



MIEJSKI OŚRODEK POMOCY SPOŁECZNEJ W GDAŃSKU

PS.WKA.I.343-22(4)/08

Gdańsk, dnia 12 listopada 2008 r.

**Zamawiający: Miejski Ośrodek
Pomocy Społecznej w Gdańsku,
ul. Marynarki Polskiej 134A
80-865 Gdańsk,**

**Protestujący: Firma „Gwarant” Tomczyk sp. j.,
ul. Rynek 3A,
67-200 Głogów,**

**Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: świadczenie usług
opiekuńczych i specjalistycznych usług opiekuńczych (rehabilitacyjnych).**

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

Działając na podstawie z art. 183 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.- Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) niniejszym **oddalam** protest z dnia 31 października 2008 roku złożony przez Firmę „Gwarant” Tomczyk sp. j. na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości większej niż wyrażona w złotych kwota określona dla dostaw lub usług w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy na świadczenie usług opiekuńczych i specjalistycznych usług opiekuńczych (rehabilitacyjnych).

Uzasadnienie:

Protestujący działając na podstawie art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych wniósł protest zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 93 ust. 1 pkt 7, art. 146 ust. 1 pkt 6, art. 26 ust.1, art. 36 ust.1 pkt 3, 4, 5, 6 i 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 50 ust. 3 i 4 ustawy o pomocy społecznej, Rozporządzenia Ministra Polityki Społecznej z dnia 22 września 2005 r. w sprawie specjalistycznych usług

opiekuńczych oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty mogą być składane.

Zamawiający ustalił co następuje:

1. W uzasadnieniu protestu nie wyjaśniono szczegółowej treści części z tych zarzutów między innymi nie określono w jaki sposób zamawiający naruszył:
 - 1) art. 146 ust.1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, który mówi, że umowa (zawarta) jest nieważna;
 - 2) rozporządzenie Ministra Polityki Społecznej z dnia 22 września 2005 roku w sprawie specjalistycznych usług opiekuńczych;

Taki stan uniemożliwia pełne ustosunkowanie się do tych zarzutów. Ponadto zamawiający prostuje nieprawdziwe informacje zawarte w proteście jakoby dotychczas usługi opiekuńcze świadczył jeden wykonawca. Usługi świadczy trzech wykonawców wybranych w trybie przetargu nieograniczonego spośród pięciu złożonych ofert.

2. Protestujący wniósł o modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w podanym w proteście zakresie podając uzasadnienie, co do których zamawiający zajmuje następujące stanowisko w kolejności podanej w proteście:

- 1) W uzasadnieniu protestu (strona 3) błędnie podano jakoby rzekomo zamawiający w projekcie umowy zawarł termin „od 01.01.2009 r. do 31.12.2010 r.”. W projekcie umowy jest do 31.12.2009 r.. Zamawiający określił termin wykonania zamówienia od 1 stycznia 2009 roku do 31 grudnia 2009 roku, a tylko w przypadku (wyjątkowo) zawarcia umowy po 1 stycznia 2009 roku jej realizacja nastąpi od tego dnia. Ponieważ w pkt V siwz zamawiający przewidział taki przypadek (i przekazał go do wiadomości wszystkich) to nie będzie przeszkód prawnych aby go zastosować jeżeli wystąpi i jeżeli zawarcie umowy nastąpi po 1 stycznia 2009 roku. Protestujący oprotestowuje przypadek jaki może wystąpić, a nie oprotestowuje terminu rozpoczęcia świadczenia usług począwszy od 1 stycznia 2009 roku, który jest dla niego mniej korzystny. W tym miejscu należy zaznaczyć, że zgodnie z § 6 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia przystąpienie do świadczenia usług będzie poprzedzone przekazaniem zlecenia świadczenia usług opiekuńczych, wystawianym przez Zamawiającego. W zleceniu, o którym mowa, Zamawiający określi osobę objętą pomocą, indywidualny zakres usług opiekuńczych dla tej osoby, indywidualny wymiar godzin świadczenia usług

opiekuńczych, terminy świadczenia usług opiekuńczych oraz miejsce świadczenia tych usług. Zleceniobiorca zobowiązuje się podjąć świadczenie usług opiekuńczych niezwłocznie dopiero od chwili otrzymania zlecenia, a tylko w szczególnych sytuacjach w ciągu 24 godzin. W ciągu 5 dni roboczych Zleceniobiorca zobowiązany jest dostarczyć zleceniodawcy pisemną informację o której mowa we wzorze umowy. Przesunięcie terminu wykonania usług co najmniej 3-4 tygodni po podpisaniu umowy jest niemożliwe ponieważ usługi opiekuńcze w miejscu zamieszkania osób chorych, niepełnosprawnych muszą być wykonywane nieprzerwanie a narażenie świadczeniobiorców na przerwę w świadczeniu usług w wielu przypadkach byłoby zagrożeniem utraty życia lub pogorszenia stanu zdrowia. Znajduje to odzwierciedlenie w uzasadnieniu do wyroku KIO z dnia 21 lutego 2008 roku (KIO/UZP 97/08). Zamawiający ogłaszając przetarg nieograniczony zakłada, że wybierze wykonawcę zdolnego do realizacji zamówienia zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Przewidział to również ustawodawca, który dla tego rodzaju zamówień w art. 5 ustawy, który ma również zastosowanie w niniejszym postępowaniu w brzmieniu przed nowelizacją jak i jeszcze łagodniejszym brzmieniu po nowelizacji umożliwia zamawiającym między innymi nie stosowanie na przykład terminów składania ofert albo zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Przewidziana przez ustawodawcę możliwość nie stosowania terminów oznacza, że mogą być one skracane, a o zamówienie tego rodzaju mogą ubiegać się wykonawcy, którzy szybko, w krótkim czasie złożą ofertę i przedstawią osoby o wymaganych kwalifikacjach. Zamawiający nie musi wydłużać tym samym terminów, które zależą od niego. Protestujący potrzebuje więcej czasu ponieważ z treści protestu wynika, że może być on zdolny do wykonywania zamówienia dopiero nawet na przełomie stycznia i lutego 2009 roku.

- 2) Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W celu potwierdzenia dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać i żąda, zgodnie z treścią § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) wykazu osób, które będą uczestniczyć

w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności.

Protestujący myli kwalifikacje z uprawnieniami, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 6 rozporządzenia. Należy podkreślić, że zamawiający w każdym postępowaniu mają prawo na podstawie § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów żądać wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności. Tak też jest w niniejszym postępowaniu w zakresie zadania I-VI. Za formuowaniem wymagań przez zamawiającego odnośnie doświadczenia czy też odpowiednich kwalifikacji osób realizujących zamówienia przemawiają także wyroki Zespołu Arbitrów (UZP/ZO/0-1301/06 i UZP/ZO1470/06). Idąc tokiem rozumowania protestującego usługi świadczone by były przez osoby nie posiadające żadnych kwalifikacji, co nigdy nie było intencją ustawodawcy i na co zamawiający nie może wyrazić zgody.

- 3) Zgodnie z art. 50 ust. 3 ustawy o pomocy społecznej usługi opiekuńcze obejmują pomoc w zaspokajaniu codziennych potrzeb życiowych, opiekę higieniczną, zaleconą przez lekarza pielęgnację oraz w miarę możliwości, zapewnienie kontaktów z otoczeniem. W szerokim pojęciu „zalecana przez lekarza pielęgnacja”, o której mowa w Dziale III rozdział A pkt 6 ppkt 3 siwz mieści się w szczególności: dbanie o poranną i wieczorną toaletę w łóżku (w tym mycie głowy w łóżku), pomoc przy załatwianiu potrzeb fizjologicznych (w tym zmiana pieluch), dbanie o toaletę przeciwoleżynową, dbanie o higienę paznokci kończyn dolnych i górnych, zmianę pozycji ciała, podawanie leków, iniekcję insuliny, mierzenie temperatury, tętna i ciśnienia, zakładanie kompresów i okładów, zmiana opatrunków, wykonywanie lewatywy przeczyszczającej i leczniczej, wykonywanie inhalacji, stawianie baniek lekarskich, prowadzenie rehabilitacji przyłóżkowej w celu zapobiegania powikłaniom wynikającym z unieruchomienia, prowadzenie usprawniania ruchowego (siadanie, pionizacja, nauka chodzenia, nauka samoobsługi), prowadzenie gimnastyki oddechowej, zamawianie wizyt lekarskich, wykonywanie wszelkich innych czynności niezbędnych do prowadzenia prawidłowej pielęgnacji, w razie potrzeby wykonywanie wszelkich czynności mających na celu ochronę zdrowia bądź

ratowanie życia (w tym wzywanie lekarza). Sformułowanie – „zalecana przez lekarza pielęgnacja” oznacza, że to lekarz decyduje jakiego rodzaju pielęgnacja jest świadczona u osoby objętej opieką. Zamawiający nie wykracza poza kompetencje określone w ustawie o pomocy społecznej, a czynności te z powodzeniem mogą wykonać osoby o wymaganych kwalifikacjach.

- 4) W postępowaniach o wartości zamówienia przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w art. 11 ust. 8, zamawiający jest zobowiązany domagać się od wykonawców odpowiednich dokumentów określonych w rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy. Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 25 w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, wskazanych w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Mając na uwadze przepis art. 25 ustawy, należy stwierdzić, że zamawiający nie musi żądać wszystkich dokumentów wyszczególnionych w rozporządzeniu w ramach prowadzenia postępowania, ale tych, które są niezbędne do jego przeprowadzenia. Rozporządzenie wymienia maksymalny zakres dokumentów jakich można żądać w ramach postępowania, niemniej to do zamawiającego należy określenie, które z nich jako niezbędne powinny być złożone przez wykonawców w postępowaniu w celu potwierdzenia spełniania przez nich warunków podmiotowych. Opis warunków udziału w postępowaniu następuje na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy. Jednocześnie zamawiający dokonuje opisu sposobu dokonywania oceny spełniania wskazanych warunków. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków polega na określeniu przez zamawiającego przejrzystych kryteriów, jakimi będzie się kierował przy podejmowaniu decyzji dotyczących spełniania warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy. Stawiane kryteriów podmiotowych służyć ma zamawiającemu przede wszystkim w wyłonieniu podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia, a tym samym ograniczeniu do minimum możliwości powstania sytuacji, w której wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą

starannością. Jednoznaczne określenie przez zamawiającego kryteriów podmiotowych służy również prawidłowości dokonywanych przez zamawiającego czynności związanych z ich oceną. Na możliwość ustalania przez zamawiającego oceny spełniania warunków określonych art. 22 ust. 1 ustawy wskazuje również orzecznictwo sądów, które dotyczy wprawdzie już nieobowiązującej ustawy, ale poprzez zachowanie ciągłości regulacji w nowej ustawie, pozostaje nadal aktualne. W jednym z wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie czytamy, iż *"Sąd Okręgowy w pełni podzielił stanowisko Zespołu Arbitrów i uznał, że zamawiający mógł w treści ogłoszenia o zorganizowanym przetargu nieograniczonym zamieścić informacje o warunkach wymaganych od przyszłych wykonawców, co wynika z art. 30 pkt 4 Ustawy o zamówieniach publicznych."* (wyrok SO z dnia 16 grudnia 2002 r., Sygn. akt: V Ca 1375/02). Należy jednakże zaznaczyć, iż opis spełniania warunków czy też kryteria spełniania warunków są sformułowane w sposób obiektywny, podyktowany np. zakresem czy też zaawansowaniem technologicznym zamówienia, którego realizacja wymaga od wykonawcy posiadania odpowiedniego doświadczenia, wiedzy, czy też potencjału ekonomicznego, technicznego lub finansowego. Określone przez zamawiającego kryteria zatem są odpowiednie do specyfiki zamówienia i nie prowadzą do naruszenia zasad określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, m.in. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7, 22 ust. 2 ustawy). Sposób postąpienia zamawiającego znajduje również zdecydowanie odzwierciedlenie w uzasadnieniu do wyroku KIO z dnia 4 lutego 2008 roku (KIO/UZP 126/07). Na podstawie wyżej wymienionych orzeczeń i innych w związku z art. 25 ustawy jest to powszechnie stosowana obecnie, wnioskowana przez organizacje zrzeszające wykonawców i samych wykonawców pozbawiona nadmiernego formalizmu praktyka. Zamawiający nie żądał dokumentów potwierdzających sytuacji ekonomicznej i finansowej między innymi dlatego, że z wzoru umowy wynika, że zobowiązania będą regulowane na bieżąco co miesiąc.

- 5) We wzorze umowy w § 2 pkt 3 znajduje się wykaz osób, o którym jest mowa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a konkretnie na stronie 8 i 9 oraz w załączniku nr 3 (strona 23) „*niniejszy wykaz osób będzie stanowił załącznik nr 2 do umowy*”. Nie występuje tu żadna sprzeczność, a jest to ten sam wykaz, o którym mowa jednocześnie w pkt 2 ppkt 2 niniejszego rozstrzygnięcia.

- 6) Ustalony wzór umowy, od wielu lat zabezpiecza interesy obu stron, w tym wielu podmiotów wybranych w trybie przetargu nieograniczonego realizujących usługi opiekuńcze, a także był akceptowany w innym postępowaniu przez protestującego. Nadto należy wskazać, że kara umowna w umowie o udzielenie zamówienia publicznego pełni funkcję dyscyplinującą Wykonawcę i stanowi dodatkową gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Z tego względu niecelowe jest nakładanie przez Zamawiającego na siebie kary umownej, tym bardziej, że Wykonawca może dochodzić naprawienia ewentualnej szkody na zasadach ogólnych.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzam, że protest jest bezzasadny i dlatego postanowiłem jak w sentencji.

Pouczenie:

Od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie. Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu.

Na podstawie art. 27 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych prosimy o niezwłoczne potwierdzenie faktu otrzymania niniejszego pisma na faks nr 058 520-70-01 wraz z adnotacją „otrzymano dnia.....”.

Otrzymują:

1. Protestujący:

Firma „Gwarant” Tomczyk sp. j.,
ul. Rynek 3A, 67-200 Głogów.

2. a/a.

DYREKTOR
GŁOGOWSKIEGO OŚRODKA POMOCY SPOŁECZNEJ

mgr Jacek Wilczawski