

## UZASADNIENIE

Zamawiający - (...)w G. prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych, część A zamówienia”.

Zamawiający pismem z dnia 3 kwietnia 2015 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 13 kwietnia 2015 roku wykonawca Agencja (...) Spółka Jawna w W. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 w/w ustawy poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której wykonawca M. O. prowadzący działalność pod nazwą Agencja (...), ul. (...), (...)-(...) R. (dalej (...)) złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

2. art. 91 ust. 1 w/w ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony i którego oferta winna być odrzucona,

3. art. 26 ust. 4 w/w ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy (...) Senior do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 w/w ustawy,

4. art. 26 ust. 3 w/w ustawy poprzez wielokrotne wezwanie wykonawcy (...) Senior do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy,

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 wspomnianej ustawy poprzez nieodrzuconie oferty, która jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia

6. oraz innych wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia miały wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji o:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty (...) Senior,

2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert;

3) nakazanie zamawiającemu wykluczenie wykonawcy (...) Senior.

Wyrokiem z dnia 29 kwietnia 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania wykonawcy M. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Agencja (...) M. O., ul. (...), (...)-(...) R. i odrzucenie jego oferty, dokonanie czynności badania i oceny ofert (pk 1) i orzekła o kosztach postępowania (pkt 2).

Powyższy wyrok Izba oparła na następujących ustaleniach faktycznych:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 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 Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego jest świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych, część A zamówienia.

W dniu 3 kwietnia 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania.

Z decyzją zamawiającego nie zgodził się odwołujący i w dniu 13 kwietnia 2015 roku wniósł odwołanie. W odwołaniu odwołujący podniósł, iż wskazane w ofercie przystępującego - w wykazie osoby, poz. 3, 4, 10, 11, 13, 14 oraz 34 nie zawarły żadnej umowy, w tym umowy zlecenia z (...) Senior na wykonywanie przez nie usług w ramach świadczenia specjalistycznych usług opiekuńczych przez (...) Senior na rzecz zamawiającego.

Odwołujący do odwołania załączył oświadczenia złożone przez wszystkie wyżej wymienione osoby.

Odwołujący podał również, że nieprawdziwą jest informacja zawarta w wykazie, że p. A D. pracowała w Szpitalu (...) (S.).

W związku z powyższym, zdaniem odwołującego, wykonawca (...) Senior złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący podał również, że liczba osób, które spełniają wymogi określone w § 8 ust. 5 (...) standardu specjalistycznych usług opiekuńczych świadczonych w miejscu zamieszkania i biegle posługują się językiem polskim, wykazana przez przystępującego w załączniku „Wykaz osób” (na załączniku nr 3 do s.i.w.z.), po pierwsze pozwalała spełnić warunki udziału w postępowaniu, a po drugie była podstawą do określenia ilości punktów przyznanych ofercie na podstawie rozdziału XII s.i.w.z.

Zdaniem odwołującego działanie przystępującego było ukierunkowane na osiągnięcie celu polegającego na uzyskaniu maksymalnej ilości punktów w wysoko ocenianym kryterium - zastępowalność kluczowego personelu (tj. 50 pkt). Zatem nieprawdziwe informacje zawarte w wykazie osób załączonym do oferty przystępującego mają rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania oraz są obiektywnie niezgodne ze stanem faktycznym.

Zdaniem odwołującego informacje nieprawdziwe składane w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jest to wyjątek od obowiązku zamawiającego, polegającego na wzywaniu do uzupełnienia dokumentu niezłożonego lub wadliwie złożonego, ponieważ nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W praktyce oznacza to, że wykonawca, który dopuścił się złożenia oświadczenia lub dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie zostanie wezwany przez zamawiającego do jego uzupełnienia. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO/UZP 801/11) oraz wyrok (...) z dnia 6 sierpnia 2012 r., (sygn. akt: KIO 1571/12).

Odwołujący podniósł, iż zamawiający bezpodstawnie uznał, że oświadczenie przystępującego z dnia 11 marca 2015 r. spełnia wymagania określone w § 1 ust. 2 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. Przystępujący w żaden sposób nie wskazał uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, które potwierdziłyby, że nie jest w stanie uzyskać poświadczenia wystawionego przez odbiorców usług. Ponadto w/w oświadczenie nie zawiera informacji, że usługi zostały wykonane należyście.

