

Sygn. akt: KIO 3377/22

WYROK
z dnia 2 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2022 r. przez Odwołującego – **Vital-Med Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Niepodległości 59, 37-200 Przeworsk, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Chorzów, Ośrodek Pomocy Społecznej w Chorzowie**, ul. Raclawicka 19, 41-500 Chorzów

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czynność odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje powtórzyć czynność oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty Odwołującego w wysokości 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11.100 zł 00 gr. (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Ośrodek Pomocy Społecznej w Chorzowie, w trybie podstawowym bez negocjacji na usługi społeczne, którego przedmiotem jest „Realizacja usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania podopiecznych OPS w Chorzowie” (sygn. postępowania: 2/2022), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17.10.2022 r., nr 2022/BZP 00396360, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (REH-MED. W. M. i ANERI Sp. z o.o.) i odrzucenia oferty własnej, Wykonawca – VITAL-MED Sp. z o.o., wniósł w dniu 19.12.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3377/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) Ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie stwierdzenia, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy w rzeczywistości je spełnia, w tym potwierdził spełnienie warunków określonych przez Zamawiającego w rozdziale XIX pkt 3.4, tieret drugi SWZ;
2. art. 239 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty mniej korzystnej niż oferta Odwołującego, pomimo tego, iż oferta ta była ważna i nie podlegała odrzuceniu, a Odwołujący spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu;
3. art. 16 Ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, co doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) Ustawy Pzp, pomimo spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na powtórzoną czynność badania i oceny ofert z 13 grudnia 2022 r., w wyniku której oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) Ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zgodnego z przedmiotem zamówienia. Zamawiający wymagał wykazania się co najmniej 12 (dwunasto)-miesięcznym (liczonym jako czasookres) doświadczeniem w zakresie usług opiekuńczych, w

okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Zamawiający po wyjaśnieniach dotyczących wątpliwości w zakresie tożsamości świadczonych usług na rzecz wskazanych w załączniku nr 2 do oferty podmiotów z przedmiotem zamówienia ustalił, iż usługi miały charakter usług opiekuńczych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, ale nie były realizowane w związku z przyznaniem usług opiekuńczych ich odbiorcom (tj. osobom starszym, niepełnosprawnym, zależnym) w drodze decyzji administracyjnej wydanej przez uprawniony do tego organ administracji publicznej. Usługi opiekuńcze w rozumieniu ustawy o pomocy społecznej są przyznawane w drodze decyzji administracyjnej.

W wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu Odwołujący wskazał, iż w jego rozumieniu wszelkie czynności, które swoim charakterem odpowiadają definicji usług opiekuńczych i mieszczą się w pojęciu: „zaspokajania codziennych potrzeb życiowych, opieki higienicznej, zalecanej przez lekarza pielęgnacji oraz, w miarę możliwości, zapewnienia kontaktów z otoczeniem”, są usługami opiekuńczymi w rozumieniu ustawy o pomocy społecznej.

Dla Zamawiającego znaczenia ma nie tylko doświadczenie w zakresie wykonywania czynności, które swoim charakterem odpowiadają usługom opiekuńczym ale również aspekt współpracy między Zamawiającym, a Wykonawcą w celu realizacji decyzji administracyjnej zgodnie z jej treścią, dlatego też wskazał w swz w opisie przedmiotu zamówienia, iż wykonywanie usług ma być zgodne z zakresem ustalonym w decyzji administracyjnej.

Odwołujący nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego, wskazał, że w warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie stawiał żadnych dodatkowych wymagań, w szczególności, aby usługi opiekuńcze realizowane były zgodnie z zakresem wskazanym w decyzji administracyjnej. Zamawiający nie zakwestionował charakteru opiekuńczego usług (w rozumieniu art. 50 ust. 3 Ustawy o pomocy społecznej), jakie świadczył i świadczy nadal na rzecz podmiotów wskazanych w załączniku do oferty.

Brzmienie literalne warunku nie wskazywało na udział w postępowaniu wyłącznie wykonawców, którzy w przeszłości wykonywali usługi opiekuńcze w celu realizacji decyzji administracyjnej, na podstawie której podopiecznym zostały te usługi przydzielone, co nie wykluczyło z udziału w postępowaniu podmioty, które świadczą tego samego rodzaju usługi, ale nie w celu realizacji decyzji administracyjnej, lecz przykładowo w związku ze zleceniem ich wykonania przez podmioty prywatne czy organizacje pozarządowe. Na rynku funkcjonuje mnóstwo podmiotów, które realizują takie usługi, a podstawą ich wykonywania nie jest realizacja decyzji administracyjnej.

Przez nieuprawnioną wykładnię warunku udziału w postępowaniu Zamawiający dokonał w końcowej fazie postępowania zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców, w sposób który po pierwsze nie wynikał z brzmienia warunku, po drugie w sposób, który zasadniczo dopuszczałby do udziału w postępowaniu tylko takie podmioty, które legitymowały się doświadczeniem dla określonego odbiorcy, tj. jednostek samorządowych lub działających w ich imieniu, a eliminował podmioty, które posiadały doświadczenie w wykonywaniu określonego rodzaju usług, które nabyły je realizując rodzajowo te same zadania/czynności, ale które nie wynikały z realizacji decyzji administracyjnej.

W świetle kryteriów oceny ofert, to oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą i powinna zostać wybrana, czego Zamawiający nie uczynił z uwagi na nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego.

Zamawiający złożył w dniu 30.12.2022 r. odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków nie formułowano w pismach procesowych, jak i na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym zapisy swz, oraz uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyjaśnienia składane w postępowaniu.

Izba ustaliła i zważyła.

Przedmiotem zamówienia jest realizacja usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania podopiecznych OPS w Chorzowie, zgodnie z zakresem ustalonym w decyzji administracyjnej przyznającej świadczenia, na podstawie pisemnego zgłoszenia osoby korzystającej z usług opiekuńczych, przekazanego Wykonawcy przez Zamawiającego, zawierającego zakres, wymiar i częstotliwość świadczonych usług na rzecz osoby wskazanej przez OPS w Chorzowie oraz odpłatność za godzinę usługi (rozdział III Opis przedmiotu zamówienia).

Wykonawca zobowiązany jest zapewnić kontakt osobisty pracownika odpowiedzialnego za koordynację prac wszystkich osób wykonujących przedmiotowe zadanie, z merytorycznie odpowiedzialnymi pracownikami Zamawiającego, w wymiarze nie mniejszym niż dwa razy w tygodniu roboczym, po dwie, ciągle godziny.

Zakres usług opiekuńczych uzależniony jest od potrzeb podopiecznego i obejmuje w szczególności czynności wskazane w rozdziale III pkt 2 OPZ:

- 1) Zakupy artykułów spożywczych i innych potrzebnych w gospodarstwie domowym, prowadzenie zeszytu wydatków i rozliczanie się z podopiecznym z wydawanych pieniędzy.
- 2) Przygotowanie posiłków.
- 3) Dostarczenie posiłku.
- 4) Pomoc przy spożywaniu posiłku lub karmienie podopiecznego.
- 5) Utrzymanie w czystości naczyń stołowych, kuchennych i innego sprzętu gospodarstwa domowego codziennego użytku, służącego podopiecznemu.
- 6) Utrzymanie w czystości sprzętu sanitarnego i urządzeń sanitarnych.
- 7) Zmiana bielizny osobistej, pościelowej, przesłanie łóżka.
- 8) Pranie bielizny osobistej, pościelowej oraz odzieży podopiecznego.
- 9) Pomoc w utrzymaniu higieny podopiecznego i utrzymanie czystości ciała.
- 10) Organizowanie spacerów.
- 11) Podtrzymywanie indywidualnych zainteresowań oraz pomoc w zaspakajaniu potrzeb duchowych (dostarczanie prasy, książek, czytanie, organizowanie kontaktów sąsiedzkich), podtrzymywanie kontaktów z otoczeniem i rodziną.
- 12) Załatwianie spraw urzędowych w tym składanie wniosków o dodatek mieszkaniowy, o wydanie orzeczenia o stopniu niepełnosprawności, zamawianie wizyt lekarskich, realizacja recept, pomoc w dostępie do różnych instytucji, regulowanie opłat w tym mieszkaniowych oraz za wykonane usługi opiekuńcze,
- 13) Utrzymywanie w czystości pomieszczeń użytkowanych przez podopiecznego.
- 14) Palenie w piecu w pomieszczeniu użytkowanym przez klienta, przynoszenie węgla.
- 15) Mycie okien (raz na sześć miesięcy).
- 16) Dprowadzanie i odprowadzanie do Ośrodków Wsparcia wskazanych przez OPS.

