

Sygn. akt: KIO 3249/22

WYROK

z dnia 21 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **Fundacja Inkubator Innowacji Społecznych w Kutnie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Kutnie**

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania dotyczących opisu przedmiotu zamówienia,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Fundacja Inkubator Innowacji Społecznych w Kutnie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Fundacja Inkubator Innowacji Społecznych w Kutnie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **Fundacja Inkubator Innowacji Społecznych w Kutnie** na rzecz **Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kutnie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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

Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Kutnie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest organizowanie i wykonywanie usług opiekuńczych na terenie Miasta Kutno w miejscu zamieszkania podopiecznych Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kutnie w 2023 roku.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 9 listopada 2022 r., nr 2022/BZP 00432754/01.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 5 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Fundacja Inkubator Innowacji Społecznych w Kutnie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 522 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z 286 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewykonanie żądań z pkt 1 i pkt 6 odwołania w zakresie uwzględnionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zarzutów nr 1 nr 2 w części dot. warunku doświadczenia w sprawie o sygn. akt KIO 3029/22 oraz poprzez dokonanie nieuprawnionej zmiany SWZ w dniu 28.11.2022 r. niezgodnej z treścią żądań nr 1 i nr 6 ze strony 4 i 6 odwołania w sprawie KIO 3029/22.
- 2) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z 16 ustawy Pzp (dot. Opisu przedmiotu zamówienia w cz. II zamówienia w pkt 3.1. oraz ppkt 3.1.1. oraz Załącznika nr 1 do umowy cz. II ust. 1a),
- 3) art. 16, 112 ust. 1 i art. 116 ustawy Pzp (dot. 7.1.4.SWZ dot. zdolności technicznej lub zawodowej: doświadczenie),
- 4) 528 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art.522 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt.1 ustawy Pzp, art. 5 oraz 58 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust.1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) wykonania czynności w postępowaniu zgodnie z treścią żądań nr 1 i nr 6 Odwołującego z odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3029/22 w zakresie uwzględnionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zarzutów, tj. zarzutu nr 1 w całości i zarzutu nr 2 w części dot. warunku doświadczenia (gdyż są zgodne z przepisami ustawy Pzp) poprzez:
 - a) zmianę brzmienia warunku części II zamówienia z pkt. 7.1.4.SWZ dot. zdolności technicznej lub zawodowej na następującą: *Doświadczenie: O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: spełniają warunki udziału w*

postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: b) dla części II zamówienia: wykonawca wykaże, że posiada doświadczenie w zakresie prowadzenia działalności zawodowej związanej ze świadczeniem usług opiekuńczych, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał (wykonuje) należycie minimum 2 usługi, polegające na wykonywaniu usług opiekuńczych lub asystencji osobistej w miejscu zamieszkania podopiecznych, świadczonych w sposób ciągły, przez okres co najmniej 365 dni w ramach jednej wykonanej bądź wykonywanej umowy o wartości łącznej nie mniejszej niż 1 310 000 zł brutto (milion trzysta dziesięć tysięcy złotych), przy czym wartość każdej usługi musi wynosić minimum 670 000,00 zł (sześćset tysięcy siedemdziesiąt złotych) brutto.

b) zmianę w Opisie przedmiotu zamówienia w cz. II zamówienia w pkt 3.1. na następującą: *„Przedmiotem zamówienia publicznego są usługi polegające na wykonywaniu usług opiekuńczych na terenie Miasta Kutno w miejscu zamieszkania podopiecznych Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kutnie w 2023 roku.”,*

2) unieważnienia zmiany SWZ z dnia 28.11.2022 r.,

3) unieważnienia zmiany ogłoszenia z dnia 28.11.2022 r.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający pozostawił dotychczasową treść w Opisie przedmiotu zamówienia w cz. II zamówienia w pkt 3.1.: *„Przedmiotem zamówienia publicznego są usługi polegające na organizowaniu i wykonywaniu usług opiekuńczych na terenie Miasta Kutno w miejscu zamieszkania podopiecznych Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kutnie w 2023 roku.”.* Ponadto odwołujący wskazał, że zamawiający dodał zmianą SWZ w dniu 28.11.2022 r. w pkt. 3 OPZ po punkcie 3.1 podpunktu 3.1.1. o następującej treści:

„3.1.1. Organizowanie usług opiekuńczych polega w szczególności na:

- zapewnieniu wykwalifikowanej kadry, którą wykonawca będzie się posługiwał przy wykonywaniu zamówienia;*
- zatrudnieniu osoby koordynującej realizację usług i wykonywaniu przez nią obowiązków wynikających z umowy (koordynator);*
- zabezpieczeniu warunków lokalowo-technicznych (lokal na terenie miasta Kutna, wyposażony m.in. w telefon).”*