Powyższego ustalenia nie zmienia fakt wezwania wykonawcy (...) Senior do złożenia wyjaśnień i uzupełnień z dnia 31 marca 2015 r. oraz z dnia 2 kwietnia 2015 r., ponieważ czynności te zostały dokonane niezgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 i 4 w/w ustawy.

Ponadto tylko z ostrożności na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów odwołujący podniósł także, że oferta przystępującego jest niezgodna z wymaganiami określonymi w pkt 2.1 rozdział II s.i.w.z. Przystępujący wykazał, że świadczył specjalistyczne usługi opiekuńcze na terenie miasta G. i R. w wymiarze 106 772 godzin u klientów indywidualnych zrealizowanych w okresie od 1 stycznia 2012 r. do 31 grudnia 2014 r. Zgodnie z pkt 1 rozdziału X s.i.w.z. termin składania ofert został ustalony na 19 marca 2015 r. W związku z powyższym okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert to okres od 19 marca 2012 r. do 19 marca 2015 r. Oceniając zatem doświadczenie przystępującego, zamawiający nie powinien uwzględniać godzin świadczenia specjalistycznych usług opiekuńczych na terenie miasta G. i R. w okresie od 1 stycznia 2012 r. do 18 marca 2012 r.

Zdaniem odwołującego prawidłowa ocena złożonych wykazów potwierdzających doświadczenie przystępującego powinna doprowadzić do ustalenia, że wykonawca ten nie wykazał, że posiada doświadczenie w zakresie wymaganym w pkt 2.1 rozdział IV s.i.w.z., tj. świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi świadczone w miejscu zamieszkania w wymiarze nie mniejszym niż 104 900 godzin. W związku z powyższym ustaleniem odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 w/w ustawy poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ww. ustawy oraz art. 26 ust. 3 tej ustawy poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Powyższego ustalenia nie zmienia fakt wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnień z dnia 31 marca 2015 r. oraz z dnia 2 kwietnia 2015 r., ponieważ czynności te zostały dokonane niezgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 i 4 wskazanej ustawy.

Zamawiający dnia 27 kwietnia 2015 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, iż wykonawca (...) Senior w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia złożył wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, sporządzony na druku stanowiącym załącznik nr 3 do s.i.w.z.

W przedłożonym wykazie przystępujący wskazał 34 osoby oraz przedłożył wraz z ofertą, pomimo że nie było takiego wymogu w s.i.w.z., dokumenty dotyczące wszystkich osób wymienionych w wykazie, tj. kopie ich dowodów osobistych oraz dokumenty potwierdzające kwalifikacje.

W związku z tym, że w trakcie badania oferty ww. wykonawcy zamawiający powziął wątpliwości, co do posiadania wymaganego stażu przez niektóre ze wskazanych osób, (...) Senior w dniu 27 marca 2015 r. został wezwany do uzupełnienia dokumentu o informacje, które będą jednoznacznie potwierdzały spełnianie warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca (...) Senior uzupełnił wykaz osób o wymagane informacje.

W związku z powyższym zamawiający uznał, że ww. wykonawca wykazał, iż dysponuje 34. osobami spełniającymi wymagania określone w s.i.w.z.

Zamawiający wskazał, iż treść dokumentów, które zostały złożone przez (...) Senior, nie dawała zamawiającemu podstaw do podważania ich wiarygodności. Przystępujący podał w wykazie wymagane informacje dotyczące wymienionych przez niego osób, a ponadto załączył do oferty również dokumenty (dowody tożsamości, świadectwa kwalifikacji, itp.) dotyczące każdej z osób podanych w wykazie. Ten fakt, w ocenie zamawiającego, dodatkowo uwiarygodniał, że wykonawca (...) Senior faktycznie dysponuje wskazanymi w wykazie osobami.

Wobec zarzutów podniesionych w odwołaniu, zamawiający zwrócił się w dniu 17 kwietnia 2015 r. do (...) Senior z wnioskiem o ustosunkowanie się do kwestii podania nieprawdziwych informacji. W odpowiedzi ww. wykonawca złożył pismo, w którym stwierdził, iż zarzuty zawarte w odwołaniu są bezpodstawne, a na potwierdzenie swoich racji dołączył dowody w postaci dokumentacji, tj. oświadczenia kwestionowanych osób o wyrażeniu zgody na gromadzenie

i przetwarzanie ich danych osobowych w zakresie procedur przetargowych, polepszenia wizerunku firmy oraz umowy zlecenia - wstępne, na świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi na terenie miasta G. w miejscu zamieszkania chorego. Ponadto wykonawca (...) Senior wskazał, że w wykazie osób nie została umieszczona informacja na temat p. A.D. o jej pracy w Szpitalu (...), a jedynie o odbytym stażu w ramach pielęgniarskich praktyk zawodowych.

Mając na uwadze powyższe, wobec faktu, iż przedłożone przez wykonawcę dokumenty wskazywały, że (...) Senior posiadał na dzień 11 marca 2015 r. wstępne umowy zlecenia z wszystkimi osobami wymienionymi w odwołaniu, zamawiający uznał, iż brak jest podstaw do wzruszenia wyniku przedmiotowego postępowania i kwestionowania prawdziwości dokumentów przedłożonych przez ww. wykonawcę.

Tym samym zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 wskazywanej ustawy, jako nieznajdującego podstaw w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym.

(...) Senior w wykazie wykonanych usług wskazał usługi świadczone dla klientów prywatnych. Ponadto wraz z wykazem zostały złożone zestawienia godzin wykonanych usług dla osób z zaburzeniami psychicznymi.

W związku z tym, że przystępujący wykazał usługi wykonane w okresie od 1 stycznia 2012 r., tj. w okresie przekraczającym ostatnie trzy lata przed upływem terminu ofert, zamawiający wezwał w dniu 31 marca 2015 r. wykonawcę do uzupełnienia wykazu usług o informacje wskazujące, jaką ilość godzin usług świadczył (...) Senior w okresie od 19 marca 2012 r. do 19 marca 2015 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący przedłożył uzupełniony wykaz wykonanych usług o wymagane informacje.

Wobec ustalenia przez zamawiającego, że informacje wskazane przez przystępującego w przedłożonych dokumentach nie wskazują jednoznacznie, że usługa była świadczona dla osób z zaburzeniami psychicznymi w miejscu zamieszkania (a taki warunek został określony w s.i.w.z.), zamawiający w dniu 2 kwietnia 2015 r. postanowił wezwać wykonawcę do uzupełnienia wykazu wykonanych usług o informacje w powyższym zakresie.

W odpowiedzi na wezwanie (...) Senior przedłożył wykaz wykonanych usług uzupełniony o informacje potwierdzające, że wskazane usługi były świadczone dla osób z zaburzeniami psychicznymi w miejscu zamieszkania.

Ponadto przystępujący przedłożył oświadczenie, z którego treści wynika, że w okresie od 19 marca 2012 do 18 marca 2015 r. (...) Senior świadczył specjalistyczne usługi opiekuńcze dla osób z zaburzeniami psychicznymi w miejscu zamieszkania na terenie miasta G. i R. w wymiarze 107 557 godzin oraz że usługi zostały wykonane należycie.

Zamawiający wskazał, iż na podstawie zgromadzonej dokumentacji miał podstawy do uznania, że przystępujący spełniał warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający podniósł, że niezrozumiałe jest twierdzenie odwołującego, iż oświadczenie złożone przez (...) Senior nie zawiera informacji potwierdzającej, że usługi zostały wykonane należycie. W ocenie zamawiającego wezwania były wystosowane do wykonawcy w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami wskazywanej ustawy. Odwołujący nie uzasadnił w odwołaniu, dlaczego wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnień kierowane do wykonawcy (...) Senior w dniach 31 marca 2015 r. oraz 2 kwietnia 2015 r. miałyby zostać dokonane niezgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 i 4 w/w ustawy.

Zdaniem zamawiającego odwołujący zarzucił wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, tj. wykazu wykonanych usług. W ocenie zamawiającego taki zarzut nie znajduje potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie naruszył powyższej zasady, bowiem w wezwaniu z dnia 31 marca 2015 r. skierowanym do (...) Senior zamawiający wezwał wykonawcę do wykazania ilości godzin w okresie ostatnich

trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Natomiast w wezwaniu z dnia 2 kwietnia 2015 r. wykonawca (...) Senior został wezwany do uzupełnienia wykazu osób o informacje potwierdzające, że wskazane usługi były świadczone dla osób z zaburzeniami psychicznymi w miejscu zamieszkania. Jak wynika z powyższego zarzut odwołującego, przy założeniu, iż dotyczy wielokrotnego wzywania do uzupełnienia tego samego dokumentu, jest bezpodstawny.

