

Sygn. akt KIO/UZP 943/08

**WYROK**

**z dnia 19 września 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Klaudia Szczytowska -Maziarz  
Renata Tubisz**

**Protokolant: Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 września 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Agencję Opiekuńczo-Medyczną i Handlową Anna Szopa, 40-126 Katowice, ul. Okrzei 6/16** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Katowicach, 40-032 Katowice, ul. Jagiellońska 17** protestu z dnia 13 sierpnia 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1 . Uwzględnić odwołanie i nakazuje modyfikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).**

**2. kosztami postępowania obciąża Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Katowicach, 40-032 Katowice, ul. Jagiellońska 17**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Agencję Opiekuńczo-Medyczną i Handlową Anna Szopa, 40-126 Katowice, ul. Okrzei 6/16,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Katowicach, 40-032 Katowice, ul. Jagiellońska 17** na rzecz **Agencji Opiekuńczo-Medycznej i Handlowej Anna Szopa, 40-126 Katowice, ul. Okrzei 6/16,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Agencji Opiekuńczo-Medycznej i Handlowej Anna Szopa, 40-126 Katowice, ul. Okrzei 6/16.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia: *„Zakup usług opieki dziennej w postaci świadczenia usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania podopiecznych MOPS Katowice, zgodnie z ilością i zakresem ustalonym w decyzji administracyjnej przyznającej świadczenie w następujących rejonach miasta Katowice:*

- *rejon dzielnic północno-wschodnich (Bogucice, Dąbrówka Mała, Koszutka, część Śródmieścia),*
- *rejon dzielnic zachodnich i południowych (Załęże, Dąb, os. Tysiąclecia, Ligota, Piotrowice),*
- *rejon centrum Katowic i dzielnic wschodnich (Szopienice, Janów, Giszowiec, Nikiszowiec, Śródmieście)”* (Nr sprawy: DS.340-49/2007), zostało wszczęte przez Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej, ul. Jagiellońska 17, 40-032 Katowice zwany dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych

Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 148-199314 w dniu 01.08.2008 r., w tym samym dniu na stronie internetowej Zamawiającego została umieszczona SIWZ.

W dniu 13.08.2008 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: „Pzp” Agencja Opiekuńczo-Medyczna i Handlowa – Anna Szopa, ul. Okrzei 6/16, 40-126 Katowice zwany dalej: „Protestującym” złożyła protest na zapisy ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Według dokumentacji przetargowej Protestujący odebrał SIWZ w wersji pisemnej 05.08.2008 r. (potwierdzenie wysłania/doręczenia zaproszenia).

Wskazał, że jego interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego poniżej wymienionych przepisów Pzp (tj. art. 29, art. 29 ust.1 i art. 41 pkt 4) i nie zachowania zasad uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp).

Zażądał:

- zmiany poniżej wskazanych zapisów ogłoszenia, SIWZ i załączników do niej poprzez ich dostosowanie do obowiązujących przepisów Pzp.

Oдноśnie ogłoszenia o zamówieniu zgłosił następujące zastrzeżenia:

Po pierwsze, Zamawiający nie wskazał wielkości ani zakresu zamówienia (np. tak jak to zostało określone w SIWZ) ograniczając się jedynie do podania, że świadczenie usług nastąpi „(...) zgodnie z ilością godzin i zakresem ustalonym w decyzji administracyjnej przyznającej świadczenie (...)”. Po drugie, w ogłoszeniu o zamówieniu podał, że „przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług opieki dziennej”, gdy tymczasem z treści SIWZ, a w szczególności z § 2 ust. 3 projektu umowy wynika, że Zamawiający przewiduje również świadczenie usług w porze nocnej. Wobec powyższego stwierdził, iż przedmiot zamówienia określony w ogłoszeniu nie odpowiada przedmiotowi zamówienia podanemu w SIWZ.

Brak określenia w ogłoszeniu zakresu i wielkości zamówienia oraz określenie w ogłoszeniu węższego przedmiotu zamówienia niż w SIWZ powoduje, że ogłoszenie nie spełnia wymogów wynikających z art. 41 pkt 4 Pzp.

Oдноśnie SIWZ wskazał na następujące zapisy:

Po pierwsze, wskazał na: PUNKT 1. „Opis przedmiotu zamówienia”

pkt 1) Zamawiający określił, że „przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług opieki dziennej”, gdy tymczasem z treści § 2 ust. 3 projektu umowy wynika, że Zamawiający

przewiduje również świadczenie usług w porze nocnej co powoduje, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny.

Powyżej wskazane uchybienie powoduje, zdaniem Protestującego, że został naruszony art. 29 Pzp.

Po drugie, wskazał na: PUNKT 12. *„Kryteria oceny ofert i opis sposobu oceny ofert”*

W części *„Jakość świadczenia usług”* Zamawiający ustalił, że oferta w ramach tego kryterium będzie oceniana na podstawie złożonych opinii i referencji. W razie złożenia referencji, w których znajdują się zastrzeżenia co do jakości świadczonych usług oceniana oferta otrzymuje o 33 pkt mniej za każdą z takich referencji. Takie określenie kryterium jakości powoduje, zdaniem Protestującego, że dochodzi do nierównego i w żaden sposób nieuzasadnionego traktowania wykonawców. Dla przykładu wskazał, że Wykonawca, który złożył 100 referencji na wykonane i wykonywane usługi, a wśród nich jedna będzie zawierać *„uwagi/zastrzeżenia co do jakości świadczenia usług”* otrzyma 67 pkt w ramach kryterium jakości. Tyle samo punktów otrzyma również oferta Wykonawcy który złożył jedną referencję i będzie ona zawierała zastrzeżenia. Jak z powyższego wynika zarówno Wykonawca, który wykonał 1% zamówień w sposób budzący zastrzeżenia, jak i wykonawca, który wykonał 100% zamówień w sposób budzący zastrzeżenia zostają w ramach takiego kryterium zrównani ze sobą. Przy tak ustalonym kryterium może dojść również do sytuacji, w której jeden z Wykonawców złoży np. 3 referencje zawierające zastrzeżenia, a inny Wykonawca złoży 50 referencji z zastrzeżeniami, a obie oferty i tak otrzymają po 1 pkt.

Jak z powyższego wynika, zdaniem Protestującego, kryterium jakości świadczonych usług ustalone zostało przez Zamawiającego w sposób utrudniający uczciwą konkurencję bowiem w żaden sposób nie uwzględnia rzeczywistego stopnia wykonanych prawidłowo usług przez danego wykonawcę.

Takie określenie kryterium oceny ofert narusza, jego zdaniem, art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ zostało ustalone w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Po trzecie, wskazał na: Załącznik nr 1 do SIWZ - *„Zakres usług opiekuńczych”*

Wyjaśnił, iż Zamawiający w załączniku nr 1 (a także w załączniku nr 1 do projektu umowy) podał szczegółowy zakres zamawianych usług. Niestety w zakresie tym zostały podane następujące zapisy: *„załatwianie spraw urzędowych ..... (wymienić zakres)”* (pkt 22. i 37 załącznika nr 1) oraz *„Inne – na życzenie rodziny”* (pkt 40 załącznika nr 1). Również średnie czasy wykonywania poszczególnych czynności nie pozwalają na należyłą ocenę oczekiwanego przez Zamawiającego nakładu pracy przy świadczeniu usług.

Tak podany zakres zamawianych usług powoduje, że został naruszony art. 29 ust. 1

Pzp, gdyż przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opis ten nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Po czwarte, wskazał na: Załącznik nr 4 - projekt umowy.

W projekcie umowy zostały zawarte zapisy, zdaniem Protestującego, które uniemożliwiają należyte przygotowanie oferty i skalkulowanie proponowanej ceny. Wskazał na nieprecyzyjny zakres świadczonych usług opisany szczegółowo powyżej w punkcie 3.

Kolejnym takim zapisem jest, według niego, § 2 przewidujący konieczność pobierania odpłatności od podopiecznego. Ponieważ w SIWZ nie wskazano jakiego rzędu mogą to być kwoty dla każdej z części zamówienia żaden Wykonawca nie ma możliwości skalkulowania w ofercie kosztów przelewu pobranych kwot na konto Zamawiającego.

Również § 4 projektu umowy nakłada na Wykonawcę obowiązek wyposażenia personelu w odpowiednie ubranie ochronne dostosowane do zakresu wykonywanych usług. Jednak, jak stwierdza Protestujący, przy braku wskazania przynajmniej orientacyjnych ilości poszczególnych usług wymienionych w załączniku nr 1 dla każdej z części zamówienia niemożliwe staje się określenie przez Wykonawcę niezbędnych kosztów wyposażenia personelu w odpowiednie ubrania.

Można tutaj dla przykładu wskazać, że inne wymogi co do ubioru będą przecież przy robieniu zakupów a inne przy myciu okien lub pomocy przy spożywaniu posiłków. Wykonawcy nie znając proporcji poszczególnych usług w ramach orientacyjnych limitów godzin nie są w stanie należycie skalkulować ceny oferty.

Także § 11 projektu umowy przewiduje możliwość świadczenia usług w szpitalu zamiast w miejscu zamieszkania podopiecznego, takie usługi wymagają ponoszenia przez Wykonawcę zwiększonych kosztów związanych chociażby z zapewnieniem dojazdu opiekunki do szpitala zaopatrzeniem jej w obuwiu ochronne itd. Brak orientacyjnej ilości godzin takich usług w skali miesiąca również nie pozwala na należyte skalkulowanie ceny w ofercie.

Ponadto, Protestujący podniósł, że Zamawiający, ani w wersji elektronicznej SIWZ zamieszczonej na stronie internetowej, ani w wersji papierowej specyfikacji nie zawarł załącznika nr 3A, o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 4) projektu umowy. Ponieważ nie wiadomo jakie czynności ma podjąć wykonawca usług w związku z otrzymaniem załącznika nr 3A (tzn. czy wymaga on tylko podpisu osoby upoważnionej, czy też jeszcze jakiś innych formalności, zawiadomień itp.) również niemożliwe jest uwzględnienie tej okoliczności przy kalkulowaniu oferty.

Takie zapisy projektu umowy powodują, że został naruszony art. 29 ust. 1 Pzp, ponieważ przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób wyczerpujący, a opis ten nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W dniu 13.08.2008 r. Zamawiający umieścił na stronie internetowej kopię protestu i wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym. Do uczestników, którzy pobrali SIWZ pisemnie wysłał oddzielne wezwanie wraz z kopia protestu (faxem). Żadne przystąpienia do postępowania protestacyjnego nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem w dniu 22.08.2008 r. Wobec naruszeń przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 29, art. 29 ust. 1, art. 41 pkt 4 Pzp, poprzez:

- 1) zaniechanie zamieszczenia w treści ogłoszenia na stronie internetowej Zamawiającego wielkości lub zakresu zamówienia,
  - 2) określenie opisu przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu w zakresie nazewnictwa w sposób odmienny od zawartego w treści SIWZ oraz niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia w treści SIWZ w zakresie użytego nazewnictwa,
  - 3) określenie sposobu oceny ofert w kryterium „*Jakość świadczenia usług*” w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
  - 4) niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia w treści SIWZ dot. „*Zakresu usług opiekuńczych*”, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
  - 5) zawarcie niejednoznacznych zapisów w treści § 2, § 4 oraz § 11 projektu umowy, nieuwzględniających wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny,
  - 6) brak w treści SIWZ w wersji pisemnej jak i elektronicznej załącznika nr 3a wymienionego w § 6 ust. 1 pkt 4) projektu umowy,
- w zakresie pkt 1) i 6), Zamawiający uwzględnił, a w zakresie pkt 2), 3), 4) i 5), oddalił protest.

Zamawiający uwzględnił zarzut wskazany przez niego, jako zarzut pierwszy Protestującego. Zapowiedział, iż na stronie internetowej, w treści ogłoszenia Zamawiający zamieści informacje zawarte w pkt 1 ppkt 6) SIWZ, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów dot. zapisów treści ogłoszenia i postanowień SIWZ.

Oдноśnie zarzutu wskazanego przez Zamawiającego, jako zarzut drugi wyjaśnił, co następuje:

Na podstawie art. 30 ust. 7 Pzp do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień. Zawarty w nim kod CPV: 85312100-0 odnoszący się do charakteru usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia, nosi nazwę „*usługi opieki dziennej*”, pomimo tego, że w niektórych przypadkach mogą one być świadczone w porze nocnej (stanowi to niewielki % w stosunku do całości zamówienia). Nie są to usługi całodobowe, związane z zakwaterowaniem osób z nich korzystających, stąd takie przyporządkowanie według kodu CPV. Z tego względu zarzut niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie użytego nazewnictwa uznał za niezasadny.

Oдноśnie zarzutu wskazanego przez Zamawiającego, jako zarzut trzeci wyjaśnił, co następuje:

Ustalając sposób oceny ofert w kryterium „*Jakość świadczonych usług*” Zamawiający kierował się zasadą, że będzie premiował Wykonawców rzetelnych, starannie wykonujących zamówienia na usługi będące przedmiotem niniejszego zamówienia, w sposób niebudzący żadnych zastrzeżeń, mających jednocześnie na uwadze troskę o osoby, dla których skierowana jest ta usługa. Biorąc pod uwagę specyfikę tej grupy osób oraz wcześniejsze doświadczenia z realizacji przedmiotowych usług przez różnych Wykonawców, Zamawiający zastosował algorytm przyznawania punktów wg zasady opisanej w pkt. 12 SIWZ, zgodnie z regułą, że to po stronie Zamawiającego leży ustalenie co chce osiągnąć wybierając najkorzystniejszą ofertę.

Opis tego kryterium jest, zdaniem Zamawiającego, czytelny i dokładnie wskazuje w jakich przypadkach Zamawiający będzie przyznawał Wykonawcom poszczególne ilości punktów, dlatego Zamawiający nie zgadza się z zarzutem Protestującego.

Oдноśnie zarzutu wskazanego przez Zamawiającego, jako zarzut czwarty wyjaśnił, co następuje:

Szczegółowy zakres usług określony przez Zamawiającego został opracowany w taki sposób, aby uwzględniał indywidualne potrzeby klienta. Określenie wszystkich możliwych do wykonania czynności nie jest możliwe, ponieważ nie można przewidzieć potrzeb klientów, którzy znajdują się w różnych sytuacjach życiowych i zdrowotnych. A zatem koniecznym było, zdaniem Zamawiającego, wprowadzenie do katalogu zakresu usług takich pozycji, które w razie konieczności uwzględniałyby indywidualne potrzeby klienta. Skalkulowanie ceny w tym zakresie, jest ryzykiem podejmowanym przez Wykonawcę.

Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, że przy sporządzaniu oferty do

poprzedniego postępowania przetargowego w tej samej sprawie, przy tych samych zapisach treści SIWZ, Wykonawca był w stanie skalkulować cenę 1 godziny usługi.

Odnosnie zarzutu wskazanego przez Zamawiającego, jako zarzut piąty wyjaśnił, co następuje:

Zasady odpłatności klienta za usługi opiekuńcze zostały określone: „*Uchwałą nr LXI/1403/06 Rady Miasta Katowice z dnia 26 czerwca 2006 r. w sprawie szczegółowych warunków przyznawania i odpłatności za usługi opiekuńcze i specjalistyczne usługi opiekuńcze z wyłączeniem specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi, oraz szczegółowych warunków częściowego lub całkowitego zwolnienia od opłat, jak również trybu ich pobierania*” i są uzależnione od dochodu osoby/rodziny korzystającej z tej formy pomocy. W związku z powyższym odpłatność za usługi każdorazowo ustalana jest indywidualnie w odniesieniu do sytuacji dochodowej klienta. Nie ma zatem możliwości określenia wysokości odpłatności ponoszonej przez klienta przed zakończeniem konkretnego postępowania administracyjnego.

Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, że przy sporządzaniu oferty do poprzedniego postępowania przetargowego w tej samej sprawie, przy tych samych zapisach treści SIWZ, Wykonawca był w stanie skalkulować cenę 1 godziny usługi.

Zamawiający uwzględnił zarzut wskazany przez niego, jako zarzut szósty Protestującego. Wykonawcom, zainteresowanym udziałem w przedmiotowym postępowaniu zapowiedział przesłanie brakującego załącznik nr 3a do projektu umowy oraz zamieszczenie stosownej informacji na stronie internetowej po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów dot. zapisów treści ogłoszenia i postanowień SIWZ.

W dniu 27.08.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na częściowe oddalenie, a częściowe uwzględnienie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Podtrzymał dotychczasowe zarzuty z protestu w zakresie zapisów, co do których Zamawiający oddalił protest. Stanowisko Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, iż zawarte w piśmie o częściowym oddaleniu protestu nie znajduje bowiem należytego oparcia w obowiązujących przepisach prawa, a ponadto prowadzi do rażącego naruszenia prawa.

