

WYROK
z dnia 30 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 11 czerwca 2010 r. przez **Zbigniewa Gierańczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk – Zakład Pracy Chronionej, ul. Deotymy 3/15, 93-267 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź**.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez zmianę odnośnych postanowień rozdz. I pkt 4 lit I na „zamawiający wymaga aby do wykonania usługi wykonawca zagwarantował minimum 20 etatów” oraz usunięcie w rozdz. I pkt 3 ppkt 3.3 słowa „atest”.

2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Zbigniewa Gierańczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk – Zakład Pracy Chronionej, ul. Deotymy 3/15, 93-267 Łódź** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, ul. Pabianicka 62, 93-513 Łódź** na rzecz **Zbigniewa Gierańczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk – Zakład Pracy Chronionej, ul. Deotymy 3/15, 93-267 Łódź** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Łodzi**.

Skład orzekający Izby:

.....

UZASADNIENIE
(sygn. akt KIO 1163/10)

Zamawiający, Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika w Łodzi, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi codziennego sprzątnięcia, dezynfekcji pomieszczeń oraz sprzętów w obiektach WSS im. M. Kopernika w Łodzi.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 28.05.2010 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 02.06.2010 r w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 105-159744 opublikowano ogłoszenie o zamówieniu oraz w tym samym dniu zamawiający zamieścił na własnej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz)

W dniu 11.06.2010 r. Zbigniew Gierańczyk, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Wnętrzarskie Utrzymanie Zieleńców Zbigniew Gierańczyk Zakład Pracy Chronionej, wniósł odwołanie od treści ww. dokumentów.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 i 4 Pzp.

Zarzuty dotyczyły odpowiednio sformułowań siwz (oraz ogłoszenia o zamówieniu) wyrażonych w następujących jednostkach redakcyjnych tego dokumentu (referowane w zakresie zarzutów podtrzymanych i popieranych na rozprawie przez odwołującego):

- rozdz. I pkt 1,
- rozdz. I pkt 3.3,
- rozdział I pkt 4 lit I.

Uzasadniając poszczególne zarzuty odnoszące się do wskazanych jednostek redakcyjnych siwz, odwołujący podniósł m.in.:

I. Zarzut dot. rozdz. I pkt 1 siwz

W rozdziale I pkt 1. SIWZ Zamawiający wymaga aby wykonawca posiadał certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny”.

Certyfikat ten potwierdza tylko jakość świadczonych usług w zakresie utrzymania czystości, nie jest honorowany we wszystkich krajach UE czy świata i jest wystawiany przez TUV Rheinland Group - niemiecka instytucja certyfikująca. Polskie Stowarzyszenie Czystości jest de facto tylko pośrednikiem załatwiającym formalności związane z wydaniem niniejszego certyfikatu. TUV nie należy do J-Qnet (Międzynarodowa Organizacja Certyfikacji Jakości) do której należy PCBC (Polskie Centrum Badan i Certyfikacji) wystawiające certyfikat ISO obowiązujący na całym świecie. W związku z powyższym jego ranga (certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny”) jest niewspółmiernie niższa od certyfikatu ISO. Ponadto w większości krajów UE certyfikat wystawiany przez TUV nie przedstawia żadnych walorów dowodowych - nie jest honorowany.

Certyfikat ISO jest dokumentem powszechnie funkcjonującym na rynku o daleko szerszym zakresie przedmiotowym niż certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny”. ISO w większym stopniu gwarantuje, że firma, która legitymuje się tym certyfikatem spełnia wszelkie normy dotyczące utrzymania czystości, zarządzania i inne gwarantujące profesjonalne wykonanie usługi. Fakt postawienia warunku posiadania przez wykonawcę certyfikatu „Gwarant Czystości i Higieny” (tylko i wyłącznie tego certyfikatu) jest warunkiem dyskryminującym i ograniczającym konkurencję, nie ma podstaw faktycznych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, uniemożliwia odwołującemu przystąpienie do przetargu. Rażącym nadużyciem Zamawiającego jest wymaganie od Wykonawcy posiadania certyfikatu, który nie jest powszechnie stosowany (co ogranicza konkurencję) - z pominięciem certyfikatu, który ma pozycję dominującą w krajach UE i na świecie (ISO).

Obowiązują i są w powszechnym użyciu inne certyfikaty potwierdzające profesjonalizm wykonawcy (jak np.: ISO). Biorąc pod uwagę niewielką popularność, mały zasięg obowiązywania oraz wąski zakres certyfikacji certyfikatu „Gwarant czystości i higieny” - zapis w rozdziale I pkt. 1 siwz narusza art. 7 ustawy PZP.

W związku z czym odwołujący wniósł o zmianę zapisu w rozdziale I pkt. 1 SIWZ poprzez poszerzenie katalogu wymaganych certyfikatów o certyfikat ISO w zakresie usług porządkowych (jako certyfikat równoważny do innych) albo pozostawienia tylko i wyłącznie certyfikatu ISO w zakresie usług porządkowych.

II. Zarzut dot. rozdz. I pkt 3.3 siwz

W rozdziale I pkt. 3.3 SIWZ Zamawiający wymaga używania „własnych preparatów i środków dezynfekcyjnych na bazie glukoprotaminy, dwutlenku chloru, monadsiarczanu potasu zarejestrowanych przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Bójczych, posiadających karty charakterystyki substancji niebezpiecznych, atest oraz ulotki ze spektrum działania”

W chwili obecnej na rynku usług czystościowych w placówkach służby zdrowia typu szpitale, kliniki i inne stosowanych jest wiele preparatów i środków dezynfekcyjnych o zróżnicowanym składzie chemicznym. Wszystkie z nich dopuszczone są do stosowania na terenie szpitali, klinik i innych, jeżeli posiadają stosowne zezwolenia, Deklaracje CE, karty charakterystyki, etc. Atesty na gruncie aktualnych uregulowań prawnych nie są wymagane. W związku z tym określenie przez zamawiającego jako obowiązkowych składników tych środków: glukoprotaminy, dwutlenku chloru, monadsiarczanu potasu zawęży katalog środków mogących mieć zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu, powoduje nierówne traktowanie wykonawców, którzy takich środków nie stosują, mają utrudniony dostęp do środków o takim składzie - stosują środki o innym składzie, właściwościach chemicznych równoważnych albo lepszych, dopuszczonych do stosowania na terenie szpitali i innych placówek służby zdrowia, posiadających stosowną dokumentację.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o zmianę zapisu w rozdziale I pkt. 3.3 SIWZ na zapis: „własnych preparatów i środków dezynfekcyjnych zarejestrowanych przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Bójczych lub inną instytucję równorzędną, posiadających karty charakterystyki substancji niebezpiecznych oraz ulotki ze spektrum działania”

III. Zarzut dot. rozdział I pkt 4 lit I siwz

W rozdziale I. 4 litera „I” zamawiający wymaga „aby do wykonania usługi zatrudnionych było min.: 20 pełnoetatowych pracowników (pracownicy z maksymalnie III grupą inwalidzką)” Należy rozróżnić pojęcie etatu od osoby zatrudnionej - w ramach jednego etatu mogą być zatrudnione np.: 2 osoby - po ½ etatu każda. Ograniczenie osób zatrudnionych do maksimum III grupy inwalidzkiej stanowi dyskryminację innych osób zdolnych do podjęcia pracy po odpowiednich badaniach lekarskich - np.: tych z II grupą inwalidzką. Stanowi to naruszenie przepisów Kodeksu Pracy w zakresie zakazu dyskryminacji pracowników z jakiegokolwiek przyczyny, w tym z powodu niepełnosprawności - art. 18.3a paragraf 1 KP oraz 18.3a paragraf 4 KP. Ponadto, przywołany zapis jest sprzeczny z implementowaną do systemu prawa RP dyrektywą Rady 200/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającą ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE L 303 z 02.12.200r). Zapis powyższy ogranicza możliwości stosowania własnej strategii ekonomicznej i racjonalnego skalkulowania ceny przez wykonawców, w szczególności wykonawców będących ZPChr.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał na niezgodność wskazanych postanowień siwz z ustawą z dnia 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych. Wedle obecnie obowiązujących przepisów prawa polskiemu nieznane jest pojęcie III grupy inwalidzkiej. Zgodnie z art. 3 ust. 1 przywołanej

ustawy ustala się trzy stopnie niepełnosprawności, które stosuje się do realizacji celów określonych ustawą : znaczny, umiarkowany i lekki. III grupy inwalidzkiej nie można przypisać do żadnego z ustawowych stopni niepełnosprawności. Podane przez Zamawiającego kryterium w żadnej mierze zatem nie mieści się w zapisach ustawowych, a co za tym idzie jest niewykonalne - niemożliwe do osiągnięcia i wykazania - dla wykonawcy. Określenia stopni niepełnosprawności i grup inwalidzkich nie są bowiem swoimi odpowiednikami, ani też nie są określeniami zamiennymi, które można stosować w sposób dowolny.

Powyższe oznacza, że zamawiający formułując zapisy SIWZ opierał się na nieobowiązujących przepisach ustawowych, które funkcjonowały przez długie lata i posługiwały się stopniami grupy inwalidzkiej. Jednakże podkreślenia wymaga, że Zamawiający posiada status profesjonalisty, wobec czego wymaga się od niego podwyższonego stopnia należytej staranności, a wyrazem tego faktu ma być legalne działanie oparte na obowiązujących przepisach prawa. Zgodnie z orzecznictwem KIO kalkulacja stanowi w każdym wypadku wynik strategii gospodarczej podmiotu składającego ofertę. Wykonawca składając ofertę ma prawo do samodzielnego wyliczenia wszystkich kosztów świadczonych przez siebie usług, ma również dowolność w określaniu kosztów poszczególnych usług i ich wzajemnych proporcji. Stosowanie własnej strategii przygotowania oferty - w tym ceny - to suwerenne prawo wykonawcy i nie może być ograniczane.

W związku z powyższym wniesiono o zmianę zapisu w rozdziale I. 4 litera I siwz i w ogłoszeniu na zapis: „aby do wykonania usługi wykonawca zagwarantował minimum 20 etatów”.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W rozdziale I pkt 1 siwz wskazano: „Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług codziennego i profesjonalnego utrzymania czystości fizycznej i bakteriologicznej powierzchni i sprzętów należących do oddziałów szpitalnych, przychodni i poradni onkologicznych oraz powierzchni biurowych i dydaktycznych (...) przez firmę posiadającą certyfikat „Gwarant Czystości i Higieny” polegających na: (...)”

W rozdziale I pkt. 3.3 zamawiający wymagał: „Wykonawca zobowiązany będzie do używania własnych preparatów i środków dezynfekcyjnych na bazie glukoprotaminy, dwutlenku chloru, mononadsiarczynu potasu zarejestrowanych przez Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, posiadających karty charakterystyki substancji niebezpiecznych, atest oraz ulotki ze spektrum działania.”

W rozdziale I. 4 litera „I” zamawiający wymagał, aby do wykonania usługi zatrudnionych było min. 20 pełnoetatowych pracowników (pracownicy z maksymalnie III grupą inwalidzką) oraz 1 osoba koordynująca

W dniu 25.06.2010 r. zamawiający dokonując zmian treści siwz oraz odpowiednich postanowień ogłoszenia o zamówieniu, zmodyfikował m.in. rozdz. I.4 lit I siwz na następujący: „Zamawiający wymaga, aby do wykonania usługi zatrudnionych było min. 20 pracowników, każdy pracujący w pełnym wymiarze godzin, tj. 40 godzin tygodniowo oraz 1 osoba koordynująca (również zatrudniona w pełnym wymiarze czasu pracy”

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Odnosząc się kolejno do poszczególnych zarzutów odwołania, Izba wskazuje:

Ad I.

W odwołaniu nie sformułowano żadnych zarzutów odnoszących opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego do dyspozycji art. 29 Pzp, tj. wskazujących na nieprawidłowość opisu przedmiotu zamówienia w świetle regulacji tego przepisu. Odwołujący na wstępie wskazał jedynie na formalne naruszenie art. 7 i 22 ustawy oraz kwestionował żądanie legitymowania się przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu Certyfikatem Gwarant Czystości i Higieny jako dyskryminujące, czyli w sposób nadmierny i nieuzasadniony utrudniające dostęp niektórych wykonawców do wykonania zamówienia, prowadzące do naruszenia zasad zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1).

Wskazywany przez zamawiającego brak zarzutów dot. opisu przedmiotu zamówienia, podnoszonych następnie na rozprawie, gdzie odwołujący domagał się zastosowanie przepisów art. 29 Pzp do oceny prawidłowości odnośnych postanowień siwz, nie ma jednak żadnego znaczenia w sprawie – kwestionowane postanowienie siwz nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia. Dyspozycja art. 29 ustawy nie znajduje zastosowania do oceny wymagań odnoszących się do „właściwości” wykonawcy. Żądanie posiadania przez wykonawcę stosownego certyfikatu jakości, w żadnym razie nie jest elementem opisu przedmiotu zamówienia, ale dodatkową gwarancją/zabezpieczeniem żądanym przez zamawiającego, którego celem jest uprawdopodobnienie, iż dane zamówienie zostanie wykonane w sposób należyty i zgodnie z opisanymi przedmiotowymi wymaganiami co do jego

jakości czy sposobu realizacji... etc... Normatywną podstawę żądań tego typu stanowi natomiast art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, tzn. Certyfikat Czystości i Higieny należy ocenić jako dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Nie zmienia powyższego fakt redakcyjnego pomieszczenia wzmianki o „posiadanym certyfikacie” w rozdziale dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia w sposób sugerujący, iż jest elementem tego opisu.

Na marginesie można wskazać, iż zamawiający powinien dołożyć wszelkich starań w trakcie formułowania postanowień siwz, tak aby nie zachodziły żadne wątpliwości co do rodzaju i znaczenia formułowanych przez niego żądań, w szczególności dokumentów, które winni posiadać (przedłożyć?) wykonawcy.

Elementem opisu przedmiotu zamówienia byłoby natomiast odwołanie do określonych norm jakości, które zamówienie ma wypełniać, a których potwierdzeniem spełniania jest stosowny certyfikat. Zbędność żądania tego typu certyfikatu w świetle sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia również nie była jednak przedmiotem zarzutu odwołania.

W ramach sformułowanego zarzutu odwołujący podnosił i wywodził, że żądanie Certyfikatu Gwarant Czystości i Higieny ogranicza konkurencję (zawęża krąg wykonawców faktycznie dopuszczonych do wykonania zamówienia) przez brak dopuszczenia certyfikatu w pełni równoważnego (nawet lepszego) jakim jest Certyfikat ISO. Zarzut tego typu, nawet bez formalnego odesłania do normy art. 7 ust. 1 Pzp, jest zarzutem jak najbardziej konkretnym, prawidłowo sformułowanym oraz w związku z jego pomieszczeniem w odwołaniu, kwalifikującym się do rozpoznania.

Jednakże, stwierdzić należy, iż sformułowany w ten sposób zarzut odwołania nie został przez odwołującego udowodniony.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradiktoryjnym – strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać, aż do zamknięcia rozprawy.

Ponadto zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu sformułowaną w art. 6 Kodeksu cywilnego, to na odwołującym spoczywał tu obowiązek wykazania faktów, na które się powołuje oraz z których wywodzi skutki prawne.

Wskazać należy, iż ani w odwołaniu, ani w trakcie dotyczącej go rozprawy, odwołujący o przeprowadzenie dowodów typu nie wnioskował. Gołosłownie twierdził i wywodził jedynie nt. równoważności oraz porównywalności ww. certyfikatów. Analogicznie, równie gołosłownie, zamawiający twierdził, że Certyfikat Gwarant Czystości i Higieny jest certyfikatem szczególnym i specjalnym, który jako jedyny opowiada jego potrzebom i gwarantuje uzyskanie założonych rezultatów. Żadna ze stron nie przedstawiła i nie udowodniła natomiast pełnych zasad i zakresów badań przeprowadzanych przez jednostki certyfikujące, czyli jakie

dokładnie okoliczności wystawienie danych certyfikatów *de facto* potwierdza. W szczególności odwołujący nie wykazał, że Certyfikat ISO odnosi się oraz weryfikuje nie mniejszy obszar działalności podmiotu badanego oraz przy pomocy porównywalnej metodologii.

W takiej sytuacji, w związku ze wskazanym wyżej rozkładem ciężaru dowodu oraz dyspozycją art. 191 ust. 2 ustawy, według którego wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, przedmiotowy zarzut należało uznać za niepotwierdzony.

Ad II.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Żadnych okoliczności, poza skutkującymi ograniczeniem możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej, izba nie bierze pod uwagę z urzędu.

W związku z powyższym Izba pozostawiła poza zakresem orzekania zarzuty podniesione przez odwołującego na rozprawie, które wykraczały poza zakres zarzutów sformułowanych w odwołaniu. Poza zakresem orzekania pozostawiono więc zarzut, iż przez wymaganie konkretnej substancji czynnej środków dezynfekcyjnych – glukoprotaminy, zamawiający wskazał na określony produkt firmy Henkel czy Ekolab.

Tego typu zarzutu brak w odwołaniu w jakiegokolwiek formie czy postaci – zarówno w znaczeniu zarzutu rozumianego jako podniesienie okoliczności faktycznych wskazujących na zakładaną i dowodzoną wadliwość danego postanowienia siwz, jak i również w znaczeniu formalnym, który elementu konstytutywnego określającego zarzut upatruje we wskazaniu naruszanego przepisu prawa (tu: art. 29 Pzp). Jedynym tożsamym elementem pomiędzy zarzutem sformułowanym w odwołaniu, a podnoszonym na rozprawie jest fakt, iż dotyczą i wskazują na to samo postanowienie siwz.

Izba podkreśla i stwierdza, że o tożsamości zarzutów oraz o ich istocie nie decyduje przedmiot, którego ogólnie dotyczą, ani ich podstawa prawna, do której referują, ale całokształt konkretnych okoliczności, na które się powołują i opierają. Nie jest wystarczające dla uznania, że dwa zupełnie zasadzające się na innych okolicznościach faktycznych zarzuty dotyczące np. niezgodności treści oferty, podnoszące zupełnie różne jej wady i niezgodności z treścią siwz, uznać za ten sam zarzut tylko z tego powodu, że dotyczą tej samej oferty albo tylko dlatego, że odwołują się do tej samej podstawy prawnej oraz tożsame są następstwa uznania takiego zarzutu. We wskazanym przykładzie, dla rozpoznania i kwalifikacji zarzutu konieczne jest wskazanie konkretnych okoliczności, na czym zarzucana niezgodność treści oferty z siwz ma polegać (której części oferty, z którymi częściami siwz, w jaki sposób/dlaczego... etc...). Analogicznie w przypadku zarzutów dotyczących treści siwz, czym innym jest ogólnie sformułowany zarzut ograniczania i utrudniania niektórym podmiotom obecnym na rynku dostępu do zamówienia poprzez zmuszanie ich do zakupu środków czystości, których nie mają w swojej ofercie, a czym innym konkretne wskazanie sposobu

ograniczenia konkurencji przez faktyczne dopuszczenie produktu tylko jednego producenta. Zamawiający już w chwili wniesienia odwołania winien mieć możliwość zapoznania się z konkretnie sformułowanym zarzutem, wskazującym na czym zasadza się nieprawidłowość jego działań i w jakim zakresie oraz dlaczego jest kwestionowana, a nie domyślać się rzeczywistego znaczenia zarzutu i wypełniać go treścią. Powyższe jest szczególnie istotne w kontekście dopuszczanej w aktualnie obowiązującej regulacji ustawowej instytucji uznania odwołania przez zamawiającego.

Tym samym, rozpoznając zarzuty w postaci sformułowanej w odwołaniu Izba stwierdza, iż sam fakt zawężenia katalogu środków wymaganych przez zamawiającego nie powoduje nierównego traktowania wykonawców, którzy takich środków nie stosują – opis przedmiotu zamówienia nie musi w równym stopniu odpowiadać wszystkim wykonawcom obecnym na rynku i dostosowywać się do ich oferty. Co już wskazano, w odwołaniu bynajmniej nie zarzucono i nie podniesiono, że podanie wskazanego składu chemicznego środków dezynfekcyjnych sprowadza *de facto* ich wybór do produktów jednej firmy.

Natomiast potwierdzenia wymaga zarzut żądania przedłożenia atestów dla środków, dla których wprowadzenia do obrotu i stosowania w świetle obowiązujących przepisów nie jest wymagane, jako wprowadzającego nadmierne żądania w stosunku do wykonawców i w ten sposób ograniczającego konkurencję.

Abstrahując od rozróżnienia i analizy kwestii możliwości legalnego wprowadzenia do obrotu środka, a posiadania przez niego stosownego atestu, nie wymaganego w świetle przepisów prawa, ale potwierdzającego spełnianie konkretnych jego właściwości, stwierdzić należy, iż uznanie ww. zarzutu stało się zasadne w kontekście przyznania przez zamawiającego, iż jego intencją oraz potrzebą nie jest i nie było wymaganie przedłożenia żadnych atestów oprócz wskazanych atestów dotyczących mydła i szamponu dla dzieci.

W związku z powyższym koniecznym stało się nakazanie zamawiającemu usunięcia postanowień siwz stojących w sprzeczności z ww. założeniami.

Ad III.

Izba potwierdza również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez nadmierne ograniczenie konkurencji nie uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego w zakresie żądań odnoszących się do ilości osób i etatów sformułowanych przez zamawiającego jako dyskryminujących i utrudniających dostęp do zamówienia podmiotom posługującym się pracownikami o orzecznym stopniu niepełnosprawności (np. zakładów pracy chronionej).

W celu możliwości nakazania zmian odnośnych postanowień siwz, należało rozpatrzyć i wziąć pod uwagę aktualne brzmienie rozdz. 4 pkt 1 lit I siwz nadane modyfikacją siwz z dnia 25.06.2010 r., podniesione i wskazane w odpowiedzi na odwołanie. W przypadku gdyby powyższa modyfikacja siwz odpowiadała zarzutom i wnioskowi odwołania, nawet

potwierdzenie zasadności zarzutu w odniesieniu do pierwotnego, kwestionowanego brzmienia postanowień siwz, w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy, który stanowi, iż Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, nie miałyby wpływu na możliwość uwzględnienia odwołania.

Tak więc zarówno w pierwotnie sformułowanych wymaganiach siwz, jak i przez żądanie, aby do wykonania usługi zatrudnionych było min. 20 pracowników, każdy pracujący w pełnym wymiarze godzin, tj. 40 godzin tygodniowo, zamawiający w istotny sposób ograniczył możliwość wykonywania prac objętych przedmiotem niniejszego zamówienia przez osoby niepełnosprawne, które zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2008 r. Nr 14 poz. 92 ze zm.) prace takie mogłyby świadczyć.

Zgodnie z art. 15 ust. 2 powołanej ustawy czas pracy osoby niepełnosprawnej zaliczonej do znacznego lub umiarkowanego stopnia niepełnosprawności nie może przekraczać 7 godzin na dobę i 35 godzin tygodniowo. Powyższe wyklucza wypełnienie wymagań dot. wymiaru czasu pracy określonych jako 40 godzin tygodniowo przez osoby wymienione w tym przepisie, które nie chcą lub nie mogą wyrazić zgody na przedłużenie przysługującego im 35-godzinnego tygodnia pracy, o którym mowa w art. 16 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy. W konsekwencji tego typu postanowienie siwz uniemożliwia wykonawcy posługiwanie się tego typu osobami w trakcie realizacji zamówienia, co stanowi jego istotne ograniczenie w wykorzystaniu dostępnych mu zasobów oraz swobodnej organizacji własnej pracy, a także stoi w sprzeczności z odzwierciedlaną zarówno w ww. ustawie, jak i popieraną w Pzp (art. 29 ust. 4) polityką państwa w zakresie integracji oraz pełnego zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

Ponadto zamawiający nie przedstawił żadnych wiarygodnych postulatów lub tym bardziej dowodów, iż determinowana przez niego w taki sposób organizacja pracy wykonawcy jest niezbędna ze względu na szczególne, obiektywne potrzeby zamawiającego, a przyjęcie innych rozwiązań w tym zakresie uniemożliwia osiągnięcie i realizację celów zamówienia (wywiązywania się przez wykonawcę z umowy i należytego świadczenia usług).

Na marginesie Izba wskazuje, iż powyższa konstatacja i potwierdzenie zarzutu odnoszącego się do wskazanej jednostki redakcyjnej siwz, nie odnosi się do wymagania dotyczącego osoby koordynującej, o której również mowa w siwz – wymagania odnośnie takiej osoby nie były przedmiotem zarzutów i żądań odwołania i jako takie nie były przedmiotem niniejszego orzeczenia.

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 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). Koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego zasądzono na podstawie przedłożonej do akt sprawy faktury zgodnie z § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....