

Sygn. akt: KIO 2350/10

WYROK
z dnia 12 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firmę GWARANT – Tomczyk sp. j., 67 – 200 Głogów, ul. Rynek 3A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ośrodek Pomocy Społecznej Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawy, 00 – 680 Warszawa, ul. Żurawia 43**

przy udziale wykonawcy **Fundacji „Zdrowie”, 03 – 924 Warszawa, ul. Niekańska 2/24** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Firmę GWARANT – Tomczyk Sp. j., 67 – 200 Głogów, ul. Rynek 3A i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Firmę GWARANT – Tomczyk Sp. j., 67 – 200 Głogów, ul. Rynek 3A.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem są „usługi opiekuńcze w tym: pielęgnacyjne i gospodarcze wchodzące w zakres świadczeń pomocy społecznej zgodnie z ustawą o pomocy społecznej z dnia 12.03.2004r. (Dz.U. z 2009r. nr 175, poz. 1362 ze zm.) dla podopiecznych Ośrodka Pomocy Społecznej Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 września 2010 r. Nr 2010/S 180-274912.

Pismem z 21 października 2010 r., doręczonym w tym samym dniu faksem, Zamawiający zawiadomił Firmę GWARANT – Tomczyk Sp. j., 67 – 200 Głogów, ul. Rynek 3A, zwaną dalej „Odwołującym” o wyborze, w części I (rejon I), jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Fundację „Zdrowie”, 03 – 924 Warszawa, ul. Niekłańska 2/24, zwaną dalej „Przystępującym”.

Wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego Odwołujący wniósł w dniu 29 października 2010r. odwołanie. W odwołaniu tym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentował, że odpowiednio do postanowienia zawartego na str. 6 siwz „Opis przedmiotu zamówienia”, w stosunku do osób którymi wykonawca będzie realizował przedmiot zamówienia Zamawiający określił wymaganie (Warunki podmiotowe pkt 1 ppkt 4 siwz) tj. wykonawca musi zatrudnić personel w wieku produkcyjnym, w liczbie, pozwalającej na należyte wykonanie umowy posiadający odpowiednie kwalifikacje, tj. wykształcenie co najmniej podstawowe opiekunowie/opiekunki oraz pielęgniarzy/pielęgniarki, przeszkolić personel w zakresie czynności wykonywanych w ramach powierzonego zadania. Osoby te powinny być niekarane, sprawne fizycznie i intelektualnie, posiadające umiejętność utrzymywania prawidłowych kontaktów

interpersonalnych i zobowiązane do przestrzegania tajemnicy służbowej oraz danych osobowych podopiecznych.

Podnosił, że część osób wskazanych przez Przystępującego nie jest w „wieku produkcyjnym”, a tym samym osoby te nie są zdolne do wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż nie spełniają opisanych wymagań w siwz, a tym samym treść oferty złożonej przez Fundację Zdrowie jest niezgodna z treścią siwz. Wywodził, że wiek produkcyjny to przedział wiekowy, w którym ludzie zazwyczaj podejmują pracę. W zależności od przyjętej klasyfikacji wiek produkcyjny obejmuje: kobiety między 15 lub 18 a 59 rokiem życia oraz mężczyźni między 15 lub 18 a 64 rokiem życia. Pojęcie „wieku produkcyjnego” jest jednym z ważniejszych w badaniu struktur społeczno-zawodowych, które to prowadzone są na pograniczu ekonomii (szczególnie ekonomiki zatrudnienia) i demografii. W Polsce w opracowaniach statystycznych z uwagi na wiek zdolności do pracy wyróżnia się trzy podstawowe grupy:

- ludność w wieku przedprodukcyjnym (0-17 lat),
- ludność w wieku produkcyjnym (18-59 dla kobiet oraz 18-64 dla mężczyzn),
- ludność w wieku poprodukcyjnym (60 i więcej dla kobiet oraz 65 lat i więcej dla mężczyzn).

Jednocześnie abstrahując od definicji „wieku produkcyjnego” wynikającej z przyjętej na potrzeby ekonomii i demografii wskazywał, że również ustawodawca w polskim prawie dokonał klasyfikacji określając wiek produkcyjny społeczeństwa. Wiek wyznacza granice aktywności zawodowej, czyli zdolności produkcyjnej - z jednej strony określa, od kiedy nabywa się zdolność do zarabkowania własną pracą w ramach stosunku pracy, z drugiej strony wskazuje na czas w jakim osiągnany jest wiek emerytalny. Stosownie do art. 190 § 2 Kodeksu pracy zabronione jest zatrudnianie osoby, która nie ukończyła 16 lat. Tym samym ustawodawca uznał, że osoby które ukończyły 16 lat są zdolne do wykonywania pracy, a zatem wkraczają w wiek produkcyjny. Górną granicą natomiast wieku produkcyjnego w rozumieniu przepisów prawa stanowi wiek emerytalny odpowiednio dla kobiety 60 lat, a dla mężczyzn 65 lat. Wiek produkcyjny w rozumieniu przepisów prawa to zatem 16-60 lat dla kobiet i 16-65 lat dla mężczyzn.

Podnosił, iż składając ofertę Przystępujący oświadczył, iż do realizacji zamówienia przewiduje zatrudnić m.in. następujące osoby, które w ocenie Odwołującego nie spełniają wymagań postawionych w siwz:

- Grażyna Abramczyk - 62 lata
- Raczkowska Maria - 63 lata
- Woszczyńska Anna - 61 lat
- Graczyk Jadwiga - 62 lata
- Woźniakowska Barbara - 62 lata

- Anna Hajer - 62 lata
- Ewa Krzyżewska - 65 lat
- Cecylia Kurczak - 62 lata
- Mirosława Grzybowska - 61 lat
- Krystyna Kaczmarek - 61 lat
- Irena Klimaszewska - 67 lat
- Jadwiga Kołakowska - 70 lat
- Wanda Sobańska - 72 lata
- Teresa Sobiczewska - osiągnęła wiek emerytalny
- Maria Strzałkowska - Guzek ukończyła Liceum Medyczne 15.09.1957r.

W oparciu o powyższe wywoził, że Przystępujący zaproponował realizację przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami opisanymi w siwz. Tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez Przystępującego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale C SIWZ w pkt 1 ppkt 4 Zamawiający postanowił, iż wykonawca składający ofertę musi zatrudnić personel w wielu produkcyjnym, w liczbie pozwalającej na należyte wykonanie umowy, posiadający odpowiednie kwalifikacje, tj. wykształcenie co najmniej podstawowe opiekunowie/opiekunki oraz pielęgniarzy/pielęgniarki, przeszkolić personel w zakresie czynności wykonywanych w ramach powierzonego zadania. Osoby te powinny być niekarane, sprawne fizycznie i intelektualnie, posiadające umiejętność utrzymywania prawidłowych kontaktów interpersonalnych i zobowiązane do przestrzegania tajemnicy służbowej oraz danych osobowych podopiecznych.

W rozdziale E Opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w pkt 3 lit. a) siwz, Zamawiający postanowił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunku, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jednocześnie Zamawiający uznał, że warunek zostanie spełniony, jeśli

wykonawca wykaże, że dysponuje minimum 50 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, niekaranymi i posiadającymi dobry stan zdrowia, przewidzianymi do wykonywania usług opiekuńczych, mających wykształcenie minimum podstawowe i ukończony kurs w zakresie opieki nad osobami starszymi, oraz co najmniej 30 osób mających wykształcenie średnie medyczne lub policealne w zakresie opieki medycznej lub środowiskowej, a wśród nich osoby którym wykonawca powierzy funkcje koordynatorów. Wskazane 30 osób musi dysponować doświadczeniem - co najmniej rocznym okresem pracy w placówkach opiekuńczych, medycznych lub opieki środowiskowej.

Zgodnie z rozdziałem F, celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu do oferty należało dołączyć:

- wykaz osób, sporządzony według treści załącznika nr 6 do SIWZ, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności 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 informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (pkt 1 ppkt 4),
- oświadczenie sporządzone według treści załącznika nr 7 do siwz, stwierdzające że osoby wymienione w pkt 4 posiadają wymagane kwalifikacje, doświadczenie i wykształcenie, są nie karane oraz dysponują dobrym zdrowiem umożliwiającym wykonywanie prac opiekuńczych.

Zgodnie ze wzorem umowy, (załącznik nr 10 do siwz) wykonawca oświadcza, że przy realizacji zamówienia zatrudni: personel w wieku produkcyjnym posiadający odpowiednie kwalifikacje, tj. wykształcenie co najmniej podstawowe (opiekunki) oraz pielęgniarki, przeszkoli personel w zakresie czynności wykonywanych w ramach powierzonego zadania oraz umiejętności postępowania w nagłych wypadkach zagrażających życiu podopiecznego (...) w liczbie pozwalającej na należyte wykonanie zamówienia (§4 ust. 1 pkt 2)

Osoby te powinny być niekarane, sprawne fizycznie i intelektualnie, posiadające umiejętność utrzymywania prawidłowych kontaktów interpersonalnych i zobowiązane do przestrzegania tajemnicy służbowej oraz danych osobowych podopiecznych (§ 4 ust. 2 wzoru umowy).

W myśl §4 ust. 5 w przypadku zatrudnienia pracownika spoza wykazu osób zawartego w ofercie, wykonawca zobowiązany będzie złożyć zamawiającemu oświadczenie o treści zgodnej z załącznikiem nr 6 do SIWZ.

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz osób, sporządzony według załącznika nr 6 do SIWZ, w którym wykazał dysponowanie 83 osobami oraz oświadczenie według załącznika nr 7 stwierdzające że osoby wymienione w wykazie posiadają wymagane kwalifikacje,

doświadczenie i wykształcenie, są nie karane oraz dysponują dobrym zdrowiem umożliwiającym wykonywanie prac opiekuńczych

Odwołujący dołączył do odwołania dokumenty na potwierdzenie okoliczności iż spośród 83 wykazanych przez Przystępującego w wykazie osób, 15 kobiet przekroczyło wiek 60 lat.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, iż Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny w istocie nie był sporny pomiędzy Stronami. Odwołujący odnosił, iż spośród 83 osób wykazanych przez Przystępującego w wykazie osób 15 kobiet przekracza wiek 60 lat. Okoliczności tej nie zaprzeczał Zamawiający, zaś Przystępujący potwierdził w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Spór pomiędzy Stronami sprowadzał się do tego, jakie konsekwencje należy wiązać w ww. okolicznością w świetle przytoczonych postanowień SIWZ. Odwołujący podnosił bowiem, że wskazane przez niego w treści odwołania osoby nie znajdują się w wieku produkcyjnym, czemu zaprzeczał Zamawiający i Przystępujący.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że wymóg dotyczący zatrudnienia osób w wieku produkcyjnym nie był wymogiem postawionym w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Stosownie do brzmienia przepisu art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3

ustawy Pzp warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający opisał w rozdziale E SIWZ uznając, że wymóg w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje minimum 50 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, niekaranymi i posiadającymi dobry stan zdrowia, przewidzianymi do wykonywania usług opiekuńczych, mających wykształcenie minimum podstawowe i ukończony kurs w zakresie opieki nad osobami starszymi, oraz co najmniej 30 osób mających wykształcenie średnie medyczne lub policealne w zakresie opieki medycznej lub środowiskowej, a wśród nich osoby którym wykonawca powierzy funkcje koordynatorów. Wskazane 30 osób musi dysponować doświadczeniem - co najmniej rocznym okresem pracy w placówkach opiekuńczych, medycznych lub opieki środowiskowej.

Literalna wykładnia opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu prowadzi do wniosku, iż w ogóle nie regulował on kwestii wieku osób, którymi wykonawca dysponuje. Ponadto, zgodnie z rozdziałem F, Zamawiający, stosownie do brzmienia przepisu art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zażądał w celu potwierdzenia spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu złożenia wraz z ofertą wykazu osób, sporządzonego według treści załącznika nr 6 do SIWZ. Również dokument ten nie zawierał kolumny „wiek”, co oznacza, że Zamawiający nie wymagał w ogóle wskazania przez wykonawców wieku osób które będą wykonywały zamówienie.

Izba zważyła, że wymóg zatrudnienia personelu w wieku produkcyjnym Zamawiający wskazał opisując przedmiot zamówienia w rozdziale C pkt 1 ppkt 4 SIWZ określając, iż wykonawca musi zatrudnić personel w wieku produkcyjnym, w liczbie pozwalającej na należyte wykonanie umowy. Ponadto w myśl postanowienia § 4 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy wykonawca, którego oferta zostanie wybrana podpisując umowę zobowiązany będzie oświadczyć, że przy realizacji zamówienia zatrudni: personel w wieku produkcyjnym (...) w liczbie pozwalającej na należyte wykonanie zamówienia (§4 ust. 1 pkt 2).

Izba zważyła, że w świetle przytoczonych postanowień SIWZ obowiązek zatrudnienia osób w wieku produkcyjnym zaktualizuje się dopiero w momencie podpisania umowy, albowiem, w świetle postanowienia (§4 ust. 5 wzoru umowy) Zamawiający dopuścił możliwość wykonywania zamówienia za pomocą osób w ogóle nie wskazanych w wykazie złożonym wraz z ofertą. Ponadto, obowiązek zatrudnienia personelu w wieku produkcyjnym Zamawiający ograniczył do liczby pozwalającej na należyte wykonanie umowy, której nie sprecyzował. Powyższe oznacza, że w świetle postanowień SIWZ nie wszyscy pracownicy muszą być w wieku produkcyjnym, lecz jedynie pracownicy ci muszą być w takiej liczbie, która pozwala na wykonanie umowy. Z omawianych względów, spełnienie przez wykonawcę wymogu zatrudnienia osób w wieku produkcyjnym w liczbie pozwalającej na należyte

wykonanie umowy oceniane będzie dopiero na etapie wykonania umowy o zamówienie publiczne w kontekście nienależytego wykonania zobowiązania, a nie na etapie badania ofert jako przesłanka do jej odrzucenia.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że stosownie do brzmienia przepisu art. 29 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby i sądów z przepisu tego wywodzi się, że *Nieujawnione, czy niewystarczająco jasno wyartykułowane intencje zamawiającego nie mogą w sposób negatywny wpływać na sytuację wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

Izba zważyła, że skoro Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ iż wymóg zatrudnienia personelu w wieku produkcyjnego dla kobiet uzna za spełniony, jeśli kobieta nie ukończy 60 lat, to brak było podstaw do stawiania takiego wymagania w stosunku do Przystępującego na etapie badania ofert. Izba zważyła, że nie istnieje jedna powszechnie stosowana przez zamawiających i znana wykonawcom definicja pojęcia wiek produkcyjny. Izba zważyła bowiem, że inny zamawiający na terenie m.st. Warszawy (Ośrodek Pomocy Społecznej dla dzielnicy Bemowo) w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dookreślił pojęcie „wiek produkcyjny”, wskazując iż dla kobiet jest to 60 lat. Zasady poprawnego rozumowania prowadzą do wniosku, że skoro Ośrodek Pomocy Społecznej dla dzielnicy Bemowo m. ST. Warszawy dookreślił pojęcie wiek produkcyjny, to nie było dla niego jednoznaczne iż wiek produkcyjny dla kobiet kończy się z upływem 60 roku życia. Z kolei inni Zamawiający tj. Ośrodek Pomocy Społecznej dla Dzielnicy Wola oraz Ośrodek Pomocy Społecznej dla Dzielnicy Praga Południe w ogóle nie posługiwali się pojęciem wiek produkcyjny, ograniczając się do ustalenia limitu wieku dla zatrudnionego personelu na poziomie odpowiednio 70 lat i 65 lat dla kobiet.

Tymczasem Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie doprecyzował w analogiczny sposób jak Ośrodek Pomocy Społecznej dla dzielnicy Bemowo omawianego pojęcia. Wobec braku jednoznacznych intencji Zamawiającego co do pojęcia „wiek produkcyjny” można więc było posłużyć się, tak jak to uczynił Przystępujący, definicją zaczerpniętą ze słownika języka polskiego, zgodnie z którą „wiek produkcyjny” jest to „*wiek w którym człowiek dysponuje pełnią sił i jest zdolny do wydajnej pracy*”.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający zasadnie zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, albowiem była ona zgodna z treścią SIWZ. Nie potwierdził się bowiem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący:

.....