Kolejno odwołujący wskazał, że zamawiający zmianą SWZ w dniu 28.11.2022 r. w Załączniku Nr 1 do SWZ: Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia cz. II /Załącznik nr 1 do umowy cz. II po ust. 1 dodał ust. 1a w brzmieniu: *„1a. Organizowanie usług opiekuńczych polega w szczególności na:*

- zapewnieniu wykwalifikowanej kadry, którą wykonawca będzie się posługiwał przy wykonywaniu zamówienia;
- zatrudnieniu osoby koordynującej realizację usług i wykonywaniu przez nią obowiązków wynikających z umowy (koordynator);
- zabezpieczeniu warunków lokalowo technicznych (lokal na terenie miasta Kutna, wyposażony m.in. w telefon).

Odwołujący podniósł, że powyższe nie jest zgodne z żądaniem nr 6 odwołania (strona 6 odwołania) wniesionego przez niego w sprawie o sygn. akt KIO 3029/22. Odwołujący wskazał, że w żądaniu nr 6 tamtego odwołania wniósł o zmianę w Opisie przedmiotu zamówienia w cz. II zamówienia w pkt 3.1. na następującą: *„Przedmiotem zamówienia publicznego są usługi polegające na wykonywaniu usług opiekuńczych na terenie Miasta Kutno w miejscu zamieszkania podopiecznych Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kutnie w 2023 roku.”*. Odwołujący argumentował, że na gruncie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp takie dokładne brzmienie powinno zostać nadane w pkt. 3.1. OPZ i w SWZ wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutu nr 1 odwołania i umorzenia postępowania przez KIO w dniu 29.11.2022 r. wobec cofnięcia pozostałych zarzutów przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał także, że 28.11.2022 r. o godz. 9:53, pełnomocnik zamawiającego przesłał do jego pełnomocnika odpowiedź na odwołanie w sprawie odwoławczej o sygn. akt KIO 3029/22, w której uwzględnił odwołanie w części, tj. zarzut nr 1 i część zarzutu nr 2. Wobec uwzględnienia przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zarzutu nr 1 i zarzutu nr 2 w cz. dot. określenia warunku udziału w postępowaniu w pkt. 7.1.4. dot. doświadczenia, Zamawiający zobowiązany był dokonać czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami Odwołującego z odwołania z pkt. 1 żądania i z pkt. 6 żądania (strona 4 i 6 odwołania). Zgodnie bowiem z treścią art. 522 ust. 3 Pzp w przypadku uwzględnienia odwołania przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania, a zamawiający w takim przypadku wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Odwołujący wskazał, że w dniu 28.11.2022 r. o godz. 17:23 wobec treści odpowiedzi na odwołanie od pełnomocnika Zamawiającego, cofnął pozostałe zarzuty i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt 3029/22 przez Krajową Izbę Odwoławczą. W dniu 29.11.2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 3029/22 wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego. Wobec

powyższego, na gruncie ww. art. 522 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający w takim przypadku wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów (o ile żądania są zgodne z prawem).

Odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 28.11.2022 r. o godz. 16:28 zmienił treść SWZ w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów, pomimo, iż dnia 28.11.2022 r. o godz. 9:53 przekazał odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił część zarzutów- tj. zarzut nr 1 i część zarzutu nr 2 dot. warunku doświadczenia. Tym samym, Zamawiający naruszył przepis z art. 522 ust. 3 ustawy w zw. art.528 pkt. 5 w zw. z art. 16 pkt. 1 Pzp przez dokonanie w dniu 28.11.2022 r. zmiany SWZ w sposób niezgodny z żądaniami z odwołania.

Zdaniem odwołującego, zmiany SWZ dokonane w dniu 28.11.2022 r. przez zamawiającego uniemożliwiają mu złożenie oferty w postępowaniu (tak jak w sytuacji opisanej w poprzednim odwołaniu). Ofertę w postępowaniu mogą bowiem złożyć wyłącznie wykonawcy, którzy posiadają wygórowane doświadczenie-nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Wymagane przez zamawiającego doświadczenie w warunkach udziału jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, jego wartości oraz okresu wykonania zamówienia - 12 miesięcy. Wymagania te powinny zostać obniżone, tak, aby były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i umożliwiały złożenie oferty większemu kręgu wykonawców. Obecne wymagania Zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu - wykazanie się co najmniej 3 usługami o wartości co najmniej 800 tys. zł brutto każda może bowiem spełnić tylko jeden konkretny wykonawca na rynku i nie jest nim odwołujący. Według odwołującego, aby otworzyć to postępowanie na większą ilość potencjalnych wykonawców, w tym odwołującego, zamawiający powinien zmienić warunki udziału w postępowaniu na proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (w sposób proponowany przez odwołującego w żądaniach, tak, aby zapewnić możliwość złożenia oferty większemu kręgowi wykonawców na rynku. Według odwołującego obecne zmienione w dniu 28.11.2022 r. brzmienie ww. warunku dot. doświadczenia z pkt 7.1.4.SWZ zamyka drogę zarówno jemu jak i innym potencjalnym wykonawcom do złożenia konkurencyjnej oferty. Tym samym, Zamawiający naruszył przepis z art. 522 ust.3 ustawy Pzp w zw. z art. 286 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie w dniu 28.11.2022 r. zmiany SWZ w sposób niezgodny z żądaniami z odwołania zgodnymi z przepisami ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 99 ust.1 ustawy Pzp w zw. z 16 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie określił na czym będzie polegać organizowanie usług opiekuńczych. Tym samym naruszył art. 99 ust. 1 w związku z art.16 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp,

przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurencyjnego przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 16, 112 ust. 1 i art. 116 ustawy Pzp - Odnośnie zmienionego w dniu 28.11.2022 r. warunku udziału z pkt 7.1. 4. SWZ - zdolności technicznej lub zawodowej: Doświadczanie, odwołujący podniósł, że powyższy warunek stoi w sprzeczności z art. 112, 116 ustawy Pzp w związku z art.16 ustawy Pzp. Zmieniony warunek jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia - Zamawiający wymaga wykazania się aż 3 usługami, przy czym wartość każdej ma być min. 800 000 zł brutto każda.

Odwołujący wskazał także, że zmieniona przez Zamawiającego w dniu 28.11.2022 r. treść warunku z pkt. 7.1.4 SWZ sprawia, że warunek ten jest nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający poprzez wymaga bowiem wykazania się doświadczeniem min. 3 usług o łącznej wartości 2.400.000 zł, przy czym wartość każdej usługi musi wynosić minimum 800.000,00 zł podczas gdy w dokumencie Plan postępowań o udzielenie zamówień na rok 2022 opublikowanego zgodnie z metryczką na stronie MOPS w Kutnie w dniu 13.01.2022 o 13:15 Orientacyjna wartość tego zamówienia określona została na kwotę 1.310.000 zł. Powyższe narusza zatem art. 16, 112 ust.1 i art. 116 ustawy Pzp.

Nie zapewnia to równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał, że spełnia warunek o treści wskazanej w żądaniu nr 1 poprzedniego odwołania, które to żądanie powinno być wykonane przez Zamawiającego wobec uwzględnienia w cz. dot. warunku doświadczenia zarzutu nr 2 przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Poprzednio były tylko 2 usługi do wykazania, a teraz Zamawiający zwiększył ilość do 3 usług.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 522 ust. 3 w zw. z art. 528 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający jest zobowiązany do stosowania dyspozycji art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w sprawach nieuregulowanych stosuje się kodeks cywilny, w zw. z czym naruszenie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp dokonując wykładni a contrario jest sprzeczne z art. 58 Kodeksu cywilnego w stosunku do Zamawiającego. Takie działanie narusza również art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Reasumując, odwołujący stwierdzał, że zamawiający nie może mieć

większych uprawnień od wykonawców na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 19 grudnia 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa częściowo odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z dnia 16 grudnia 2022 r., w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienia faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: wniosek o wszczęcie postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie SWZ, modyfikacje SWZ, załączniki do odpowiedzi na odwołanie, dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy przed Izłą, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 8 ust. 1 Pzp stanowi, że *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Stosownie do art. 112 ustawy Pzp:

1. *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*
2. *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:*
 - 1) *zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;*

- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Stosownie do art. 116 ustawy Pzp:

1. W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Stosownie do art. 286 ust. 1 Pzp, W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.

Stosownie do art. 522 ust. 3 Pzp, W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Art. 5 Kodeksu cywilnego stanowi, że Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Art. 58 Kodeksu cywilnego stanowi, że:

§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na

miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

§ 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowania na organizowanie i wykonywanie usług opiekuńczych na terenie Miasta Kutno w miejscu zamieszkania podopiecznych Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kutnie w 2023 roku.

Zamawiający szacunkową wartość zamówienia ustalił w dniu 4.10.2022 r. na kwotę 1.374.192,00 zł (por. wniosek o wszczęcie postępowania z dnia 18.10.2022 r. w dokumentacji postępowaniu, na nośniku przekazany przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w specyfikacji warunków zamówienia zamawiający zawarł następujące postanowienia:

3.1. Przedmiotem zamówienia publicznego są usługi polegające na organizowaniu i wykonywaniu usług opiekuńczych na terenie Miasta Kutno w miejscu zamieszkania podopiecznych Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kutnie w 2023 roku.

3.2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załączniku nr 1 do SWZ cz. I i cz. II i stanowią jednocześnie załączniki do projektowanych postanowień umów.

