z którym przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem;

-art. 11ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym, stanowiącego, że wykonywanie zawodu ratownika medycznego polega na realizacji zadań zawodowych, w szczególności na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, w tym medycznych czynności ratunkowych udzielanych samodzielnie lub na zlecenie lekarza. Szczegółowy zakres czynności, które może wykonywać ratownik medyczny, określa -

-rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie medycznych czynności ratunkowych i świadczeń zdrowotnych innych niż medyczne czynności ratunkowe, które mogą być udzielane przez ratownika medycznego w zakresie załącznika nr 3, który określa świadczenia zdrowotne inne niż medyczne czynności ratunkowe, które mogą być udzielane samodzielnie przez ratownika medycznego, w tym ocenę stanu pacjenta (pkt 1) i monitorowanie czynności układu krążenia metodami nieinwazyjnymi (pkt 12);

- art. 3 ust. 1 u.d.l., z którego wynika, że działalność lecznicza polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, które mogą być udzielane za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności.

-art. 103 u.d.l., zgodnie z którym działalność leczniczą można rozpocząć po uzyskaniu wpisu do rejestru, z zastrzeżeniem art. 104.

Według Odwołującego nie bez znaczenia jest tu opis przedmiotu zamówienia i następujący zapis SIWZ:Usługa centrum (...) 7. Wykonywanie opracowanych przez Wykonawcę, uzgodnionych z Zamawiającym procedur po otrzymaniu alertu o zdarzeniu zagrażającym zdrowiu lub życiu a także po zanotowaniu zdarzenia odbiegającego od standardowego (np. nagła zmiana parametrów życiowych użytkownika, upadek):

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieprawidłowe ustalenie, że czynności opiekuna telemedycznego będącego ratownikiem medycznym wynikające z opisu przedmiotu zamówienia uzasadniają postawienie wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, gdyż nie są spełnione *essentialia negotii* umowy o pracę, w szczególności brak jest kierownictwa rzekomego pracodawcy (czyli wykonawcy). Wynika to nie tylko z dokumentacji przetargowej (w szczególności opisu przedmiotu zamówienia), ale przede wszystkim z charakteru i zakresu czynności, jakie wykonują ratownicy medyczni, oraz z faktu, że wykonują je samodzielnie.

Zdaniem Odwołującego w przypadku udzielania usług zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia przez osoby będące ratownikami medycznymi mamy do czynienia z udzielaniem świadczeń zdrowotnych, o których mowa w ww. ustawie o Państwowym Ratownictwie Medycznym, gdyż w tym przypadku są spełnione przedmiotowe przesłanki definicji świadczenia zdrowotnego, o której mowa w art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (dalej jako „u.d.l.”). Zgodnie z tą definicją są to działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania.

Odwołujący zauważył, że z według ww. przepisów monitorowanie czynności układu krążenia metodami nieinwazyjnymi jest świadczeniem zdrowotnym. Pomimo lapidarnego opisu, w rzeczywistości w ramach usługi mamy do czynienia nie tylko z pomiarem parametrów życiowych użytkownika (w szczególności tętna - zgodnie z zakresem funkcjonalnym urządzenia), ale także z analizą tych parametrów, będących wynikiem badania przeprowadzonego zdalnie. Inaczej nie sposób byłoby stwierdzić, iż doszło do zmiany, a tym bardziej do nagłej zmiany parametrów życiowych użytkownika. W ramach przedmiotu zamówienia jest dokonywana ocena wpływu zmiany tych parametrów na życie lub zdrowie użytkownika. Takiej analizy dokonuje posiadający specjalistyczną wiedzę i uprawnienia (zgodnie z wymogami SIWZ) ratownik medyczny. W konsekwencji mamy do czynienia z diagnostyką stanu zdrowia pacjenta, a następnie - zgodnie z SIWZ - ratownik podejmuje działania zgodnie z procedurą, przy czym nie sposób tutaj przyjąć, że nie wykonuje w tym zakresie świadczeń zdrowotnych, gdyż celem tych działań jest zachowanie, ratowanie, przywracanie lub poprawia zdrowia.

Odwołujący podniósł, że dominującym rodzajem umowy w przypadku osób wykonujących zawód ratownika medycznego nie jest umowa o pracę, a umowy cywilnoprawne: o świadczenie usług medycznych, w przypadku podmiotów leczniczych publicznych - o udzielanie świadczeń zdrowotnych, o której mowa art. 26 i 27 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej.

Reasumując, Odwołujący zarzucił, że:

-wymóg zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także postawiony z naruszeniem ww. powszechnie obowiązujących przepisów, w szczególności wbrew dyspozycji art. 22 ust. 1 kp, i ma na celu jedynie ograniczenie konkurencyjności w postępowaniu.
-ponieważ świadczenia zdrowotne mogą być one świadczone wyłącznie przez podmioty wykonujące działalność leczniczą, na zasadach opisanych w wyżej przywołanej ustawie i przepisach powszechnie obowiązujących, Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1b pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 ust. 1, gdyż minimalny poziom zdolności w przypadku takich świadczeń jest determinowany ustawą o działalności leczniczej, a w konsekwencji niedopuszczalne jest, aby o wykonanie zamówienia mogły się ubiegać podmioty nieposiadające wpisu w rejestrze podmiotów wykonujących działalność leczniczą.

