

WYROK
z dnia 21 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący **Agnieszka Trojanowska**

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 11 października 2010 r. przez **Zakład Sprzątania Wnętrz „MOP83” Józef Jankowski spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gronowie Górnym, ul. Szarifowa 7A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie, Al. Jerozolimskie 97**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego na stronie internetowej zamawiającego www.sziwawa.pl, ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 września 2010r. za numerem 2010/S 190-290677 oraz modyfikacji treści rozdziału 8 pkt. 1.2 i rozdziału 9 pkt. 7.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, aby warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków był jednakowy we wszystkich dokumentach i nie dyskryminował osób zdolnych do wykonania zamówienia ze względu na niepełnosprawność ani nie ograniczał konkurencji poprzez dyskryminowanie wykonawców dysponujących osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w inny sposób niż na podstawie umowy o pracę,
2. Kosztami postępowania obciąża **Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie, Al. Jerozolimskie 97** i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Zakład Sprzątania Wnętrz „MOP83” Józef Jankowski spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gronowie Górnym, ul. Szarifowa 7A** tytułem wpisu od odwołania
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie, Al. Jerozolimskie 97** na rzecz **Zakładu Sprzątania Wnętrz „MOP83” Józef Jankowski spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gronowie Górnym, ul. Szarifowa 7A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym na usługę stałego sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych utwardzonych na terenie kompleksów wojskowych w Warszawie administrowanych przez WAK-4 zostało wszczęte przez Stołeczny Zarząd Infrastruktury w Warszawie, Al. Jerozolimskie 97 ogłoszeniem w siedzibie zamawiającego i na jego stronie internetowej oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 września 2010r. za numerem 2010/S 190-290677.

W dniu 11 października 2010r. odwołanie na treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wniósł Zakład Sprzątnięcia Wnętrz „MOP83” Józef Jankowski spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gronowie Górnym, ul. Szarifowa 7A zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. Dz. U. nr 113 poz. 759 ze zm. Dz. U. nr 161 poz. 1078 – dalej ustawy), poprzez różną treść ogłoszenia o zamówieniu opublikowaną w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej a zamieszczoną na stronie Zamawiającego, jak też inną treść postanowień SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - co uniemożliwia jednoznaczne stwierdzenie jakie warunki udziału obowiązują w postępowaniu, art. 22 ust. 3 w zw. z art. 41 pkt 7 ustawy, gdyż treść ogłoszenia o zamówieniu zamieszczona na stronie Zamawiającego nie zawiera opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, a treść ogłoszenia o zamówieniu w zakresie Warunku „Zdolność techniczna” opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jest różna od postanowień SIWZ, art. 22 ust. 4 ustawy, gdyż ta treść w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie jest powiązana z przedmiotem zamówienia w proporcjonalny do przedmiotu zamówienia sposób, a ponadto narusza powszechnie obowiązujące normy prawne, oraz z ostrożności art. 29 ust. 1 ustawy. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu uzgodnienia (modyfikacji) treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego na stronie zamawiającego, ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i postanowień SIWZ w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, nakazanie zamawiającemu usunięcia postanowień SIWZ w zakresie warunków udziału oraz opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia dotyczących obowiązku wykonawcy zatrudniania pracowników na umowę o pracę (pkt 8.1.2. SIWZ) oraz niedopuszczalności zatrudnienia osób niepełnosprawnych ze względu na brak odpowiedniego wyposażenia spełniającego wymogi dotyczące miejsc pracy dla osób niepełnosprawnych (pkt 9.7.3. SIWZ). Odwołujący wskazał, że posiada interes w

uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Na skutek wskazanych powyżej naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący nie jest w stanie jednoznacznie zweryfikować obowiązujących warunków udziału i opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co może skutkować w następstwie jego wykluczeniem z postępowania. Ponadto postanowienia SIWZ w zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zawierają postanowienia niezgodne z ustawą, które powodują ograniczenie możliwości udziału odwołującego w postępowaniu. W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez różną treść ogłoszenia o zamówieniu opublikowaną w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej a zamieszczoną na stronie Zamawiającego, jak też inna treść postanowień SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić czy wykonawca na spełnienie warunku udziału w postępowaniu musi wykazać się zatrudnieniem na umowę o pracę osób (tak wg postanowień SIWZ), które zamierza wykazać na potwierdzenie dysponowania odpowiednimi osobami do realizacji zamówienia, czy też taki warunek nie występuje (tak wg treści ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej). Wątpliwości tej nie usuwa także treść ogłoszenia o zamówieniu zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego, gdyż w ogóle nie zawiera ona postanowień dotyczących warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich oceny. Analogiczna sytuacja zakazu zatrudniania osób niepełnosprawnych. Postanowienie SIWZ zawierają takie ograniczenie, a treść ogłoszeń już nie. Brak w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego treści określających warunki udziału w postępowaniu oraz sposób ich oceny narusza ponadto dyspozycje art. art. 22 ust. 3 i art. 41 pkt 7 ustawy. Zaskarżona treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) narusza art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż ta treść w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie jest powiązana z przedmiotem zamówienia w proporcjonalny do przedmiotu zamówienia sposób, a ponadto narusza powszechnie obowiązujące normy prawne. Nakaz zatrudniania osób mających wykonać zamówienia na podstawie umowy o pracę oraz zakaz zatrudniania osób niepełnosprawnych są nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, jakim są usługi sprzątnia.

Nie istnieją, według odwołującego, jakiegokolwiek podstawy (prawne i faktyczne - odnoszące się do przedmiotu zamówienia), które by uzasadniały na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wprowadzenia obowiązku zatrudnienia przez

wykonawcę osób na umowę o pracę. Odwołujący może na przykład korzystać z podwykonawstwa, a w takim zakresie osoby bezpośrednio wykonujące świadczenia nie mogą być jego pracownikami, istnieje także możliwość realizacji świadczeń na innych podstawach niż stosunek pracy, np. umowa zlecenia. W związku z tym ograniczenie przez zamawiającego świadczenia przez osoby realizujące zamówienia tylko do umów o pracę nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia.

W zakresie niedopuszczalności zatrudniania osób niepełnosprawnych należy wskazać, że takie ograniczenie stoi w oczywistej sprzeczności z wszelkimi zasadami prawnymi. Stanowi to w szczególności 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 02.12.2000r). Izba, w ocenie odwołującego, zajęła także stanowisko o niedopuszczalności analogicznych postanowień siwz w wyroku z dnia 12 lutego 2009 r. Sygn. akt: KIO/UZP 131/09, oraz w wyroku Izby z dnia 30 czerwca 2010 r. Sygn. akt KIO 1163/10. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 11 października 2010r. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania. Do odwołania załączono także wyliczenie przy zatrudnieniu pracowników podejmujących pracę pierwszy raz, oraz wysokość dofinansowania przy płacy minimalnej w zależności od stopnia niepełnosprawności.

Zamawiający w dniu 13 października 2010r. poinformował o wniesieniu odwołania i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 15 października 2010r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział Piotr Robert Fabijański prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Clean Service z siedzibą w Chyliczkach, ul. Melanii 21B wnosząc o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w oparciu o obowiązujące prawo zatrudnia pracowników na umowę o pracę, a inne formy niż stosunek pracy są niedopuszczalne w przy zatrudnianiu pracowników do wykonywania usług sprzątania. Przystąpienie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu w dniu 15 października 2010r., a odwołującemu w dniu 15 października 2010r..

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego na stronie internetowej zamawiającego, ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone na stronie internetowej nie zawiera w ogóle informacji na temat warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków, ani informacji o zakazie zatrudniania osób niepełnosprawnych.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w sekcji III.2.3. pkt. 1.1.3 zawierają następujące postanowienia : „wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (odrębnie dla powierzchni wewnętrznych i powierzchni zewnętrznych) wraz z podaniem zakresu wykonywanych czynności (w tym imię i nazwisko pracowników ze strony wykonawcy, którzy kierować będą realizacją zamierzeń będących przedmiotem niniejszego zamówienia), do wykazy należy dołączyć kserokopię zaświadczenia o odbytym szkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych oraz poświadczenia bezpieczeństwa p klauzuli minimum POUFNE dla 1 osoby + nadzór”. Postanowienia ogłoszenia nie zawierają informacji o zakazie zatrudniania osób niepełnosprawnych.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie spornym zawarto następujące postanowienia :

W rozdziale 8 siwz - Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków w pkt. 1.2 siwz zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy zatrudniają pracowników na umowę o pracę. Zgodnie z rozdziałem 9 Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu siwz wykonawcy mieli przedłożyć w myśl pkt. 9.7.3. siwz wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (odrębnie dla powierzchni wewnętrznych i powierzchni zewnętrznych) wraz z podaniem zakresu wykonywanych czynności (w tym imię i nazwisko pracowników ze strony wykonawcy, którzy kierować będą realizacją zamierzeń będących przedmiotem niniejszego zamówienia). Zamawiający nie dopuszczał zatrudnienia osób niepełnosprawnych ze względu na brak odpowiedniego wyposażenia spełniającego wymogi dotyczące miejsc pracy dla osób niepełnosprawnych. Do wykazu należało dołączyć kserokopię zaświadczenia o odbytym przeszkoleniu z zakresu ochrony informacji niejawnych oraz poświadczenia bezpieczeństwa o klauzuli minimum „POUFNE” (dla jednej osoby + nadzór)

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż kwestionuje treść ogłoszeń o zamówieniu publicznym i treść siwz w zakresie dotyczącym postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków i wskazuje, że wobec różnic w brzmieniu warunku dotyczącego potencjału kadrowego i opisu sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku zamawiający postawił różne wymagania w ogłoszeniach i siwz, co daje powody do przyjęcia, że wykonawcy nie znają zasad, jakimi zamawiający będzie kierował się przy weryfikacji warunków podmiotowych wykonawców pod względem dopuszczenia wykonawców do udziału w postępowaniu. Zarzuty te wskazują, że w przypadku ich potwierdzenia, odwołujący uzyska możliwość zmiany tych zarzutów i usunięcia swoich wątpliwości, które mogą go obecnie powstrzymywać przed złożeniem oferty na niejasnych warunkach doboru wykonawców. Izba uważa, że w takim przypadku zagrożony jest interes odwołującego, który składając ofertę na niejasnych zasadach dopuszczalności do udziału w postępowaniu, naraża się na arbitralność decyzji zamawiającego, co do dopuszczenia do udziału w postępowaniu i na wykluczenia go z postępowania, mimo spełniania np. warunków określonych w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a nie spełniania warunków wskazanych w siwz. Szkoda, jakiej może doznać odwołujący przejawia się w możliwości utraty szansy na uzyskanie zamówienia, a więc korzyści związanych z realizacją kontraktu. Izba uznała, że przesłanka materialno prawna dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy została spełniona.

Izba przed przystąpieniem do rozpoznania poszczególnych zarzutów wskazuje na treść art. 186 ust.2 i 3 ustawy, który stanowi, że Izba umarza postępowanie odwoławcze w sytuacji, gdy zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości i nikt skutecznie nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego albo wprawdzie nastąpiło przystąpienie, ale przystępujący po stronie zamawiającego wykonawca nie złożył sprzeciwu

Natomiast w przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego Izba nie jest takim uwzględnieniem związana i jest zobligowana rozpoznać podniesione przez odwołującego zarzuty merytorycznie, a uznanie zamawiającego, w takim przypadku może jedynie potraktować, jako przyznanie zasadności twierdzeniom odwołującego. Jedynym przypadkiem kiedy Izba może odstąpić od rozpoznania zarzutów przy uznaniu

częściowym jest sytuacja, w której odwołujący złoży oświadczenie woli o cofnięciu odwołania w części uwzględnionej przez zamawiającego. Wobec faktu, że odwołujący jest dysponentem postępowania, jego oświadczenie o cofnięciu jest w tym zakresie dla Izby wiążące. W przedmiotowej sprawie odwołujący oświadczył, że podtrzymuje wniesione odwołanie w całości i popiera podniesione w nim zarzuty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez różną treść ogłoszenia o zamówieniu opublikowaną w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej a zamieszczoną na stronie Zamawiającego, jak też inną treść postanowień SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz art. 22 ust. 3 i art. 41 pkt 7 ustawy poprzez brak w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego treści określających warunki udziału w postępowaniu oraz sposób ich oceny.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba ustaliła, że w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego brak jest w ogóle wskazania warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania. Takie sformułowanie ogłoszenia o zamówieniu publicznym jest sprzeczne z treścią art. 41 ustawy. Przepis ten nie przewiduje różnicowania informacji, jakie mają być zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym w trybie przetargu nieograniczonego w zależności od miejsca publikacji tego zamówienia, czy to w urzędowym publikatorze, jakim jest Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, czy Biuletyn Zamówień Publicznych, czy też na stronie internetowej zamawiającego, czy też dla zamówień wielkiej wartości w prasie o zasięgu ogólnopolskim. W każdym z tych publikatorów informacje w nich zawarte powinny być jednakowe. Wynika to z zasady równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Obowiązek identyczności tak zakresu jak i treści informacji zawieranych w ogłoszeniach o zamówieniu publicznym ma służyć jednakowej informacji dla wszystkich potencjalnych wykonawców o przedmiocie zamówienia publicznego oraz warunkach udziału w postępowaniu, kryteriach oceny ofert oraz najważniejszych terminach postępowania. Te elementy są bowiem najistotniejsze z punktu widzenia wykonawców, którzy poszukują ofert zamawiających w celu ubiegania się o zamówienie. To właśnie ogłoszenie stanowi pierwszy element informacyjny dla wykonawcy o prowadzonym postępowaniu i informacje w ogłoszeniu zawarte mają umożliwić wykonawcy podjęcie decyzji o możliwości i woli ubiegania się o zamówienie publiczne. Wymóg zamieszczania ogłoszenia w różnych publikatorach wynika z potrzeby jak najszerszego dostępu do informacji o zamówieniu dla osób zainteresowanych. Umieszczenie ogłoszenia Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

ma umożliwić zapoznanie się z warunkami postępowania wykonawcom krajowym i zagranicznym, daje możliwość poznania wszystkich wszczętych w danym momencie postępowań o interesującym wykonawców przedmiocie w krajach Unii jak i w Polsce, natomiast umieszczenie ogłoszenia na stronie internetowej zamawiającego ma zapewnić dostęp tym wykonawcom, którzy nie śledzą uważnie publikatorów urzędowych, ale interesują ich postępowania konkretnych zamawiających i docierają do informacji poprzez właśnie stronę internetową zamawiającego. Niedopuszczalne jest w tej sytuacji różnicowanie warunków dostępu do zamówienia w zależności od publikatora do którego sięgnął dany wykonawca. Stoi to w ewidentnej sprzeczności tak, z postanowieniami art. 41 ustawy, jak i art. 7 ust. 1 ustawy. Zamawiający w ocenie Izby ma świadomość tych okoliczności, gdyż uznał zarzuty odwołania, w tym zakresie na posiedzeniu Izby. Izba stwierdziła ponadto, że pomiędzy ogłoszeniem zamówienia publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zachodzą rozbieżności tj. w ogłoszeniu jest wyłącznie wzmianka obowiązku podania imienia i nazwiska pracownika, który będzie kierował realizacją zamówienia, natomiast w siwz w pkt 8.1.2 zamawiający wprowadził wyraźne ograniczenie dostępu do zamówienia dla tych wykonawców, którzy zatrudniają osoby na podstawie innych umów niż umowa o pracę oraz w pkt. 9.7.3. siwz zawarł zakaz zatrudniania jako osób zdolnych do wykonania zamówienia osób niepełnosprawnych. Takie różnicowanie warunku i opisu sposobu dokonania oceny jego spełnienia pomiędzy ogłoszeniem, a siwz Izba uznaje również za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy. Jest to analogiczna sytuacja, jak w przypadku różnic pomiędzy ogłoszeniami o zamówieniu zamieszczanymi w różnych miejscach. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia może jedynie uszczegóławiać informacje zawarte w ogłoszeniu, nie może natomiast wprowadzać ograniczeń w dostępie do zamówienia, które nie były wskazane w ogłoszeniu. Tę okoliczność Izba także uznała za przyznaną przez zamawiającego, na skutek uwzględnienia postawionego przez niego zarzutu.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy poprzez brak powiązania opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia z przedmiotem zamówienia w sposób proporcjonalny i zgodny z powszechnie obowiązującymi normami prawa, w takim zakresie w jakim zamawiający sformułował nakaz zatrudniania osób zdolnych do wykonania zamówienia na podstawie wyłącznie umowy o pracę oraz zakaz zatrudniania osób niepełnosprawnych, które według odwołującego, są nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, jakim są usługi sprzątania.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie uznając zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy jednocześnie nie ustosunkował się na rozprawie do jego treści w zakresie dotyczącym postawionego przez niego nakazu zatrudniania osób zdolnych do wykonania zamówienia wyłącznie na podstawie umowy o pracę i nie wykazał w żaden sposób, że istnieją okoliczności uzasadnione specyfikacją jego postępowania, lub charakterem prawnym lub faktycznym zamawiającego, które uzasadniałyby wprowadzenie takiego ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. W szczególności postawiony warunek Izba uznała za sprzeczny z treścią art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, który ustanawia granice warunku udziału w postępowaniu. Ustawodawca wyraźnie zezwolił w tym przepisie wykonawcom, aby wykazywali zdolność do realizacji zamówienia w zakresie potencjału kadrowego za pomocą nie tylko swoich pracowników (osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę), ale także tych osób, którymi wykonawca dysponuje na podstawie innych umów. Wobec takiego określenia ustawowych wymogów dla warunku potencjału kadrowego niedopuszczalne było wprowadzenie przez zamawiającego zawężenia udziału wykonawców tylko do tych podmiotów, które dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wyłącznie na podstawie umów o pracę. Przyjęcie przeciwnego stanowiska powodowałoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Zakaz ograniczania dostępu wykonawcom dysponującym osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na podstawie innych stosunków prawnych niż umowa o pracę wynika wprost z art. 26 ust. 2b ustawy, gdzie również w zakresie potencjału kadrowego wykonawca może posłużyć się zasobami podmiotu trzeciego. W takiej sytuacji (prawnie dopuszczalnej) wykonawca nie byłby pracodawcą dla osób zdolnych do wykonania zamówienia, a więc nie spełniałby wymogu z pkt. 8.1.2 siwz. Niedopuszczalność takiego ograniczenia potwierdza również liczne orzecznictwo Izby np. wyrok z 20.03.2009r. sygn. akt KIO/UZP 277/09 oraz sądów powszechnych np. wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim z 9.10.2008r. sygn. akt VII Ga 24/08.

Również zakaz zatrudniania osób niepełnosprawnych na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia Izba uznała za naruszający tak powołany przez odwołującego art. 22 ust. 4 jak i art. 7 ust. 1 ustawy. Przede wszystkim w sytuacji sformułowania przez odwołującego zarzutu ograniczenia konkurencji, na odwołującym ciąży obowiązek uprawdopodobnienia, że poprzez konkretne postanowienie siwz doszło do ograniczenia dostępu do zamówienia publicznego. W ocenie Izby odwołujący uprawdopodobnił tę okoliczność wskazując choćby na fakt, że wykonawcy, którzy zatrudniają osoby niepełnosprawne nie będą mogły wziąć udziału w przedmiotowym zamówieniu. Wbrew natomiast twierdzeniom zamawiającego przedstawionym na rozprawie o rozkładzie obowiązku dowodowego, przy zarzucie ograniczenia dostępu do zamówienia, to na zamawiającym ciąży obowiązek dowodowy wykazania, że do takiego ograniczenia nie doszło, albo w przypadku, gdy ograniczenie takie zostało dokonane, to wynikało ono z obiektywnych okoliczności wynikających z charakteru

zamówienia lub szczególnej sytuacji zamawiającego. Izba uznała, że z postanowienia siwz „Zamawiający nie dopuszcza zatrudnienia osób niepełnosprawnych ze względu na brak odpowiedniego wyposażenia spełniającego wymogi dotyczące miejsc pracy dla osób niepełnosprawnych.” nie wynika w sposób jednoznaczny twierdzenie zamawiającego, że nie zakazuje on składania ofert wykonawcom zatrudniającym osoby niepełnosprawne, a jedynie nie wyraża zgody na to, aby przedmiotowe zamówienie było realizowane przez osoby niepełnosprawne i może dojść na tym tle do sporu pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą na etapie badania i oceny ofert. Ponadto Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, że jego szczególny charakter jako instytucji wojskowej wyklucza możliwość wykonania usługi sprzątnięcia przy udziale osób niepełnosprawnych. Zamawiający powołał, jako okoliczność notoryjną, fakt, iż w wojsku zatrudnia się osoby o pełnej zdolności fizycznej i psychicznej. Izba nie uznała jednak tej okoliczności za okoliczność powszechnie znaną, na to Izba stwierdza, że w przepisach regulujących aspekty funkcjonowania sił zbrojnych RP brak jest przepisów potwierdzających twierdzenia zamawiającego. Przeciwnie, Izba stwierdza, że z art. 26 ust. 1 c ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U.04.241.2416 j.t., Dz.U.2010.127.857) wynika, że z badań lekarskich określających zdolność do czynnej służby wojskowej nie są zwolnione osoby o lekkim stopniu niepełnosprawności, co oznacza, że komisje lekarskie mogą uznać takie osoby za zdolne do wykonywania czynnej służby wojskowej. W ustawie z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz.U.10.90.593 j.t., Dz.U.2010.127.857) do pełnienia służby ustawodawca dopuszcza żołnierzy zawodowych o zdolności do wykonywania służby wojskowej z ograniczeniami. Skoro zatem służbę wojskową mogą wykonywać osoby nie w pełni zdrowe, to tym bardziej osoby cywilne mogą wykonywać prace na rzecz wojska również w przypadku, gdy są to osoby niepełnosprawne. W szczególności żaden zakaz zatrudniania osób niepełnosprawnych w służbie cywilnej nie został wprowadzony do ustawy z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (Dz.U.01.86.953 j.t. Dz.U.2008.227.1505) ma w takim przypadku zastosowanie. W ocenie Izby zamawiający nie wykazał, że z uwagi na swój szczególny charakter istnieją przesłanki obiektywne uzasadniające wprowadzenie zakazu wykonywania usług sprzątnięcia na terenie Wojskowej Administracji Koszar nr 4. Zamawiający w ocenie Izby nie wykazał również, że przedmiot zamówienia nie może być wykonany przez osoby niepełnosprawne. Izba podziela stanowisko zamawiającego, że to wykonawca będzie pracodawcą lub zatrudniającym w innej formie osobę niepełnosprawną i to na nim spoczywa obowiązek zapewnienia osobie niepełnosprawnej właściwego stanowiska pracy adekwatnego do jej możliwości fizycznych i psychicznych. Tym samym fakt, iż obiekty zamawiającego nie są dostosowane do potrzeb osób niepełnosprawnych ma drugorzędne znaczenie. To na wykonawcy spoczywać będzie obowiązek oceny w jakich warunkach i na jakim obszarze – tj. czy wewnątrz, czy na

zewnątrz będzie pracowała osoba niepełnosprawna, jaki sprzęt jest dla niej niezbędny i w jakie środki musi być wyposażona, aby właściwie i zgodnie ze swoimi możliwościami wykonać powierzone stanowisko. W przypadku wadliwego doboru pracownika przez wykonawcę, wykonawca poniesie za niego odpowiedzialność, a w szczególności brak ostrożności w doborze osób na konkretne stanowiska może skutkować nienależytym wykonaniem zamówienia, co pozbawiłoby wykonawcy na długi czas możliwości ubiegania się o zamówienie w przypadku wyrządzenia szkody – art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy. W takiej sytuacji, żaden racjonalny wykonawca nie będzie ryzykował utraty swojej pozycji na rynku. Ponadto wymóg zamawiającego pozostaje w sprzeczności także z priorytetem unijnym aktywizacji osób niepełnosprawnych, który znalazł także swoje odzwierciedlenie w ustawie w art. 22 ust. 2, gdzie sytuacja zatrudniania osób niepełnosprawnych daje wręcz zamawiającemu możliwość premiowania wykonawców.

Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 7 ust.1, art. 22 ust. 4 ustawy, art. 41 pkt 7 ustawy i mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 4 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) oraz Izba uwzględniła koszty odwołującego z tytułu zastępstwa prawnego w maksymalnej wysokości (§ 3 pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 cyt. Rozporządzenia).

Przewodniczący

.....