Zarzucił naruszenie Zamawiającemu następujących przepisów Pzp:

1. art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, niedokładny i nie uwzględniający wszystkich okoliczności



mających wpływ na sporządzenie oferty, a także poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

2. art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób, który z niczym nieuzasadnionych powodów powoduje nierówne traktowanie Wykonawców a ponadto nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe zarzuty (zawarte także w proteście) wniósł o:

1. unieważnienie postępowania, a w przypadku nieuwzględnienia argumentacji dotyczącej nieważności postępowania wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dostosowania zapisów SIWZ do obowiązujących przepisów:

2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i nakazanie Zamawiającemu zapłaty na rzecz Odwołującego kosztów związanych z postępowaniem odwoławczym.

W dalszej części odwołania ponawia argumentację odnośnie wadliwych zapisów SIWZ, w zakresie oddalonym przez Zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Zamawiającego zawartego w oddaleniu protestu, Odwołujący wskazał na następujące okoliczności potwierdzające zasadność złożenia protestu, a następnie odwołania.

Po pierwsze, Zamawiający w istocie sam potwierdził, że naruszył wyżej przywołane przepisy Pzp. Odnosząc się bowiem do zarzutu, który uznał jako zarzut czwarty stwierdził: „Skalkulowanie ceny w tym zakresie jest ryzykiem podejmowanym przez Wykonawcę”. Ponieważ stwierdzenie to dotyczy zarzutu niejednoznacznego i nieprecyzyjnego określenia zakresu przedmiotu zamówienia (i to w sposób uniemożliwiający należyte skalkulowanie przez wykonawców ceny) świadczy to, zdaniem Odwołującego, niezbicie o tym, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia z rażącym naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp.

Oceny takiej nie mogą także zmienić, zdaniem Odwołującego, twierdzenia jakoby niemożliwe było określenie wszystkich możliwych do wykonania czynności ponieważ Zamawiający mógł przynajmniej określić charakter tych czynności i podać ich przykładowe rodzaje.

Również twierdzenie Zamawiającego, że kryterium oceny ofert: „*Jakość świadczonych usług*” ma promować Wykonawców rzetelnych nie uzasadnia nierównego traktowania wykonawców. Przy obecnym brzmieniu zapisów SIWZ może dojść bowiem w ramach kryterium jakości do niczym nieuzasadnionego zrównania Wykonawcy który ma 100% wykonanych zamówień z zastrzeżeniami z Wykonawcą, u którego zamówienia wykonane z zastrzeżeniami stanowią jedynie promil z ogółu wykonanych usług.

Wynikającą z art. 7 Pzp zasadę równego traktowania wykonawców należy rozumieć jako nakaz traktowania wykonawców będących w takiej samej sytuacji w sposób jednakowy,

a różnicować można ocenę jedynie Wykonawców, co do których istnieją różnice w okolicznościach ich dotyczących.

W świetle zakwestionowanych zapisów SIWZ oczywiste staje się, zdaniem Odwołującego, naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Naruszenie wskazanych zasad oraz określenie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający należyte skalkulowanie ceny ofertowej powodują naruszenie interesu prawnego Odwołującego.

Odwołujący biorąc pod uwagę powyższe, uznał, że postępowanie musi zostać unieważnione ze względu na treść art. 38 ust. 5 Pzp. Wynikający z tego przepisu zakaz wprowadzania modyfikacji treści SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert powoduje bowiem, że niemożliwe jest usunięcie powyżej opisanych uchybień Zamawiającego.

Kopie odwołania otrzymał Zamawiający w dniu 27.08.2008 r. (wpływ bezpośredni).

W dniu 28.09.2008 r. Zamawiający przekazał firmie Odwołującej kopię odwołania i wezwał ją faxem do udziału w postępowaniu odwoławczym, tym samym potwierdzając fakt otrzymania kopii odwołania. Żadne przystąpienia do postępowania odwoławczego nie miały miejsca.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności ogłoszeniem, SIWZ, po wysłuchaniu stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby Odwołujący był i nadal jest uczestnikiem postępowania i to nie tylko z uwagi na przedłużenie terminu składania ofert przez Zamawiającego, w trybie art. 180 ust. 5 Pzp, ale także z uwagi na fakt, iż interes prawny podlega rozpatrzeniu na chwilę złożenia protestu. Wobec powyższego, Odwołujący miał prawo do składania środków ochrony prawnej. W przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (za wyjątkiem naruszenia odnoszącego się do kryteriów oceny ofert), ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, tj. złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty.

W tym miejscu Izba, odnosząc się do kwestii istnienia interesu prawnego wobec żądania unieważnienia postępowania w wypadku potwierdzenia się zarzutu odnoszącego się do kryteriów oceny ofert przywołuje komentarz do Wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 16.11.2006 r., sygn. akt: II Ca 585/06 (M. Stręciwlik: „Prawo Zamówień

Publicznych. Orzecznictwo”, W-wa 2008, str.207-208): „Odnosząc się do zarzutów zamawiającego, co do braku interesu prawnego wykonawcy wnoszącego odwołanie, wskazał on jednocześnie, że żądanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo tego, iż faktycznie nie prowadzi do uzyskania zamówienia publicznego przez odwołującego się wykonawcę, skutkuje unieważnieniem (.....). Powyższa okoliczność – (w tym wypadku chodziło o wybór oferty z naruszeniem przepisów ustawy) – ma większe znaczenie niżeli literalne brzmienie przepisu art. 179 ust.1 ustawy, który stanowi o możliwości uzyskania zamówienia publicznego przez konkretnego wykonawcę. Wskazany przepis nie stanowi bowiem wyłącznie o faktycznej możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego się wykonawcę, ale również o potencjalnej możliwości, przy założeniu, że w postępowaniu są przestrzegane przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych”.

Zatem z wymienionych względów brak jest podstaw do przyjęcia braku interesu prawnego po stronie Odwołującego.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący w kontekście nie wskazania wprost, iż przedmiotem zamówienia są także usługi świadczone w porze nocnej, czyli naruszenia art. 29 Pzp, skład orzekający Izby uznał niniejszy zarzut za niezasadny.

Zdaniem Izby, argumentacja przedstawiona w rozstrzygnięciu protestu przez Zamawiającego jest słuszną.

Z uwagi na fakt, iż przedmiotem zamówienia nie są usługi całodobowe, związane z zakwaterowaniem osób z nich korzystających, przyporządkowanie według kodu CPV dokonane przez Zamawiającego jest właściwe.

Izba uznaje, iż wyjaśnienia udzielone na rozprawie, iż usługi świadczone w porze nocnej stanowią niewielki procent w stosunku do całości zamówienia za miarodajne. Jednocześnie, Izba przypomina, iż SIWZ należy zawsze odczytywać jako całość, w tym z projektem umowy, jak w przedmiotowym stanie faktycznym.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 29 Pzp w zakresie wskazanym powyżej.

Odnosząc się do zarzutu określenia sposobu oceny ofert w kryterium „Jakość świadczenia usług” w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, czyli art. 7 ust. 1 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za niezasadny.

Zamawiający w pkt 12 SIWZ określił kryteria wyboru ofert i opis sposobu oceny ofert, ustalając trzy kryteria: 1) cena - 80%, 2) jakość świadczonych usług - 10%, 3) doświadczenie wykonawcy – 10%. W ramach jakości świadczenia usług ustalił, iż ocena tego kryterium będzie dokonywana na podstawie informacji co do jakości świadczonych usług opiekuńczych na rzecz poszczególnych zamawiających wymienionych w wykazie zawartym w pkt. 2 załącznika nr 3 do specyfikacji, przedstawionych w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie zamówienia (opinie/referencje), według następującego schematu:

- 1) wszystkie referencje/opinie bez uwag/zastrzeżeń co do jakości świadczenia usług opiekuńczych – 100 pkt.,
- 2) jedna referencja/opinia z uwagami/zastrzeżeniami co do jakości świadczenia usług opiekuńczych – 67 pkt.,
- 3) dwie referencje/opinie z uwagami/zastrzeżeniami co do jakości świadczenia usług opiekuńczych – 34 pkt.,
- 4) trzy lub więcej referencji/opinii z uwagami/zastrzeżeniami co do jakości świadczenia usług opiekuńczych – 1 pkt.

Izba zwraca uwagę na charakter usług będących przedmiotem postępowania i wynikające z tego faktu wyłączenia stosowania niektórych przepisów ustawy, co wynika w sposób niebudzący wątpliwości z art. 5 ust. 1 Pzp., przewidującym m. in. możliwość ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości Wykonawcy. Jednakże Izba podkreśla, iż działania w tym zakresie są ograniczone podstawowymi zasadami obowiązującymi w zamówieniach publicznych, w tym zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W tym miejscu Izba także stwierdza, iż uznanie lub też nie zasadności zarzutu ma istotne znaczenie, gdyż w wypadku jego potwierdzenia się nie jest możliwa w obecnym stanie prawnym zmiana SIWZ w tym zakresie, gdyż wiązałoby się to ze zmianą kryteriów oceny ofert polegającą na konieczności ich całkowitego przekonstruowania, co de facto naruszałoby art. 38 ust. 5 Pzp i wymagałoby unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp.

Stanowisko Zamawiającego, iż przy konstruowaniu kryterium: „*Jakość świadczenia usług*” kierował się zasadą premiowania Wykonawców rzetelnych, starannie wykonujących zamówienia na usługi będące przedmiotem niniejszego zamówienia, w sposób niebudzący żadnych zastrzeżeń, mając jednocześnie na uwadze troskę o osoby, dla których przeznaczona jest ta usługa, jest godne pochwały i zrozumiałe z uwagi na charakter usługi.

Izba uznała, iż istotą spornego kryterium nie jest kwestia wykazania się jak największą ilością zrealizowanych zamówień poprzez złożone referencje, lecz ich „*jakość*”, dlatego bez znaczenia jest, ile referencji złożą Wykonawcy, istotne jest, aby były bez zastrzeżeń. W innym wypadku Wykonawcy będą zmuszeni ponieść tego konsekwencje, które wynikają z zasad punktacji i bez znaczenia, czy złożą 100, 50, 3, czy też 1 referencje.

Powyższe potwierdza także fakt, iż trzecim kryterium przyjętym przez Zamawiającego jest doświadczenie wykonawcy. Ponadto, nie mniej istotny dla oceny niniejszego kryterium jest fakt, iż jest to jedno z trzech przyjętych przez Zamawiającego kryteriów, przy czym decydujące znaczenie ma cena (80 %), przy dwóch pozostałych o łącznej wadze 20 % (każdy 10 % wagi). Na marginesie, Izba zauważa, iż referencje z zastrzeżeniami nie potwierdzają należytego wykonania usługi, a to od decyzji Wykonawcy zależy jakie referencje przedłoży Zamawiającemu.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust.1 Pzp w zakresie wskazanym powyżej.

Odnosząc się do zarzutu niejednoznacznego opis przedmiotu zamówienia w treści SIWZ dotyczącego: „*Zakresu usług opiekuńczych*”, nieuwzględniającego wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, czyli art. 29 ust.1 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za zasadny.

Na wstępie, Izba przypomina, iż celem umieszczenia w art. 5 ust.1 Pzp katalogu usług zwolnionych ze stosowania niektórych przepisów było uznanie, iż ich specyficzny charakter wymaga innego do nich podejścia. Tak też było z usługami opiekuńczymi (będącymi usługami socjalnymi – art. 5 ust.1 pkt 2 Pzp w związku z art. 3 i 17 ust.1 pkt 11 ustawy o pomocy społecznej - Dz. U. z 2004 r., Nr 64, poz. 593 z późn. zm.). Ustawa zwalnia Zamawiającego z obowiązku organizowania w takim przypadku przetargu nieograniczonego. Jeżeli jednak Zamawiający przeprowadza postępowanie na usługi objęte art. 5 ust.1 Pzp to nie może tworzyć wyłączeń nie mających oparcia w przepisach, czy też zasłaniać się charakterem usług, aby usprawiedliwić braki w opisie przedmiotu zamówienia.

Izba uznaje prawo Zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami. Jednakże Zamawiający, w ocenie Izby, nie wykazał, iż sporne zapisy SIWZ są uzasadnione takimi właśnie potrzebami. Cel, jaki przyświecał Zamawiającemu, aby zapisy załącznika nr 1 (a także załącznika nr 1 do projektu umowy) podawały szczegółowy zakres zamawianych usług, zdaniem Izby nie został osiągnięty. Zapisy pkt 22, 37 oraz 40 załącznika nr 1 czynią zarzut niejednoznacznego i nieprecyzyjnego określenia zakresu przedmiotu zamówienia zasadnymi. Zamawiający jest zobowiązany dostarczyć Wykonawcom danych koniecznych do skalkulowania przez nich ceny na realnym poziomie.

Nie jest argumentem, według Izby, fakt iż, we wcześniejszym postępowaniu Odwołujący skalkulował cenę 1 godziny usługi. Może to raczej świadczyć o tym, iż bazując na rzeczywistych kosztach wynikających z realizacji wcześniejszego kontraktu, Odwołujący chce wyegzekwować od Zamawiającego wiarygodne dane, które będą adekwatne do późniejszej realizacji. Izba uznaje szczególny charakter usług, jednakże tworzenie pozycji, które w razie konieczności uwzględniałyby indywidualne potrzeby klienta, którzy znajdują się

w różnych sytuacjach życiowych i zdrowotnych, wymaga przynajmniej określenia charakteru tych czynności i podania ich przykładowego rodzaju. Nie może tu mieć miejsca całkowita dowolność, pozbawiona jakichkolwiek ram. Skalkulowanie ceny winno odbywać się przy uwzględnieniu choćby minimalnych gwarantowanych danych i wielkości. Ponadto, należy zauważyć, iż Wykonawcy, w tym także realizujący dotychczas usługi będące przedmiotem postępowania, mają prawo nie mieć pewności, iż obecnie postępowanie jest zakresowo zbieżne z poprzednim.

Izba także zauważa, iż z SIWZ wcale nie wynika, jak twierdził Zamawiający, iż niedookreślone punkty załącznika nr 1 to tzw. czynności sporadyczne, nie będące standardem. Jeżeli jest tak jak twierdzi Zamawiający, musi on w SIWZ niniejszy fakt w sposób niebudzący wątpliwości ujawnić.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 29 ust.1 Pzp w zakresie wskazanym powyżej.

Odnosząc się do zarzutu zawarcie niejednoznacznych zapisów w treści § 2, 4 oraz 11 projektu umowy, nieuwzględniających wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny, czyli art. 29 ust.1 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za zasadny.

Po pierwsze, Izba stwierdza, iż niedopuszczalne jest samo odesłanie do decyzji administracyjnej, przyznającej świadczenie, której to konieczność pobierania odpłatności od podopiecznego przewidział Zamawiający (§ 2 projektu umowy). Niezbędne jest wskazanie podstawy, w tym wypadku uchwały pozwalającej uzyskać Wykonawcy bliższe informacje w tym zakresie, a najlepiej jej załączenie. Izba rozumie złożoność procesu, związanego z wydawaniem takiej decyzji, wydaje się jednak, iż istnieje możliwość ustalenia, jakiego rzędu kwoty są adekwatne dla każdej z części zamówienia, co pomoże Wykonawcy w skalkulowaniu w ofercie kosztów przelewu pobranych kwot na konto Zamawiającego. Chodzi tutaj o oparcie się na analogicznym, poprzednim okresie dla danego obszaru dla każdej z części zamówienia, podanie przykładowych przedziałów „od.... do.....”, z zastrzeżeniem faktu, iż odpłatność za usługi każdorazowo ustalana jest indywidualnie w odniesieniu do sytuacji dochodowej klienta. Zamawiający może także podać statystykę z okresu poprzedniego uwzględniając dane dotyczące liczby osób objętych opieką i ich dochodów.

Po drugie, Izba stoi na stanowisku iż tak w interesie Wykonawcy, jak i samego Zamawiającego jest doprecyzowanie także § 4 projektu umowy, tj. obowiązku wyposażenia personelu w odpowiednie ubranie ochronne, dostosowane do zakresu wykonywanych usług.

Wydaje się, iż wskazanie postulowanych orientacyjnych ilości poszczególnych usług wymienionych w załączniku nr 1 dla każdej z części zamówienia jest możliwe i pozwoli Wykonawcy na ujęcie niezbędnych kosztów wyposażenia personelu w odpowiednie ubrania.

Ustalenie określonego minimum, czy też przedziału „*nie mniej... nie więcej...*” wydaje się zasadne. Wskazanie pewnych proporcji poszczególnych usług w ramach orientacyjnych limitów godzin da szansę Wykonawcom na rzeczywistą kalkulację ceny.

Odnosnie ilości godzin świadczonych usług w szpitalu w skali miesiąca zamiast w miejscu zamieszkania podopiecznego (§ 11 projektu umowy), także zdaniem Izby jest zasadne i nakłada na Zamawiającego ustalenie przynajmniej orientacyjnych limitów na takich samych zasadach jak powyżej.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 29 ust.1 Pzp w zakresie wskazanym powyżej.

Wobec potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust.1 Pzp, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, uwzględniając odwołanie i nakazuje modyfikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) poprzez dostosowanie jej zapisów do obowiązujących przepisów zgodnie z uzasadnieniem.

Przy czym, Izba zauważa, że nakazana modyfikacja SIWZ spowoduje przybliżenie opisu, czyli ułatwi kalkulacje ceny oferty, ale nie usunie związanego z tym ryzyka istniejącego po stronie Wykonawcy.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3600 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*