3.4. Oferty częściowe:

Przedmiot zamówienia został podzielony na następujące części:

3.4.1. część I: organizowanie i świadczenie usług opiekuńczych na rzecz mieszkańców mieszkań chronionych wspieranych prowadzonych przez Kompleks Terapeutyczno–Integracyjny w Miejskim Ośrodku Pomocy Społecznej w Kutnie w 2023 roku;

3.4.2. część II: organizowanie i wykonywanie usług opiekuńczych na terenie Miasta Kutno w miejscu zamieszkania podopiecznych Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Kutnie w 2023 roku.

Kolejno ustalono, że w rozdziale 7 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zatytułowanej „warunki udziału w postępowaniu” zamawiający zastrzegł, że:

7.1. O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału dotyczące: (...)

7.1.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

Doświadczenie:

O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

a) (...)

b) dla części II zamówienia: wykonawca wykaże, że posiada doświadczenie w zakresie prowadzenia działalności zawodowej związanej ze świadczeniem usług opiekuńczych, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał (wykonuje) należycie minimum 4 usługi, polegające na wykonywaniu usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania podopiecznych, świadczonych w sposób ciągły, przez okres co najmniej 365 dni w ramach jednej wykonanej bądź wykonywanej umowy, przy czym wartość każdej usługi musi wynosić minimum 800.000,00 zł (osiemset tysięcy złotych) brutto;

Kolejno ustalono, że 14 listopada 2022 r. odwołujący wniósł pierwsze odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie części II. Postępowanie odwoławcze przed Izbą wywołane ww. odwołaniem zostało oznaczone sygn. akt KIO 3029/22. W odwołaniu tym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie m.in. przepisów:

1) (...)

2) art. 16, 112 ust.1 i art. 116 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie nieproporcjonalnego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy (pkt 7.1.4.SWZ); wyrażające się tym, że Warunek ten jest nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, wymaga bowiem wykazania się doświadczeniem o wartości 3 200 000 zł, podczas gdy w dokumencie Plan postępowań o udzielenie zamówień na rok 2022 opublikowanego zgodnie z metryczką na stronie MOPS w Kutnie w dniu 13.01.2022 o 13:15 Orientacyjna wartość tego zamówienia określona została na kwotę 1 310 000 zł.

3) (...)

Odwołujący w odwołaniu tym domagał się nakazania zamawiającemu m.in.:

1) zmiany brzmienia warunku części II zamówienia z pkt. 7.1.4.SWZ dot. zdolności technicznej lub zawodowej na następujące: *Doświadczenie: O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: b) dla części II zamówienia: wykonawca wykaże, że posiada doświadczenie w zakresie prowadzenia działalności zawodowej związanej ze świadczeniem usług opiekuńczych, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał (wykonuje) należycie minimum 2*

usługi, polegające na wykonywaniu usług opiekuńczych lub asystencji osobistej w miejscu zamieszkania podopiecznych, świadczonych w sposób ciągły, przez okres co najmniej 365 dni w ramach jednej wykonanej bądź wykonywanej umowy o wartości łącznej nie mniejszej niż 1 310 000 zł brutto (milion trzysta dziesięć tysięcy złotych) , przy czym wartość każdej usługi musi wynosić minimum 670 000,00 zł (sześćset tysięcy siedemdziesiąt złotych) brutto. (...)

Kolejno ustalono, że zamawiający, w odpowiedzi z 28 listopada 2022 r. na odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 3029/22 oświadczył, że uwzględnia to odwołanie w części dotyczącej m.in. zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 2 (warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy).

Ustalono również, że w dniu 28 listopada 2022 r odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego w ww. odpowiedzi na odwołane wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 3029/22.

Ustalono ponadto, że postanowieniem z dnia 29 listopada 2022 r. Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 3 Pzp w zw. z art. 522 ust. 3 Pzp umorzyła postępowania odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 3029/22.

Kolejno ustalono, że 28 listopada 2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ w następujący sposób: (...)

(2) ppkt 7.1.4. ppkt 1 lit b otrzymał brzmienie:

„b) dla części II zamówienia: wykonawca wykaże, że posiada doświadczenie w zakresie prowadzenia działalności zawodowej związanej ze świadczeniem usług opiekuńczych lub specjalistycznych usług opiekuńczych lub usług asystencji osobistej, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (wykonuje) należycie minimum 3 usługi, polegające na wykonywaniu usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania podopiecznych lub specjalistycznych usług opiekuńczych lub usług asystencji osobistej, świadczonych w sposób ciągły, przez okres co najmniej 365 dni w ramach jednej wykonanej bądź wykonywanej umowy, przy czym wartość każdej usługi musi wynosić minimum 800 000,00 zł (osiemset tysięcy złotych) brutto;”;

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby, w dniu 19 grudnia 2022 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.

Chybione okazały się zarzuty naruszenia art. 522 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z 286 ust.1 ustawy Pzp przez niewykonanie żądania z pkt 1 odwołania z 14 listopada 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3029/22 w zakresie uwzględnionego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie zarzutu nr 2 w części dot. warunku doświadczenia oraz poprzez dokonanie nieuprawnionej zmiany SWZ w dniu 28.11.2022 r. Chybione okazały się także zarzuty naruszenia art. 528 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, art. 5 oraz 58 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust.1 ustawy Pzp.

Zamawiający pierwotnie, w rozdziale 7 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zatytułowanej „warunki udziału w postępowaniu” zastrzegł, że:

7.1. *O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału dotyczące: (...)*

7.1.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

Doświadczenie:

O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

a) (...)

b) dla części II zamówienia: wykonawca wykaże, że posiada doświadczenie w zakresie prowadzenia działalności zawodowej związanej ze świadczeniem usług opiekuńczych, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał (wykonuje) należycie minimum 4 usługi, polegające na wykonywaniu usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania podopiecznych, świadczonych w sposób ciągły, przez okres co najmniej 365 dni w ramach jednej wykonanej bądź wykonywanej umowy, przy czym wartość każdej usługi musi wynosić minimum 800.000,00 zł (osiemset tysięcy złotych) brutto;

Faktem jest też, że 14 listopada 2022 r. odwołujący wniósł pierwsze odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie części II. W odwołaniu tym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie m.in. przepisów:

1) (...)

2) art. 16, 112 ust.1 i art. 116 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie nieproporcjonalnego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy (pkt 7.1.4.SWZ); wyrażające się tym, że Warunek ten jest nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia, wymaga bowiem wykazania się doświadczeniem o wartości 3 200 000 zł, podczas gdy w dokumencie Plan postępowań o udzielenie zamówień na rok 2022 opublikowanego zgodnie z metryczką na stronie MOPS w Kutnie w dniu 13.01.2022 o 13:15 Orientacyjna wartość tego zamówienia określona została na kwotę 1 310 000 zł.

3) (...)

Odwołujący w odwołaniu tym domagał się nakazania zamawiającemu m.in.:

1) zmiany brzmienia warunku części II zamówienia z pkt. 7.1.4.SWZ dot. zdolności technicznej lub zawodowej na następujące: *Doświadczenie: O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: b) dla części II zamówienia: wykonawca wykaże, że posiada doświadczenie w zakresie prowadzenia działalności zawodowej związanej ze świadczeniem usług opiekuńczych, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał (wykonuje) należycie minimum 2*

usługi, polegające na wykonywaniu usług opiekuńczych lub asystencji osobistej w miejscu zamieszkania podopiecznych, świadczonych w sposób ciągły, przez okres co najmniej 365 dni w ramach jednej wykonanej bądź wykonywanej umowy o wartości łącznej nie mniejszej niż 1 310 000 zł brutto (milion trzysta dziesięć tysięcy złotych) , przy czym wartość każdej usługi musi wynosić minimum 670 000,00 zł (sześćset tysięcy siedemdziesiąt złotych) brutto.

Faktem jest również, że zamawiający, w odpowiedzi z 28 listopada 2022 r. na odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 3029/22 oświadczył, że uwzględnia to odwołanie m.in. w części dotyczącej zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 2 (warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wykonawcy).

W dniu 28 listopada 2022 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego w ww. odpowiedzi na odwołane wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 3029/22.

Postanowieniem z dnia 29 listopada 2022 r. Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 3 Pzp w zw. z art. 522 ust. 3 Pzp umorzyła postępowania odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 3029/22.

Wreszcie faktem jest, że 28 listopada 2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ w następujący sposób:

(2) ppkt 7.1.4. ppkt 1 lit b otrzymał brzmienie:

„b) dla części II zamówienia: wykonawca wykaże, że posiada doświadczenie w zakresie prowadzenia działalności zawodowej związanej ze świadczeniem usług opiekuńczych lub specjalistycznych usług opiekuńczych lub usług asystencji osobistej, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (wykonuje) należycie minimum 3 usługi, polegające na wykonywaniu usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania podopiecznych lub specjalistycznych usług opiekuńczych lub usług asystencji osobistej, świadczonych w sposób ciągły, przez okres co najmniej 365 dni w ramach jednej wykonanej bądź wykonywanej umowy, przy czym wartość każdej usługi musi wynosić minimum 800 000,00 zł (osiemset tysięcy złotych) brutto;”;

W tak ustalonym stanie faktycznym należało stwierdzić, że zamawiający po częściowym uwzględnieniu zarzutu nr 2 poprzedniego odwołania, w modyfikacji SWZ z 28 listopada 2022 r. złagodził brzmienie warunku udziału w postępowania w zakresie części II zamówienia z pkt 7.1.4. ppkt 1 lit. b SWZ. W miejsce pierwotnie wymaganego doświadczenia rozumianego jako wymaganie wykazania się wykonaniem *minimum 4 usług, polegających na wykonywaniu usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania podopiecznych, świadczonych w*

sposób ciągły, przez okres co najmniej 365 dni w ramach jednej wykonanej bądź wykonywanej umowy, przy czym wartość każdej usługi musi wynosić minimum 800.000,00 zł (osiemset tysięcy złotych) brutto zamawiający w dniu 28 listopada 2022 r. złagodził warunek w ten sposób, że aby ubiegać się o udzielenie zamówienia należało wykazać się doświadczeniem w wykonaniu minimum 3 usług, polegających na wykonywaniu usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania podopiecznych lub specjalistycznych usług opiekuńczych lub usług asystencji osobistej, świadczonych w sposób ciągły, przez okres co najmniej 365 dni w ramach jednej wykonanej bądź wykonywanej umowy, przy czym wartość każdej usługi musi wynosić minimum 800 000,00 zł (osiemset tysięcy złotych) brutto.

Pomimo złożenia oświadczenia o uwzględnieniu częściowym zarzutu nr 2 pierwszego odwołania, złagodzenie to nie nastąpiło jednak w stopniu oczekiwanym przed odwołującego w żądaniu nr 1 pierwszego odwołania. Odwołujący domagał się bowiem złagodzenia warunku w ten sposób, aby można było wykazać się doświadczeniem w wykonaniu 2 usług, polegających na wykonywaniu usług opiekuńczych lub asystencji osobistej w miejscu zamieszkania podopiecznych, świadczonych w sposób ciągły, przez okres co najmniej 365 dni w ramach jednej wykonanej bądź wykonywanej umowy o wartości łącznej nie mniejszej niż 1 310 000 zł brutto (milion trzysta dziesięć tysięcy złotych) , przy czym wartość każdej usługi musi wynosić minimum 670 000,00 zł (sześćset tysięcy siedemdziesiąt złotych) brutto.

Zdaniem Izby niewykonanie w pełni żądań pomimo uwzględnienia zarzutu nie mogło jednak, samo przez się skutkować uwzględnieniem odwołania z powołaniem się jedynie na naruszenie art. 522 ust. 3 Pzp. W orzecznictwie Izby, jeszcze na gruncie analogicznych przepisów poprzedniej ustawy Pzp z 2004 r., wypracowane zostało jednolite stanowisko, że zamawiający po uwzględnieniu zarzutów odwołania powinien starać się wykonać żądania z takiego odwołania. Jeśli zamawiający wykona czynność dokładnie i literalnie zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania, to wobec takiej czynności, zgodnie z art. 528 pkt 5 Pzp, nie służy już prawo do skutecznego wniesienia odwołania, gdyż odwołanie wniesione wobec takiej czynności podlega odrzuceniu. Jeśli jednak zamawiający tego nie uczyni i wykona w postępowaniu czynność, która nie odpowiada wprost żądaniu uwzględnionego zarzutu, to na taką czynność zamawiającego wykonawcy służy prawo do wniesienia kolejnego odwołania, które nie podlega odrzuceniu (a contrario art. 528 pkt 5 Pzp). Jednakże uwzględnienie takiego kolejnego odwołania nie może opierać się wyłącznie o wskazanie jako naruszonego przepisu art. 522 ust. 3 Pzp. Warunkiem uwzględnienia takiego kolejnego odwołania jest wykazanie jako naruszonych innych przepisów Pzp, niż art. 522 ust. 3 Pzp. W orzecznictwie Izby zostało bowiem przesądzone, że zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany jest do prowadzenia postępowania zgodnie z prawem i określonymi w Pzp zasadami. Zdarzało się bowiem, że pomimo zasadności zarzutów, żądania odwołania

niekiedy nie dopowiadały prawu lub były niewykonalne. Dostrzeżenia wymagało również, że w niniejszej sprawie procesowe oświadczenie zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 listopada 2022 r. dotyczyło uwzględnienia zarzutów. Oświadczenie to stanowiło zatem wyraz akceptacji jedynie dla zarzutów postawionych w odwołaniu, które sprowadzały się do twierdzenia, że warunek udziału w postępowaniu w pierwotnym brzmieniu, a więc nakładający na wykonawców konieczność wykazania się doświadczeniem w wykonaniu czterech usług, był zbyt wygórowany. Powyższe nie oznaczało jednak automatycznej akceptacji także dla żądań poprzedniego odwołania. Od zarzutów odwołania należy bowiem odróżniać „żądania”, czyli towarzyszące zarzutom odwołania wnioski co do brzmienia zakwestionowanych postanowień SWZ.

Podkreślenia wymagało także, że zgodnie z art. 286 ust. 1 Pzp, zamawiający został wyposażony przez ustawodawcę w kompetencję do zmiany w uzasadnionych przypadkach treści SWZ. Nie powinno budzić wątpliwości, że omawiana kompetencja dotyczyła także postanowienia SWZ, które stanowiło przedmiot uwzględnionego zarzutu pierwszego odwołania.

Nie można było się zgodzić z odwołującym, że poprzez niewykonanie w pełni żądań pomimo uwzględnienia zarzutu odwołania zamawiający w postępowaniu „zapewnił sobie więcej uprawnień niż wykonawca”. Na uwagę zasługiwał bowiem fakt, że interesy wykonawcy pozostają zabezpieczone w ten sposób, że wobec zmienionych postanowień SWZ służy mu prawo do wniesienia kolejnego odwołania, jeśli niezgodny z żądaniem pierwszego odwołania sposób wykonania modyfikacji SWZ nie odpowiada jego interesom. Z prawa takiego zresztą odwołujący skorzystał wnosząc w niniejszej sprawie odwołanie wobec modyfikacji SWZ z dnia 28 listopada 2022 r., które zostało merytorycznie rozpoznane przez Izbę. Skorzystanie zaś przez zamawiającego z przyznanej mu przez ustawodawcę kompetencji do zmiany postanowień SWZ, nie może być uznane za przejaw nadużycia prawa w rozumieniu art. 5 KC w zw. z art. 8 Pzp. Czynność taka nie może być także uznana za nieważną z mocy art. 58 KC z zw. z art. 8 Pzp.

W dalszej kolejności stwierdzono, że chybione okazały się zarzuty naruszenia art. 16, 112 ust.1 i art. 116 ustawy Pzp.

Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł w odwołaniu, że zmodyfikowany w dniu 28.11.2022 r. warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Argumentował, że zamawiający wymaga bowiem wykazania się doświadczeniem w wykonaniu minimum 3 usług o łącznej wartości 2.400.000 zł, przy czym wartość każdej usługi musi wynosić minimum 800,000,00 zł podczas gdy w dokumencie plan postępowania o udzielenie zamówień na rok 2022 opublikowanego zgodnie z metryczką na

stronie MOPS w Kutnie w dniu 13.01.2022 o 13:15, orientacyjna wartość tego zamówienia określona została na kwotę 1.310.000 zł.

Izba stwierdziła, że opisana w warunku kwota 800.000 zł stanowiła 62 % kwoty 1.310.000 zł przewidzianej w planie postępowania oraz 58 % kwoty 1.374.000 zł brutto, wskazanej we wniosku o wszczęcie postępowania. Zdaniem Izby wartość opisana w warunku pozostawała zatem w odpowiedniej proporcji co do skali i wartości zamawianej usługi. Jak wynikało z przytoczonego uzasadnienia zarzutu, odwołujący w sposób nieuprawniony dokonał pomnożenia kwoty z warunku przez liczbę 3, odpowiadającą liczbie usług, którymi doświadczony wykonawca powinien się legitymować. Taki zabieg był jednak niezasadny. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu jednej usługi o wartości 2.400.000 zł, a więc doświadczeniem w wykonaniu usługi, która z uwagi na jej wartość byłaby nieproporcjonalna do wartości przedmiotu zamówienia. Zamawiający poprzez sporny warunek zmierzał do nałożenia na wykonawców obowiązku wykazania się doświadczeniem w wykonaniu trzech usług o wartości znacznie mniejszej od wartości zamawianej usługi. Taki zabieg oznaczał, że zamawiający uznał za doświadczonego dostatecznie takiego wykonawcę, który nie poprzestał na wykonaniu jednej czy dwóch usług o wartości znacząco mniejszej od wartości zamawianej usługi. Dla zamawiającego istotne było nabranie przez wykonawcę doświadczenia wynikającego z trzykrotnego, należytego wykonania takich usług o nieco mniejszej wartości.

Zdaniem Izby oczekiwanie zamawiającego było uzasadnione, w okolicznościach danej sprawy. Izba przy wyrokowaniu wzięła pod uwagę, że przedmiotem zamówienia jest wykonywanie specjalistycznych usług, zaś osoby, którymi będzie zajmował się wyłoniony w przetargu wykonawca, są dotknięte schorzeniami, często niesamodzielne, wymagające podjęcia szeregu czynności z zakresu pomocy. Przy tego rodzaju usługach wymagane jest nabranie wprawy, wynikającej z uprzedniego, kilkukrotnego zetknięcia się z nieprzewidywanymi sytuacjami, jakie mogą wystąpić w trakcie realizacji usług. Liczba wykonanych w przeszłości należycie usług niewątpliwie posiada przełożenie na zbudowanie u wykonawcy owej wprawy w reakcji na zdarzenia. Według Izby zamawiający ma prawo oczekiwać, że tego rodzaju specyficzne, wymagające odpowiedzialności i doniosłe społecznie zamówienie wykona wykonawca doświadczony co do długości okresu świadczenia usługi, jej skali i zakresu, a nie taki, który dopiero będzie nabywał taką wprawę w trakcie realizacji zamówienia. W tej sytuacji dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie takich wykonawców, którzy będą w stanie wykazać się doświadczeniem w wykonaniu należycie trzech usług i to o mniejszej wartości niż wartość przedmiotu zamówienia, nie jawiło się jako wymóg nadmierny czy nieproporcjonalny do celu kształtowania warunków.

Odwołujący w treści odwołania podniósł także, że sporny warunek udziału w postępowaniu doprowadzi do sytuacji, w której tylko jeden, konkretny wykonawca będzie w stanie spełnić te wymagania. Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący na poparcie swych twierdzeń nie przedstawił żadnego dowodu. Odwołujący nie wskazał nawet w odwołaniu, o jakim wykonawcy się wypowiada.

Natomiast zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie dowody przeciwne, z których wynikało, że sporny warunek udziału w postępowaniu będzie w stanie spełnić szereg wykonawców, zajmujących się wykonywaniem tego rodzaju usług.

W oparciu o korespondencję mailową z dnia 24 listopada 2022 r. ustalono, że warunek udziału w postępowaniu jest w stanie spełnić wykonawca Polski Czerwony Krzyż, Oddział Okręgowy w Łodzi. W odpowiedzi na prośbę zamawiającego wykonawca ten w ww. korespondencji przedstawił bowiem wykaz doświadczenia, z którego wynikało, że spełnia sporny warunek. Kolejno stwierdzono, że warunek udziału w postępowaniu był także w stanie spełnić również wykonawca Polski Komitet Pomocy Społecznej w Łodzi. W korespondencji mailowej z dnia 25 listopada 2022 r. załączonej do odpowiedzi na odwołanie, wykonawca ten, po zapoznaniu się z warunkami, złożył wyraźne oświadczenie w tym zakresie. Izba stwierdziła także, że warunek udziału w postępowaniu będzie także w stanie wykazać wykonawca MG Partner M. G., KG Partner K. G. Wykonawca ten legitymował się bowiem doświadczeniem w wykonaniu wymaganej liczby usług na rzecz zamawiającego (por. informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 30 listopada 2021 r., informacja o udzieleniu zamówienia z dnia 16 listopada 2020 r., informacja o udzieleniu zamówienia z dnia 12 listopada 2019 r., załączniki do odpowiedzi na odwołanie). Izba stwierdziła ponadto, na podstawie dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie, że sporny warunek udziału w postępowaniu spełniają także wykonawcy: Libera s.c., Gwarant T. sp. j., Agencja Służby Społecznej K. sp. j. Powyższe stwierdzono w oparciu o dowody - informacje z otwarcia ofert i informacje z wyboru oferty najkorzystniejszej załączone do odpowiedzi na odwołanie. Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że wbrew twierdzeniom odwołującego, warunki udziału w postępowaniu nie doprowadzą do sytuacji, w której ofertę może złożyć tylko jeden wykonawca.

Izba stwierdziła ponadto, że żądania odwołującego stanowiły jedynie próbę doprowadzenia warunku udziału w postępowaniu do takiego poziomu, aby umożliwić jemu złożenie oferty. Faktycznie, gdyby warunek został obniżony do poziomu wnioskowanego przez odwołującego, byłby on w stanie wykazać spełnienie takiego warunku. Powyższe wynikało z dowodów – wykazu usług zrealizowanych przez odwołującego wraz z dokumentami referencyjnymi, jaki odwołujący złożył w trakcie posiedzenia Izby. Powyższe dowody okazały się jednak niewystarczające celem wykazania zasadności zarzutów

podnoszonych w odwołaniu. Na uwagę zasługiwał bowiem fakt, że celem warunków udziału w postępowaniu nie jest umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu każdemu bez wyjątku wykonawcy, który wykonuje daną działalność na rynku. Celem kształtowania warunków jest zagwarantowanie zamawiającemu, że zamówienie zostanie powierzone jedynie takiemu wykonawcy, który z uwagi na swoje dotychczasowe doświadczenie zagwarantuje należyte wykonanie usługi. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 16, 112 ust.1 i art. 116 ustawy Pzp nie zasługiwały na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 1, 3 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania, a zatem były postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania w tej części.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za*

wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, odwołanie okazało się niezasadne. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł, oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł. Koszty te zostały ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy przez zamawiającego. Łącznie wysokość kosztów postępowania odwoławczego wyniosła 11.100,00 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: