

WYROK
z dnia 30 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 września 2011 r.** przez wykonawcę **Firmę „GWARANT” – Tomczyk Sp. Jawna z siedzibą w Głogowie** w postępowaniu prowadzonym **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Legnicy.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu udzielenie szczegółowych odpowiedzi na pytania wykonawców i w wyniku tych odpowiedzi modyfikację odpowiednich zapisów SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w pozostałych postanowieniach ogłoszenia oraz SIWZ wraz z załącznikami.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Legnicy i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Firmę „GWARANT” – Tomczyk Sp. Jawna** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego **Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Legnicy** na rzecz wykonawcy **Firmy „GWARANT” – Tomczyk Sp. Jawna z siedzibą w Głogowie** kwotę **18 864 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset sześćdziesiąt cztery złote zero

1

groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Legnicy.**

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

W dniu 22 września 2011 roku (pismem z dnia 21 września 2011 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 133, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Ustawy Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Odwołujący się FIRMA "GWARANT" - TOMCZYK SPÓŁKA JAWNA z siedzibą w Głogowie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Legnicy.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wykonanie usług opiekuńczych i specjalistycznych usług opiekuńczych na rzecz mieszkańców Legnicy w okresie od 1.01.2012 r. do 31.12.2013 r.”.

Odwołanie wniesiono od następujących czynności Zamawiającego: modyfikacji

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawcy zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 12 września 2011 r.

Czynnościom tym zarzucono naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez: dokonanie modyfikacji SIWZ i udzielenie odpowiedzi na pytania dotyczące opisu spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez niedokonanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału doprecyzowania w postępowaniu sformułowanych w sposób zbyt ogólny w stosunku do uzasadnionych, obiektywnych potrzeb Zamawiającego określonych w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje, zdolnych do wykonywania usług opiekuńczych i specjalistycznych usług opiekuńczych, doświadczenia wykonawcy i jego sytuacji finansowej, co stawia pod znakiem zapytania należyte wykonanie przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwia uczciwą konkurencję i czyni oferty nieporównywalnymi. Przerzucając bowiem na wykonawców de facto obowiązek dokonania opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający doprowadził do sytuacji w której niezmiernie utrudnione jest określenie przez potencjalnych wykonawców, czy spełniają oni warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, dysponowania osobami i sytuacji finansowej, co w konsekwencji uniemożliwia faktyczne sporządzenie oferty odpowiadającej zamawiającemu,

3

3. art. 38 ust. 4a ustawy Pzp poprzez niedokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu podczas gdy modyfikacja SIWZ z dnia 12 września 2011 r. prowadziła do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Mając powyższe na uwadze zgłoszono żądanie:

1. udzielenia precyzyjnych odpowiedzi na pytania wykonawcy zamieszone na stronie Zamawiającego w dniu 12 września 2011 r. w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu
2. modyfikacji § 4 pkt 2 SIWZ w sposób, który zapewni uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, w zakresie określonym pytaniami wykonawcy zamieszczonymi na stronie Zamawiającego w dniu 12 września 2011 r. i dokonania opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, by precyzyjnie określały wymóg posiadanego przez wykonawcę doświadczenia i jego sytuacji finansowej poprzez określenie:
a) ilości prac podobnych wymaganych od wykonawcy, ich wymaganej wartości oraz grupy podmiotów, na rzecz których były świadczone w zakresie zarówno usług opiekuńczych jak i specjalistycznych usług opiekuńczych
b) wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej, do których dostęp winien mieć wykonawca
3. modyfikacji § 4 pkt 3 SIWZ w sposób, który zapewni uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, w zakresie określonym pytaniami wykonawcy zamieszczonymi na stronie zamawiającego w dniu 12 września 2011 r. i dokonania opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, by precyzyjnie określały one wymogi co do osób mających stanowić wykwalifikowaną kadrę zdolną do wykonywania usług opiekuńczych i specjalistycznych usług opiekuńczych, których udziału w postępowaniu wymaga Zamawiający (w tym przede wszystkim ich liczby)
4. modyfikacji § 5 pkt 6 SIWZ w sposób który zapewni uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, w zakresie określonym pytaniami wykonawcy zamieszczonymi na stronie zamawiającego w dniu 12 września 2011 r. i dokonania opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, by precyzyjnie określał jakimi osobami ma dysponować wykonawca w celu wykazania spełniania warunków w postępowaniu - osobami przewidzianymi do świadczenia usług opiekuńczych, czy specjalistycznych usług opiekuńczych.
5. W konsekwencji modyfikacji § 5 pkt 6 SIWZ, w sposób który zapewni uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, w zakresie określonym pytaniami wykonawcy zamieszczonymi na stronie Zamawiającego w dniu 12 września 2011 r. poprzez doprecyzowanie czy obowiązek złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć

osób przewidzianych do świadczenia specjalistycznych usług opiekuńczych czy także osób przewidzianych do świadczenia usług opiekuńczych.

Interes prawny odwołującego się wykonawcy został naruszony czynnościami dokonanymi przez Zamawiającego - modyfikacją SIWZ i treścią odpowiedzi na pytania, opublikowanymi na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 12 września 2011 r. Naruszenie interesu Odwołującego polega na tym, że zarówno modyfikacja jak i treść odpowiedzi na pytania pozostają niespójne z zapisami SIWZ i ogłoszenia o zamówienia, a ponadto uniemożliwiają ocenę możliwości wykonawcy złożenia ważnej i spełniającej wymogi zamawiającego oferty w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie może realnie ocenić możliwości brania udziału w postępowaniu, w tym przeanalizowania, czy dysponuje odpowiednim zapleczem kadrowym i technicznym potrzebnym dla należytego wykonania ewentualnej umowy. Biorąc pod uwagę treść dokonanej modyfikacji oraz odpowiedzi na pytania w kontekście zapisów SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu dokonanie analizy własnych zasobów jest niemożliwe, a przygotowanie ewentualnej oferty bazować mogłoby jedynie na domysłach, jakie potrzeby może mieć Zamawiający. Niemożność określenia, jakie wymagania stawia przed wykonawcami Zamawiający prowadzić mogą z kolei do tego, że oferta, sporządzona na podstawie ogólnych wytycznych Zamawiającego zawartych w odpowiedzi na pytania, złożona następnie przez Odwołującego byłaby nieporównywalna z pozostałymi ofertami. W przypadku potwierdzenia się zarzutów Odwołującego i doprecyzowania wymagań Zamawiającego, będzie miał on faktyczną możliwość sporządzenia oferty odpowiadającej warunkom zamówienia i wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę na skutek czynności Zamawiającego w postaci utraty zysku, który mógłby on osiągnąć w przypadku, gdyby jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu podniesiono następujące kwestie: w dniu 12 września 2011 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej modyfikacje SIWZ i odpowiedzi na pytania wykonawcy w postępowaniu. Wskazywana modyfikacja i odpowiedzi na pytania w rażący sposób naruszają przepisy ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności wskazano, iż Zamawiający, w sposób nieuprawniony - niezgodny z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wbrew sugestiom wykonawcy zadającego pytania nie doprecyzował opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jakie musi spełniać wykonawca stający do przetargu, pozostawiając je w formie na tyle ogólnej, że można mówić tu wręcz o „blankietowości” tychże warunków. Powoduje to utrudnienie uczciwej konkurencji, bowiem przez niemal dosłowne przytoczenie treści art. 22 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający uczynił opis warunków całkowicie bezcelowym (nie można bowiem spełnić warunków, których de facto się nie zna). Wskazano na orzecznictwo sądów

okręgowych, w tym m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 8 listopada 2007 r. sygn. akt X Ga 337/07 czy Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 06 grudnia 2007 r. sygn. akt VI Ga 87/07.

W opinii Odwołującego wymagania dotyczące doświadczenia wykonawcy powinny odpowiadać wielkości zamówienia tak, aby dokonanie opisu oceny spełniania warunków umożliwiło Zamawiającemu wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a jednocześnie ograniczyło możliwość powstania sytuacji, w której wybrany wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należyłą starannością. (np., wyrok KIO z dnia 13.10.2011 KIO/UZP 2144/10). Tymczasem w przypadku istotnych warunków niniejszego zamówienia, przystępując do przetargu wykonawca nie może określić, czy będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia (czy da rękomię jego prawidłowej realizacji), a powyższe prowadzi do sytuacji, w której realny dostęp do zamówienia jest ograniczony - rozsądek nakazuje bowiem rezygnować z udziału z przetargu, gdy wykonawca usługi nie będzie w stanie spełnić stawianych przed nim wymagań po zawarciu umowy, gdyż wiąże się to z daleko idącymi konsekwencjami finansowymi.

Zauważyć należy, że Zamawiający nie stawia właściwie żadnego konkretnego

warunku, można jedynie domniemywać, że wykonawca powinien dysponować doświadczeniem w wykonaniu podobnego zamówienia co do ilości wykonywanych godzin (min. 45 000 miesięcznie), ilości osób objętych opieką (min. 700) oraz wartości zamówienia. Z powyższego nie można jednak w sposób dorozumiany interpretować, że również i to zamówienie będzie takiej wielkości i że zasób kadrowy konieczny dla zapewnienia prawidłowej realizacji zadania będzie identyczny.

Należy podkreślić, że Odwołujący postawił Zamawiającemu pytanie do SIWZ o warunki, jakie winien spełnić stający w postępowaniu, na co Zamawiający powołał się jedynie na blankietowy przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, nie udzielwszy odpowiedzi, która umożliwiłaby Odwołującemu ocenę możliwości wzięcia udziału w przetargu. Zamawiający udzielił zatem odpowiedzi na pytanie w sposób uniemożliwiający przygotowanie prawidłowej oferty, podczas gdy odpowiedź wykonawcy na ogłoszenie winna utwierdzić Zamawiającego w przekonaniu, że będzie on w stanie spełnić przesłanki, co w swym orzecznictwie potwierdza KIO (sygn. akt KIO 2359/10 oraz wyrok KIO/UZP 259/08; jak też wyrok KIO z dnia 17 marca 2011 r. KIO/UZP 444/11).

Tymczasem na pytanie zadane przez Odwołującego: „Ile i o jakiej wartości i dla jakiej grupy odbiorców należy wskazać w wykazie, o którym mowa w § 5 pkt 5 SIWZ wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - usług opiekuńczych, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu?” Zamawiający nie udzielił wyczerpującej odpowiedzi, powtarzając co do zasady treść SIWZ: „W wykazie należy przedstawić co najmniej jedno wykonane zamówienie w ciągu ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia

6

działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem wartości przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia odpowiednich dokumentów potwierdzających, że usługi opiekuńcze zostały lub są wykonywane należycie.” Powyższa odpowiedź w żaden sposób nie sprecyzowała zapisów SIWZ, zaś jej ogólnikowość narusza wskazywane wyżej przepisy ustawy Pzp.

Dodatkowo nadmienić należy, iż Zamawiający dokonał w odpowiedzi na powyższe pytanie nieuprawnionej zmiany SIWZ. Nie zmienił przy tym także treści ogłoszenia w zakresie opisu sposobu spełniania warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy.

Analogicznie na pytanie Odwołującego: „Ile i o jakiej wartości i dla jakiej grupy odbiorców należy wskazać w wykazie, o którym mowa w § 5 pkt.5 SIWZ wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - specjalistycznych usług opiekuńczych, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu?” Zamawiający odpowiedział: „W wykazie należy przedstawić co najmniej jedno wykonane zamówienie w ciągu ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem wartości przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia odpowiednich dokumentów potwierdzających, że specjalistyczne usługi opiekuńcze zostały lub są wykonywane należycie.” Także więc i w tym przypadku Zamawiający dokonał w odpowiedzi na pytanie nieuprawnionej zmiany SIWZ. Nie zmienił przy tym także treści ogłoszenia w zakresie opisu sposobu spełniania warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy.

Dodatkowo pojawiła się więc wątpliwość dotycząca tego, czy wykonawca w związku z tym ma się wykazać doświadczeniem zarówno w usługach opiekuńczych jak i specjalistycznie - opiekuńczych. Zatem Zamawiający udzielając wykonawcy ogólnej i enigmatycznej odpowiedzi dotyczącej warunku udziału w postępowaniu ponownie uniemożliwił wykonawcom ocenę, czy są w stanie przystąpić do przetargu ze względu na posiadane zasoby i możliwości.

Zdaniem Odwołującego się warunek dotyczący doświadczenia, biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia powinien być sprecyzowany na przykład w następujący sposób:

„Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą spełniać warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku: - warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie minimum dwie usługi podobne do objętej przedmiotem zamówienia. Za usługę podobną Zamawiający uzna:

1) 1 usługę opiekuńczą realizowaną w ramach 1 umowy obejmującą przynajmniej średniomiesięcznie 45000 godzin dla grupy odbiorców nie mniejszej niż 700 osób

oraz

2) 1 specjalistyczną usługę opiekuńczą realizowaną w ramach 1 umowy obejmującą nie mniej niż średniomiesięcznie 2500 godzin dla grupy odbiorców nie mniejszej niż 30 osób".

Nie można zapomnieć, że opis warunków udziału w postępowaniu powinien być dokonany przez pryzmat celu jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielonego zamówienia. Zaniechanie określania przez Zamawiającego wymogu doświadczenia adekwatnego i proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia jest naruszeniem przepisów ustawy Pzp i działaniem na szkodę jednostki budżetowej samorządu terytorialnego. Naraża też Zamawiającego na zarzut naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przypadku, gdy zostanie wybrany wykonawca niewiarygodny i nie wykona zadania.

Odwolujący, zadając kolejne pytania do SIWZ Zamawiającemu, dotyczące ilości osób, jaką miałby zapewnić wykonawca w celu świadczenia usług opiekuńczych i specjalistycznych usług opiekuńczych, chciał określić, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w § 4 pkt 3 SIWZ. Zamawiający udzielił odpowiedzi, że „ustalenie ilości osób do świadczenia usług opiekuńczych jest wyłączną kompetencją Wykonawcy”. Tymczasem podnieść należy, że ustalenie ilości osób winno być wymaganiami stawianym przez Zamawiającego, ponieważ jest to warunek, który określa, czy wykonawca jest zdolny do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający nie sprecyzował przy tym iloma osobami ma się wykazać wykonawca w żądanym do złożenia wykazie. Analogicznie w tej materii wypowiada się także Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 18 kwietnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-405/07.

Ponadto wskazać należy na rozbieżność pomiędzy treścią ogłoszenia, a SIWZ.

Punkt III.4) ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych formułuje obowiązek przedłożenia „wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami”. Pomijając fakt, iż żądanie dotyczy robót budowlanych, a nie usług, które są przedmiotem niniejszego postępowania, wskazać należy, że w § 5 pkt. 6 SIWZ Zamawiający żądał „wykazu osób świadczących specjalistyczne usługi opiekuńcze, wraz z podaniem świadectw kwalifikacyjnych tych osób uprawniających wykonywania specjalistycznych usług opiekuńczych”.

Z kolei w odpowiedzi na kolejne zadane przez Odwołującego pytanie: „Czy w wykazie osób, które będą świadczyły usługi opiekuńcze - zadanie A (§ 2 pkt. 1 SIWZ) należy wykazać kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, oraz kursy zewnętrzne, a także podstawę

dysponowania tymi osobami oraz dołączyć dokumenty potwierdzające dane w wykazie? Zamawiający wskazał, że „nie wymaga przedstawienia wykazu osób, wraz z ich kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i kursami zewnętrznymi, które będą świadczyły usługi opiekuńcze. Forma i podstawa dysponowania osobami, które wykonywać będą usługi opiekuńcze jest wyłączną kompetencją Wykonawcy”. Tymczasem, jak już wskazano z treści ogłoszenia BZP wynika, że wykaz taki jest dokumentem, którego przedstawienia Zamawiający żąda.

Również na pytania Odwołującego dotyczące sytuacji finansowej wykonawcy Zamawiający udzielił wymijającej odpowiedzi. Na pytanie o to, jaka wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa wykonawcy wystarczy na spełnianie warunku udziału w postępowaniu z § 5 pkt 12 SIWZ? Zamawiający odpowiedział, że: „wymaga jedynie przedstawienia informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym Wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową. Zamawiający nie stawia żadnego warunku co do ilości posiadanych środków finansowych na rachunku bankowym lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej.”

Tak sformułowany warunek i odpowiedź na pytanie w sprawie jego konkretyzacji doprowadzić może do powstania sytuacji w której, w związku z 30 dniowym terminem

płatności (liczonym od daty dostarczenia faktury przez wykonawcę, obejmującej usługi za poprzedni miesiąc) wykonawcy mogą nie być w stanie wypłacić w terminie wynagrodzeń pracownikom oraz opłacić innych zobowiązań np. z tytułu użytkowania lokalu, zakupu odzieży i sprzętu dla pracowników, itp. Wykonawca, który nie posiada zabezpieczonej kwoty na należyłą obsługę umowy nie może dać rękojmi spełnienia zobowiązań wobec zamawiającego.

Na marginesie należy dodać iż w ogłoszeniu zamieszczonym w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 159-262591 Zamawiający w ogóle praktycznie nie dokonał opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, co w kontekście udzielonych odpowiedzi dodatkowo utrudnia złożenie przez wykonawców oferty.

W sekcji II.1.2) Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym, warunki udziału, Zamawiający zamieścił jedynie, w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej następujący tekst: informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: Na podstawie dostarczonych dokumentów. Informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy".

Punkt III.2.3) Zdolność techniczna nie został przez Zamawiającego wypełniony jakąkolwiek treścią.

9

Ponadto wskazać należy, że Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ na wykonywanie usług opiekuńczych i specjalistycznych usług opiekuńczych na rzecz mieszkańców Legnicy, w okresie od 1.01.2012 r. do 31.12.2013 r., w następujący sposób: W § 5 wpkt 4 SIWZ otrzymuje brzmienie:

„4) oświadczenie wykonawcy, że osoby, które będą świadczyć usługi opiekuńcze posiadają przeszkolenie w zakresie opieki nad osobami starszymi i niepełnosprawnymi”.

W powyższym zakresie nie dokonano jednak zmiany treści ogłoszenia, ani w Biuletynie Zamówień Publicznych ani w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, do czego bezwzględnie obliguje zamawiającego art. 38 ust. 4 a ustawy Pzp.

Odwolujący wskazuje także, że doprecyzowanie opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu jest niezwykle istotne w kontekście rodzaju usługi objętej przedmiotowym zamówieniem. Niedookreślenie w SIWZ warunków udziału w postępowaniu działa w szczególności na niekorzyść osób objętych usługami opiekuńczymi. Faktyczny brak w SIWZ warunków dotyczących doświadczenia wykonawcy i osób którymi dysponuje lub będzie dysponował - kadry opiekunek może spowodować, że zamówienie uzyska przedsiębiorca niemający niezbędnego doświadczenia w świadczeniu usług opiekuńczych dla tej grupy odbiorców - brak doświadczenia oraz brak lub wręcz nieposiadanie kwalifikowanej kadry albo fikcyjne oświadczenie o jej posiadaniu może powodować pogorszenie stanu zdrowia, a nawet śmierci tych osób w przypadku niewykonania zadania lub w wyniku jego nieodpowiedniego wykonania. Zamówienie ma ogromny zasięg - obejmuje świadczenie usług dla ponad 700 osób, które wymagają codziennej troski o ich stan zdrowia fizycznego i psychicznego. Niedopuszczalne jest doprowadzenie do jego pogorszenia, a takie zagrożenie zaistnieje jeśli zadanie będzie realizowane przez niekompetentne osoby. W przedmiotowym zamówieniu powinny brać udział podmioty, które wykonały proporcjonalne zadania do przedmiotu zamówienia, i przede wszystkim dysponują wykwalifikowanymi osobami zdolnymi do jego wykonania. Winę za ewentualny uszczerbek na zdrowiu wynikający z nienależytego wykonania usługi ponosi zarówno wykonawca jak i Zamawiający, który nie wykazał staranności w prowadzeniu postępowania o zamówienie publiczne. (naruszając jednocześnie dyscyplinę finansów publicznych).

W wyniku naruszeń Zamawiającego, wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma faktycznej możliwości wykazania, że posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Zamawiający bowiem ani w ogłoszeniu, ani w SIWZ ani w treści modyfikacji, ani udzielając odpowiedzi na pytania nie wskazuje de facto, jakie warunki winny być spełnione przez wykonawcę, aby mógł on wziąć udział w postępowaniu i złożyć ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę.

Wiadomość o naruszeniu przez zamawiającego wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp ustawy Pzp odwołujący powziął w dniu 12 września 2011 r., wraz

10

z zamieszczeniem na stronie internetowej Zamawiającego treści modyfikacji SIWZ oraz zamieszczeniem odpowiedzi na zadane w toku postępowania pytania.

Odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt ustawy Pzp.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 21.09.2011 r.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał stanowisko wyrażone pisemnie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron postępowania oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę. W tym zakresie Izba oddaliła wniosek Zamawiającego, który podnosił, że odwołanie złożono po upływie terminu wyznaczonego przez ustawę na kwestionowanie zapisów ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Izba wskazuje, że odwołanie dotyczy czynności nieudzielenia szczegółowych odpowiedzi na pytania lub udzielenia takich odpowiedzi, które doprowadziły de facto do modyfikacji zapisów SIWZ oraz ogłoszenia, a Zamawiający zmiany takiej nie dokonał. Fakt, że poprzez zadawanie pytań wykonawca odnosił się do treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ nie oznacza, że odwołanie złożono po terminie ponieważ wykonawca pośrednio zadając pytania kwestionował powyższe zapisy. Funkcję wyjaśniającą pełni właśnie instytucja zadawania pytań co do treści SIWZ. Jeżeli odpowiedzi Zamawiającego byłyby rzeczowe i czyniły zadość potrzebie wyjaśnienia kwestii wynikających z pytań wykonawców, wykonawca nie korzystałby ze środków ochrony prawnej.

Skład orzekający Izby ustalił także, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w jego złożeniu. Izba z urzędu, w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jest on jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania), odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania ze ścieżki odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

11

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób dokonany przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu złożenie prawidłowej i konkurencyjnej oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego oraz wykonywanie przyszłej umowy. Udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi nie wyjaśniają kwestii mających wpływ na podjęcie decyzji o udziale w postępowaniu i złożenie oferty. Odwołujący wykazał także, że nieuwzględnienie odwołania może skutkować poniesieniem przez niego szkody z powodu uniemożliwienia mu złożenia ważnej oferty i uzyskania zamówienia. Tym samym, wypełnione zostały materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca, pomimo wezwania Zamawiającego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym zamieszczonego na jego stronie internetowej.

Izba ustalwszy określony stan faktyczny, stwierdziła, co następuje:

W dniu 20 sierpnia 2011 r. ogłoszenie o zamówieniu pod nazwą „Wykonanie usług opiekuńczych i specjalistycznych usług opiekuńczych na rzecz mieszkańców Legnicy, w okresie od 1.01.2012 do 31.12.2013 r.” zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym

Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 159-262591. Dodatkowo Zamawiający opublikował ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych. Treść obu ogłoszeń nie jest tożsama. Ogłoszenie zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nie zawiera wszystkich postanowień wynikających z zapisów SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz niezbędnych dokumentów, które mają być złożone na potwierdzenie warunków udziału. W tym zakresie dodatkowe ogłoszenie w BZP jest dużo bardziej szczegółowe. Ponadto, Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców, w tym w dniu 12 września 2011 roku, zmienił treść SIWZ w zakresie wymaganych dokumentów oraz określił nowy warunek dotyczący wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem. Zmieniono także termin składania ofert z uwagi na złożenie odwołania przez jednego z wykonawców. Zmiany te nie skutkowały zmianą treści któregokolwiek z ogłoszeń.

Zważyć zatem należało, że zarzuty zawarte w odwołaniu zasługiwały na uwzględnienie.

12

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty, „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Artykuł 22 ustawy Pzp określa katalog warunków, które musi spełnić każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z powyższym przepisem wykonawca musi wykazać się posiadaniem uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponować odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdować się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Udowodnić również należy brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ustawy Pzp.

Oprócz ustawowo i tak ogólnie sformułowanych warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu, które będą doprecyzowaniem ogólnych warunków i wynikać mają ze specyfiki danego zamówienia, jak również jego wartości. Należy podkreślić, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z głównych i podstawowych czynności Zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. W związku z powyższym, formułując warunki Zamawiający nie może tego czynić w sposób dowolny i w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i wartości postępowania, a także swoich potrzeb, bowiem ich celem jest weryfikacja zdolności wykonawców do realizacji konkretnego zadania. Dokonując tej czynności Zamawiający winien mieć na uwadze cel - wybór odpowiedniego wykonawcy posiadającego umiejętności w realizacji zamówienia. W myśl bowiem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 art. 22, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wtedy właśnie opis podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, tak dokonany zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostanie zakwalifikowany jako naruszający zasady wyrażone w art. 7 ust. 1

13

ustawy Pzp. Z brzmienia niniejszego przepisu można wywieść, iż skoro opis sposobu ma być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, to owy opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału jest niczym innym jak dotychczasową konkretyzacją warunków

udziału w postępowaniu. Doprecyzowanie i opisanie warunków udziału w postępowaniu, do których odsyła ramowy przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, niezmiennie pozostaje uprawnieniem Zamawiającego, którego to jednak uprawnienia Zamawiający nie może nadużywać.

Wydaje się, że w toczącym postępowaniu Zamawiający myli warunki wykonania, realizacji zamówienia z warunkami udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe wynika z odpowiedzi udzielanych przez Pełnomocnika Zamawiającego na rozprawie. Skład orzekający zaznacza dobitnie, że to nie na wykonawcy spoczywa obowiązek precyzowania warunków, czy też domniemywania czy spełnia on bliżej nieokreślone wymogi Zamawiającego. Wybranie wykonawcy, który nie będzie dysponował odpowiednim potencjałem osobowym, czy też odpowiednią zdolnością ekonomiczną w przypadku specjalistycznych i ważnych społecznie usług, dla których prowadzone jest postępowanie, przeczy celowi efektywnego, racjonalnego wydatkowania środków publicznych. To po stronie Zamawiającego kształtuje się obowiązek takiego wyznaczenia warunków udziału oraz właściwego opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, aby wyłoniony w toku postępowania wykonawca był w stanie właśnie zrealizować zamówienie, a więc wypełnić obowiązki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający winien dążyć do ograniczenia możliwości powstania sytuacji, w której wybrany zostanie wykonawca nie będący w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością.

Dostrzeżenia dalej wymaga, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu zamieszczane w odpowiednim publikatorze. To na podstawie zapisów tych dokumentów wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Dokumenty te wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia, a także zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a także zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie może przekroczyć.

14

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów i żądań odwołania, Izba wskazuje, że Zamawiający nie określił w prowadzonym postępowaniu jakichkolwiek reguł, które uznać można by za warunki udziału w postępowaniu. Jednocześnie, nie konkretyzując warunków udziału, Zamawiający wymagał przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków (de facto niewyznaczonych), których możliwość żądania wynika z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817). Sytuacji powyższej nie zmieniły pytania składane przez wykonawców, którzy zwracali Zamawiającemu uwagę, iż w postępowaniu nie wskazano, jakie konkretnie warunki należy wykazać poszczególnymi dokumentami. Odpowiedzi Zamawiającego były lakoniczne, blankietowe i wskazywały, że przykładowo *ustalenie ilości osób do świadczenia usług opiekuńczych jest wyłączną kompetencją wykonawcy*, podczas, gdy w tym zakresie w rozdziale SIWZ dotyczącym wymagań na etapie realizacji zamówienia wskazano bardzo szczegółowo jakim potencjałem ma dysponować wykonawca realizujący zamówienie. Zamawiający w toku prowadzonej rozprawy nie umiał odpowiedzieć na zadanie przez Przewodniczącą skład orzekający Izby pytanie, w jaki sposób zamierza zweryfikować na etapie składania ofert, czy rzeczywiście wykonawca takim potencjałem dysponuje i będzie w stanie należycie zrealizować zamówienie. Stanowisko owo odnosiło się również do potencjału osobowego oraz zdolności finansowej. Biorąc pod uwagę wartość postępowania (około 25 000 000,00 zł), a także wysokość wyznaczonego wadium (250 000,00 zł), trudno dziwić się wykonawcom, którzy chcieliby wiedzieć, czy spełniają warunki udziału i prawidłowo oszacować ryzyko związane z możliwością utraty wadium w przypadku niespełnienia warunków udziału.

Ponadto, Zamawiający ma prawo do żądania dokumentów w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego jednakże w pewnych granicach, tak aby dzięki nim mógł ustalić czy wykonawca posiada m. in. odpowiednią wiedzę i doświadczenie lub potencjał ekonomiczny. Powyższe granice wyznacza przedmiot oraz wartość zamówienia. Zamawiający ściśle związany jest przedmiotem i wartością zamówienia, co wyraźnie wynika z art. 44 ust. 2 Dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, wedle którego: „(...) minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia” (podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2010 roku, sygn. akt KIO 1947/10). Zamawiający może żądać jedynie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, zgodnie z brzmieniem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie podnieść należy, że w toku udzielania odpowiedzi (np. odpowiedź nr 5 z dnia 12 września 2011 roku) Zamawiający zmienił postanowienia SIWZ w zakresie § 5

15

odnoszące się do wykazu zamówień podobnych oraz wykazu osób wskazanych do świadczenia usług opiekuńczych. Zmiana ta nie pociągnęła za sobą zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Stanowi to jawne naruszenie art. 38 ust. 4a ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści SIWZ (czemu nie zaprzeczał Zamawiający, że takowa zmiana nastąpiła) prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (a niewątpliwie zmiana w zakresie żądanych dokumentów do takiej zmiany ogłoszenia prowadzić musiała, abstrahując od tego czy właściwe zapisy w ogłoszeniu się znajdowały, czy nie, a znajdować się powinny), Zamawiający przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego, Zamawiający bez wątplenia zobowiązany był do przekazania publikacji ogłoszenia o zamianie ogłoszenia, w związku z udzielonymi odpowiedziami.

Izba zwraca również uwagę na art. 12a ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, Zamawiający zobowiązany jest przedłużyć termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach, jeżeli jest to konieczne. Jednakże, gdy zmiana jest istotna, a za taką uważana jest zmiana dotycząca określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, **warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełnienia**, Zamawiający zobowiązany jest przedłużyć termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w przypadku przetargu nieograniczonego.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podniesione przez Odwołującego w niniejszym zakresie potwierdziły się, znajdują swe uzasadnienie w przedstawionym Izbie materiale dowodowym, dlatego też Izba miała podstawy do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Mając powyższe na względzie Izba nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia i SIWZ w ten sposób, iż modyfikacji powinny ulec § 4 pkt 2, 3 SIWZ w zakresie precyzyjnego określenia potencjału finansowego i ekonomicznego oraz potencjału osobowego oraz ilości i zakresu prac podobnych wymaganych od wykonawcy, a także § 5 pkt 5, 6, 12 SIWZ odnoszący się do wymaganych dokumentów w zakresie zdolności finansowej i potencjału osobowego oraz niezbędnej wiedzy i doświadczenia, rozważając możliwość wzięcia pod uwagę sugestii Odwołującego wyrażonych w odwołaniu oraz wskazanych na rozprawie. Za zmianami tymi nastąpić powinna taka zmiana ogłoszenia

16

o zamówieniu w punktach odnoszących się do wskazanych zagadnień, tak, aby treść ogłoszenia czyniła zadość przepisom ustawy Pzp oraz precyzyjnie określała dokonane zmiany.

Reasumując Izba stwierdziła, że działania i zaniechania Zamawiającego miały lub

mogą mieć wpływ na wynik postępowania i z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając uzasadnione koszty strony postępowania - Odwołującego, w tym koszty tytułem opłaty za wpis, koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izłą w kwocie 264,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości dopuszczalnej rozporządzeniem, tj. 3 600 zł.

Przewodniczący: