

**WYROK**

**z dnia 13 sierpnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 sierpnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 31 lipca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Firma „Gwarant” T. sp. j. z siedzibą w Głogowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług opiekuńczych, specjalistycznych usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania oraz specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi* (nr postępowania DŚP.2300.1.2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Świdnicy**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Miejskiemu Ośrodkowi Pomocy Społecznej w Świdnicy w zadaniu nr 1 unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności wezwanie Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej Zarządu Miejsko-Gminnego w Świdnicy do uzupełnienia dokumentów o aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych dla urzędujących członków Prezydium Rady Naczelnej Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.**
- 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Świdnicy i:**
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – Firmę „Gwarant” T. sp. j. z siedzibą w Głogowie.**

**3.2.** zasądza od **zamawiającego – Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Świdnicy** na rzecz **odwołującego – Firmy „Gwarant” T. sp. j. z siedzibą w Głogowie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Świdnicy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego usługi pn. *Świadczenie usług opiekuńczych, specjalistycznych usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania oraz specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi* (nr postępowania DŚP.2300.1.2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S\_099-180324 23 maja 2015 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {[www.mops.swidnica.bip-gov.info.pl](http://www.mops.swidnica.bip-gov.info.pl)}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

24 lipca 2015 r. Zamawiający przekazał faksem Odwołującemu – Firmie „Gwarant” T. sp. j. z siedzibą w Głogowie {dalej również: „Gwarant”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Polski Komitet Pomocy Społecznej Zarząd Miejsko-Gminny w Świdnicy {dalej również: „PKPS ZMG” lub „PKPS”}

31 lipca 2015 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na: bezpodstawnym unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie rozszerzeniu wykładni kryteriów oceny ofert, wbrew literalnej i precyzyjnej treści SIWZ, po dokonaniu otwarcia ofert, zaniechaniu wezwania do wyjaśnień Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej Zarządu Miejsko-Gminnego w Świdnicy dotyczących podmiotu, w imieniu którego składana jest oferta oraz zaniechaniu wezwania PKPS do uzupełnienia dokumentów załączonych do oferty o aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą członków zarządu polskiego

Komitetu Pomocy Społecznej, a tym samym bezpodstawne uprzywilejowanie ww. wykonawcy,

2. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania PKPS ZMG do uzupełnienia dokumentów załączonych do oferty o aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą członków zarządu PKPS.
3. Art. 26 ust. 4 – przez zaniechanie wezwania PKPS ZMG do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotu, w imieniu którego składana jest oferta.
4. Art. 89 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty PKPS, pomimo jej złożenia przez podmiot niemogący być wykonawcą w rozumieniu przepisów pzp oraz pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.
5. Art. 91 ust. 1 i 2 – przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że według postawionych przez Zamawiającego kryteriów jest ona najkorzystniejsza, a także przez bezpodstawne dokonanie rozszerzającej wykładni kryterium doświadczenia na etapie dokonywania oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Uchylenia czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie:
2. Uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
3. Dokonania ponownej czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz odrzucenia oferty PKPS ZMG, ewentualnie odmowy uwzględnienia przy ocenie kryterium *doświadczenia zawodowego opiekunek/opiekunów wskazanych do realizacji zamówienia w okresie 12 pełnych miesięcy przed upływem terminu składania ofert usług wymienionych przez PKPS ZMG w zał. nr 9 do SIWZ, jako usług niespełniających wymagań Zamawiającego.*
4. Powtórzenia czynności wyboru oferty, a tym samym dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania następująco sprecyzował zarzuty wymienione na wstępie odwołania.