Indywidualny zakres usług opiekuńczych dla danej osoby ustalony będzie przez pracownika socjalnego w decyzji administracyjnej.

Zgodnie z rozdziałem III pkt 4 swz:

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi legitymować się wiedzą i doświadczeniem w zakresie usług zgodnych z przedmiotem przedmiotowego zamówienia. W tym celu powinien wykazać się co najmniej 12 (dwunasto) -miesięcznym (liczonym jako czasookres) doświadczeniem w zakresie usług opiekuńczych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

W rozdziale XIX swz Zamawiający w pkt 3.4 powtórzył wymaganie dotyczące doświadczenia w zakresie usług zgodnych z przedmiotem zamówienia i w tym celu wymagał co najmniej 12 (dwunasto) – miesięcznego (liczonym jako czasookresy) doświadczenia w zakresie usług

opiekuńczych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

W pkt 4. *Wykaz podmiotowych środków dowodowych* Zamawiający wymagał w celu wykazania braku podstaw (przesłanek) wykluczenia z postępowania – oświadczenia Wykonawcy w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej.

W formularzu ofertowym – załącznik nr 1 do swz Zamawiający wskazał dwa załączniki do wypełnienia przez wykonawców, w tym załącznik nr 2 do oferty „Wykaz usług”, w którym należało wskazać nazwę odbiorców, wartość usługi, przedmiot wykonanej usługi, datę i odbiorców usługi.

W postępowaniu złożonych zostało sześć ofert.

Odwołujący w formularzu ofertowym wypełnił załącznik nr 2 do oferty – wykaz usług – wskazując w trzech pozycjach informacje dotyczące świadczonych usług na rzecz trzech podmiotów: PHU Garda Sp. z o.o., Garda Sp. z o.o. sp.k., Fundacja Auxilium.

Zamawiający pierwotnie dokonał wyboru oferty Odwołującego, jednak na podstawie notatki urzędowej z 10.11.2022 r. wstrzymał się z podpisaniem umowy wskazując na informacje, jakie miał przekazać ustnie, a następnie potwierdzić w piśmie, jakie zamierzał złożyć w dniu 14.11.2022 r. inny Wykonawca – M. W., a dotyczące braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 14.11.2022 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo od Lidera konsorcjum REH-MED. M. W., w którym stwierdził brak spełnienia warunku zawartego w rozdziale III pkt 4 w zakresie wiedzy i doświadczenia firmy VITAL-MED. Sp. z o.o. w zakresie usług opiekuńczych. Usługi wykazane w ofercie nie dotyczą bowiem świadczenia usług opiekuńczych w ramach ustawy o pomocy społecznej, lecz są to usługi *zapewnienia doraźnej i specjalistycznej opieki medycznej, poradnictwa i usług rehabilitacyjnych dla pracowników Zakładów Pracy Chronionej* w ramach usług Ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Na potwierdzenie tych zarzutów, Wykonawca przedstawił dokumenty i wyjaśnienia z oferty przetargowej na usługi AOON i Opieki Wytchnieniowej w MOPS Ruda Śląska, w tym referencje Garda Sp. z o.o. i Garda Sp. z o.o. sp.k. z 5.04.2022 r., i wyjaśnienia Vital-Med.

Ponadto, odnosząc się do usług opiekuńczych świadczonych na rzecz fundacji Auxilium zastrzeżenia dotyczyć miałyby konfliktu interesów, gdyż koordynatorem w firmie jest osoba pełniąca jednocześnie funkcję Prezesa fundacji.

Pismem z 15.11.2022 r. Zamawiający wystąpił do Vital-Med. Sp. z o.o. z wezwaniem do wyjaśnienia złożonego w postępowaniu „Wykazu usług” – stanowiącego załącznik nr 2 do oferty. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły tożsamości podmiotów/nazwy odbiorców, okresu świadczenia usług, tożsamości świadczonych usług z przedmiotem zamówienia. Zamawiający żądał m.in. wyjaśnienia, czy usługi świadczone na rzecz podmiotów miały charakter usług opiekuńczych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej i czy były realizowane w związku z przyznaniem usług opiekuńczych ich odbiorcom (tj. osobom starszym, niepełnosprawnym, zależnym) w drodze decyzji administracyjnej wydanej przez uprawniony do tego organ administracji publicznej. Ponadto, Zamawiający żądał wyjaśnienia zakresu czynności świadczonych na rzecz odbiorców usług wskazanych w załączniku nr 2 do oferty (tj. jakie rodzaje czynności opiekuńczych wchodziły w zakres usług świadczonych osobom starszym, niepełnosprawnym, zależnym).

W odpowiedzi Wykonawca w piśmie z 17.11.2022 r. wskazał, iż usługi świadczy na rzecz podmiotów PHU Garda Sp. z o.o. i Garda Sp. z o.o. sp.k od 1.02.2019 r. (nadal), a na rzecz fundacji Auxilium od 1.03.2021 r. (nadal). Świadczone usługi miały charakter usług opiekuńczych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej. Nie były jednak realizowane w związku z przyznaniem usług opiekuńczych ich odbiorcom w drodze decyzji administracyjnej wydanej przez uprawniony organ administracji publicznej. Wykonawca wskazał rodzaj czynności, jakie były realizowane na rzecz osób niepełnosprawnych (Garda Sp. z o.o. i Garda Sp. z o.o. sp. k.):

- *utrzymanie czystości, sprzątnięcie*
- *organizowanie spacerów*
- *czynności pielęgnacyjne*
- *załatwianie spraw urzędowych*
- *doprowadzanie do ośrodków wsparcia i inne*

Na rzecz fundacji na rzecz osób starszych, niepełnosprawnych, zależnych czynności polegać miały na:

- *robienie zakupów*
- *prowadzenie zeszytu wydatków*
- *przygotowywanie i dostarczanie posiłków*
- *karmienie*
- *utrzymanie czystości, sprzątnięcie*
- *organizowanie spacerów*
- *czynności pielęgnacyjne*
- *załatwianie spraw urzędowych*
- *mycie okien*

- doprowadzanie do ośrodków wsparcia i inne.

W pismach z 21.11.2022 r., na podstawie art. 128 ust. 5 Ustawy Zamawiający wystąpił do Garda Sp. z o.o. sp. k., PHU Garda Sp. z o.o. oraz Fundacji Auxilium o udzielenie informacji wskazanych przez Vital-Med. Sp. z o.o. co do zakresu świadczenia usług i tożsamości świadczonych usług z przedmiotem zamówienia. Zamawiający oczekiwał podania informacji w zakresie wątpliwości, jakie również zgłosił do Wykonawcy.

Pismem z 22.11.2022 r. Zamawiający wystąpił do Vital-Med. Sp. z o.o. o doprecyzowanie na jakiej podstawie prawnej świadczone były usługi, które zostały opisane przez Wykonawcę, jako mające charakter usług opiekuńczych – i co przez to Wykonawca rozumiał.

W piśmie z 24.11.2022 r. Odwołujący wskazując na definicję usługi opiekuńczej z art. 50 ust. 3 Ustawy o pomocy społecznej i zakres czynności opisanych we wcześniejszych wyjaśnieniach, które swoim zakresem odpowiadają definicji i mieszczą się w pojęciu: zaspokajania codziennych potrzeb życiowych, opiekę higieniczną, zaleconą przez lekarza pielęgnację oraz w miarę możliwości, zapewnienie kontaktów z otoczeniem, uznał za właściwe ich wskazanie, jako usługi opiekuńcze w rozumieniu ustawy o pomocy społecznej. Ponieważ usługami opiekuńczymi nie są jedynie usługi realizowane w związku z przyznaniem usług ich odbiorcom w drodze decyzji administracyjnej wydanej przez uprawniony do tego organ administracji publicznej, Zamawiający powinien był zastrzec to w treści warunku udziału w postępowaniu.

Na wezwania do podmiotów trzecich odpowiedziała tylko fundacja Auxilium – w piśmie z 6.12.2022 r. potwierdziła wykonanie usług opiekuńczych na rzecz podopiecznych wskazanych w wystawionych referencjach. Jednocześnie fundacja wskazała, iż nie zostały jej przekazane dokumenty przedłożone Zamawiającemu w postępowaniu. Fundacja, jako odbiorców wskazała osoby starsze, niepełnosprawne, zależne, dzieci, młodzież w tym Uchodźcy. *Biorąc pod uwagę charakter świadczonych usług – usługi świadczone przez firmę Vital-med. Sp. z o.o. odpowiadają charakterowi usług określonych w ustawie o pomocy społecznej. Rodzaje czynności opiekuńczych świadczonych na rzecz odbiorców usług są tożsame z zakresem usług określonych ustawą w tym szeroko: pielęgnacja pacjenta, dbałość o jego higienę osobistą, dbałość o porządek, robienie zakupów, dostarczanie posiłków, kontakt bieżący z rodziną i inne, które każdy opiekun ma w zakresie czynności.*

W piśmie z 13.12.2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, jako złożoną przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

Zamawiający wprost wskazał w przytoczonym już fragmencie rozdziału III cz. I ust. 4 SWZ, iż Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi legitymować się wiedzą i doświadczeniem w zakresie usług zgodnych z przedmiotem przedmiotowego zamówienia. Natomiast przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usług opiekuńczych zgodnie z zakresem ustalonym w decyzji administracyjnej co zostało wskazane w Rozdziale III cz. I. ust 1 SWZ. Ponadto w projektowanych postanowieniach umownych będących załącznikiem do SWZ Zamawiający powołując się w § 1 na art. 36 pkt 2 lit. I oraz art. 50 ustawy o pomocy społecznej dodatkowo zaznaczył jakie usługi opiekuńcze są przedmiotem postępowania. Dla Zamawiającego istotne jest nie tylko doświadczenie Wykonawcy w zakresie wykonywania czynności, które swoim charakterem odpowiadają usługom opiekuńczym (np. czynności pielęgnacyjnych, czynności z zakresu utrzymywania czystości, robienia zakupów podopiecznym itp.) ale również aspekt współpracy między Zamawiającym a Wykonawcą w celu realizacji decyzji administracyjnej zgodnie z jej treścią, dlatego też wskazał w SWZ w opisie przedmiotu zamówienia, iż wykonywanie usług ma być zgodne z zakresem ustalonym w decyzji administracyjnej.

Izba uwzględniła odwołanie w całości.

Zasadniczą podstawą zarzutów jest stwierdzona przez Zamawiającego podstawa uznania doświadczenia Odwołującego za niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, która miała mieć uzasadnienie w treści specyfikacji, t.j. braku doświadczenia zgodnego z zakresem zamówienia ustalonym w decyzji administracyjnej.

W sprawie nie budził sporu charakter czynności realizowanych na rzecz podmiotów wskazanych w załączniku nr 2 do oferty, jako odpowiadających usługom opiekuńczym, zdefiniowanym w art. 50 ust. 3 Ustawy o pomocy społecznej. Różnica stanowisk stron sprowadzała się do rozumienia warunku udziału w postępowaniu, który w ocenie Odwołującego nie ograniczał doświadczenia wyłącznie do usług, których zakres zostałby określony w decyzji administracyjnej, do czego faktycznie odwołał się Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Ustawy.

Izba podzieliła wnioski Odwołującego, które mają uzasadnienie w konieczności zapewnienia przez Zamawiającego, aby warunek udziału w postępowaniu był określony w sposób precyzyjny, tak aby nie dochodziło do jego modyfikacji na etapie weryfikacji podmiotowej wykonawców. Stanowi to wyraz przestrzegania zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady przejrzystości wynikającej z zasady równego traktowania wykonawców. Wyrażona w art. 16 pkt 3 Ustawy zasada przejrzystości

oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełnienia przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk (wyrok TSUE z 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 *Saferoad Grawil et Saferoad Kabex*, wyrok z 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15). W swoich wyrok Trybunał odnosił się do znaczenia zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców wskazując, iż obowiązek przejrzystości *obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia).*

Izba uznała, iż odwołanie się do odpisu przedmiotu zamówienia nie pozwala dowolnie dodawać wytycznych dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu i może być pomocne tylko w zakresie w jakim odnosi się wprost do jasno postawionego warunku. To w niniejszej sprawie mogło być wyłącznie powiązane z określeniem rodzaju czynności rozumianych, jako usługi opiekuńcze, ale już nie w odniesieniu do procedury w jakiej następuje ich ustalenie w drodze decyzji administracyjnej. Ponieważ Zamawiający nie wskazał w treści warunku, iż usługi opiekuńcze należało realizować wyłącznie na podstawie decyzji administracyjnej, faktycznie dopuścił do udziału w postępowaniu również podmioty świadczące usługi opiekuńcze nie tylko na rzecz podmiotów publicznych. Ocenie pod kątem spełnienia warunku podlegało doświadczenie odpowiadające rodzajowo czynnościom określanym, jako usługi opiekuńcze. Również w OPZ zakres usług opiekuńczych miał wyłącznie ogólny charakter ze wskazaniem, iż szczegółowo zostanie to określone w decyzji administracyjnej. Tym samym decyzja administracyjna stanowić będzie wprawdzie element identyfikujący przedmiot zamówienia, jednak nie została przez Zamawiającego wskazana w opisie warunku udziału w postępowaniu, a ten nie musiał być tożsamy z przedmiotem zamówienia. Zamawiający określa bowiem minimalne warunki udziału w postępowaniu, które pozwolą uznać doświadczenie za wystarczające dla zabezpieczenia realizacji zamówienia w sposób odpowiedni. To Zamawiający zobowiązany jest w sposób precyzyjny określić wytyczne dla takiej oceny i wskazać te elementy, które będą wystarczające dla oceny podmiotowej wykonawcy.

W tej sytuacji rację należy przyznać Odwołującemu, iż próba ograniczenia doświadczenia w realizacji usług opiekuńczych wyłącznie do tych, których podstawą jest decyzja administracyjna prowadziła do ograniczenia kręgu podmiotów, które zajmują się realizacją usług opiekuńczych, ale nie koniecznie tylko na rzecz podmiotów publicznych. Nie budziło w sprawie sporu stwierdzenie, iż decyzje administracyjne określające rodzaj, zakres usług opiekuńczych, są podstawą świadczeń realizowanych przez podmioty publiczne, a takim jakim jest Zamawiający. Stąd w OPZ pojawiły się dodatkowe wymagania, które będą wiązały wykonawcę przy realizacji zamówienia, ale nie wszystkie zostały ujęte w treści warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie mógł skutecznie wywodzić z opisu przedmiotu zamówienia nowych wymagań wobec doświadczenia ocenianego dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 7.500,00 zł. oraz koszty Odwołującego poniesione w wysokości 3.600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy. Zamawiający poniósł w całości koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: