

Sygn. akt: KIO 754/15

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **Agencja Służby Społecznej K. Spółka Jawna, ul. Kwiatowa 7A, 02-579 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Gdyni, ul. Grabowo 2; 81-265 Gdynia,**

przy udziale wykonawcy – **M. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agencja Opiekuńczo-Pielęgnacyjna "Senior" M. O., ul. Garbarska 32, 84-230 Rumia** - zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania wykonawcy M. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agencja Opiekuńczo-Pielęgnacyjna "Senior" M. O., ul. Garbarska 32, 84-230 Rumia i odrzucenie jego oferty, dokonanie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Gdyni, ul. Grabowo 2; 81-265 Gdynia** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Agencja Służby Społecznej K. Spółka Jawna, ul. Kwiatowa 7A, 02-579 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego - **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Gdyni, ul. Grabowo 2; 81-265 Gdynia** na rzecz wykonawcy **Agencja Służby Społecznej K.**

Spółka Jawna, ul. Kwiatowa 7A, 02-579 Warszawa kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Gdyni, ul. Grabowo 2; 81-265 Gdynia, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych, część A zamówienia”.

Zamawiający, pismem z dnia 3 kwietnia 2015 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 13 kwietnia 2015 roku wykonawca Agencja Służby Społecznej K. Spółka Jawna, ul. Kwiatowa 7A, 02-579 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której wykonawca M. O. prowadzący działalność pod nazwą Agencja Opiekuńczo-Pielęgnacyjna „SENIOR”, ul. Garbarska 32, 84-230 Rumia (dalej „AOP Senior”) złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony i którego oferta winna być odrzucona,
3. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy AOP Senior do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp,
4. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wielokrotne wezwanie wykonawcy AOP Senior do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty, która jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
6. oraz innych wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia miały wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty AOP Senior,
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert;
- 3) nakazanie zamawiającemu wykluczenie wykonawcy AOP Senior,

4) dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w świetle ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiły odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego – przystąpienie zgłosił wykonawca M. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Agencja Opiekuńczo-Pielęgnacyjna „SENIOR”, ul. Garbarska 32, 84-230 Rumia (dalej „AOP Senior” lub „przystępujący”).

Izba ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego jest świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych, część A zamówienia.

W dniu 3 kwietnia 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania.

Z decyzją zamawiającego nie zgodził się odwołujący i w dniu 13 kwietnia 2015 roku wniósł odwołanie. W odwołaniu odwołujący podniósł, iż wskazane w ofercie przystępującego, w wykazie osoby, poz. 3, 4, 10, 11, 13, 14 oraz 34 nie zawarły żadnej umowy, w tym umowy zlecenia z AOP Senior, na wykonywanie przez nie usług w ramach świadczenia specjalistycznych usług opiekuńczych przez AOP Senior na rzecz zamawiającego.

Odwołujący do odwołania załączył oświadczenia złożone przez wszystkie wyżej wymienione osoby.

Odwołujący podał również, że nieprawdziwą jest także informacja zawarta w wykazie, że p. A.D. pracowała w Szpitalu Psychiatrycznym (Starogard Gdański).

W związku z powyższym, zdaniem odwołującego, wykonawca AOP Senior złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący podał również, że liczba osób, które spełniają wymogi określone w § 8 ust. 5 Gdyńskiego standardu specjalistycznych usług opiekuńczych świadczonych w miejscu zamieszkania i biegle posługują się językiem polskim, wykazana przez przystępującego w załączniku „Wykaz osób” (na załączniku nr 3 do s.i.w.z.), po pierwsze pozwalała spełnić warunki udziału w postępowaniu, a po drugie była podstawą do określenia ilości punktów przyznanych ofercie na podstawie rozdziału XII s.i.w.z.

Zdaniem odwołującego, działanie przystępującego było ukierunkowane na osiągnięcie celu polegającego na uzyskaniu maksymalnej ilości punktów w wysoko ocenianym kryterium - zastępowalność kluczowego personelu (tj. 50 pkt). Jeżeli AOP Senior wskazałby mniejszą ilość osób niż 33 osoby, które spełniają wymogi określone w § 8 ust. 5 Gdyńskiego standardu specjalistycznych usług opiekuńczych świadczonych w miejscu zamieszkania i biegle posługują się językiem polskim, w załączniku „Wykaz osób”, to nie mógłby uzyskać więcej niż 30 punktów w tym kryterium. Zatem nieprawdziwe informacje zawarte w Wykazie osób załączonym do oferty przystępującego mają rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania oraz są obiektywnie niezgodne ze stanem faktycznym (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt. XIX Ga 179/13, LEX nr 1315894). Informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli ich złożenie przesądza o wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, ocenie ofert lub możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą (sygn. akt KIO 1736/11, sygn. akt KIO 1735/11, sygn. akt KIO 1424/11).

Zdaniem odwołującego informacje nieprawdziwe składane w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp, gdyż jest to wyjątek od obowiązku zamawiającego, polegającego na wzywaniu do uzupełnienia dokumentu niezłożonego lub wadliwie złożonego, ponieważ nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W praktyce oznacza to, że wykonawca, który dopuścił się złożenia oświadczenia lub dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie zostanie wezwany przez zamawiającego do jego uzupełnienia. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 801/11) oraz wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r., (sygn. akt: KIO 1571/12).

Odwołujący podniósł, iż zamawiający bezpodstawnie uznał, że oświadczenie przystępującego z dnia 11 marca 2015 r. spełnia wymagania określone w § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Przystępujący w żaden sposób nie wskazał uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, które potwierdziłyby, że nie jest w stanie uzyskać

poświadczenia wystawionego przez odbiorców usług. Ponadto w/w oświadczenie nie zawiera informacji, że usługi zostały wykonane należycie.

Powyższego ustalenia nie zmienia fakt wezwania wykonawcy AOP Senior do złożenia wyjaśnień i uzupełnień z dnia 31 marca 2015 r. oraz z dnia 2 kwietnia 2015 r., ponieważ czynności te zostały dokonane niezgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy Pzp.

Ponadto z tylko z ostrożności na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów odwołujący podniósł także, że oferta przystępującego jest niezgodna z wymaganiem określonym w pkt 2.1 rozdział II s.i.w.z. Przystępujący wykazał, że świadczył specjalistyczne usługi opiekuńcze na terenie miasta Gdyni i Rumi w wymiarze 106 772 godzin u klientów indywidualnych zrealizowanych w okresie od 1 stycznia 2012 r. do 31 grudnia 2014 r. Zgodnie z pkt 1 rozdziału X s.i.w.z. termin składania ofert został ustalony na 19 marca 2015 r. W związku z powyższym okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert to okres od 19 marca 2012 r. do 19 marca 2015 r. Oceniając zatem doświadczenie przystępującego, zamawiający nie powinien uwzględniać godzin świadczenia specjalistycznych usług opiekuńczych na terenie miasta Gdyni i Rumi w okresie od 1 stycznia 2012 r. do 18 marca 2012 r.

Zdaniem odwołującego prawidłowa ocena złożonych wykazów potwierdzających doświadczenie przystępującego powinna doprowadzić do ustalenia, że wykonawca ten nie wykazał, że posiada doświadczenie w zakresie wymaganym w pkt 2.1 rozdział IV s.i.w.z., tj. świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi świadczone w miejscu zamieszkania w wymiarze nie mniejszym niż 104.900 (*słownie: sto cztery tysiące dziewięćset*) godzin. W związku z powyższym ustaleniem odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższego ustalenia nie zmienia fakt wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnień z dnia 31 marca 2015 r. oraz z dnia 2 kwietnia 2015 r., ponieważ czynności te zostały dokonane niezgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Zamawiający, dnia 27 kwietnia 2015 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, iż wykonawca AOP Senior w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia złożył wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, sporządzony na druku stanowiącym załącznik nr 3 do s.i.w.z.

W przedłożonym wykazie przystępujący wskazał 34 osoby oraz przedłożył wraz z ofertą, pomimo, że nie było takiego wymogu w s.i.w.z., dokumenty dotyczące wszystkich osób wymienionych w wykazie, tj. kopie ich dowodów osobistych oraz dokumenty potwierdzające kwalifikacje.

W związku z tym, że w trakcie badania oferty ww. wykonawcy zamawiający powziął wątpliwości, co do posiadania wymaganego stażu przez niektóre ze wskazanych osób, AOP Senior w dniu 27 marca 2015 r., został wezwany do uzupełnienia dokumentu o informacje, które będą jednoznacznie potwierdzały spełnianie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca AOP Senior uzupełnił wykaz osób o wymagane informacje.

W związku z powyższym, zamawiający uznał, że ww. wykonawca wykazał, iż dysponuje 34 osobami spełniającymi wymagania określone w s.i.w.z.

Zamawiający wskazał, iż treść dokumentów, które zostały złożone przez AOP Senior, nie dawała zamawiającemu podstaw do podważania ich wiarygodności. Przystępujący podał w wykazie wymagane informacje dotyczące wymienionych przez niego osób, a ponadto załączył do oferty również dokumenty (dowody tożsamości, świadectwa kwalifikacji itp.) dotyczące każdej z osób podanych w wykazie. Ten fakt, w ocenie zamawiającego, dodatkowo uwiarygodniał, że wykonawca AOP Senior faktycznie dysponuje wskazanymi w wykazie osobami.

Wobec zarzutów podniesionych w odwołaniu, zamawiający zwrócił się w dniu 17 kwietnia 2015 r. do AOP Senior z wnioskiem o ustosunkowanie się do kwestii podania nieprawdziwych informacji. W odpowiedzi ww. wykonawca złożył pismo, w którym stwierdził, iż zarzuty zawarte w odwołaniu są bezpodstawne, a na potwierdzenie swoich racji dołączył dowody w postaci dokumentacji, tj. oświadczenia kwestionowanych osób, o wyrażeniu zgody na gromadzenie i przetwarzanie ich danych osobowych w zakresie procedur przetargowych oraz polepszenia wizerunku firmy oraz umowy - zlecenia - wstępne, na świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi na terenie miasta Gdyni w miejscu zamieszkania chorego. Ponadto wykonawca AOP Senior wskazał, że w wykazie osób nie została umieszczona informacja na temat p. A.D., o jej pracy w Szpitalu Psychiatrycznym, a jedynie o odbytym stażu w ramach pielęgniarskich praktyk zawodowych.

Mając na uwadze powyższe, wobec faktu, iż przedłożone przez wykonawcę dokumenty wskazywały, że AOP Senior posiadał na dzień 11 marca 2015 r. wstępne umowy zlecenia ze wszystkimi osobami wymienionymi w odwołaniu, zamawiający uznał, iż brak jest podstaw do wzruszenia wyniku przedmiotowego postępowania i kwestionowania prawdziwości dokumentów przedłożonych przez ww. wykonawcę.

Tym samym zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako nieznajdującego podstaw w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym.

AOP Senior w wykazie wykonanych usług, wskazał usługi świadczone dla klientów prywatnych. Ponadto wraz z wykazem zostały złożone zestawienia godzin wykonanych usług dla osób z zaburzeniami psychicznymi.

W związku z tym, że przystępujący wykazał usługi wykonane w okresie od 1 stycznia 2012 r., tj. w okresie przekraczającym ostatnie trzy lata przed upływem terminu ofert, zamawiający wezwał, w dniu 31 marca 2015 r. wykonawcę do uzupełnienia wykazu usług o informacje wskazujące, jaką ilość godzin usług świadczył AOP Senior w okresie od 19 marca 2012 r. do 19 marca 2015 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący przedłożył uzupełniony wykaz wykonanych usług o wymagane informacje.

Wobec ustalenia przez zamawiającego, że informacje wskazane przez przystępującego w przedłożonych dokumentach nie wskazują jednoznacznie, że usługa była świadczona dla osób z zaburzeniami psychicznymi w miejscu zamieszkania (a taki warunek został określony w s.i.w.z.), zamawiający w dniu 2 kwietnia 2015 r. postanowił wezwać wykonawcę do uzupełnienia wykazu wykonanych usług o informacje w powyższym zakresie.

W odpowiedzi na wezwanie, AOP Senior przedłożył wykaz wykonanych usług uzupełniony o informacje potwierdzające, że wskazane usługi były świadczone dla osób z zaburzeniami psychicznymi w miejscu zamieszkania.

Ponadto przystępujący przedłożył oświadczenie, z którego treści wynika, że w okresie od 19 marca 2012 do 18 marca 2015 r. AOP Senior świadczył specjalistyczne usługi opiekuńcze dla osób z zaburzeniami psychicznymi w miejscu zamieszkania na terenie miasta Gdyni i Rumi w wymiarze 107.557 godzin oraz że usługi zostały wykonane należycie.

Zamawiający wskazał, iż na podstawie zgromadzonej dokumentacji miał podstawy do uznania, że przystępujący spełniał warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający podniósł, że niezrozumiałe jest twierdzenie odwołującego, iż oświadczenie złożone przez AOP Senior nie zawiera informacji potwierdzającej, że usługi zostały wykonane należycie. W ocenie zamawiającego wezwania były wystosowane do wykonawcy w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący nie uzasadnił w odwołaniu, dlaczego wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnień kierowane do wykonawcy AOP Senior w dniach 31 marca 2015 r. oraz 2 kwietnia 2015 r. miałyby zostać dokonane niezgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący zarzucił wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, tj. wykazu wykonanych usług. W ocenie zamawiającego, taki zarzut nie znajduje potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie naruszył powyższej zasady, bowiem w wezwaniu z dnia 31 marca 2015 r. skierowanym do AOP Senior zamawiający wezwał wykonawcę do wykazania ilości godzin w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Natomiast w wezwaniu z dnia 2 kwietnia 2015 r. wykonawca AOP Senior został wezwany do uzupełnienia wykazu osób o informacje potwierdzające, że wskazane usługi były świadczone dla osób z zaburzeniami psychicznymi w miejscu zamieszkania (w tym wezwaniu, wątek ilości godzin wykonanych usług w ogóle nie został poruszony). Jak wynika z powyższego zarzut odwołującego, przy założeniu, iż dotyczy wielokrotnego wzywania do uzupełnienia tego samego dokumentu, jest bezpodstawny.

Niezależnie od powyższego, zamawiający ustosunkował się do kwestii uznania złożonego przez wykonawcę AOP Senior oświadczenia, jako wystarczającego dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usług wymienionych w wykazie.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 18 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, odpowiedzialny jest za organizowanie i świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania dla osób z zaburzeniami psychicznymi - mieszkańców Gminy Gdynia. W związku z tym posiada wieloletnie i szerokie doświadczenie w sprawach związanych z organizacją i świadczeniem tych usług. Usługi te, zgodnie z art. 50 ust. 1 i 3 ww. ustawy, przyznawane są osobom, które z powodu wieku, choroby lub innych przyczyn wymagają pomocy i dostosowane są do szczególnych potrzeb, wynikających z rodzaju schorzenia lub niepełnosprawności. Odbiorcami tych usług są osoby z zaburzeniami psychicznymi - są to w szczególności osoby z następującymi jednostkami chorobowymi określonymi jako zaburzenia psychiczne w Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10:

- a) osoby z otępieniami, a więc charakteryzujące się obniżoną sprawnością umysłową na skutek uszkodzenia mózgu - w tym osoby w wieku starszym z chorobą Alzheimera (stopniowa utrata pamięci, splątanie, trudności językowe), z chorobą Parkinsona (spowolnienie i niesprawność ruchowa, zaburzenia pisania, mimowolne skurcze mięśni), osoby z chorobą Picka (postępujące zachowania aspołeczne oraz afazja), a także osoby z chorobą Huntingtona (utrata pamięci, zdolności do kontrolowania ruchów i emocji, podejmowania decyzji),
- b) osoby, u których występują zaburzenia urojeniowe, majaczenie, halucynozą,
- c) osoby z zaburzeniami osobowości,
- d) osoby z zaburzeniami psychicznymi i zachowaniami spowodowanymi używaniem środków psychoaktywnych,
- e) osoby ze schizofrenią,
- f) osoby z upośledzeniem umysłowym,
- g) osoby z zaburzeniami rozwoju psychicznego.

Ze względu na występujące dysfunkcje i choroby, objawiające się stałym lub czasowym obniżeniem samoświadomości i zdolności do samostanowienia (część osób z zaburzeniami psychicznymi, korzystających ze specjalistycznych usług opiekuńczych to osoby ubezwłasnowolnione częściowo lub całkowicie), a także w obliczu współwystępujących trudności w komunikowaniu się (zarówno słownie, jak i pisemnie - część osób jest niezdolnych nawet do złożenia podpisu), nie jest praktykowane odbieranie indywidualnych opinii, referencji czy innego rodzaju poświadczeń od osób korzystających z tego rodzaju usług. Dokument potwierdzający należyte wykonanie usług wystawiony przez osobę korzystającą z usług w przedstawionych wyżej okolicznościach (o ile wystawienie byłoby możliwe fizycznie i prawnie) miałby znacznie ograniczoną wiarygodność.

Przystępujący przedłożył wraz z wykazem wykonanych usług zestawienia godzin wykonanych usług dla osób z zaburzeniami psychicznymi. W zestawieniach zostały wskazane imiona i nazwiska kilkudziesięciu osób, a także ilości poszczególnych godzin. Zatem, mając na uwadze powyższe, w ocenie zamawiającego, dokumenty i oświadczenia przedłożone przez AOP Senior oraz specyfika specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi, a także fakt, że jak wynika z przedłożonych przez AOP Senior zestawień, usługi były świadczone dla dużej ilości indywidualnych klientów, stanowią wystarczające uzasadnienie by przyjąć, że dowodem dla usług wymienionych w wykazie może być oświadczenie złożone przez wykonawcę.

Zamawiający zaznaczył, iż przepisy ustawy Pzp, ani rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów - nie wymagają, aby w każdym przypadku, gdy zostanie złożone oświadczenie zamiast poświadczenia, zamawiający wzywał wykonawcę do składania stosownych wyjaśnień. W ocenie zamawiającego uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze w zaistniałym przypadku mają miejsce.

Zamawiający wskazał, iż zarzut jakoby oferta AOP Senior była niezgodna z wymaganiami pkt 2.1 rozdział II s.i.w.z., jest bezpodstawny. Odwołujący nie wykazał, na czym powyższa niegodność miałaby polegać, a jedynie przywołał zapisy s.i.w.z. dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Oferta złożona przez AOP Senior jest zgodna z treścią s.i.w.z. i nie ma podstaw do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast argumentacja przytoczona przez odwołującego w żaden sposób nie podważa tego ustalenia.

Izba zważyła, co następuje.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy oraz zeznania świadków, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Zgodnie z pkt 1.1 rozdział II specyfikacji istotnych warunków zamówienia - część A zamówienia obejmuje świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi z terenu Gdyni. Zgodnie z pkt 6 rozdziału II s.i.w.z. celem zapewnienia należytego świadczenia usług, wykonawca zobowiązany będzie przez cały okres realizacji zamówienia do zatrudniania osób, które spełniają wymogi określone w § 8 ust. 5 „*Gdyńskiego standardu specjalistycznych usług opiekuńczych świadczonych w miejscu zamieszkania*” i biegle posługują się językiem polskim, w takiej liczbie, aby indywidualny wymiar czasu ich pracy nie przekraczał obowiązujących norm czasu pracy przewidzianych w Kodeksie pracy, niezależnie od formy zatrudnienia, jednak nie mniej niż 17 osób w przypadku ubiegania się o część A zamówienia.

Zgodnie z pkt 3.1 rozdziału IV s.i.w.z. zamawiający uzna, że warunek dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia został spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje, co najmniej 17 osobami, które spełniają wymogi określone w § 8 ust. 5 „*Gdyńskiego standardu specjalistycznych usług opiekuńczych świadczonych w miejscu zamieszkania*” i biegle posługują się językiem polskim.

Ponadto zgodnie z pkt 1 ppkt 2 rozdział XII s.i.w.z., zamawiający oceniał także dodatkowo zastępowalność kluczowego personelu. W kryterium tym zamawiający przyznawał dodatkowe punkty tym ofertom, w których wykonawca zapewnił do realizacji danej części zamówienia większą niż wymagana, jako minimum, liczbę osób spełniających wymogi określone w rozdziale IV pkt 3, odpowiednio dla części, o którą ubiega się wykonawca.

Waga kryterium - zastępowalność kluczowego personelu wynosi 50 %.

Do oferty przystępującego został załączony wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, sporządzony na druku stanowiącym załącznik nr 3 do s.i.w.z. Wykaz zawierał informację, że w wykonaniu zamówienia będą uczestniczyć 34 osoby w nim wskazane.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis powyższy nie wskazuje, jakiego typu informacje można zakwalifikować jako nieprawdziwe, co oznacza, że każdy rodzaj i zakres informacji, jeżeli zostanie stwierdzony fakt nieprawdziwości wywołuje skutek w postaci wykluczenia wykonawcy, podającego takie informacje, z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby ocena złożonych

informacji, pod kątem ich prawdziwości dotyczyć może zarówno części podmiotowej, czyli dotyczącej samego wykonawcy, jak też części przedmiotowej złożonej oferty, tj. merytorycznej treści oferty dotyczącej przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Istotnym jest również konieczność stwierdzenia, czy złożenie nieprawdziwych informacji ma lub może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy należy wziąć pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo Sądów Okręgowych, które jednolicie orzekają w zakresie konieczności udowodnienia, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest potwierdzenie działania polegającego na umyślnym wprowadzeniu zamawiającego w błąd. Miarodajną reprezentację powyższego poglądu stanowi wyrok Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie, IV Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12), w którym Sąd Okręgowy stwierdził, iż wykluczenie wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji mogłoby nastąpić jedynie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego, a zatem w następstwie czynności dokonanej z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Analogicznie, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 23 stycznia 2013 r., sygn. akt: II Ca 1285/12 oraz wyrok sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt: VI Ga 134/12.

W wyroku o sygn. II CKN 1095/99, Sąd Najwyższy stwierdził (za sądem apelacyjnym), że terminy „prawda”, „prawdziwy” bądź ich zaprzeczenia występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). Zdaniem Sądu Najwyższego we wszystkich tych przypadkach termin „prawda” rozumiany jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są w części zasadne. Jednakże stopień naruszenia wskazuje na konieczność uwzględnienia odwołania.

Izba stwierdziła, że potwierdziły się dwa ze stawianych zarzutów, a mianowicie zarzut dotyczący podania nieprawdziwych informacji oraz zarzut dotyczący braku złożenia dokumentów poświadczających należyte wykonanie wykazanych usług.

Odnosnie zarzutu podania nieprawdziwych informacji stwierdzić należało, co następuje.

Przystępujący do oferty załączył wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (załącznik nr 3 do s.i.w.z. z dnia 11 marca 2015 r.). W trakcie czynności badania ofert zamawiający zwracał się do przystępującego o wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów, które to wyjaśnienia i uzupełnienia zostały przez wykonawcę przystępującego złożone. Po informacji, od zamawiającego, że w postępowaniu zostało wniesione odwołanie, a do odwołania zostały załączone oświadczenia 7 osób, które to twierdziły, że nie zawarły z przystępującym żadnej umowy (w tym zlecenia) na wykonywanie usług w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego, przystępujący na wezwanie zamawiającego (po wniesieniu odwołania) ustosunkował się do tych oświadczeń (i zarzutów) wskazując, iż kwestionowane przez odwołującego osoby (7) były w dyspozycji przystępującego na dzień składania ofert. Przystępujący na dowód powyższego załączył „Wstępne umowy zlecenia” z tymi osobami datowane na dzień 11 marca 2015 r. oraz oświadczenia datowane na 11 marca 2015 roku – w zakresie wyrażenia przez te osoby zgody na przetwarzanie danych osobowych. Ponadto przystępujący na rozprawie złożył pismo procesowe wraz z ww. „wstępnymi umowami zlecenia”, ww. oświadczeniem o wyrażeniu zgody na przetwarzanie danych osobowych oraz oświadczeniami z dnia 15 kwietnia 2015 roku dotyczącymi informacji, iż w dniu składania dokumentów deklarowały one (7 osób) zgodę do podjęcia pracy u przystępującego na rzeczzone zadanie, mając świadomość, że zostaną zatrudnione na zasadach umowy-zlecenia.

Na wstępie stwierdzić należało, iż oświadczenia z dnia 15 kwietnia 2015 roku posługują się bliżej nieokreślonym stwierdzeniem „w dniu składania dokumentów”, które to sformułowanie nie precyzuje, o jakie dokumenty i o jaki dzień chodzi.

Ponadto w toku prowadzonej rozprawy jednoznacznie zostało potwierdzone, zarówno przez przystępującego, jak i świadków, że „Wstępne umowy zlecenia” oraz oświadczenie – zgoda na przetwarzanie danych osobowych zostały podpisane w dniu 15 kwietnia 2015 roku. Powyższe oznacza, że data (11 marca 2015 r.), którą opatrzone były „Wstępne umowy zlecenia” i oświadczenie – zgoda na przetwarzanie danych osobowych, została podana świadomie i celowo, na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego. Skoro bowiem przystępujący oraz świadkowie spójnie i bez żadnych wątpliwości oświadczyli, iż to dnia 15 kwietnia 2015 roku zostały podpisane rzeczzone dokumenty, to stwierdzić należało, że na dzień składania ofert takich dokumentów nie było i być nie mogło, a w konsekwencji przystępujący nie dysponował odpowiednim potencjałem osobowym, który uprawniałby go do uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium „Zastępowalność kluczowego personelu” o wadze 50 %. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności stwierdzić należało, że przystępujący w sposób celowy i świadomy podał informacje nieprawdziwe, które w konsekwencji doprowadziły do uzyskania przez niego maksymalnej liczby punktów w kryterium zastępowalność kluczowego personelu, co z kolei doprowadziło do wyboru

oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej. W ocenie Izby okolicznością wskazywaną przez przystępującego i rzekomo uprawniającą do takiego działania nie mogło być przekazanie, we wcześniejszych terminach kopii dokumentów tych osób, tj. kopii dowodu osobistego i dokumentów potwierdzających kwalifikacje. Fakt, iż na rynku utrwaliła się praktyka wymiany pracodawcy przy zachowaniu tych samych osób świadczących usługi nie uprawniała przystępującego do przyjęcia, że przekazane dokumenty stanowią podstawę do przyjęcia, że dane osoby wyrażają zgodę na wykorzystanie ich w wybranych przez wykonawcę postępowaniach. Nadto wskazać należy, że powołani świadkowie jasno wyrazili swoje stanowisko, że dopiero po wniesieniu odwołania przystępujący kontaktował się z nimi w sprawie wykorzystania ich osób do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Reasumując stwierdzić należało, że przystępujący składając swoją ofertę nie miał podstaw do wykorzystania potencjału osobowego kwestionowanych przez odwołującego osób, a przynajmniej dwóch powołanych na świadka, tym samym w sposób świadomy i celowy przedstawił w swojej ofercie informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, dlatego też wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a jego oferta, zgodnie z przepisem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, winna być uznana za odrzuconą.

Odnosnie zarzutu dotyczącego braku złożenia dokumentów poświadczających należyte wykonanie wykazanych usług, Izba stwierdziła, że co do zasady osoby korzystające z usług opiekuńczych nie są tymi samymi osobami, które zlecają wykonanie tych usług. Dlatego też zasadnym i możliwym do pozyskania byłyby poświadczenia wystawione przez zlecających takie usługi opiekunów, pełnomocników prawnych, czy najbliższych. Zgodnie § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (poz. 231) dowodem potwierdzającym należyte wykonanie lub wykonywanie usług może być oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia wystawionego przez odbiorcę usługi. W przedmiotowej sprawie zastępowanie poświadczeń oświadczeniem wykonawcy nie daje się bronić z uwagi na obiektywne możliwości pozyskania takich poświadczeń. Przystępujący był już raz wzywany do uzupełnienia tego rodzaju dokumentów. Dlatego też w tym zakresie przystępujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, w konsekwencji uznania dwóch merytorycznych zarzutów odwołania, konsumuje się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania.

Odnosnie zarzutu dotyczącego spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie liczby godzin świadczenia usług, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest bezzasadny, gdyż przystępujący na wezwanie zamawiającego skorygował powstałą wadliwość w trybie i terminie wynikającym z przepisów ustawy Pzp, tj. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz wezwaniem zamawiającego.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut wielokrotnego wykorzystania przez zamawiającego dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż każde wezwanie kierowane przez zamawiającego w tym trybie dotyczyło innych elementów podmiotowych wykonawcy.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż odwołujący nie udowodnił, w jakim merytorycznym zakresie oferta przystępującego jest niezgodna treściowo ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odnoszenie przez odwołującego braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jako niezgodności z treścią s.i.w.z. jest dalece posuniętym błędem nie dającym się sanować w trybie odwoławczym. Należy bowiem rozdzielić treść oferty od potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż w konsekwencji znajdują zastosowanie zupełnie odmienne przepisy ustawy Pzp.

Izba bez rozpoznania pozostawiła zarzut podniesiony przez odwołującego na rozprawie, dotyczący okresu, na jaki zostały zawarte „wstępne umowy zlecenia”, gdyż zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Analizując zaś treść zarzutów odwołania Izba nie stwierdziła, że odwołanie zawiera zarzuty we wskazanym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego dotyczące wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: