

Sygn. akt KIO/UZP 575/08

WYROK
z dnia 25 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek
Członkowie: Ewa Marcjoniak
Lubomira Matczuk - Mazuś
Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie* w dniu / w dniach* 25 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firma GWARANT – Tomczyk Sp. j. , ul. Rynek 3A, Głogów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej, ul. Jagiellońska 17, Katowice** protestu / protestów* z dnia 4 czerwca 2008 r.

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

orzeka:

1 . oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Firma GWARANT – Tomczyk Sp. j. , ul. Rynek 3A, Głogów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Firma GWARANT – Tomczyk Sp. j. , ul. Rynek 3A, Głogów**

- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:.....) przez na rzecz, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu

- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....) przez 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 **Firma GWARANT – Tomczyk Sp. j, ul. Rynek 3A, Głogów**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup usług opieki dziennej w postaci świadczenia usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania podopiecznych MOPS Katowice”.

W dniu 28.05.2008r. Zamawiający dokonał czynności wykluczenia z postępowania firmy „Gwarant” Tomczyk sp. j. oraz odrzucenia oferty NZOZ Zespół Medyczno Opiekuńczy Alicja Kluczna i odrzucenia oferty Agencji Opiekuńczo Medycznej i Handlowej – Anna Szopa. Jednocześnie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wskazując, że nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

W dniu 4.06.2008r. „Gwarant” Tomczyk sp. j. – zwana dalej protestującym, odwołującym lub „Gwarant” złożyła protest na zaniechanie czynności wezwania protestującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz na zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto wskazano na bezprawność wykluczenia protestującego i uznania jego oferty za odrzuconą oraz na bezprawność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zażądano unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności wykluczenia protestującego z postępowania oraz wezwania go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp a następnie dokonania wyboru oferty protestującego.

W argumentacji wskazano treść SIWZ – w szczególności na zapisy dotyczące potwierdzania warunku wymaganego doświadczenia a ponadto na pkt 5 SIWZ zawierający powód wykluczenia wykonawcy z postępowania. Następnie wskazano, że protestujący spełnił wszystkie wymagane warunki. Protestujący podał średnioroczną ilość wykonanych usług w liczbie 708.928 godzin a warunek zamawiającego opiewał na jedynie 5000 godzin. Protestujący dodatkowo podał ilość średnioroczną specjalistycznych usług opiekuńczych i zsumował te liczby ale nie powinno go to dyskwalifikować z postępowania. Pojęcie „usług zbliżonych charakterem do przedmiotu zamówienia” zostało użyte przez zamawiającego przy określaniu warunków w SIWZ i ponieważ jest to pojęcie nieprecyzyjne to zamawiający nie powinien obecnie kwestionować posiadanego przez wykonawcę doświadczenia w realizacji specjalistycznych usług opiekuńczych – lepszych i o szerszym zasięgu. Dalej protestujący wskazał, że zamawiający nieprecyzyjnie podał określenie okresu trzech lat w zakresie posiadanego doświadczenia oraz określił wymóg „średniorocznej liczby godzin usług” – co w konsekwencji spowodowało, że z ostrożności protestujący zawarł w ofercie I kwartał

2008r. i przeliczył w tym okresie ilość godzin usług opiekuńczych i osobno specjalistycznych usług opiekuńczych a dalej podał liczby do 15.04.2008r. – szacunkowego wyliczenia wykonanych godzin. Protestujący wskazał na to, że Zamawiający nie wezwał protestującego do wyjaśnień co do wyliczonych danych ale pismem z dnia 19.05.2008r. wezwał wyłącznie do dostarczenia referencji. Protestujący złożył żądane referencje – w tym referencje z GOPS Ruja. Następnie opisał specyfikę współpracy z niewielkim ośrodkiem – w tym przypadku z ośrodkiem w Ruji i na zasadność wpisu w okresie 01.01.2006 – 31.12.2006r.

Protestujący wskazał ponadto na nieprawidłowości w ofertach pozostałych wykonawców wskazując, że tylko jego oferta zawierała wprost podaną odrębnie ilość średniorocznych wykonanych godzin usług opiekuńczych i odrębnie średnioroczną ilość wykonanych specjalistycznych usług opiekuńczych i dodatkowo ich łączne zsumowanie.

W dniu 4.06.2008r. protest na odrzucenie swojej oferty i na unieważnienie postępowania złożył Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Medyczno Opiekuńczy Alicja Kluczna.

W dniu 9.06.2008r. przystąpienie do postępowań protestacyjnych złożyła Anna Szopa prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Agencja Opiekuńczo Medyczna i Handlowa Anna Szopa.

W dniu 11.06.2008r. Zamawiający oddalił protest.

W dniu 13.06.2008r. „Gwarant” Tomczyk sp. j. wniosła odwołanie. W odwołaniu wskazano na zarzuty i żądania wynikające z protestu.

W argumentacji wskazano, że zamawiający bezzasadnie uznał, że uzupełniono referencje z GOPS Ruja na okres krótszy niż wskazany w wykazie zamówień gdyż odwołujący ma zawartą z GOPS Ruja umowę na czas nieokreślony a w małych ośrodkach decyzje o świadczeniu usług wydawane są sporadycznie co nie znaczy, że umowa nie obowiązuje. Odwołująca wskazała dalej, że wymóg posiadania odpowiedniego doświadczenia spełniła gdyż w wymaganym okresie wykonała nie jedno, ale wiele zamówień, które podała w wykazie. Warunek został spełniony nawet bez uwzględniania referencji z GOPS Ruja.

Odwołująca dalej podkreśliła, że sam Zamawiający miał problem z prawidłowym wskazaniem żądanych okresów wykonania usług co wynikało z pisma z dnia 19.05.2008r.

Na koniec wskazano na nierówne traktowanie wykonawców – podnosząc ostre traktowanie odwołującej i brak konsekwencji w stosunku do wykonawcy Agencji Opiekuńczo

Medycznej i Handlowej – Anna Szopa pomimo nienależytego wykonania umowy przez ww. wykonawcę.

Wniesiono o uwzględnienie żądań i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującej, wezwanie odwołującej do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień oraz dokonanie wyboru oferty odwołującej.

Anna Szopa prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Agencja Opiekuńczo Medyczna i Handlowa Anna Szopa zgłosiła w dniu 23.06.2008r. po stronie zamawiającego przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Po dokonaniu analizy dokumentacji postępowania i przeprowadzeniu rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić odwołanie.

Odnośnie zarzutu związanego z bezzasadnością wykluczenia Odwołującego – należało stwierdzić, że Odwołujący złożył w ofercie dokumenty które potwierdzały spełnianie warunku określonego przez Zamawiającego. Zamawiający określił warunek wymaganego doświadczenia w pkt 3 ppkt 3 SIWZ – wymagał wykonania co najmniej jednego zamówienia zbliżonego charakterem do przedmiotu zamówienia – wykonania średniorocznego w okresie ostatnich 3 lata przed wszczęciem postępowania co najmniej 5 000 godzin usług opiekuńczych w rozumieniu ustawy o pomocy społecznej. Odwołujący w swojej ofercie zawarł bardzo wiele zamówień o wielkościach wielokrotnie przewyższających wymaganą przez zamawiającego. Uwzględniając tylko niektóre z nich – przykładowo usługę dla Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Głogowie – potwierdzoną referencjami z dnia 10.03.2008r. należało uznać warunek określony w SIWZ jako spełniony. Trzeba wskazać, że wykluczanie wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych powinno być związane bezpośrednio z oceną spełniania warunków określonych w SIWZ. Zapis pkt 4 ppkt 7 SIWZ wskazujący, że referencje należy dołączyć do każdego zamówienia wyszczególnionego w wykazie nie powinien mieć konsekwencji w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania gdyż z oferty odwołującego bezpośrednio wynikało spełnienie warunku wymaganego doświadczenia. W konsekwencji więc Krajowa Izba Odwoławcza uznała ww. zarzut za zasadny.

Pomimo uwzględnienia zarzutu dotyczącego bezzasadnego wykluczenia odwołującego należało stwierdzić, że w istocie jego oferta zawiera niezgodność z treścią pkt 10 ppkt 4 lit. b SIWZ. Zamawiający żądał, aby oferta zawierała średnioroczną liczbę godzin usług opiekuńczych wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat od dnia wszczęcia postępowania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.04.2008r. Wobec powyższego wykonawca składający ofertę powinien określić średnioroczną liczbę godzin usług opiekuńczych wykonanych w okresie 18.04.2005 – 18.04.2008r. Z analizy treści oferty odwołującego wynika, że określił tę wartość osobno do okresu lat 2005-2007 i osobno dla okresów 1.01.2008r. – 31.03.2008r. oraz 1-15.04.2008r. Powoduje to w istocie niemożność zastosowania kryterium określonego w pkt 12 SIWZ – doświadczenie wykonawcy gdyż Odwołujący w istocie nie obliczył tej wartości na potrzeby postępowania. Sposób określenia ilości godzin podany w ofercie odwołującego uniemożliwia również dokonanie odpowiednich działań matematycznych w celu wyliczenia wymaganej przez zamawiającego wartości, a tym samym powoduje niemożność uzyskania wymaganej wartości w wyniku wyjaśnień. Argumentacja odwołującego związana z trudnością w dokładnym wyliczeniu ilości wykonanych godzin w kwietniu b.r. nie może być uwzględniona na warunkach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – termin składania ofert został określony na 19.05.2008 r. – wykonawca składający ofertę miał okres miesiąca na możliwie dokładne oszacowanie ilości wykonanych godzin usług w okresie do 18.04.2008 r. Działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych należało uznać za zasadne.

Reasumując – pomimo uwzględnienia zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Zamawiający zasadnie odrzucił jego ofertę co w konsekwencji spowodowało zasadność unieważnienia postępowania z powodu braku ofert nie odrzuconych. Nie zachodzi więc konieczność przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert – tym samym KIO oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust.1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, nie uwzględniono wniosku pełnomocnika Zamawiającego o przyznanie uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, z uwagi na nie przedłożenie rachunków do akt sprawy - § 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. Nr 128, poz. 886).

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/~~postanowienie~~* - 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*