W odpowiedzi na odwołanie z 13 lipca 2020 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie poniżej wskazanych zarzutów jako niezasadnego z następujących powodów.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Zamawiający przytoczył za „Komentarzem do ustawy pzp” (aut. J. Pieroga, 2019, wyd. 15): „W przepisie art. 22 ust. 2 nowelizacji implementuje się postanowienie art. 19d dyrektywy dotyczące „zamówień zastrzeżonych”. Wprowadzenie tego przepisu ma wyrównać szansę wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne w ubieganiu się o zamówienie publiczne w celu integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych na rynku pracy (teza 28 preambuły dyrektywy klasycznej)” (uzasadnienie, druk sejmowy Nr 2154, Sejm VI kadencji, s. 1-2). Nowelizacja z 22.6.2016 r. obniżyła do 30% wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii wymienionych w art. 22 ust. 2. Oczywiście znacznie rozszerzyła też krąg osób objętych tą specjalną regulacją, nie ograniczając jej tylko do osób niepełnosprawnych. Należy zauważyć, że katalog tych osób zawarty w ust. 2 nie ma charakteru zamkniętego. W ramach wspierania polityki społecznej w zakresie pomocy dla osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych wprowadzono możliwość ograniczenia dostępności do zamówień da określonych tylko podmiotów. Odnosi się to do zakładów pracy chronionej oraz innych wykonawców, których działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację takich osób.
Decyzja o zastosowaniu takiego zastrzeżenia należy, wyłącznie do zamawiającego, a jego zawarcie w ogłoszeniu nie test uwarunkowane żadnymi okolicznościami po stronie zamawiającego.

Według Zamawiającego oznacza to, że w całości chybiona jest argumentacja Odwołującego, a decyzja Zamawiającego nie podlega jakiegokolwiek kontroli, w tym nie może być weryfikowana w drodze postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Niezależnie od powyższego i na marginesie Zamawiający podkreślił, że przedmiotowe postępowanie jest współfinansowane ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego

Województwa Kujawsko- Pomorskiego na lata 2014-2020 Oś Priorytetowa 9 Solidarne społeczeństwo, Działanie 9.3. Rozwój usług zdrowotnych i społecznych, Poddziałanie 9.3.2 Rozwój usług społecznych. Tym samym Zamawiający stosownie się do zapisów umowy o dofinansowanie zobligowany jest do stosowania aspektów społecznych przy realizacji usług objętych postępowaniem pod rygorem korekty finansowej (§ 19 ust. 6 umowy). Tożsamy zapis znajduje się również we wniosku o dofinansowanie, który stanowi załącznik do umowy o dofinansowanie (sekcja E. Budżet, E.I.B. Uzasadnienia, zadanie numer 6, punkt 4, numer pozycji budżetowej 77).

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Jak sam wskazał Odwołujący jednym z wymogów SIWZ w stosunku do teleopiekuna zatrudnionego w stacji telemonitoringu jest:

9.Zatrudnienie w odpowiedniej liczbie przeszkolonych pracowników do obsługi telecentrum gwarantującej ciągłość obsługi przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, w tym minimalna obsada etatów powinna rozkładać się następująco: 2 ratowników medycznych 24/7 na dobę oraz 1 operator techniczny zatrudniony w systemie 8h przez 5 dni w tygodniu;

10.Do zadań pracowników będzie należało: odbieranie alarmów z opaski, nawiązywanie kontaktu z użytkownikiem po odebraniu alarmu, kontakt z podanym numerem telefonu wyznaczonym przez użytkownika w celu weryfikacji wystąpienia alarmu, wezwanie pomocy, utrzymanie kontaktu z użytkownikiem do momentu przybycia pomocy, stałe monitorowanie stanu technicznego opasek, systematyczne monitorowanie poziomu naładowania, w przypadku awarii opaski bezzwłoczna interwencja w celu wymiany.

Z uwagi na powyższe zapisy według Zamawiającego zatrudnienie w powyższych warunkach wynikających z opisu przedmiotu zamówienia wykazuje cechy pracowniczego podporządkowania.

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący nie wziął pod uwagę okoliczności, że wymagane jest również zatrudnienia operatora technicznego.

Zamawiający zacytował również {bez wskazania źródła cytatu}:*Próbując zdefiniować termin kierownictwo pracodawcy i odpowiadające mu podporządkowanie pracownika, w orzecznictwie przyjęta że dla stosunku pracy charakterystyczne jest, iż podmiot zatrudniający jest organizatorem pracy i decyduje gdzie i w takich godzinach będzie realizowany proces (zob. wyrok SA w Lublinie z 11.7.2017 r, III AbIa 1383/16; wyrok SN z 6.12.2016 r, 11 439/15; wyrok SN z 9.2.1999 r, IPKN 562/98, OSNAPiUS Nr 6/2000, poz. 223). Za podporządkowanie pracownika pracodawcy nie można zatem uważać wyłącznie podporządkowania osobowego, znaczenie ma również podporządkowanie organizacyjne (zob. wyrok SN z 2.9.1998 r, I PKN 293/98/ OSNAPL/S Nr 18/1999, poz. 582). Praca pod kierownictwem nie oznacza jednak, że pracodawca nie może dać pracownikowi pewnej samodzielności przy wykonywaniu powierzonych mu zadań. Wręcz przeciwnie na niektórych stanowiskach pracy wymaga się od pracowników samodzielności, a nie wyłącznie oczekiwania na polecenia pracodawcy (zob. wyrok SA w Łodzi z 3.12.2015 r., III AUa 872/15). Pracowniczego podporządkowania nie można utożsamiać z permanentnym nadzorem (obserwacją) położonego nad sposobem czy też właściwym tempem wykonywanych czynności. Wystarczy bowiem wskazanie zadania i zakreszenie terminu jego wykonania, a następnie kontrolę jakości i terminowości wykonanej pracy. Istotne natomiast jest to, że pracownik nie ma samodzielności w określaniu bieżących zadań, ponieważ to należy do sfery pracodawcy organizującego proces pracy (zob. wyrok SA w Gdańsku z 2.3.2017 r, 111 AbIa 1656/16; wyrok SA w Gdańsku z 17.5.2016 r, 111 AUa 40/16; wyrok SN z 18.2.2016 r, 11 x 352/14).*

Na marginesie Zamawiający wskazał, że zgodnie z opinią UZP pt.:Opinia dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp ():w przypadku

czynności wymagających wiadomości i kwalifikacji specjalistycznych, ale polegających na usłudze help-desku - mogą one już mieć charakter czynności polegających na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy.

W związku z uznaniem zasadności pozostałych zarzutów i żądań (z wyjątkiem żądania wprowadzenia łącznej całkowitej odpowiedzialności wykonawcy z wszelkich tytułów wynikających z umowy i obowiązujących przepisów, aby nie przekraczała ona wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu realizacji umowy), Zamawiający poinformował o wprowadzeniu do treści s.i.w.z. zmian oczekiwanych przez Odwołującego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie w całości podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

{rozpatrzenie zarzutów z innych niż pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Z art. 186 ust. 3a pzp wynika *a contrario*, że nie dochodzi do umorzenia postępowania odwoławczego, jeżeli odwołujący nie wycofał wszystkich zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego. W orzecznictwie Izby nie budzi jednak wątpliwości, że zarzut uwzględniony przez zamawiającego nie podlega już merytorycznemu rozpoznaniu. Z kolei skoro według art. 187 ust. 8 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie aż do zamknięcia rozprawy, może również je cofnąć częściowo. W tej sprawie Odwołujący uczynił to w odniesieniu do żądania ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy z wszelkich tytułów do maksymalnie wysokości wynagrodzenia z tytułu realizacji tego zamówienia, po tym, jak Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

Stąd za prawidłowe należy uznać odzwierciedlenie w orzeczeniu kończącym postępowanie odwoławcze w sprawie tego odwołania, że w zakresie pozostałych zarzutów, które zostały uwzględnione przez Zamawiającego oraz żądania wycofanego przez Odwołującego, podlega ono umorzeniu, jak to wskazano w pkt 1. sentencji.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa w zakresie zarzutów, które pozostały sporne została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest wykonawcą dopuszczonym do udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść również podnieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które zmniejszają jego szanse na uzyskanie tego zamówienia.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 1. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania zarzutu:

Przez innego niż CH wykonawcę zostało zadane pytanie: *Nie widzimy zasadności wprowadzania takiego zapisu. Żadna z dużych firm oferujących usługi z zakresu telemedycyny i teleopieki nie spełnia tego wymagania co za tym idzie zapis taki w znaczący sposób ogranicza konkurencyjność. Wnosimy o wykreślenie tego postanowienia z zapisów SIWZ.*

W ramach wyjaśnień treści s.i.wz. z 8 lipca 2020 r. Zamawiający odpowiedział: *Postępowanie jest realizowane w ramach projektu „Aktywny senior” współfinansowanego w ramach środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014-2020 Oś Priorytetowa 9 Solidarne społeczeństwo, Działanie 9.3 Rozwój usług zdrowotnych i społecznych, Poddziałanie 9.3.2 Rozwój usług społecznych. Instytucja Zarządzająca Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego zgodnie z umową o dofinansowanie, której załącznik stanowi wniosek o dofinansowanie „Aktywny senior” stwierdza, że „Dostawca usługi zostanie wybrany w nieograniczonym przetargu z zastosowaniem klauzul społecznych” dany zapis jest zawarty w SEKCJI E. Budżet, E. I.B. Uzasadnienia, zadaniu numer 6, punkt 4, numer pozycji budżetowej 77.*

Zgodnie z listą projektów wybranych do dofinansowania Poddziałanie 09.03.02 Rozwój usług społecznych konkurs nr RPKP09.03.02-IZ.00-04-180/18 na poz. 21. znajduje się projekt „Aktywny Senior”, którego beneficjentem jest

Zamawiający.

Z Regulaminu konkursu nr RPKP.09.03.02-IŻ.00-04-180/18 (zarówno w brzmieniu wynikającym z załącznika do uchwały nr 44/2131/18 Zarządu Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 14 listopada 2018 r. jak i z załącznika do uchwały nr 27/1252/19 Zarządu Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 17 lipca 2019 r.) nie wynika, że Zamawiający został zobligowany do stosowania klauzul społecznych, o których mowa w art. 29 ust. 3a i 4 pzp, gdyż zarówno powyższy regulamin, jak i umowa o dofinansowanie odnoszą się jedynie do aspektów społecznych {załączone do pisma procesowego Odwołującego dokumenty, których adekwatność nie była kwestionowana przez Zamawiającego}.

Niesporne było, że wskazana w przywołanych powyżej wyjaśnieniach część uzasadnienia wypełniana jest przez beneficjenta, a więc w tym przypadku Zamawiającego, który sam arbitralnie zdecydował o wprowadzeniu zaskarżonych klauzul społecznych.

Odwołujący wykazał również, że w 14 innych postępowaniach na zbliżony przedmiot zamówienia (usługi teleopieki) zamawiający nie ograniczali dostępu do tych zamówień do zakładów pracy chronionej {zestawienie załączone do pisma procesowego Odwołującego}.

W doktrynie i orzecznictwie (jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych w swojej opinii) przyjmuje się, że klauzule społeczne są pojęciem węższym od aspektów społecznych. Co do zasady pojęcie to obejmuje klauzule zawarte w dokumentacji zamówienia, a następnie przeniesione na zapisy umowy o zamówienie publiczne, określające szczególne wymogi o charakterze społecznym odnoszące się do realizacji zamówienia. W tym kontekście do klauzul społecznych zalicza się przede wszystkim rozwiązanie przewidziane w art. 29 ust. 4 ustawy pzp, które umożliwia zamawiającemu zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem, w szczególności dotyczące zatrudnienia osób bezrobotnych, młodocianych, niepełnosprawnych oraz innych. Do klauzul społecznych zalicza się także wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób zaangażowanych w realizację zamówienia, przewidziany w art. 29 ust. 3a ustawy pzp.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 882) zawód ratownika medycznego może wykonywać osoba, która: 1) posiada pełną zdolność do czynności prawnych; 2) posiada stan zdrowia pozwalający na wykonywanie tego zawodu; 3) wykazuje znajomość języka polskiego w stopniu wystarczającym do wykonywania tego zawodu i złożyła oświadczenie

Onastępującej treści: „Oświadczam, że władam językiem polskim w mowie i piśmie w zakresie niezbędnym do wykonywania zawodu ratownika medycznego”, z zastrzeżeniem ust. 2; 4) spełnia następujące wymagania: a) rozpoczęła przed dniem 1 października 2019 r. studia wyższe na kierunku (specjalności) ratownictwo medyczne i uzyskała tytuł zawodowy licencjata lub magistra na tym kierunku (specjalności) lub b) rozpoczęła po roku akademickim 2018/2019 studia wyższe przygotowujące do wykonywania zawodu ratownika medycznego, prowadzone zgodnie z przepisami wydаныmi na podstawie art. 68 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz. U. z 2020 r. poz. 85, 374 i 695),

1) uzyskała tytuł zawodowy licencjata oraz złożyła z wynikiem pozytywnym Państwowy Egzamin z Ratownictwa Medycznego, zwany dalej „PERM”, lub c) rozpoczęła przed dniem 1 marca 2013 r. naukę w publicznej szkole policealnej lub niepublicznej szkole policealnej o uprawnieniach szkoły publicznej i uzyskała dyplom potwierdzający uzyskanie tytułu zawodowego ratownika medycznego albo dyplom potwierdzający kwalifikacje zawodowe w zawodzie ratownika medycznego, lub d) posiada dyplom wydany w państwie innym niż państwo członkowskie Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwo członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - strona umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, uznany w Rzeczypospolitej Polskiej za równoważny z dyplomem uzyskiwanym w Rzeczypospolitej Polskiej, potwierdzającym tytuł zawodowy ratownika medycznego, i uzyskała prawo pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z odrębnymi przepisami, lub e) posiada kwalifikacje do wykonywania zawodu ratownika medycznego nabyte w państwie członkowskim Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwie członkowskim Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stronie umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, uznane w Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2020 r. poz. 220).

W tej sprawie, pomimo uprawdopodobnienia przez Odwołującego, że warunek udziału i przedmiotowe wymaganie w

zakresie zakładu pracy chronionej zakłóca konkurencję w postępowaniu, Zamawiający nie podjął *de facto* żadnej merytorycznej polemiki, która miałaby na celu wykazanie, że wprowadzenie takiego wymagania przedmiotowego w tym postępowaniu nie narusza uczciwej konkurencji, a w aspekcie warunku udziału w postępowaniu jest związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Uzasadnienie Zamawiającego sprowadza się do wskazania, że niczego nie musi uzasadniać, gdyż skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do podjęcia arbitralnej decyzji, która jego zdaniem nie podlega żadnej weryfikacji.

W szczególności Zamawiający nie odniósł się do retorycznych pytań stawianych przez Odwołującego, np. w jaki sposób osoba pozbawiona wolności mogłaby udzielać świadczeń zdrowotnych w ramach wykonywania usługi. Zamawiający nie zaprzeczył również twierdzeniu Odwołującego, że ze względu na wymagania stawiane w przywołanych powyżej przepisach nie jest możliwe, aby ratownikiem medycznym była osoba niepełnosprawna (w szczególności z wysokim stopniem niepełnosprawności, w tym niepełnosprawności intelektualnej), a także wysoce wątpliwe jest, aby taka osoba mogła mieć zaburzenia psychiczne.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest zasadny.

Zgodnie z art. 22. ust. 1 pkt 2 pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Z art. 22 ust. 1b pzp wynika, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

Przy czym art. 22 w ust. 1a pzp nakazuje zamawiającemu określenie warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności przez wyrażenie ich jako minimalnych poziomów zdolności

Z kolei według art. 22 ust. 2 pzp zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu

Ozamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność, lub działalność ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, obejmuje społeczna

1) zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności: 1) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1172, 1495 i 1696); 2) bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1482 i 1622); 3) osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. z 2019 r. poz. 676, 679 i 1694), mających trudności w integracji ze środowiskiem; 4) osób z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1878 oraz z 2019 r. poz. 730 i 1690); 5) osób bezdomnych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1507, 1622 i 1690); 6) osób, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1666); 7) osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia; 8) osób będących członkami mniejszości znajdującej się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będących członkami mniejszości narodowych i etnicznych w rozumieniu ustawy z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz. U. z 2017 r. poz. 823).

Przy czym art. 22 ust. 2a pzp nakazuje Zamawiającemu w takim przypadku określenie minimalnego procentowego wskaźnika zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w ust. 2, nie mniejszego niż 30%, osób zatrudnionych przez zakłady pracy chronionej lub wykonawców albo ich jednostki, o których mowa w ust. 2.

Natomiast zgodnie z art. 29 ust. 4 pzp zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, które mogą obejmować aspekty gospodarcze, środowiskowe, społeczne, związane z innowacyjnością lub zatrudnieniem, w szczególności dotyczące zatrudnienia: 1) bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy; 2) młodocianych, o których mowa w

przepisach prawa pracy, w celu przygotowania zawodowego; 3) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych; 4) innych osób niż określone w pkt 1, 2 lub 3, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r.

Ozatrudnieniu socjalnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 217 i 730) lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Przy czym art. 29 ust. 1 pzp stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Wbrew oczywiście błędnemu stanowisku Zamawiającego każdy warunek udziału w postępowaniu i każdy element opisu przedmiotu zamówienia, w tym te dotyczące aspektów społecznych, mogą zostać zaskarżone w drodze odwołania, a w konsekwencji podlegają kognicji Izby.

W odniesieniu do warunku, który wprowadza tzw. zamówienie zastrzeżone, możliwość jego weryfikacji z punktu widzenia kryterium proporcjonalności jest istotna z tego powodu, że jak wynika z dotychczasowego orzecznictwa Izby, art. 22 ust. 2 pzp należy interpretować w ten sposób, że ogranicza on dostępność zamówienia do wykonawców prowadzących tzw. przedsiębiorstwo społeczne, czyli takie, którego głównym, (a nie ubocznym czy *ad hoc* przyjętym na potrzeby danego zamówienia) celem jest społeczna

1zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych. Innymi słowy, chodzi o wykonawcę, który zatrudniania takie osoby społecznie marginalizowane dla ich integracji, a nie w celu uzyskania zamówienia {zob. uzasadnienie wyroku z dnia 1 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 86/17}.

Przede wszystkim cel tych przepisów (art. 22 ust. 2 i art. 29 ust. 4 pzp), jakim jest społeczna i zawodowa integracja osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, nie może zostać osiągnięty kosztem naruszenia zasady proporcjonalności. W znaczeniu prawnym zasadę proporcjonalności można w uproszczeniu sprowadzić do dyrektywy, zgodnie z którą zamawiający w prowadzonym postępowaniu powinien podejmować tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonego celu (w przypadku warunków udziału jest nim sprawdzenie zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia), a środki zastosowane do realizacji tego celu muszą być proporcjonalne do jego istoty oraz odpowiednie, czyli nie tylko najlepsze i najwłaściwsze, ale i w najmniejszym stopniu ograniczające interesy i prawa wykonawców. Sposób opisu kryteriów społecznych w art. 22 ust. 2 pzp wskazuje, że mają się one odnosić do osób, których aktywizacja zawodowa jest trudniejsza, a realizacja zamówienia ma się na tą aktywizację bezpośrednio przekładać. W konsekwencji wymogu tego nie można traktować jedynie jako formalnego narzędzie do ograniczania konkurencji przez uniemożliwienie innym wykonawcom dostępu do zamówienia, gdyż wprost narusza to nadrzędną w stosunku do wszystkich warunków udziału w postępowaniu zasadę proporcjonalności, o której mowa zarówno w art. 7 ust. 1 pzp oraz dodatkowo w art. 22 ust. 1a pzp w odniesieniu do relacji warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia {takie zajął również stanowisko Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w ramach wyniku kontroli, która zakończyła się uchwałą Izby z 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO/KD 67/17}.

Stąd dalece niewystarczająca jest argumentacja Zamawiającego, który w ogóle nie odniósł się merytorycznie do zarzutu, że wprowadzony przez niego warunek podmiotowy i przedmiotowy nie odpowiadają zasadzie proporcjonalności z art. 7 ust. 1 pzp, w tym warunek udziału jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a zatem narusza również art. 22 ust. 1a pzp, a warunek przedmiotowy ogranicza uczciwą konkurencję, ograniczając się do twierdzenia, że art. 22 ust. 2 pzp pozostawia zastrzeżenie zamówienia publicznego do wyłącznej decyzji zamawiających. W szczególności obowiązkiem Zamawiającego było wykazanie, że ustanowione przez niego warunki, po pierwsze - są przydatne do osiągnięcia postawionego przez niego celu (integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych społecznie). Po drugie - nie wywołają skutku w postaci wyeliminowania z ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia funkcjonujących na rynku wykonawców zdolnych do jego realizacji, czyli że nie narusza zasady uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności.

Zatem, jak trafnie wskazała również Izba w uzasadnieniu uchwały z 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO/KD 67/17, w ramach dokonywania oceny czynności zamawiającego pod kątem zasady proporcjonalności należy brać pod uwagę takie okoliczności, jak przydatność (kryterium przydatności) i niezbędność (kryterium niezbędności) zastosowanych ograniczeń dla osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Ewentualne ograniczenia konkurencyjności

postępowania mogą być zastosowane jedynie w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne do osiągnięcia celów postawionych przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że zastosowane środki w ogóle muszą pozwalać na osiągnięcie tych celów. Stąd w przypadku ustalenia braku spełnienia warunku przydatności, bezprzedmiotowa staje się ocena pod kątem spełnienia warunku niezbędności. Ponadto należy również wziąć pod uwagę wymóg, aby cele określone przez zamawiającego były istotniejsze niż skutki zastosowania środków ograniczających konkurencję.

Izba podziela ocenę Odwołującego, że Zamawiający postawił skarżone wymogi całkowicie bezrefleksyjnie, nie analizując, do jakich wykonawców adresowane jest zamówienie i jaki personel będzie je wykonywał.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 2. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania zarzutu:

W załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „specyfikacja” lub „s.i.w.z.”} określającym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zamieszczono w szczególności następujące postanowienia:

1. Wykonawca jest zobowiązany do współdziałania z Zamawiającym.

2. Wycenę należy wykonać na podstawie poniższej informacji.

-Dostawa fabrycznie nowych, nieużywanych, pełnowartościowych, wolnych od wad wykonanych zgodnie z normami branżowymi opasek do teleopieki, ich instalacja i konfiguracja oraz zapewnienie kompleksowej usługi teleopieki z opieką telecentrum na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zapewnienie usługi teleopieki w mieszkaniach wspieranych w związku z realizacją przez Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Toruniu projektu „Aktywny senior” (...)

-Wykonawca w ramach usługi dostarczy skonfigurowane opaski do teleopieki, a w ramach miesięcznej opłaty abonamentowej zapewni Zamawiającemu kompleksową usługę teleopieki z opieką telecentrum przez 24h na dobę, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku wraz z niezbędnymi usługami telekomunikacyjnymi niewymagającymi dodatkowego zakupu jakichkolwiek zewnętrznych usług telekomunikacyjnych, w tym m.in.: bezpłatne połączenia, Internet itp.

3. Wykonawca dostarczy, zainstaluje i skonfiguruje przedmiot zamówienia na ul. Watzenrodego 15 i 15a w Toruniu Zamawiającego wskazanych w SIWZ.

{Pod powyższymi postanowieniami zamieszczono tabelę wyszczególniającą jako trzy komponenty: 1) dostawę 55 szt. opasek telemedycznych (których parametry opisano w 24. pkt), 2) dostawę kart SIM (których parametry opisano w 17. pkt), 3) „Usługę centrum”}}

Uwzględniając zmiany, które wprowadził Zamawiający do opisu „Usługi centrum” w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania, postanowienia dotyczące tego aspektu zamówienia mają następujące brzmienie {podkreślono zmiany i przekreślono brzmienie dotychczasowe}:

1. Świadczenie usługi opieki telecentrum przez 24h na dobę, 7 dni w tygodniu, 365 dni w roku; 2. Przeszkolenie z obsługi bransoletek do teleopieki pracowników Zamawiającego w miejscu i czasie przez niego wyznaczonym; 3. Prowadzenie obowiązującej dokumentacji;

4. Wprowadzenie danych dotyczących użytkowników opasek (danych identyfikujących użytkowników, ich opiekunów a także sytuacji zdrowotnej) oraz świadczonej usługi do systemu informatycznego telecentrum; Niniejsze dane są dostarczane Wykonawcy przez koordynatora projektu wyznaczonego przez Zamawiającego. 5. Wprowadzenie użytkownika opaski do systemu max w czasie do 48h od przekazania przez Zamawiającego informacji o użytkowniku. W przypadku przekazania jednorazowo danych większej liczby użytkowników czas ten może ulec wydłużeniu po wcześniejszym uzgodnieniu z Zamawiającym); 6. Zapewnienie całodobowego dyżuru telecentrum poprzez obsługę linii ratowniczych, działających w systemie 24h przez 7 dni w tygodniu; 7. Wykonywanie opracowanych przez Wykonawcę, uzgodnionych z Zamawiającym zgodnych z aktualnym stanem wiedzy medycznej, procedur po otrzymaniu alertu o zdarzeniu zagrażającym zdrowiu lub życiu a także po zanotowaniu zdarzenia odbiegającego od standardowego (np. nagła zmiana parametrów życiowych użytkownika, upadek); 8. Obsługa telecentrum 24h na dobę świadczona przez osoby posiadające uprawnienia do wykonywania zawodu ratownika medycznego określone w art. 10 ust. 1 pkt 4) ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym (osoby te muszą mieć doświadczenie wykonywania zawodu ratownika medycznego przez minimum 12 pełnych miesięcy, przy czym miesiące te nie musiały następować bezpośrednio po

sobie); 9. Zatrudnienie w odpowiedniej liczbie przeszkolonych pracowników do obsługi telecentrum/ratowników medycznych gwarantującej ciągłość obsługi przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu, w tym minimalna obsada etatów powinna rozkładać się następująco: 2 ratowników medycznych 24h na dobę oraz 1 operator techniczny zatrudniony w systemie 8h przez 5 dni w tygodniu; 10. Do zadań pracowników będzie należało: odbieranie alarmów z opaski, nawiązywanie kontaktu z użytkownikiem po odebraniu alarmu, kontakt z podanym numerem telefonu wyznaczonym przez użytkownika w celu weryfikacji wystąpienia alarmu, wezwanie pomocy, utrzymanie kontaktu z użytkownikiem do momentu przybycia pomocy, stałe monitorowanie stanu technicznego opasek, systematyczne monitorowanie poziomu naładowania, w przypadku awarii opaski bezzwłoczna interwencja w celu wymiany 11. Do zadań operatora technicznego należy monitorowanie i obsługa zdarzeń technicznych np. niski stan baterii, wyłączenie bransoletki, zdalny reset zawieszanej bransoletki itp. (w przypadku wystąpienia trudności w zdalnym resetowaniu zawieszanej bransoletki, osobista interwencja). 12. Wykonawca zapewnia całodobowy telefon wsparcia technicznego 13. Inicjowanie minimum 1 raz na dwa tygodnie

kontakty telefoniczne z każdym Uczestnikiem Projektu dotyczącego jego samopoczucia i kondycji psychofizycznej; 14. W przypadku wystąpienia zdarzenia zagrażającego zdrowiu lub życiu powiadomienie jednej z osób wskazanych do kontaktu o wywołanym alarmie i zaistniałym problemie, a w razie konieczności wezwania karetki Pogotowia Ratunkowego i/lub Straży Pożarnej i/lub Policji pod adres przebywania użytkownika bransoletki wezwanie pogotowia Ratunkowego i/lub Policji i/lub Straży Pożarnej pod adres przebywania użytkownika bransoletki oraz powiadomienie jednej z osób wskazanych do kontaktu o wywołanym alarmie i zaistniałym problemie; 15. Telefoniczny nadzór przebiegu sytuacji od chwili zgłoszenia alertu do przybycia wezwanych osób/służb; 16. Telefoniczne udzielanie wsparcia Uczestnikowi Projektu aż do przybycia w/w osób lub służb; 17. Możliwość zamawiania e-recepty 18. Zamawiający oczekuje aby proponowane rozwiązanie w zakresie centrum przetwarzania danych, w którym zainstalowana zostanie aplikacja i w którym gromadzone będą dane użytkowników spełniało najwyższe standardy bezpieczeństwa informatycznego; 19. Wszelkie dane użytkowników muszą być przechowywane przez cały okres uczestnictwa w projekcie oraz niezwłocznie usuwane po zakończeniu umowy; 20. System musi zapewnić eksport danych w jednym z ogólnodostępnych formatów np. XML, TXT, CSV21. Oprogramowanie telecentrum powinno dysponować następującymi funkcjonalnościami: a) posiadać min. 2 poziomowe zabezpieczenie dostępu

do oprogramowania (login, hasło); b) mieć możliwość dodawania/usuwania podopiecznego; c) posiadać możliwość identyfikacji opaski z poziomu numeru IMEI (unikalnego dla każdej opaski); d) posiadać możliwość odczytu, rejestracji i zapisu sygnałów SOS oraz innych zdarzeń tj. stan baterii, upadek, lokalizacja GPS, pomiar tętna, pomiar liczby kroków 21. posiadać funkcje raportów zdarzeń, podjętych działań oraz ich rezultatów; zapisu raportów - wystarczające dla spełnienia wymagania będą automatycznie generowane raporty zawierające informacje o liczbie połączeń wychodzących jak i przychodzących oraz o alarmach dotyczących przekroczenia stanu baterii. Wskazane informacje dotyczące m.in. rodzaju zdarzeń, podjętych działań oraz ich rezultatów zawarte będą w osobnym dokumencie przesyłanym na początku kolejnego miesiąca; e) posiadać funkcję raportów zdarzeń, podjętych działań oraz ich rezultatów, zapisu raportów posiadać możliwość odczytu sygnałów SOS oraz innych zdarzeń tj. stan baterii, upadek, lokalizacja GPS, pomiar tętna, pomiar liczby kroków; e1) Wymagany monitoring baterii w stanach alarmowych • Gdy poziom baterii jest poniżej 20% wysyłany jest sms do pacjenta na numer telefonu; • Gdy poziom baterii jest poniżej 7% pojawia się alert stanu w systemie. e2) Możliwość automatycznego pobierania lokalizacji GPS w dowolnych konfigurowanych interwałach czasowych oraz w momencie wystąpienia zdarzenia. 22. Funkcjonalność systemu telekomunikacyjnego musi zapewnić obsługę połączeń przychodzących z możliwością kolejkowania i dystrybucji połączeń do agentów (funkcjonalność CallCenter). System zapowiedzi, możliwość nagrywania połączeń; 23. Wykonawca zobowiązuje się do nadania Zamawiającemu 5 loginów i haseł dla 5 użytkowników wskazanych przez Zamawiającego z bieżącym dostępem do systemu umożliwiającego pełen podgląd użytkowników objętych teleopieką w ramach Projektu „Aktywny Senior” (bez obsługi alertów); 24. Wykonawca zobowiązuje się dostarczać Zamawiającemu comiesięcznych raportów oraz raportu końcowego z wykonywania usługi.

Przy czym w rozdziale III s.i.w.z. dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający zamieścił w szczególności postanowienia w następującym brzmieniu:

9. Zamawiający informuje, iż wykonywanie czynności, w zakresie usługi teleopieki przez osoby zatrudnione przez

Wykonawcę lub Podwykonawcę (teleopiekun zatrudniony w stacji telemonitoringu) polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy.

10. Mając na uwadze informację ujętą w pkt. 9 oraz w związku z postanowieniami art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wymaga aby wszystkie osoby o których mowa w pkt. 10 były zatrudnione przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę, zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu pracy.

Natomiast do § 2 wzoru umowy (załącznik nr 5 do s.i.w.z.) Zamawiający wprowadził w szczególności ustępy w następującym brzmieniu:

3. Zamawiający zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę osób na podstawie umowy o pracę (jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy Dz. U. z 2019 r. poz. 1040):

4. Zatrudnienie, o którym mowa w ust. 3 powinno trwać na czas obowiązywania umowy. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu, Wykonawca niezwłocznie zatrudni na to miejsce inną osobę na warunkach określonych w ust. 3.

5. Wykonawca w terminie 10 dni roboczych od dnia zawarcia niniejszej umowy, a także po ewentualnej zmianie zatrudnionych pracowników przekaże Zamawiającemu oświadczenie o spełnieniu wymogu, o którym mowa w ust. 3 ze wskazaniem ilu pracowników zatrudnionych na umowę o pracę wykonuje czynności określone w ust. 3.

6. Zamawiający zastrzega sobie możliwość kontroli zatrudnienia pracowników, o których mowa w ust. 3 przez cały okres obowiązywania umowy. W tym celu Wykonawca, na każde żądanie Zamawiającego, w terminie 5 dni roboczych, zobowiązuje się przedłożyć kopie zanonimizowanych umów o pracę zawartych przez Wykonawcę z pracownikami. Imię i nazwisko pracownika nie podlega anonimizacji.

7. Zamawiający może żądać od Wykonawcy pisemnych wyjaśnień co do sposobu i stanu zatrudnienia osób, o których mowa w ust. 3.

8. Nieprzedłożenie przez Wykonawcę dokumentów, o których mowa w ust. 5 lub 6, w terminie tam wskazanym, będzie traktowane jako niewypełnienie obowiązku zatrudnienia pracowników na umowę o pracę oraz będzie skutkowało naliczeniem kary umownej.

9. W przypadku dwukrotnego niewywiązania się Wykonawcy z obowiązku wskazanego w ust. 5 lub 6, Zamawiający może odstąpić od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca.

Niesporne było, że jak ujął to Przystępujący w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu, de facto przedmiot zamówienia można opisać jako wykonywanie pewnego pomiaru czyli badania parametru medycznego - tętna (czyli jak definiuje to Wikipedia - falistego ruchu naczyń tętniczych zależnego od skurczów serca i od elastyczności ścian tętniczych) oraz podejmowanie na podstawie wyniku tego badania działań. Przy czym to nie system (oprogramowanie) decyduje o tym, jakie konsekwencje będzie miał określony wynik badania (co się stanie, jeśli parametr osiągnie daną wartość), ale dopiero działanie ratownika medycznego, czyli osoby posiadającej uprawnienia do wykonywania zawodu medycznego, który ma za zadanie na podstawie kontaktu z użytkownikiem (czyli po prostu zebranego wywiadu medycznego) podjąć decyzję, czy wystarczającym jest powiadomienie osoby do kontaktu, czy też konieczne jest wezwanie karetki Pogotowia Ratunkowego. Zadaniem ratownika medycznego jest więc ocena sytuacji, mając na uwadze wyniki badań, dostępną dokumentację dotyczącą użytkownika, a więc postawienie diagnozy, która ma na celu odpowiedź na pytanie, czy konieczna jest interwencja służb, w szczególności wezwanie karetki Pogotowia Ratunkowego.

Niesporne było również, że zasadnicze obowiązki nałożone na ratowników medycznych w ramach teleopieki mieszczą się w definicji świadczenia zdrowotnego, o której mowa w art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 285 ze zm.) {dalej: „udl”}, czyli działań służących zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz innych działań medycznych wynikających z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania.

Wreszcie nie było również przedmiotem sporu, że jak to ujął Przystępujący w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu, tym, co odróżnia udzielanie świadczenia zdrowotnego od świadczenia innych usług, jest nie tylko warstwa przedmiotowa (zgodnie z cytowaną definicją z udl), ale i podmiotowa - wykonywanie zawodu medycznego przez osobę udzielającą świadczenia (w tym przypadku przez ratownika medycznego). Warstwa podmiotowa (posiadanie kwalifikacji

do udzielania świadczeń zdrowotnych) i przedmiotowa (aktywność będąca świadczeniem zdrowotnym) będą pełnić funkcję delimitacyjną - vide Grzegorz Głanowski, *Organizacja systemu ochrony zdrowia 2020*, wyd. 1, Rozdz. 19 Telemedycyna.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zakres obowiązków określonych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia dla ratowników medycznych jako teleopiekunów nie wskazuje na to, że czynności te muszą być wykonywane na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, gdyż z uwagi na brak cechy podporządkowania tych osób kierownictwu wykonawcy przy zdanym udzielaniu świadczeń medycznych w sposób samodzielny, samo wiążące określenie miejsca wykonywania tych czynności nie jest wystarczające dla stwierdzenia konieczności pozostawiania tych osób w stosunku pracy z wykonawcą, który może zapewnić funkcjonowanie teleopieki w wymaganym wymiarze czasowym przez zatrudnienie odpowiedniej liczby ratowników medycznych na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Powyższe ustalenia zostały poczynione wyłącznie na potrzeby rozpatrywanej sprawy, w której Zamawiający nie przedstawił żadnych istotnych i konkretnych argumentów związanych z opisem przedmiotu zamówienia, które świadczyłyby o tym, że wykonywanie czynności teleopiekunów przez ratowników medycznych wykazuje łącznie wszystkie cechy stosunku pracy (a wręcz oczywiście błędnie wskazując jako argument istnienie funkcji operatora technicznego, dla której de facto wg przywołanych powyżej postanowień nie zastrzegł wymogu pozostawiania w stosunku pracy z wykonawcą lub podwykonawcą).

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut odwołania jest zasadny.

Art. 29 ust. 3a pzp nakłada na zamawiającego obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy.

Art. 22 § 1 Kodeksu pracy stanowi, że przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Przy czym z mocy art. 22 § 1¹ Kodeksu pracy zatrudnienie w warunkach określonych w § 1 jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy. A z art. 22 § 1² Kodeksu pracy wynika zakaz zastępowania umowy o pracę umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków wykonywania pracy, określonych w § 1.

Jednocześnie zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt. 8a pzp w takim przypadku specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna zawierać określenie w szczególności: a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a, b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań, c) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.

Z przywołanych powyżej przepisów ustawy pzp jednoznacznie wynika, że na zamawiającym spoczywa obowiązek przeanalizowania i stwierdzenia, czy czynności konieczne dla realizacji przedmiotu zamówienia z punktu widzenia powyżej przywołanych przepisów Kodeksu pracy powinny być wykonywane w ramach stosunku pracy. Innymi słowy w ramach opisu przedmiotu zamówienia zamawiający ma obowiązek rozstrzygnąć, czy konkretne czynności muszą być wykonywane w ramach stosunku pracy czy też mogą być wykonane na podstawie umowy cywilnoprawnej. W razie stwierdzenia, że wykonywanie czynności niezbędnych dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia polega na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 Kodeksu pracy, zamawiający nie może odstąpić od określenia w specyfikacji co najmniej zagadnień, o których mowa w art. 36 ust. 2 pkt 8a pzp. Co istotne, zamawiający nie może odstąpić od stosowania art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy pzp z powołaniem się na nieposiadanie wystarczającej wiedzy co do tego, jaki rodzaj czynności jest niezbędny dla wykonania zamówienia, które zamierza udzielić. Stąd przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia powinno również obejmować przeprowadzenie analizy w tym

zakresie, jako przejawu uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, do czego obliuguje przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia art. 29 ust. 1 pzp.

Jak to powyżej ustalono, nic nie wskazuje na to, aby Zamawiający przeprowadził taką analizę, skoro jedynymi jego argumentami było powołanie się na generalne wypowiedzi orzecznictwa bez konkretnego odniesienia ich do stanu faktycznego tej sprawy, czyli do wynikających z opisu przedmiotu zamówienia czynności ratowników medycznych jako teleopiekunów.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 22 ust. 2 i 2a w zw. z art. 22 ust. 1a i art 7 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 29 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego - działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem).