

Sygn. akt: KIO 2745/15

WYROK

z dnia 13 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach **5 stycznia 2016 r. i 11 stycznia 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„Nadzieja” Opieka Pielęgniarstwo Rehabilitacja Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Stowarzyszenie Opiekuńcze Nadzieja z siedzibą w Lublinie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Chełmie,**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„Nadzieja” Opieka Pielęgniarstwo Rehabilitacja Sp. z o.o., Stowarzyszenie Opiekuńcze Nadzieja** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Chełmie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Świadczenie usług opiekuńczych dla osób starszych, samotnych i niepełnosprawnych oraz specjalistycznych dla osób z zaburzeniami psychicznymi w miejscu zamieszkania dla uprawnionych mieszkańców miasta Chełm.*

W dniu 17 grudnia 2015 r. Konsorcjum: „Nadzieja” Opieka Pielęgniarstwo Rehabilitacja Sp. z o.o., Stowarzyszenie Opiekuńcze Nadzieja wniosło odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców: Lubelski Oddział Okręgowy Polskiego Czerwonego Krzyża (w Zadaniu I) oraz Opieka w Domu Chorego M. O. (w Zadaniu I i II). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. III.1.4 ppkt 2 i 3 ogłoszenia o zamówieniu (pkt A.V.I SIWZ), w przypadku zadania I oraz zadania II o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

pkt 2) posiadania wiedzy i doświadczenia, w szczególności w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali lub wykonują:

- a) w przypadku zadania I co najmniej 1 usługę polegającą na świadczeniu usług opiekuńczych dla osób starszych, samotnych i niepełnosprawnych w miejscu zamieszkania o wartości brutto co najmniej 410 000,00 zł,
- b) w przypadku zadania II co najmniej 1 usługę polegającą na świadczeniu specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi w miejscu zamieszkania o wartości brutto co najmniej 64 000,00 zł;

pkt 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności dysponują:

- a) w przypadku zadania I co najmniej 1 osobą mającą wykształcenie medyczne (minimum pielęgniarskie), której Wykonawca powierzy koordynowanie i nadzorowanie przebiegu usług opiekuńczych oraz co najmniej 43 osobami posiadającymi wykształcenie co najmniej zawodowe, przeszkolonymi w zakresie wykonywania czynności opiekuńczych świadczonych w domu chorego lub ukończony kurs opieki nad osobą starszą,

niepełnosprawną, ważne badania lekarskie wydane zgodnie z odpowiednimi przepisami oraz przeszkolenie w zakresie udzielania pierwszej pomocy,

- b) w przypadku zadania II co najmniej 1 osobą mającą wykształcenie medyczne (minimum pielęgniarskie) psychologiczne, pedagogiczne (po pedagogice specjalnej, terapii zajęciowej), której Wykonawca powierzy koordynowanie i nadzorowanie przebiegu specjalistycznych usług opiekuńczych oraz co najmniej 5 osobami do świadczenia specjalistycznych usług w miejscu zamieszkania dla osób z zaburzeniami psychicznymi, które posiadają kwalifikacje do wykonywania zawodu: pracownika socjalnego, psychologa, pedagoga, logopedy, terapeuty zajęciowego, pielęgniarki, asystenta osoby niepełnosprawnej, opiekunki środowiskowej, specjalisty w zakresie rehabilitacji medycznej, fizjoterapeuty oraz posiadającymi co najmniej półroczny staż pracy w jednej z następujących jednostek: szpitalu psychiatrycznym, jednostce organizacyjnej pomocy społecznej dla osób z zaburzeniami psychicznymi, placówce terapii lub placówce oświatowej do której uczęszczają dzieci z zaburzeniami rozwoju lub upośledzeniem umysłowym, zakładzie rehabilitacji, ośrodka terapeutyczno-edukacyjno-wychowawczym, posiadającymi udokumentowane przeszkolenie w zakresie prowadzenia treningów umiejętności społecznych w zakresie specjalistycznych usług opiekuńczych, zgodnie z wymogami § 3 pkt. 1, 2, 4 rozporządzenia Ministra Polityki Społecznej z 22 września 2005 w sprawie specjalistycznych usług opiekuńczych (Dz. U. z 2005 r. Nr 189, poz. 1598 z późn. zm.).