*{1. Dokonanie nieuprawnionej wykładni rozszerzającej kryteriów oceny ofert}*

Odwołujący następująco zrelacjonował przebieg postępowania:

W zadaniu I – świadczenie usług opiekuńczych i specjalistycznych usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania, złożone zostały dwie oferty: PKPS ZMG oraz Odwołującego (oferta nr 3). W załączniku nr 9 do SIWZ PKPS ZMG wskazał usługi świadczone były od stycznia do grudnia 2014 r.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 7 SIWZ oferty nieodrzucone miały być oceniane przez komisję przetargową według następujących kryteriów: 1) cena oferty, 2) doświadczenie

zawodowe opiekunek/opiekunów wskazanych do realizacji usług opiekuńczych (maksymalnie 25 pkt). Ocena ofert w tym drugim kryterium odbywać się miało w skali punktowej na podstawie informacji podanych przez wykonawcę w załączniku nr 9 do SIWZ, według liczby przeprowadzonych godzin usług opiekuńczych w ciągu 12 pełnych miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku zadania I ocenie poddanych miało zostać pierwszych 30 opiekunek/opiekunów spełniających warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale III SIWZ pkt 1.3.1 wskazanych przez wykonawcę w załączniku nr 5 do SIWZ. Zamawiający zastrzegł, że dokument sporządzony przez wykonawców w oparciu o załącznik nr 9 do SIWZ nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pzp, a tym samym nie podlega on art. 26 ust. 3 pzp i w razie jego niezłożenia Zamawiający nie będzie wzywał wykonawcy do złożenia tego dokumentu.

Pismem z dnia 14 lipca 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Zgodnie z przesłanym zawiadomieniem oferta PKPS ZMG otrzymała 75 pkt (w tym 0 pkt w kryterium doświadczenia)

W skierowanym do Zamawiającego piśmie z 16 lipca 2015 r. PKPS ZMG wskazał, że nie zgadza się z decyzją Zamawiającego o niespełnianiu wymagań określonych w SIWZ dotyczących załącznika nr 9 do SIWZ. Wykonawca zajął stanowisko, że Zamawiający nie określił precyzyjnie, czy ma to być 12 pełnych miesięcy licząc od ostatniego dnia składania ofert, czy mogą to być poprzednie okresy mieszczące się w przedziale 3 lat wstecz.

Pismem z 21 lipca 2015 r. (doręczonym Odwołującemu 22 lipca 2015 r.) Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz oświadczył, że dokona czynności polegających na ponownym badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że zapis w SIWZ *w ciągu 12 pełnych miesięcy przed upływem terminu składania ofert* użyty został w rozumieniu 12 pełnych kolejnych miesięcy występujących bezpośrednio przed 9 lipca 2015 r. (tj. dniem składania ofert), jednakże przychylił się on do argumentacji PKPS ZMG wyrażonej w piśmie z 16 lipca 2015 r.

Pismem z dnia 24 lipca 2015 r. Zamawiający ponownie zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, tym razem za najkorzystniejszą uznając ofertę złożoną przez PKPS ZMG, której przyznał 99,67 pkt (w tym 75 pkt w kryterium cena i 24,67 pkt w kryterium doświadczenia).

Odwołujący dokonał następującej oceny powyższego stanu faktycznego:

Zdaniem Odwołującego postanowienie SIWZ dotyczące oceny w kryterium doświadczenia zawodowego opiekunek/opiekunów wskazanych do realizacji zamówienia jest precyzyjne i nie pozostawia pola do interpretacji. W szczególności sformułowanie

*w ciągu 12 pełnych miesięcy przed upływem terminu składania ofert* wyraźnie wskazuje na dzień początkowy liczenia tego terminu, tj. termin składania ofert, oraz na termin końcowy. Nie wskazuje żadnego przedziału czasowego, w którym owe 12 miesięcy mogłyby zostać ulokowane (np. *w ciągu 12 pełnych miesięcy w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert*), a wskazuje wprost, że chodzi o okres 12 miesięcy od dnia terminu składania ofert.

W ocenie Odwołującego bezpodstawne jest stanowisko o możliwości ulokowania owych 12 miesięcy w dowolnym wycinku czasu w okresie 3 lat przed dniem składania ofert. Możliwość taka nie wynika ani z przepisów prawa, ani tym bardziej z treści SIWZ. Jedyne miejsce, w którym w SIWZ zawarte jest odniesienie do 3-letniego okresu zawarte jest w rozdziale III pkt 1.2 SIWZ dotyczącym warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, gdzie Zamawiający (w zakresie zadania I) wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał jedną usługę, która odpowiada rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia dla łącznie przynajmniej 120 osób, o łącznej liczbie godzin usług nie mniejszej niż 120 000 godzin. Terminu takiego nie ma natomiast określonego choćby przy warunku udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia (rozdział III pkt 1.3 SIWZ). W tym zakresie Zamawiający dokonywał oceny spełniania warunku przez wykonawców na podstawie złożonego wraz z ofertą wykazu osób, które uczestniczyć będą przy wykonywaniu zamówienia, w szczególności osób odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie dysponowania tymi osobami, według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ. Ustalenie 3-letniego okresu w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia znajduje uzasadnienie w § 1 ust 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 19 lutego 2013 r., poz. 231 ze zm.).

Według Odwołującego nawet gdyby okres 3 lat wskazany został także przy warunku udziału w postępowaniu dotyczącym potencjału osobowego, nie miałyby to jakiegokolwiek znaczenia dla zastosowania kryterium oceny ofert, gdyż są mają one charakter odrębny i nie ma podstaw do stosowania pomiędzy nimi analogii. Określenie warunków udziału w postępowaniu znajduje podstawę prawną w art. 22 ust 1 pkt 1-4 pzp. Natomiast

na podstawie art. 91 ust 1 pzp. zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto art. 36 ust. 1 w pkt 5 i 13 pzp. wyraźnie rozgranicza umieszczenie w SIWZ warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków od opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Odwołujący stwierdził, że według błędnej interpretacji przyjętej przez Zamawiającego równie zasadnym byłoby przyjęcie możliwości ulokowania owych 12 miesięcy w ciągu 5,10 czy 24 lat 11 miesięcy i 3 dni przed upływem terminu składania ofert, tak długo, jak długo okres ten następowałby przed terminem składania ofert. W konsekwencji jedynymi opiekunami/opiekunkami, które nie podlegałyby ocenie w kryterium doświadczenia byłyby osoby świadczące usługi opiekuńcze w przeszłości. .

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonując oceny ofert, zarówno w zakresie warunków udziału w postępowaniu, jak i kryteriów oceny ofert jest bezwzględnie związany postanowieniami SIWZ. Skoro Zamawiający w SIWZ wymagał, aby dla oceny ofert wskazane zostały osoby świadczące usługi opiekuńcze według liczby przeprowadzonych godzin usług opiekuńczych w ciągu 12 pełnych miesięcy przed upływem terminu składania ofert, dopuszczenie na etapie oceny ofert możliwość ulokowania owych 12 miesięcy w okresie innym niż liczony od dnia, w którym upływał termin składania, było odstępniem od treści SIWZ. Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania nowej interpretacji kryterium oceny ofert po dokonaniu otwarcia ofert.

*{II. Pozostałe zarzuty.}*

Odwołujący zarzucił, że wybór oferty PKPS ZMG jest co najmniej przedwczesny, gdyż Zamawiający zaniechał w trybie art. 26 ust. 4 pzp obligatoryjnego wyjaśnienia rzeczywistego podmiotu, w imieniu którego składana jest oferta PPKS ZMG.

Zgodnie z przedłożonym w tej ofercie jednolitym tekstem statutu, ZMG stanowi jednostkę podstawową PKPS, nieposiadającą osobowości prawnej. Przepisy szczególne nie przyznają oddziałowi terenowemu stowarzyszenia także zdolności prawnej. W statucie stowarzyszenia nie przewidziano ponadto możliwości składania ofert i zawierania umów przez jednostki podstawowe PKPS. Oznacza to, że w tym postępowaniu PPKS ZMG uprawniony był do występowania wyłącznie na podstawie załączonego do oferty pełnomocnictwa nr 2/2015 udzielonego przez Prezydium Zarządu Okręgowego Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej w Wałbrzychu (dalej również: „PKPS ZO”), upoważnionego uprzednio przez Prezydium Rady Naczelnej Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej na mocy pełnomocnictwa z 15 stycznia 2014 r. Jednakże pełnomocnictwo udzielone PKPS

ZMG obejmuje wyłącznie możliwość składania ofert przetargowych i ich podpisywania, nie przewiduje jednakże możliwości zawarcia umowy w razie wyboru oferty przez Zamawiającego. Ponadto zgodnie z § 9 ust. 3 statutu PKPS wykonuje zadania zlecone, na które umowy zawierają wyłącznie Rada Naczelna, zarządy wojewódzkie lub okręgowe.

Według Odwołującego w świetle powyższych okoliczności Zamawiający nie podjął wystarczających czynności zmierzających do ustalenia, który z podmiotów będzie zawierał umowę oraz rzeczywiście ją realizował. Z jednej strony PKPS ZMG twierdzi, że składa ofertę we własnym imieniu, z drugiej natomiast czyni to wyłącznie na podstawie otrzymanego pełnomocnictwa. Nie znajduje natomiast podstaw sytuacja, w której podmiot występujący wyłącznie jako pełnomocnik wskazuje, że występuje on we własnym imieniu zwłaszcza, że nie jest on umocowany do zawarcia umowy po rozstrzygnięciu postępowania.

Jak wskazane zostało w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych opublikowanej na stronie internetowej UZP (dostęp: <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/9D;2130>): *O zdolności określonego podmiotu do występowania w roli wykonawcy rozstrzyga posiadanie przez niego podmiotowości prawnej i związanej z nią zdolności do składania oświadczeń woli oraz nabywania praw i zaciągania zobowiązań. Tylko taki bowiem podmiot może samodzielnie występować w obrocie prawnym, a więc i w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz składać oświadczenia woli i zaciągać zobowiązania w swoim imieniu i na swoją rzecz. W przypadku osób prawnych oraz osób fizycznych – kwestię tę rozstrzygają wprost przepisy kodeksu cywilnego, przyznając osobom fizycznym – pełnoletnim i nieubezwłasnowolnionym zdolność do czynności prawnych, a osobom prawnym - zdolność prawną. Jeżeli chodzi natomiast o jednostki organizacyjne nie posiadające osobowości prawnej, to występowanie przez tego typu podmioty w roli wykonawcy uzależnione jest od posiadania przez nie atrybutu zdolności prawnej na gruncie prawa cywilnego.*

Odwołujący zarzucił również, że skoro PKPS ZMG działa w ramach struktur PKPS, Wykonawca ten nie przedstawił w toku postępowania wymaganych dokumentów świadczących o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie podstaw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 pzp.

W złożonej ofercie PKPS ZMG przedstawił informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą: 1) PKPS ZMG, choć jak wynika z podanego na wniosku numeru KRS ww. zapytanie dotyczy PKPS, 2) L. O., 3) T. S., przy czym osoby wskazane w pkt 2 i 3 są – zgodnie z przedstawionym pełnomocnictwem – odpowiednio skarbnikiem oraz prezesem PKPS ZMG.

Na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zakresie osób prawnych – jakimi są stowarzyszenia rejestrowe, w tym także PKPS – z postępowania o udzielenie zamówienia



wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Jak wskazane zostało w przytoczonej powyżej opinii prawnej Prezesa UZP – dotyczącej oddziału przedsiębiorcy zagranicznego, tak jak oddział terenowy stowarzyszenia nieposiadającego zdolności prawnej: *Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że dla osoby wykazywanej jako organ uprawniony do reprezentowania zagranicznego przedsiębiorcy oraz jako osoby reprezentującej zagranicznego przedsiębiorcę w oddziale przepisy ustawy Pzp (art. 24 ust. 1 pkt 4-8) nie przewidują obowiązku przedkładania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentu potwierdzającego niekaralność takiej osoby, jeżeli osoba ta nie jest członkiem zarządu danej osoby prawnej według dokumentu rejestrowego. Ponieważ zaś warunki podmiotowe uczestnictwa w postępowaniu mogą dotyczyć wyłącznie wykonawcy posiadającego status przedsiębiorstwa zagranicznego, jego też, a nie jego reprezentanta (oddziału), powinny dotyczyć dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Reasumując, wskazać należy, że zamawiający powinien oceniać spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez przedsiębiorcę zagranicznego, a nie przez jego oddział w Polsce. W konsekwencji zaświadczenie o niekaralności powinno dotyczyć przedsiębiorcy zagranicznego i członków jego zarządu, a nie oddziału w Polsce i np. jego dyrektora.*

W konsekwencji powyższego Zamawiający zobowiązany był ocenić spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez PKPS i członków organu zarządzającego ujawnionych w KRS, nie natomiast – jak to zostało uczynione – przez członków zarządu PKPS ZMG.

Odwołujący podsumował, że mając powyższe na uwadze Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 pzp. przez zaniechanie wezwania PKPS ZMG do uzupełnienia dokumentów w postaci aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej członków zarządu PKPS.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego 31 lipca 2015 r. kopii odwołania, 5 sierpnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej

zgłoszenie przez Polski Komitet Pomocy Społecznej Zarządu Miejsko-Gminny w Świdnicy przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia we właściwej formie z przekroczeniem 3-dniowego terminu od otrzymania kopii odwołania, który upłynął 4 sierpnia 2015 r., Izba stwierdziła, że przystąpienie jest nieskuteczne, gdyż nie spełnia wszystkich wymagań formalnych, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy pzp.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie, ale na posiedzeniu oświadczył, że nie uznaje zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Również na posiedzeniu z udziałem Stron nie zostały złożone wnioski o odrzucenie odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert mogłaby być uznana za najkorzystniejszą, gdyby zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie. Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Zgodnie z upoważnieniem wynikającym z treści art. 192 ust. 7 ustawy pzp, Izba władna jest rozpatrywać odwołanie w granicach podnoszonych w jego treści zarzutów. Izba nie może zatem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}.

W tej sprawie na wstępie odwołania wymieniono w kilku punktach przepisy, które miał naruszyć Zamawiający podejmując czynności lub zaniechując ich podjęcia. Jednakże na podstawie treści uzasadnienia Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności dotyczących zarzutu niezgodności treści oferty PKPS ZMG z treścią specyfikacji {pkt 4 *in fine* listy zarzutów}. Brak sprecyzowania w terminie na wniesienie odwołania powyższego zarzutu spowodował, że nie mógł on zostać rozpoznany i uznany za zasadny.

W pozostałym zakresie lista zarzutów obejmuje dwie zasadnicze kwestie. Po pierwsze – niewłaściwą ocenę oferty PKPS ZMG w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia osób wykonujących usługę {pkt 5 w zw. z pkt 1 listy zarzutów, pkt I uzasadnienia odwołania}. Po drugie – status PKPS ZMG jako wykonawcy {pkt 4 *in principio* w zw. z pkt 3 i 1 *in fine* listy zarzutów}, a w związku z tym – niewykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp {pkt 2 w zw. z pkt 1 *in fine* listy zarzutów}.

Zarzuty sprecyzowane w uzasadnieniu odwołania zostały rozpoznane w takim zakresie, w jakim zostały podniesione, czyli biorąc pod uwagę opisane w odwołaniu okoliczności faktyczne dotyczące skarżonych czynności lub zaniechań Zamawiającego. W szczególności odwołanie nie zawiera zarzutu zaniechania wezwania PKPS do uzupełnienia dokumentu dla wykazania niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż potwierdził się jeden z zarzutów, który miał wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

I. zarzut niewłaściwej oceny oferty PKPS ZMG w kryterium oceny ofert dotyczącym

doświadczenia osób wykonujących usługę

Izba stwierdziła, że zarzut zawarty w odwołaniu jest niezasadny, gdyż z prawidłowo ustalonych w odwołaniu okoliczności faktycznych Odwołujący wywodzi nieprawidłowe wnioski.

Wyszczególnienie przez PKPS ZMG w oświadczeniach sporządzonych na druku załącznika nr 9 do s.i.w.z. doświadczenia zawodowego osób realizujących usługi opiekuńcze nabytego w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 2014 r. pozwala na przyznanie punktacji według opisanego w rozdziale V pkt 7 ppkt 2 s.i.w.z. kryterium oceny *według liczby przeprowadzonych godzin usług opiekuńczych w ciągu 12 pełnych miesięcy przed upływem składania ofert*. Niesporne było, że doświadczenie wykazane przez PKPS ZMG na potrzeby kryterium oceny ofert obejmuje liczbę przeprowadzonych godzin opiekuńczych w ciągu 12 pełnych miesięcy 2014 r., a okres ten przypada przed upływem terminu składania ofert w tym postępowaniu.

Umknęło uwadze Odwołującemu, że na mocy przywołanego zapisu Zamawiający nie wymagał, aby oceniane w kryterium doświadczenie osób przypadało w okresie ostatnich 12 pełnych miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Jak sam zauważył Odwołujący, takie odniesienie do okresu bezpośrednio przypadającego przed terminem składania ofert znalazło się jedynie w treści warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia, gdzie wymagano, aby dotyczyły one okresu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

Wobec powyższego Odwołujący bezpodstawnie wywodził, że literalna interpretacja opisu sposobu oceny w drugim kryterium oceny ofert wskazuje na to, że mogły być brane pod uwagę godziny zrealizowanych usług opiekuńczych w ciągu ostatnich pełnych miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający uchylając swoją wcześniejszą czynność postąpił prawidłowo, gdyż pierwotnie ocenił ofertę PKPS ZMG w sposób nieodpowiadający opisowi zawartemu w s.i.w.z. Nawet jeżeli intencją Zamawiającego było ograniczenie możliwości wykazywania doświadczenia do okresu ostatnich 12 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, nie znalazło to odzwierciedlenia w treści s.i.w.z.

W takim przypadku niedopuszczalne byłoby interpretowanie przywołanego postanowienia na niekorzyść PKPS ZMG, który działał w dobrej wierze i nie nadużył tego, aby przedstawić doświadczenie z 12-miesięcznego okresu przypadającego wiele lat przed upływem terminu składania ofert.

Nie doszło zatem do sytuacji opisanej w odwołaniu. Ponadto należy zauważyć, że z racji faktycznego powiązania doświadczenia wykazywanego na potrzeby kryterium

oceny ofert z warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania potencjałem osobowym (punktowana była liczba godzin usług wykonanych przez zgłoszone do wykonywania tego zamówienia osoby o określonych kwalifikacjach), ograniczenie punktowanego doświadczenia tych osób wyłącznie do okresu ostatnich 12-miesięcy musiałyby mieć jakieś konkretne uzasadnienie.

Reasumując, Zamawiający nie naruszył żadnego z przepisów, które zostały wymienione na wstępie odwołania, w tym zasad prowadzenia postępowania z art. 7 ust. 1 pzp, gdyż przy powtórzonych czynnościach ocenił ofertę PKPS ZMG zgodnie z tym, co uprzednio zapisał w s.i.w.z.

II. zarzuty dotyczące statusu PKPS ZMG jako wykonawcy i zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp.

Zarzuty związane z kwestionowaniem statusu PKPS ZMG jako wykonawcy są bezzasadne.

W uzasadnieniu odwołania poprawnie zidentyfikowano, że Zarząd Miejsko-Gminny w Świdnicy jest jednostką organizacyjną szczebla podstawowego Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej, czyli oddziałem tego stowarzyszenia, które jest osobą prawną wpisaną do rejestru stowarzyszeń w Krajowym Rejestrze Sądowym. Odwołujący trafnie również ustalił, że ponieważ statut tego stowarzyszenia nie przewiduje możliwości składania ofert i zawierania umów przez jednostki podstawowe, osoby podpisujące ofertę działały w granicach umocowania wynikającego z dwóch pełnomocnictw załączonych do oferty. W odwołaniu nie zakwestionowano prawidłowości tego ciągu pełnomocnictw, czyli faktu, że osoby podpisujące ofertę miały umocowanie dokonania takiej czynności prawnej (złożenia oferty), które pochodzi od organu zarządzającego osoby prawnej jaką jest wspomniane stowarzyszenie.

W tych okolicznościach bezpodstawne, a wręcz bezprzedmiotowe, są zgłaszane w odwołaniu wątpliwości co do tego kto złożył ofertę – stowarzyszenie jako osoba prawna, czy też jego jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości ani zdolności prawnej. Jak sam zauważył Odwołujący nie może mieć miejsca sytuacja, w której pełnomocnik może być jednocześnie poczytywany za osobę działającą we własnym imieniu. Polski Komitet Pomocy Społecznej Zarząd Miejsko-Gminny w Świdnicy jest – wymienioną w poz. 292 rubryki 3 załączonej do oferty informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z KRS – jednostką terenową (oddziałem) osoby prawnej, a zatem nie powinno Odwołującego dziwić, że w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Świdnicy,

akurat ta jednostka podstawowa stowarzyszenia została wskazana jako właściwa dla tego zamówienia. Nie oznacza to, że oferta nie została złożona przez Polski Komitet Pomocy Społecznej, czyli stowarzyszenie posiadające osobowość prawną, gdyż takie wskazanie ma jedynie charakter informacyjno-organizacyjny.

Zarzut, że pełnomocnictwo udzielone osobom podpisującym ofertę nie obejmuje umocowania do zawarcia umowy jest bezprzedmiotowy, gdyż do takiej czynności jeszcze nie doszło, a zatem Odwołujący może wyłącznie spekulować, czy i przez kogo zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego ze strony Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej.

Nie było zatem potrzeby prowadzenia w trybie art. 26 ust. 4 pzp wyjaśnień dotyczących dokumentów załączonych do oferty PKPS ZMG.

Natomiast znalazł potwierdzenie zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania PKPS ZMG w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.

Z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego dokumentów do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający – w celu wykazania, że brak jest podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pzp, oprócz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, żądał w szczególności aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego {„KRK”} w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, czyli rodzaju dokumentu, który miał obowiązek zażądać na mocy art. 26 ust. 1 pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pzp w zw. z § 3 ust. 1 pkt 5 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form,

w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 19 lutego 2013 r., poz. 231 ze zm.).

Okolicznością niesporną jest, że do oferty nie załączono informacji z KRK dotyczącej urzędujących członków organu zarządzającego osoby prawnej jaką jest stowarzyszenie Polski Komitet Pomocy Społecznej, czyli w tym przypadku – jak wynika z informacji z KRS załączonej do odwołania – dla osób zasiadających w Prezydium Rady Naczelnej Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej.

W tych okolicznościach Zamawiający przedwcześnie dokonał wyboru oferty Polskiego Komitetu Pomocy Społecznej, gdyż wykonawca ten nie wykazał w powyższym zakresie, że nie podlega wykluczeniu. Załączone do oferty dokumenty z KRK dotyczące osób podpisujących ofertę, które pełnią określone funkcje w terenowej jednostce organizacyjnej jaką jest Zarząd Miejsko-Gminny w Świdnicy są bez znaczenia dla wykazania, że urzędujących członków organu zarządzającego osoby prawnej – stowarzyszenia nie skazano za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji. W pozostałym zakresie oddalono odwołanie, jak w pkt 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono w wysokości 3600 zł, na podstawie faktury złożonej do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:** .....