Niezależnie od powyższego zamawiający ustosunkował się do kwestii uznania złożonego przez wykonawcę (...) Senior oświadczenia, jako wystarczającego dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usług wymienionych w wykazie.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 18 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, odpowiedzialny jest za organizowanie i świadczenie specjalistycznych usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania dla osób z zaburzeniami psychicznymi - (...). W związku z tym posiada wieloletnie i szerokie doświadczenie w sprawach związanych z organizacją i świadczeniem tych usług. Usługi te, zgodnie z art. 50 ust. 1 i 3 ww. ustawy przyznawane są osobom, które z powodu wieku, choroby lub innych przyczyn wymagają pomocy i dostosowane są do szczególnych potrzeb, wynikających z rodzaju schorzenia lub niepełnosprawności.

Ze względu na występujące dysfunkcje i choroby, objawiające się stałym lub czasowym obniżeniem samoświadomości i zdolności do samostanowienia, a także w obliczu współwystępujących trudności w komunikowaniu się, nie jest praktykowane odbieranie indywidualnych opinii, referencji czy innego rodzaju poświadczeń od osób korzystających z tego rodzaju usług. Dokument potwierdzający należyte wykonanie usług wystawiony przez osobę korzystającą z usług w przedstawionych wyżej okolicznościach (o ile wystawienie byłoby możliwe fizycznie i prawnie) miałby znacznie ograniczoną wiarygodność.

Przystępujący przedłożył wraz z wykazem wykonanych usług zestawienia godzin wykonanych usług dla osób z zaburzeniami psychicznymi. W zestawieniach zostały wskazane imiona i nazwiska kilkudziesięciu osób, a także ilości poszczególnych godzin. Zatem, mając na uwadze powyższe, w ocenie zamawiającego dokumenty i oświadczenia przedłożone przez (...) Senior oraz specyfika specjalistycznych usług opiekuńczych dla osób z zaburzeniami psychicznymi, a także fakt, że jak wynika z przedłożonych przez (...) Senior zestawień, usługi były świadczone dla dużej ilości indywidualnych klientów, stanowią wystarczające uzasadnienie, by przyjąć, że dowodem świadczenia usług wymienionych w wykazie może być oświadczenie złożone przez wykonawcę.

Zamawiający zaznaczył, iż ani przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ani rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, nie wymagają, aby w każdym przypadku, gdy zostanie złożone oświadczenie zamiast poświadczenia, zamawiający wzywał wykonawcę do składania stosownych wyjaśnień. W ocenie zamawiającego uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze w zaistniałym przypadku mają miejsce.

Zamawiający wskazał, iż zarzut jakoby oferta (...) Senior była niezgodna z wymaganiami pkt 2.1 rozdział II s.i.w.z., jest bezpodstawny. Odwołujący nie wykazał, na czym powyższa niezgodność miałaby polegać, a jedynie przywołał zapisy s.i.w.z. dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Oferta złożona przez (...) Senior jest zgodna z treścią s.i.w.z. i nie ma podstaw do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Natomiast argumentacja przytoczona przez odwołującego w żaden sposób nie podważa tego ustalenia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy oraz zeznania świadków, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są w części zasadne.

Izba stwierdziła, że potwierdziły się dwa ze stawianych zarzutów, a mianowicie zarzut dotyczący podania nieprawdziwych informacji oraz zarzut dotyczący braku złożenia dokumentów poświadczających należyte wykonanie wykazanych usług.

Izba wskazała, że przystępujący do oferty załączył wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (załącznik nr 3 do s.i.w.z. z dnia 11 marca 2015 r.). W trakcie czynności badania ofert zamawiający zwracał się do przystępującego o wyjaśnienia i uzupełnienie dokumentów, które to wyjaśnienia i uzupełnienia zostały przez wykonawcę przystępującego złożone. Po informacji od zamawiającego, że w postępowaniu zostało wniesione odwołanie, a do odwołania zostały załączone oświadczenia 7 osób, które to twierdziły, że nie zawarły z przystępującym żadnej umowy (w tym zlecenia) na wykonywanie usług w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego, przystępujący na wezwanie zamawiającego (po wniesieniu odwołania) ustosunkował się do tych oświadczeń (i zarzutów) wskazując, iż kwestionowane przez odwołującego osoby (7) były w dyspozycji przystępującego na dzień składania ofert. Przystępujący na dowód powyższego załączył „Wstępne umowy zlecenia” z tymi osobami datowane na dzień 11 marca 2015 r. oraz oświadczenia datowane na 11 marca 2015 r. - w zakresie wyrażenia przez te osoby zgody na przetwarzanie danych osobowych. Ponadto przystępujący na rozprawie złożył pismo procesowe wraz z ww. „wstępnymi umowami zlecenia”, ww. oświadczeniem o wyrażeniu zgody na przetwarzanie danych osobowych oraz oświadczeniami z dnia 15 kwietnia 2015 r. dotyczącymi informacji, iż w dniu składania dokumentów deklarowały one (7 osób) zgodę do podjęcia pracy u przystępującego na rzeczzone zadanie, mając świadomość, że zostaną zatrudnione na zasadach umowy zlecenia.

Izba stwierdziła, iż oświadczenia z dnia 15 kwietnia 2015 roku posługują się bliżej nieokreślonym stwierdzeniem „w dniu składania dokumentów”, które to sformułowanie nie precyzuje, o jakie dokumenty i o jaki dzień chodzi. Ponadto w toku prowadzonej rozprawy jednoznacznie zostało potwierdzone, zarówno przez przystępującego, jak i świadków, że „Wstępne umowy zlecenia” oraz oświadczenie -zgoda na przetwarzanie danych osobowych zostały podpisane w dniu 15 kwietnia 2015 r. Powyższe oznacza, że data (11 marca 2015 r.), którą opatrzone były „Wstępne umowy zlecenia” i oświadczenie - zgoda na przetwarzanie danych osobowych, została podana świadomie i celowo na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego. Skoro bowiem przystępujący oraz świadkowie spójnie i bez żadnych wątpliwości oświadczyli, iż to dnia 15 kwietnia 2015 r. zostały podpisane rzeczzone dokumenty, to stwierdzić należało, że na dzień składania ofert takich dokumentów nie było i być nie mogło, a w konsekwencji przystępujący nie dysponował odpowiednim potencjałem osobowym, który uprawniałby go do uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium „Z. kluczowego personelu” o wadze 50 %. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności stwierdzić należało, że przystępujący w sposób celowy i świadomy podał informacje nieprawdziwe, które w konsekwencji doprowadziły do uzyskania przez niego maksymalnej liczby punktów w kryterium zastępowalność kluczowego personelu, co z kolei doprowadziło do wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej. W ocenie I. okolicznością wskazywaną przez przystępującego i rzekomo uprawniającą do takiego działania nie mogło być przekazanie we wcześniejszych terminach kopii dokumentów tych osób, tj. kopii dowodu osobistego i dokumentów potwierdzających kwalifikacje. Fakt, iż na rynku utrzymała się praktyka wymiany pracodawcy przy zachowaniu tych samych osób świadczących usługi nie uprawniała przystępującego do przyjęcia, że przekazane dokumenty stanowią podstawę do uznania, że dane osoby wyrażają zgodę na wykorzystanie ich potencjału w wybranych przez wykonawcę postępowaniach. Nadto Izba wskazała, że powołani świadkowie jasno wyrazili swoje stanowisko, zgodnie z którym dopiero po wniesieniu odwołania przystępujący kontaktował się z nimi w sprawie wykorzystania ich potencjału do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Reasumując Izba zważyła, że przystępujący składając swoją ofertę nie miał podstaw do wykorzystania potencjału osobowego kwestionowanych przez odwołującego osób, a przynajmniej dwóch powołanych na świadka, tym samym w sposób świadomy i celowy przedstawił w swojej ofercie informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, dlatego też wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego oferta, zgodnie z przepisem art 24 ust. 4 tej ustawy, winna być uznana za odrzuconą.

Odnosnie do zarzutu dotyczącego braku złożenia dokumentów poświadczających należyte wykonanie wykazanych usług, Izba stwierdziła, że co do zasady osoby korzystające z usług opiekuńczych nie są tymi samymi osobami, które zlecają wykonanie tych usług. Dlatego też zasadnym i możliwym do pozyskania byłyby poświadczenia wystawione przez zlecających takie usługi opiekunów, pełnomocników prawnych, czy najbliższych. Zgodnie § 1 ust. 2 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 dowodem potwierdzającym należyte wykonanie lub wykonywanie usług może być oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia wystawionego przez odbiorcę usługi. W przedmiotowej sprawie zastępowanie poświadczeń oświadczeniem wykonawcy nie daje się bronić z uwagi na obiektywne możliwości pozyskania takich poświadczeń. Co istotne, przystępujący był już raz wzywany do uzupełnienia tego rodzaju dokumentów. Dlatego też w tym zakresie nie potwierdził on spełniania warunku udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w/w ustawy.

Odnośnie do zarzutu dotyczącego spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie liczby godzin świadczenia usług, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest bezzasadny, gdyż przystępujący na wezwanie zamawiającego skorygował powstałą wadliwość w trybie i terminie wynikającym z przepisów wskazywanej ustawy, tj. art. 26 ust. 3 i 4 oraz wezwaniem zamawiającego. W ocenie I. nie potwierdził się zarzut wielokrotnego wykorzystania przez zamawiającego dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż każde wezwanie kierowane przez zamawiającego w tym trybie dotyczyło innych elementów podmiotowych wykonawcy. Za niezasadny Izba uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w/w ustawy, gdyż odwołujący nie udowodnił, w jakim merytorycznym zakresie oferta przystępującego jest niezgodna treściowo ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Izba bez rozpoznania pozostawiła zarzut podniesiony przez odwołującego na rozprawie, dotyczący okresu, na jaki zostały zawarte „wstępne umowy zlecenia”, gdyż zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 w/w ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku.

Powyższe orzeczenie zaskarżył zamawiający, składając skargę.

Orzeczeniu temu skarżący zarzucił:

naruszenie prawa materialnego, tj. art. 7 ust. 3 ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez Agencję (...) Spółka Jawna w W., tj. uznanie, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez oddalenie odwołania i zasądzenie od odwołującego na rzecz skarżącego kosztów sądowych.

Odwołujący w odpowiedzi na skargę wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie na jego rzecz od skarżącego kosztów procesu.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga nie jest zasadna.

Sąd Okręgowy – po samodzielnym zapoznaniu się i rozważeniu całości zebranego w sprawie materiału dowodowego - doszedł do wniosku, że ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą akceptuje i przyjmuje je za własne przy dokonywaniu oceny zasadności skargi.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że na podstawie art. 381 kpc należało pominąć dowody zaoferowane przez stronę skarżącą we wniesionej przez nią skardze. Zgodnie z tym przepisem sąd drugiej instancji jest zobowiązany do uzupełnienia materiału dowodowego, jeżeli jest to konieczne do rozstrzygnięcia sprawy, lecz równocześnie jest uprawniony do pominięcia nowych faktów i dowodów zgłoszonych dopiero w postępowaniu apelacyjnym, gdy zachodzą przesłanki określone tym przepisem. Nie powinno zatem ulegać wątpliwości, że Sąd drugiej instancji nie jest zobowiązany do powtórzenia dowodów przeprowadzonych w pierwszej instancji jedynie dlatego, że strona nie

jest zadowolona z ich rezultatu, co miało miejsce w niniejszej sprawie, gdyż jako dowód powołała ona także zeznania tych samych świadków i na tę samą okoliczność, co w postępowaniu przed Izbą. Ponadto należy podkreślić, że w kompetencji Sądu Okręgowego był dobór materiału dowodowego koniecznego do rozstrzygnięcia sprawy. Tym bardziej Sąd ten był uprawniony do odmowy ponownego przesłuchania świadków. Z przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków nieprzesłuchanych w toku postępowania przed Izbą także nie mogło odnieść skutku na etapie postępowania apelacyjnego, bowiem brak jest podstaw od uznania, że skarżąca nie mogła dowodów tych powołać uprzednio.

Krajowa Izba Odwoławcza nie naruszyła przepisów prawa materialnego, tj. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 907, zwanej dalej „ustawą”), co zarzucał skarżący w petitum skargi. Replikując je, na wstępie wskazać trzeba, że przeprowadzone przez Krajową Izbą Odwoławczą postępowanie dowodowe doprowadziło do jednoznacznych wniosków, że „Wstępne umowy zlecenia” oraz oświadczenie – zgoda na przetwarzanie danych osobowych zostały podpisane w dniu 15 kwietnia 2015 r. W tym stanie rzeczy trafnie (...) uznała, że data 11 marca 2015 r. została podana celowo na potrzeby niniejszego postępowania. Skoro bowiem przystępujący oraz świadkowie oświadczyli, że dokumenty te podpisali w dniu 15 kwietnia 2015 r., zasadne jest przyjęcie, że przystępujący w dacie składania oferty nie dysponował odpowiednim potencjałem osobowym, który uprawniałby go do uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium „Z. kluczowego personelu” o wadze 50 %. W tym stanie rzeczy, idąc w ślad za (...), skonstatować trzeba, że przystępujący celowo i świadomie podał informacje nieprawdziwe, implikujące wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Przekazanie zaś we wcześniejszych terminach kopii dokumentów wskazanych w wykazie osób, w postaci kopii dowodu osobistego oraz potwierdzających ich kwalifikacje, nie może być tożsame z wyrażeniem przez te osoby zgody na wykorzystanie ich potencjału w wybranych przez wykonawcę postępowaniach. Zasadne jest wymaganie, by zgodę tę kształtowały np. umowy przedwstępne, czy też zobowiązania potencjalnych opiekunów, nie tylko z uwagi na specyficzny charakter przedmiotu zamówienia w niniejszej sprawie, ale i zabezpieczenie interesu samego przystępującego. Jak wskazała bowiem Izba w wyroku z dnia 26 września 2011 r., KIO 1958/11 istotny jest skutek w postaci spełnienia warunku udziału w postępowaniu i tym samym możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przez doświadczony personel, niezależnie od faktu, czy prawo do dysponowania określonymi osobami ma swoje źródło w umowie o pracę, umowie cywilnoprawnej, jak również czy jest wynikiem relacji podwykonawca – generalny wykonawca. Ważna jest jednak gwarancja wykonawcy, że dana osoba będzie świadczyła usługi na jego rzecz, której skarżący nie dał w niniejszym postępowaniu, szczególnie, że nie sposób uznać, że osoby te mające być opiekunami wyraziły stanowczo wolę współpracy na etapie przygotowania oferty, gdyż jak same wskazały, dopiero po wniesieniu odwołania przystępujący kontaktował się z nimi w sprawie wykorzystania ich potencjału do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odnośnie do zarzutu dotyczącego braku złożenia dokumentów poświadczających należyte wykonanie usług wskazać należy, że Izba zasadnie stwierdziła, że możliwe byłoby pozyskanie poświadczeń wystawionych przez zlecających takie usługi opiekunów, pełnomocników prawnych czy najbliższych. Zgodnie bowiem z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) dowodem potwierdzającym należyte wykonanie usług może być oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o charakterze obiektywnym wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia wystawionego przez odbiorcę usługi. W ocenie Sądu Okręgowego w realiach niniejszej sprawy nie może być mowy o obiektywnej niemożności przedstawienia owego poświadczenia. Nie stanowi o niej specyfika odbiorców świadczeń, bowiem jak wyżej wskazano, zasadne jest żądanie takich poświadczeń przez podmioty zlecające usługi. Nie można też uznać argumentu, że ze względu na stan podopiecznych nie jest możliwe złożenie odpowiednich poświadczeń przez osoby zlecające usługi. Założenie takie oznaczałoby, że osoby zlecające usługi opiekuńcze nie są w stanie, bądź nie są w stanie monitorować sposobu ich wykonania.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy oddalił skargę.



O kosztach postępowania odwoławczego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198a ust. 2 ustawy w zw. z art. 98 kpc w. zw. z § 5 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 490). Na koszty te składają się: wynagrodzenie radcy prawnego - 1200 zł, opłata skarbową od pełnomocnictwa – 17 zł, koszty noclegu pełnomocnika – 200 zł.