Odwołujący wskazał, że do upływu terminu składania ofert (25 listopada 2015 r. godz. 10:00) w postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

Zadanie I	Doświadczenie	Cena
Lubelski Oddział Okręgowy Polskiego Czerwonego Krzyża	20 pkt pow. 5 lat prowadzenia działalności	789 067,80 zł
Opieka w Domu Chorego M. O.	20 pkt pow. 5 lat prowadzenia działalności	771 435,00 zł
Nadzieja Opieka Pielęgniarstwo i Rehabilitacja Sp. z o.o. oraz Stowarzyszenie Opiekuńcze Nadzieja	20 pkt pow. 5 lat prowadzenia działalności	
Zadanie II		
Opieka w Domu Chorego M. O.	20 pkt pow. 5 lat prowadzenia działalności	123 801,35 zł

Nadzieja Opieka Pielęgniarstwo i Rehabilitacja Sp. z o.o. oraz Stowarzyszenie Opiekuńcze Nadzieja	20 pkt pow. 5 lat prowadzenia działalności	
---	--	--

Odwołujący, po dokonaniu wglądu do ofert złożonych przez wykonawców: Opieka w Domu Chorego M. O. oraz Lubelski Oddział Okręgowy Polskiego Czerwonego Krzyża, w dniu 30 listopada 2015 r. poinformował Zamawiającego, że ww. wykonawcy podali nieprawdziwe informacje dotyczące posiadanego personelu oraz podstawy do dysponowania tymi osobami. Odwołujący podniósł, że w wykazie osób załączonym do oferty Lubelskiego Oddziału Okręgowego Polskiego Czerwonego Krzyża wskazane zostały następujące opiekunki: 1) K. B., 2) S. C., 3) A. D., 4) U. K., 5) W. L., 6) A. O., 7) G. O., 8) D. D., 9) G. G., 10) I. G., 11) E. N., 12) J. P.. Natomiast w wykazie osób załączonym do oferty Wykonawcy Opieka w Domu Chorego M. O. zostały wskazane następujące osoby: 1) M. B., 2) L. C., 3) I. D., 4) T. K., 5) L. K., 6) G. K., 7) K. L., 8) T. D., 9) S. N., 10) M. P., 11) G. P., 12) G. P., 13) B. S., 14) S. T., 15) G. W., 16) A. W., 17) R. L., 18) A. S., 19) A. f.. Odwołujący podniósł, że ww. opiekunki pracują obecnie dla niego, nie podpisywały żadnych umów cywilnoprawnych z ww. wykonawcami oraz nie zgadzały się, aby oba te podmioty wykorzystwały ich dane osobowe w przedmiotowym postępowaniu. Informacje zawarte w wykazach osób załączonych do ofert obu wykonawców, sporządzonych do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami do realizacji przedmiotu zamówienia w Zadaniu I i II są informacjami nieprawdziwymi, pozyskanymi jedynie do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dane te zapewne zostały pozyskane z oferty Odwołującego złożonej w ubiegłym roku na tożsamy przedmiot zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w dniu 7 grudnia 2015 r. został poinformowany przez Zamawiającego, że w związku z informacjami przedstawionymi w piśmie z 30 listopada 2015 r. Zamawiający skierował do wykonawców pisma z wezwaniem do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień. Następnie w dniu 8 grudnia 2015 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy Opieka w Domu Chorego M. O. złożonej przez jako najkorzystniejszej w Zadaniu I i II. W dniu 9 grudnia 2015 r. Odwołujący ponownie podniósł, że złożone oferty zawierają nieprawdziwe informacje, których nie można ani wyjaśnić ani uzupełnić, bowiem sam fakt złożenia informacji nieprawdziwych mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania skutkuje obligatoryjnym wykluczeniem wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o przesłanie kopii złożonych ofert, kopii wezwań Zamawiającego i odpowiedzi wykonawców. Zamawiający, na pisma z 7 i z 9 grudnia 2015 r. odpowiedział dopiero w dniu 16 grudnia 2015 r. wskazując, że dokumentacja o której udostępnienie wnioskuje Odwołujący ma kilkaset stron i z przyczyn technicznych może być udostępniona w siedzibie Zamawiającego

oraz że wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia lub wyjaśnienia wykazu osób wykazali osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, spełniający w wymagania określone w SIWZ, a dowody zebrane przez Zamawiającego nie potwierdziły przedstawionych zarzutów przez Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że stosownie do art. 7 ust 2 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Natomiast zgodnie z art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Ww. przepis stanowi samodzielną podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania w sytuacji stwierdzenia, że po pierwsze wykonawca podał nieprawdziwe informacje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a po drugie informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, tj. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej czy też unieważnienie postępowania, z którymi to czynnościami wiąże się sytuacja danego wykonawcy w tym postępowaniu związana z uzyskaniem przez niego tego zamówienia. Wskazana przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowania została ukształtowana przez ustawodawcę jako niezależna od przesłanki opisanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie którą zamawiający wyklucza wykonawcę, jeśli wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Umyślne podanie nieprawdziwych informacji (z zamiarem bezpośrednim lub wynikowym) będzie sankcjonowane wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, dane podane w wykazach osób załączonych do ofert wykonawców: Lubelski Oddział Okręgowy Polskiego Czerwonego Krzyża oraz Opieka w Domu Chorego M. O., przesądzają wprost o intencjach w/w Wykonawców do podania nieprawdziwych informacji. Ww. wykonawcy obowiązani byli wykazać, że dysponują w przypadku Zadania I – co najmniej 44 osobami (w tym 1 z wykształceniem medycznym) oraz w przypadku Zadania II – co najmniej 6 osobami (w tym 1 z wykształceniem medycznym). Wykonawcy w złożonych wykazach osób wykazali pracowników (byłych i obecnych) Odwołującego, nie uzyskując uprzednio stosownej zgody pracowników na wykorzystanie ich danych osobowych celem przedstawienia w ofercie składanej w przedmiotowym postępowaniu. Żaden z pracowników Odwołującego (były i obecny) nie współpracuje ani nie zamierza współpracować z żadnym z ww. wykonawców.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadków osób, dysponowania którymi dotyczą zarzuty przedstawione w odwołaniu, przy czym Odwołujący zastrzegł sobie prawo do ograniczenia w/w dowodu do przesłuchania części z osób, tak aby nie powodować przewlekłości postępowania przed

Krajową Izbą Odwoławczą. Odwołujący podniósł, że wskazani świadkowie są pracownikami Odwołującego, a w/w dowód powołany jest na okoliczność, że wykonawcy: Lubelski Oddział Okręgowy Polskiego Czerwonego Krzyża oraz Opieka w Domu Chorego M. O., podali w wykazie osób załączonych do ofert w/w świadków jako osoby, którymi dysponują na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie mając zgody w/w świadków na posługiwanie się ich danymi osobowymi ani nie mając zgody świadków na udział w realizacji przedmiotu zamówienia po stronie ww. wykonawców – jako że świadkowie są już zatrudnieni przez Odwołującego i nie zamierzają realizować zamówienia po stronie ww. wykonawców, a dane, którymi posłużyli się wykonawcy pozyskali w oparciu o informacje przedłożone przez Odwołującego w ofercie złożonej Zamawiającemu w ubiegłym roku na tożsamy przedmiot zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że wykaz osób, który składa w ofertach przetargowych nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy zainteresowany może mieć do niego dostęp. Niemniej jednak fakt, że wykaz osób nie jest „zastrzeżony” nie może uprawniać jakiegokolwiek osoby czy podmiotu do wykorzystania zawartych w nich danych osobowych do przedkładania w postępowaniach przetargowych. Takie działanie stanowi naruszenie przepisów ochrony danych osobowych a udział osób czy podmiotów które pozyskały tego typu dane i przedstawiają je jako „swoje” w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych stanowi bezpośrednio naruszenie przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, bowiem prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie ma zatem wątpliwości, że takie działanie jest działaniem umyślnym i nakierowanym na uzyskanie zamówienia za wszelką cenę.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wskazanych w odwołaniu wykonawców, mimo że już 30 listopada 2015 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że w złożonych ofertach wykonawcy podali świadomie (celowo) nieprawdziwe informacje celem uzyskania zamówienia. Ponadto Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez wezwanie do uzupełnienia lub wyjaśnienia przedstawionych w ofertach wykazów osób, mimo że wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje, a w takim przypadku nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego czy faktycznego uzupełnienie lub wyjaśnienie nieprawdziwych informacji – *de facto* złożenie przez wykonawców „prawidłowych” wykazów osób bez pracowników Odwołującego w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, zainspirowane niejako pismem Odwołującego z 30 listopada 2015 r. potwierdza wprost zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od

generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą.

Ponadto Odwołujący podniósł, że wykaz usług załączony do oferty wykonawcy Opieka w Domu Chorego M. O. nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca załączył do oferty wykaz usług, wskazując wykonanie usług dla Zamawiającego, na podstawie 3 umów rocznych realizowanych w latach 2012, 2013 i 2014 na sumę ogółem 779.733,56 zł. Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał doświadczenia w realizacji co najmniej jednej usługi na kwotę co najmniej 410.000 zł, czego przedstawiony wykaz doświadczenia nie potwierdza, bowiem żaden ze realizowanych kontraktów nie opiewał na kwotę 410.000 zł.

Odwołujący podniósł, że warunek postawiony przez Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia jest jasny i precyzyjny. Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, który zrealizowany co najmniej jedną usługę o tożsamym przedmiocie zamówienia o wartości co najmniej 410.000 zł. Nie można przyjąć, że w oparciu o tak postawiony warunek udziału w postępowaniu rozumie się możliwość wykazania się realizacją nawet kilku usług/zamówień rozumianych jako usługi realizowane na rzecz danego odbiorcy w okresie ostatnich trzech lat. Taki sposób pojmowania opisu warunku udziału w postępowaniu jest nielogiczny i nie zasługuje na uwzględnienie. Sformułowanie w warunku: „co najmniej jedną usługę” oznacza jedną usługę/zamówienie/umowę/kontrakt, a nie usług realizowane w ciągu ostatnich 3 lat przez danego wykonawcę. Zdaniem Odwołującego, wykonawca Opieka w Domu Chorego M. O. w wykazie usług przedstawił realizowane zamówienia w taki sposób, aby z treści wykazu wynikało spełnienie warunku udziału w postępowaniu – wykonawca wartości poszczególnych usług zsumował, aby spełnić warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający zaniechał wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia wykazu w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: powtórzenia czynności badania ofert wykonawców: Lubelski Oddział Okręgowy Polskiego Czerwonego Krzyża – w Zadaniu I oraz Opieka w Domu Chorego M. O. – w Zadaniu I i II, wykluczenia ww. wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i odrzucenia złożonych przez nich ofert na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniu I i II.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

1. Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wykonawców Opieka w Domu Chorego M. O. oraz Polski Czerwony Krzyż Lubelski Oddział Okręgowy

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdz. V pkt 1.3 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności dysponują:

- a) w przypadku zadania I co najmniej 1 osobą mającą wykształcenie medyczne (minimum pielęgniarskie), której Wykonawca powierzy koordynowanie i nadzorowanie przebiegu usług opiekuńczych oraz co najmniej 43 osobami posiadającymi wykształcenie co najmniej zawodowe, przeszkolonymi w zakresie wykonywania czynności opiekuńczych świadczonych w domu chorego lub ukończony kurs opieki nad osobą starszą, niepełnosprawną, ważne badania lekarskie wydane zgodnie z odpowiednimi przepisami oraz przeszkolenie w zakresie udzielania pierwszej pomocy,
- b) w przypadku zadania II co najmniej 1 osobą mającą wykształcenie medyczne (minimum pielęgniarskie) psychologiczne, pedagogiczne (po pedagogice specjalnej, terapii zajęciowej), której Wykonawca powierzy koordynowanie i nadzorowanie przebiegu specjalistycznych usług opiekuńczych oraz co najmniej 5 osobami do świadczenia specjalistycznych usług w miejscu zamieszkania dla osób z zaburzeniami psychicznymi, które posiadają kwalifikacje do wykonywania zawodu: pracownika socjalnego, psychologa, pedagoga, logopedy, terapeuty zajęciowego, pielęgniarki, asystenta osoby niepełnosprawnej, opiekunki środowiskowej, specjalisty w zakresie rehabilitacji medycznej, fizjoterapeuty oraz posiadającymi co najmniej półroczny staż pracy w jednej z następujących jednostek: szpitalu psychiatrycznym, jednostce organizacyjnej pomocy społecznej dla osób z zaburzeniami psychicznymi, placówce terapii lub placówce oświatowej do której uczęszczają dzieci z zaburzeniami rozwoju lub upośledzeniem umysłowym, zakładzie rehabilitacji, ośrodku terapeutyczno-edukacyjno-wychowawczym, posiadającymi udokumentowane przeszkolenie w zakresie prowadzenia treningów

umiejętności społecznych w zakresie specjalistycznych usług opiekuńczych, zgodnie z wymogami § 3 pkt. 1, 2, 4 rozporządzenia Ministra Polityki Społecznej z 22 września 2005 r. w sprawie specjalistycznych usług opiekuńczych (Dz. U. z 2005 r. Nr 189, poz. 1598 z późn. zm.).

Wykonawca Opieka w Domu Chorego M. O. złożył wraz z ofertą wykazy osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

W odniesieniu do zadania I wykaz obejmuje 44 osoby, w tym następujące osoby zakwestionowane przez Odwołującego: M. B., I. D., T. K., L. K., G. K., K. L., T. D., S. N., M. P., G. P., B. S., S. T., G. W., A. W.. W wykazie ma wskazanej w odwołaniu L. C., nie występuje również G. P. (w wykazie wskazano B. P.).

W odniesieniu do zadania II wykaz obejmuje 6 osób, w tym osoby zakwestionowane przez Odwołującego (Renata Lewczuk, A. S., A. f.).

Wykonawca Polski Czerwony Krzyż Lubelski Oddział Okręgowy złożył wraz z ofertą wykazy osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w zakresie zadania I. Wykaz obejmuje 52 osoby, w tym następujące osoby zakwestionowane przez Odwołującego: K. B., S. C., A. D., U. K., W. L., A. O., G. O., D. D., G. G., I. G., E. N., J. P..

W dniu 2 grudnia 2015 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Opieka w Domu Chorego M. O. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia lub uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w zakresie zadania I i II. Zamawiający wskazał, że część osób wskazanych w wykazie złożyły oświadczenia, które zostały przesłane do Zamawiającego, z treści których wynika, że nie mają podpisanej umowy z wykonawcą ani nie wyraziły zgody na umieszczenie ich w wykazie osób. Oświadczenia takie złożyły: G. K., T. K., S. N., T. D., S. T., G. P.. Zamawiający skazał, że z tych względów ma uzasadnione wątpliwości, czy wykonawca będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający poinformował, że w przypadku niewykazania dysponowania tymi osobami, wykonawca może przedstawić dodatkowe osoby, jednak zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożone w ramach uzupełnienia dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył wyjaśnienia, w których poinformował, że z tytułu druku „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” wyrazy „będą uczestniczyć” jednoznacznie wynika, że nie pracują aktualnie a będą pracować w chwili realizacji zadania będącego przedmiotem postępowania przetargowego. Opieka w domu Chorego była w stałym kontakcie z wykazanymi osobami, które były zainteresowane zatrudnieniem od 1.01.2016 roku. Rezygnuję z wyjaśniania zaistniałej sytuacji związanej

z pobieraniem oświadczeń od niektórych aktualnie pracujących w firmie Nadzieja chcą uniknąć dla nich przykrych sytuacji (...). Do wyjaśnień wykonawca załączył nowy wykaz osób dot. Zadania I oraz kserokopie 44 podań o pracę złożonych przez osoby ujęte w nowym wykazie, w tym przez: M. B., I. D., M. P., B. S., G. W., A. W., B. P., K. L.. Jako podstawę dysponowania ww. osobami wskazano *podanie o przyjęcie do pracy. Od 1.01.2016 r. umowa zlecenie z obowiązującymi składkami ZUS.* W uzupełnionym wykazie nie ujęto następujących osób z pierwszego wykazu: T. K., G. K., S. N., G. P., S. T., T. D..

Wykonawca przedłożył również wykaz osób dot. Zadania II, zawierający te same osoby, co wykaz załączony do oferty. Wraz z wykazem przedstawiono kserokopie 6 podań o pracę, złożonych przez osoby ujęte w wykazie, w tym przez: R. L., A. S., A. F.. Jako podstawę dysponowania ww. osobami wskazano *podanie o przyjęcie do pracy. Od 1.01.2016 r. umowa zlecenie z obowiązującymi składkami ZUS.*

Analogiczne wezwanie zostało skierowane do wykonawcy Polski Czerwony Krzyż Lubelski Oddział Okręgowy, przy czym Zamawiający wskazał, że osoby, które złożyły oświadczenia przesłane do Zamawiającego, z treści których wynika, że nie mają podpisanej umowy z wykonawcą ani nie wyraziły zgody na umieszczenie ich w wykazie, to: U. K., K. B., S. C., A. D., A. O., G. O..

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca poinformował, że nie ma podstaw prawnych do twierdzenia, iż osoby, które na żądanie konkurencyjnej firmy złożyły oświadczenia oraz osoby figurujące w złożonych wykazie osób, to te same osoby. Jednakże ze względu na dobro postępowania oraz rozwianie wszelkich wątpliwości wykonawca postanowił złożyć nowy wykaz osób. Wykaz załączony do wyjaśnień nie obejmuje osób wskazanych w piśmie Zamawiającego (osoby te zostały zastąpione innymi osobami).

W dniu 8 grudnia 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Opieka w Domu Chorego M. O. (w obu zadaniach). Polski Czerwony Krzyż Lubelski Oddział Okręgowy został sklasyfikowany w zakresie zadania I na drugim miejscu.

W ocenie Izby zarzut zaniechania wykluczenia ww. wykonawców z postępowania nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z 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.

Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji wymaga w pierwszej kolejności (niezależnie od pozostałych przesłanek) wykazania, że istotne dla postępowania informacje przedstawione przez

wykonawcę są niezgodne ze stanem faktycznym. Złożenia nieprawdziwych informacji, ze względu na grożącą wykonawcy sankcją, nie można domniemywać, a do wykluczenia wykonawcy nie jest wystarczające wystąpienie jedynie podejrzenia złożenia nieprawdziwych informacji. W przedmiotowej sprawie Odwołujący, na którym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, że wykonawcy, których dotyczą przedstawione w odwołaniu zarzuty, przedstawili niezgodne ze stanem faktycznym informacje dotyczące dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący przedstawił pisemne oświadczenia niektórych osób, objętych zarzutami przedstawionymi w odwołaniu. W odniesieniu do wykonawcy Opieka w Domu Chorego M. O. są to osoby: T. K., G. K., S. N., G. P., S. T., T. D.. Spośród osób wskazanych przez Polski Czerwony Krzyż Lubelski Oddział Okręgowy oświadczenia złożyły następujące osoby: K. B., S. C., A. D., U. K., Aniela Oleander, G. O., W. L.. Dodatkowo podczas rozprawy Odwołujący przedstawił oświadczenia z podpisami notarialnie poświadczonymi, złożone przez: T. N. (Opieka w Domu Chorego M. O.) oraz K. B., A. O., U. K. oraz S. C. (Polski Czerwony Krzyż Lubelski Oddział Okręgowy). W oświadczeniach, zarówno złożonych w zwykłej formie pisemnej, jak i z podpisami notarialnie poświadczonymi, osoby które je złożyły oświadczyły, że nie mają podpisanej umowy zlecenia z wykonawcami, którzy wskazali je w wykazach oraz nie wyraziły zgody na dysponowanie ich danymi osobowymi w przetargu na świadczenie usług opiekuńczych oraz specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi organizowanym przez Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Chełmie na rok 2016.

Odnosząc się do powyższych oświadczeń po pierwsze stwierdzić należy, że niekwestionowany przez Zamawiającego fakt, że osoby wskazane w odwołaniu były na dzień składania ofert pracownikami Odwołującego nie świadczy o tym, że inni wykonawcy nie mogli wskazać tych osób na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jakkolwiek spełnianie warunku udziału w postępowaniu należy wykazać na dzień składania ofert, to dysponowanie konkretnymi osobami nie musi mieć formy zatrudnienia już w tej dacie. Wystarczające na dzień składania ofert jest dysponowanie wyrażające się w uzyskaniu zapewnienia, że określone osoby będą pracować dla wykonawcy w przypadku uzyskania przez niego zamówienia. Zatem na dzień składania ofert nie jest konieczne zawarcie definitywnych umów, na podstawie których świadczona jest praca na rzecz wykonawcy już w tej dacie, a wystarczająca będzie inna forma potwierdzenia dysponowania, jak np. podanie o pracę i promesa zatrudnienia (takie dokumenty przedłożył na wezwanie Zamawiającego wykonawca Opieka w Domu Chorego M. O.), porozumienie itp.

Zatem stwierdzenie w oświadczeniach, że kwestionowane osoby nie mają zawartych z wykonawcą umów zlecenia nie świadczy o tym, że wykonawca nie mógł wykazać

dysponowania tymi osobami. Oświadczenia te nie potwierdzają bowiem, że nie zawarto z tymi osobami innej umowy niż umowa zlecenia, w tym że nie umówiono się na podjęcie pracy w przypadku uzyskania przez wykonawcę zamówienia.

Drugi element przedłożonych oświadczeń dotyczy niewyrażenia zgody na dysponowanie danymi osobowymi tych osób. Powyższe nie jest tożsame z niewyrażeniem zgody/nieumówieniem się z wykonawcą na udział w wykonywaniu zamówienia. Braku zgody na dysponowanie danymi osobowymi nie można utożsamiać z niedysponowaniem personelem przewidzianym do wykonywania zamówienia. To pierwsze należy raczej rozpatrywać na gruncie przepisów o ochronie danych osobowych, co nie ma nic wspólnego z dysponowaniem samymi osobami dla celów realizacji przyszłego zamówienia publicznego. W ocenie Izby brak jest podstaw do tak rozszerzającej wykładni złożonych oświadczeń, aby z faktu niewyrażenia zgody na dysponowanie danymi osobowymi wywodzić brak zgody na udział w realizacji zamówienia.

W związku z powyższym złożone oświadczenia (nawet te z podpisami notarialnie poświadczonymi, które mają wyższy stopień wiarygodności niż oświadczenia złożone w formie pisemnej) nie dowodzą złożenia nieprawdziwych informacji. W odniesieniu do wykonawcy PCK na marginesie jedynie należy wskazać, że przedstawił on w wykazie więcej osób niż wymagane przez Zamawiającego minimum (wykonawca przedstawił 52 osoby przy wymogu dysponowania 44 osobami), zatem nawet uwzględnienie oświadczeń złożonych przez siedem osób, nie mogłoby prowadzić do wniosku o złożeniu nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Jak jednak wyżej wskazano, brak jest podstaw do uznania złożonych oświadczeń za dowód niedysponowania osobami, które takie oświadczenia złożyły.

Izba uwzględniła złożony przez Odwołującego wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań 14 wskazanych podczas rozprawy świadków (T. D., T. K., S. T., A. f., K. B., S. C., A. D., I. G., G. G., U. K., W. L., A. O., G. O., D. D.) uznając, że zeznania tych osób mogą służyć do wykazania okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Ww. osoby zostały wezwane na drugi termin rozprawy, a wezwania doręczono na adres wskazany przez Odwołującego, jednak żadna z wezwanych osób nie stawiła się w celu złożenia zeznań. Fakt ten w ocenie Izby można również poczytać jako brak woli potwierdzenia przez te osoby tez przedstawionych przez Odwołującego.

Dodatkowo należy wskazać, że złożenia nieprawdziwych informacji nie można wywodzić z faktu, że wykonawcy na wezwanie Zamawiającego, skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, częściowo zmienili wykazy osób. Zmiana takich wykazów nie jest dowodem złożenia nieprawdziwych informacji, mogła bowiem wynikać z różnych

przyczyn, niezwiązanych z wcześniejszym podaniem nieprawdziwych informacji. Samo podejrzenie Odwołującego, że wykonawcy wycofali się w ten sposób ze złożonych uprzednio nieprawdziwych oświadczeń, nie jest wystarczające do zastosowania sankcji w postaci wykluczenia z postępowania.

Podsumowując, Odwołujący nie wykazał złożenia przez wykonawców Opieka w Domu Chorego M. O. oraz Polski Czerwony Krzyż Lubelski Oddział Okręgowy nieprawdziwych informacji, zatem zarzut zaniechania wykluczenia tych wykonawców należało uznać za niezasadny.

2. Zarzut dotyczący niewykazania przez wykonawcę Opieka w Domu Chorego M. O. spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia

Zgodnie z rozdz. V pkt 1.2 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, w szczególności w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali lub wykonują:

- a) w przypadku zadania I co najmniej 1 usługę polegającą na świadczeniu usług opiekuńczych dla osób starszych, samotnych i niepełnosprawnych w miejscu zamieszkania o wartości brutto co najmniej 410 000,00 zł,
- b) w przypadku zadania II co najmniej 1 usługę polegającą na świadczeniu specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi w miejscu zamieszkania o wartości brutto co najmniej 64 000,00 zł.

Wykonawca Opieka w Domu Chorego M. O. złożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym wskazał jako przedmiot zamówienia *Świadczenie usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania dla 335 osób starszych, samotnych i niepełnosprawnych w dni robocze i dni wolne od pracy, zamieszkałych na terenie miasta Chełm w wymiarze 88.164 godzin*, zrealizowane na rzecz Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Chełmie. Jako datę wykonania usługi podano okresy: od 01.01.2012 do 31.12.2012, od 01.01.2013 do 31.12.2013 oraz 01.01.2014 od 31.12.2014, a jako wartość wskazano kwoty odpowiednio: 283.577,00 zł, 263.973,28 zł i 232.183,28 zł oraz podano sumę tych wartości (779.733,56 zł).

W ocenie Izby, na gruncie przytoczonego wyżej brzmienia warunku udziału w postępowaniu nie ma przeszkód do uznania za dopuszczalne zsumowanie wartości usług świadczonych na podstawie trzech umów realizowanych w następujących po sobie okresach rocznych na rzecz tego samego zamawiającego. Po pierwsze należy wskazać, że dla interpretacji warunku udziału w postępowaniu należy poszukiwać czytelnych postanowień SIWZ, które zdefiniują pojęcie użyte w opisie warunku, zaś w razie braku takich postanowień

trzeba odczytywać znaczenie warunku z uwzględnieniem specyfiki danego zadania oraz celu, jakiemu określony warunek udziału w postępowaniu ma służyć.

W przedmiotowej sprawie z treści SIWZ nie wynika, że usługa, o której mowa w spornym warunku, musi obejmować jedną tylko umowę, że jest z nią utożsamiana. Zamawiający nie wprowadził postanowienia SIWZ, które by pozwalało przyjąć konkretną definicję usługi na użytek tego postępowania, nawiązującą do jednej umowy. Należy również zwrócić uwagę, że pojęcie usługi wyrażone w ustawie Pzp nie odnosi się także do jednej umowy, lecz w art. 2 pkt 10 ustawy wskazuje raczej na aspekt przedmiotowy – w świetle tego przepisu, przez usługi należy rozumieć *wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a lub art. 2b*.

Ponadto stwierdzić należy, że warunek udziału w postępowaniu winien odnosić się do obiektywnych walorów wykonawcy, potwierdzających jego zdolność do realizacji zamówienia. W razie przyjęcia niedopuszczalności uznania za jedną usługę świadczenia usług opiekuńczych na rzecz tego samego podmiotu, na podstawie kolejno po sobie następujących umów pozostających w bezpośrednim związku, uznanie warunku za niespełniony byłoby oparte na okolicznościach nieistotnych z punktu widzenia jakości doświadczenia, jakim legitymuje się wykonawca. Nie ma bowiem żadnych podstaw twierdzić, że wykonawca, który wykonał taki sam zakres usług na podstawie trzech kolejnych umów zawartych na okresy roczne ma mniejsze lub gorsze doświadczenie niż wykonawca, który wykonywał te same usługi na podstawie jednej umowy zawartej na dłuższy okres. Przyjęcie takiej interpretacji warunku udziału w postępowaniu stałoby – zdaniem Izby – w sprzeczności z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższe względy przemawiały za uznaniem, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Opieka w Domu Chorego M. O. do uzupełnienia wykazu usług nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

Sygn. akt: KIO 2745/15

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: