

Sygn. akt: KIO 2350/15

## WYROK

z dnia 12 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**

Protokolant: **Dawid Wypych**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2015 r. przez **Polską Izbę Gospodarczą Czystości (ul. K. Chodkiewicza 17, 85-065 Bydgoszcz)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Poczta Polska S.A., (ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 00-940 Warszawa)**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Polską Izbę Gospodarczą Czystości (ul. K. Chodkiewicza 17, 85-065 Bydgoszcz)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł, 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Polską Izbę Gospodarczą Czystości (ul. K. Chodkiewicza 17, 85-065 Bydgoszcz)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający: Poczta Polska S.A. prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są usługi sprzątnia powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych nieruchomości zlokalizowanych na terenie województwa podkarpackiego i małopolskiego dla Poczty Polskiej S.A. w Warszawie przy ul. Rodziny Hiszpańskich 8. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 października 2015 r. pod numerem 2015/S 203-369449.

Odwołujący - Polska Izba Gospodarcza Czystości wpisana na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, naruszając w ten sposób zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji; art. 353 [1] i art. 58 § 2 in fine Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ust 1. in fine Pzp tj. naruszenie zasad współżycia społecznego, w szczególności zasady lojalności i uczciwości w obrocie gospodarczym - poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego na swoją rzecz uprawnienia do dowolnego, uznaniowego i bezzasadnego prawa do zmniejszenia czasowego lub stałego powierzchni sprzątnięj maksymalnie o 20%, łącznej powierzchni wyszczególnionej w załączniku nr 2a i 2b do wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6a i 6b do SIWZ, obejmującą powierzchnie wewnętrzne i zewnętrzne i powierzchnie dachów oraz - w razie ww. zmniejszenia powierzchni - zastrzeżenia przez Zamawiającego na swoją rzecz także możliwości odpowiedniego zwiększenia powierzchni zgodnie z potrzebami Zamawiającego zarówno w obiektach wskazanych w załączniku nr 2a i 2b wzoru umowy, jak również w innej lokalizacji na terenie województwa podkarpackiego i małopolskiego, w ramach pierwotnie ustalonej liczby metrów do świadczenia usługi, określonych w załączniku nr 2a i 2b do wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 6a i 6b do SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej załączników w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z powołanymi powyżej przepisami Pzp w szczególności poprzez: usunięcie z SIWZ postanowień dotyczących uprawnień przysługujących Zamawiającemu do zmniejszenia czasowego lub stałego powierzchni sprzątnięj maksymalnie o 20% łącznej powierzchni, o których mowa w zarzutach (obejmującą powierzchnie wewnętrzne, zewnętrzne i powierzchnie dachów)

alternatywnie do zobowiązania Zamawiającego do wskazania katalogu obiektywnie istniejących przesłanek uzasadniających zmniejszenie powierzchni z wyznaczeniem odpowiedniego terminu Wykonawcy na dostosowania się do zmian, Uzupelnienie treści SIWZ o postanowienie w opisie przedmiotu zamówienia zgodnie z dyspozycją art. 29 ust 4 pkt. 4, że Zamawiający wymaga od Wykonawcy zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę przy realizacji zamówienia oraz w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 9 nakazanie Zamawiającemu uzupelnienia wskazania sankcji z tytułu niespełnienia wymagań, a także o wskazanie rodzaju czynności, których wymóg ten dotyczy. Nakazanie Zamawiającemu, aby prace remontowe o których mowa w § 1 pkt 2 umowy po remontach były wyceniane jako prace dodatkowe lub traktowane jako zlecenie prac okresowych. Nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany kryteriów oceny ofert poprzez wyeliminowanie jako jedyne kryterium cenowe. Zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przypisanych.

Odwołujący jako nieuprawnioną uznał okoliczność, w której w załączniku 6a do SIWZ (dot. części 1 zamówienia) oraz w załączniku 6b do SIWZ (dot. części 2 zamówienia), tj. we wzorach umów, Zamawiający w § 1 ust. 5 i 7 wzorów umowy zastrzegł na swoją rzecz uprawnienia do zmniejszenia, lub - w niektórych przypadkach - zwiększenia, czasowego lub stałego powierzchni sprzątej maksymalnie o 20%, łącznej powierzchni obejmującej powierzchnie wewnętrzne i zewnętrzne i powierzchnie dachów.

Odwołujący wskazał, że całe ryzyko faktycznej, mogącej sięgać 20% powierzchni zmiany zakresu zamówienia obciążało wyłącznie wykonawców. Tymczasem, zasadą współżycia społecznego jest zasada, że „umowa wzajemna powinna po obu stronach stwarzać równorzędne warunki jej realizacji.” Odwołujący ocenił, że Wykonawca przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest w stanie określić wielkości zamówienia i tym samym w sposób wolny od wad przygotować ofertę w zakresie wartości oferowanej usługi.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył także przepis art. 7, art. 29 ust 1 i 2 Pzp, a także art. 353 11 i art. 58 § 2 in fine Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ust 1. in fine Pzp w ten sposób, że zastrzegł, aby wykonawca w przypadku ewentualnych prac remontowych lub awarii w sprzątanym obiektach zrealizował usługę sprzątania tych obiektów, nie wskazując przy tym aby prace te były wyceniane jako prace dodatkowe lub aby były traktowane jako zlecenie prac okresowych.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 29 ust. 4 pkt. 4 Pzp w ten sposób, że nie wskazał w opisie przedmiotu zamówienia wymogu związanego z realizacją zamówienia dotyczącego żądania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub

podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, pomimo iż Zamawiający taki wymóg wobec Wykonawcy stawia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zarówno w SIWZ jak i załącznikach żąda, aby wykonawca zatrudniał osoby wykonujące czynności przy realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę. W treści odwołania Odwołujący wskazał szereg postanowień, które w jego ocenie potwierdzają, powyższą okoliczność. Jak wskazał Odwołujący, o ile stawianie przez Zamawiającego wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę wobec Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać ze wszech miar pozytywnie, o tyle wskazać trzeba na jego błędne zastosowanie w treści SIWZ. Zgodnie z dyspozycją normy art. 29 ust 4 pkt. 4 Pzp decydując się na taki wymóg, Zamawiający ma obowiązek wskazania go w opisie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo, na podstawie art. 36 ust. 2 pkt 9 Pzp Zamawiający jest obowiązany do wskazania w SIWZ uprawnień mu przysługujących w zakresie kontroli spełnienia przez wykonawcę wymagań. Powinien również wskazać sankcje za ich niespełnienie oraz rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, w stosunku do których żądane wymagania się odnoszą.

Na marginesie Odwołujący wskazywał, że Zamawiający postępuje zgodnie z *ratio legis* nowelizacji - ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2014 poz. 1232) oraz prowadzaną polityką UE.

Odwołujący podkreślił, że Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/EU z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE wprost bowiem nawiązuje do opublikowanej przez Komisję Europejską strategii Europa 2020, której jednym z głównych celów dążenie do pełnego zatrudnienia i ochrona miejsc pracy. W motywie 2 Dyrektywy wskazano - cyt. - „zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii „Europa 2020” (...) na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex:32014L0024>; zwana dalej Dyrektywą sprzyjającego włączeniu społecznemu jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych”. Organizacja Narodów Zjednoczonych w 2011 r. wydała wytyczne - Zasady przewodnie dotyczące biznesu i praw człowieka - w których to zaakcentowała, że zamówienia publiczne stanowią instrument wspierający nie tylko włączenie społeczne lecz również ochronę podstawowych praw człowieka również w miejscu pracy. Jak argumentował Odwołujący, jest rzeczą szczególnie istotną, aby instytucje zamawiające podejmowały działania w celu wspierania celów społecznych zwłaszcza, że zamówienia publiczne mają na celu zaspokojenie potrzeb społeczności za środki publiczne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1-3 Pzp poprzez błędne

zastosowanie kryterium 100 % jako kryterium oceny ofert.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie przyjął jakoby usługa profesjonalnego utrzymania czystości była usługą prostą, o ustalonych standardach jakościowych. Wskazał, że technologia opracowywana jest w oparciu o poziom jakości usługi wymaganej i akceptowanej przez Zamawiającego, co oznacza że im wyższy jest jej poziom, tym wyższa jest cena oferowanej usługi. Wskazał także, że standard wykonanej usługi uzależniony jest od zastosowanych materiałów wykończeniowych w danym obiekcie. Przykładowo rodzaj prania wykładziny zależy od jej konstrukcji, włókna i sposobu instalacji, podczas gdy w przypadku wykładzin PCV od konieczności konserwacji lub jej braku. Wreszcie, na standard jakości usługi ma także wpływ czas jej wykonywania a więc to czy jest ona realizowana w godzinach pracy jednostek Zamawiającego zajmującego pomieszczenia czy też nie. Usługa sprzątnia i utrzymania czystości jest zatem indywidualnie dobierana do potrzeb w indywidualnych przypadkach, zwłaszcza w przypadku tak zróżnicowanego zamówienia, jak zamówienie będąca przedmiotem postępowania prowadzonego w niniejszej sprawie. Usługa będąca przedmiotem zamówienia nie spełnia warunków określonych w art. 91 ust. 2a Pzp, bowiem nie jest to „powszechnie dostępna”.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego realizowanego na usługi sprzątnia i utrzymania czystości zachodzi konieczność stosowania innych niż cena kryteriów oceny ofert.

Jako dowód Odwołujący załączył do odwołania ekspertyzę biegłego sądowego z dnia 24 października 2015 r. Odwołujący wniósł także o przesłuchanie biegłego sądowego z zakresu profesjonalnego utrzymania czystości w obiektach w osobie Pani J. S.-K., wpisanej na listę biegłych sądowych prowadzonych przez Prezesa Sądu Okręgowego w Bydgoszczy celem ustalenia istotnej okoliczności dla sprawy, a mianowicie ustalenia, że przedmiot zamówienia w niniejszej sprawie nie ma ustalonych standardów jakościowych.

Odwołujący przed otwarciem posiedzenia i rozprawy wycofał zarzut opisany pod nr 1 i 3 odwołania. Zarzuty te, jako wycofane, nie podlegały ocenie. Izba ustaliła, że sporny pozostaje zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 4 pkt. 4 Pzp polegający na nie wskazaniu w opisie przedmiotu zamówienia wymogu związanego z realizacją zamówienia dotyczącego żądania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, pomimo iż Zamawiający taki wymóg wobec Wykonawcy stawia oraz zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1-3 Pzp poprzez błędne zastosowanie kryterium 100 % jako kryterium oceny ofert.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do treści art. 91 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Zgodnie z art. 91 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych, kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2 ustawy, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący bezpodstawnie zarzucił, że usługi sprzątnięcia pomieszczeń oraz sprzątnięcia terenów zewnętrznych opisane w SIWZ nie są powszechnie dostępne i nie mają ustalonych standardów jakościowych.

Dotychczas w orzecznictwie Izby wskazywano, że: zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych określenia, opisujące przedmiot zamówienia jako: „powszechnie dostępny” oraz „o ustalonych standardach jakościowych” nie mają swojej legalnej definicji. Dlatego też wyjaśnienie treści tych pojęć powinno nastąpić w oparciu o ich wykładnię językową. Przy zastosowaniu tej wykładni, termin „powszechna dostępność”, powinien być rozumiany jako dotyczący wszystkich, wszystkiego, pospolity, masowy, seryjny, popularny. Z kolei rzeczy i usługi powszechnie dostępne to takie, które jako dobra popularne są wszędzie na rynku oferowane i wykonywane przez wszystkich wykonawców działających w określonej branży. Można je nabywać bez względu na miejsce i czas, a dostęp do nich co do zasady nie jest ograniczony lub reglamentowany. W konsekwencji, przez „powszechną dostępność dostaw lub usług” należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwi łatwy dostęp do tych dóbr przez praktycznie nieograniczoną grupę konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług (takie stanowisko zawarte jest w piśmie Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Nabywanie

*usług w trybie zapytania o cenę*”; jak również w uchwale Izby z dnia 5 października 2011 r., sygn. akt KIO/KD 75/11). W powołanej uchwale Izby zawarte jest trafne stanowisko, że aby daną dostawę czy usługę zakwalifikować jako powszechnie dostępną, musi ona służyć każdemu do zaspokajania jego bieżących potrzeb. Jednocześnie o dostępności usługi nie świadczy to, od ilu podmiotów na rynku można ją nabyć, ale to, czy usługa ta służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy.

Natomiast termin „ustalone standardy jakościowe”, powinien być rozumiany jako przeciętne typy, wzorce, rodzaje (gatunki) lub wyroby odpowiadające przeciętnym wymaganiom. Termin ten powinien być odnoszony zarówno do standardów wynikających z przyjętych dla tych produktów norm określonych przepisami prawa (o ile prawo zawiera takie normy), jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim. Stąd wywiedziono, że istotną cechą produktów lub usług zamawianych w trybie zapytania o cenę powinna być ich typowość, gwarantująca zamawiającemu porównanie cen takiego samego rodzaju produktów czy usług, oferowanych przez różnych dostawców lub wykonawców, przez podanie nazwy produktu lub usługi i określenie podstawowych ich parametrów czy zakresu.

W niniejszej sprawie należy zauważyć, że przedmiotem zamówienia jest sprzątanie pomieszczeń biurowych i terenów zewnętrznych. Ten rodzaj usług jest powszechnie wskazywany jako przykład usług powszechnie dostępnych i o ustalonych standardach jakościowych. W przypadku usług tego rodzaju oczywistym jest, że usługi te są usługami bieżącego użytku oraz służą zaspokojeniu podstawowej potrzeby, jaką jest utrzymanie w czystości obiektów biurowych (wewnątrz i na zewnątrz) i ich bezpośredniego otoczenia. Usługi te są jak najbardziej usługami powszechnymi oferowanymi przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy dostęp do tych dóbr przez praktycznie nieograniczoną grupę konsumentów.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w treści SIWZ nie zdefiniował w sposób indywidualny oczekiwanego od wykonawców standardu jakości usług sprzątania, czy też specjalnych technik, jakie powinny być zastosowane przy sprzątaniu poszczególnych powierzchni. Zamawiający nie postawił również wymogu zastosowania w trakcie sprzątania odpowiednich technologii, czy też wykonywania usługi sprzątania zgodnie ze specjalną instrukcją czystości. Skoro tak, to uznać należy, że Zamawiający oczekiwał realizacji usługi sprzątania na poziomie przeciętnie oferowanym w obrocie. Nie dowiedziono, aby sprzątane powierzchnie odbiegały w jakikolwiek sposób od standardowo używanych przez inne podmioty. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, SIWZ nie zawiera również wymogu uzyskiwania przez wykonawcę zgód lub zezwoleń na wykonywanie usług sprzątania w budynkach objętych opieką konserwatora zabytków (a nawet gdyby uzyskanie takiej zgody było konieczne, to uzyskanie ich obciążałoby Zamawiającego). Żadna zatem z wymaganych

przy realizacji usługi sprzątanía czynności nie wykracza poza to, co powszechnie rozumiane jest jako sprzątanía obiektów biurowych, wewnątrz i na zewnątrz.

Przedstawiona przez Odwołującego Ekspertyza Bieglego Sądowego z dnia 24 października 2015 r. została uznana przez Izbę jako stanowisko strony. W ocenie Izby, przedstawiony dokument jest jedynie oceną dokonaną przez osobę, która dokument ten podpisała. Co więcej, treść tego dokumentu nie zmienia faktu, że Zamawiający nie zawarł żadnych szczególnych wymagań i standardów, ani też nie określił rezultatu, jaki chce uzyskać, poza rezultatem w postaci czystości na terenach placówek wymienionych w SIWZ. Zamawiający, przykładowo, w treści SIWZ zawarł wymaganie, zgodnie z którym wykładziny należy sprzątać za pomocą odkurzaczy. W ocenie Izby jest to ustalony standard sprzątanía, a jego celem jest szybkie uzyskanie efektu w postaci dokładnego wyczyszczenia odkurzonej powierzchni. Warunki brzegowe zostały przez Zamawiającego określone w ten sam sposób dla wszystkich wykonawców. Zamawiający nie zawarł w SIWZ wymagania, aby konieczne było stosowanie przy sprzątaníu jakichś specjalnych środków.

O każdej z czynności składającej się na przedmiot zamówienia można stwierdzić, że ma ustalony na rynku tego typu usług standard jakościowy, który w tym przypadku sprowadza się do tego, że wiadomo jest, jaki ma być jej rezultat – czysta podłoga, schody, glazura, okna, drzwi, umywalka itd., czy też wypielęgnowane tereny zielone, brak błota, śniegu, lodu i zanieczyszczeń na terenach zewnętrznych.

W świetle powyższego, w ocenie Izby, zarzut Odwołującego, że usługi sprzątanía pomieszczeń biurowych oraz sprzątanía terenów zewnętrznych opisane w SIWZ nie są powszechnie dostępne i nie mają ustalonych standardów jakościowych, jest bezzasadny.

W ocenie Izby, Zamawiający ustalając kryterium cena - 100 % jako kryterium oceny ofert, nie naruszył art. 91 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnośząc się do kolejnego zarzutu, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący postawił zarzut, który jest wewnętrznie sprzeczny. Z jednej bowiem strony Odwołujący wskazuje, że Zamawiający postawił wymóg świadczenia pracy na podstawie umowy o pracę, z drugiej zaś strony domaga się wprowadzenia takiego obowiązku. Powyższe oznacza, że również Odwołujący (skoro domaga się wprowadzenia postanowień do SIWZ) ma świadomość, że Zamawiający nie postawił w treści SIWZ wymagania, aby osoby realizujące zamówienie były zatrudniane na podstawie umowy o pracę.

W ocenie Izby nie jest prawdą, że treść specyfikacji przewiduje obowiązek zatrudnienia przez wykonawcę pracowników na podstawie umowy o pracę. Gdyby tak było, Zamawiający byłby zobowiązany wyraźnie zastrzec, że chodzi o stosunek pracy w rozumieniu Kodeksu pracy, natomiast takiego zastrzeżenia w treści SIWZ nie ma.



Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w ten sposób, że pojęcie „pracownik” zastąpił słowem „osoba”. Takie działanie Zamawiającego w ocenie Izby wskazuje, że celem Zamawiającego było wyeliminowanie wątpliwości co do charakteru więzi prawnej, jaka powinna łączyć wykonawcę oraz osoby, przy pomocy których wykonawca wykonywać będzie zamówienie. Wątpliwości te mogły być związane z rozumieniem słowa „pracownik”, które w znaczeniu ścisłym oznacza osobę, którą z wykonawcą realizującym zamówienie powinna łączyć umowa o pracę. Zastąpienie określenie „pracownik” określeniem „osoba” rozwiewa te wątpliwości. Określenie „osoba” jest całkowicie neutralne i nie wskazuje na wymagany lub pożądaną przez Zamawiającego rodzaj więzi prawnej łączącej „osobę” z wykonawcą realizującym zamówienie. Tym samym, dokonana przez Zamawiającego zmiana treści SIWZ wskazuje, że Zamawiający nie postawił żadnych wymogów co do rodzaju więzi prawnej pomiędzy wykonawcą, a osobami, przy pomocy których wykonawcy wykonywać będą zamówienie. Może to więc być każda dopuszczalna prawem więź prawna, wynikająca np. z umowy o pracę, umowy zlecenia, umowy o świadczenie usług itd. Z powyższego zatem jednoznacznie wynika, że Zamawiający nie przedstawił w SIWZ (jak również ogłoszeniu o zamówieniu) wymagania, aby osoby realizujące zamówienie były zatrudniane na podstawie umowy o pracę.

Należy także zauważyć, że Odwołujący w sposób nieprawidłowy zinterpretował treść art. 22 Kodeksu pracy. Postanowienia SIWZ określające placówki Zamawiającego, które będą podlegały usługom sprzątnia, godziny otwarcia placówek, określenie godzin, w jakich mają zostać posprzątnane placówki oraz informacja, że czas realizacji usługi zostanie ustalony z kierownikiem, administratorem obiektu lub osobą zastępującą, są to informacje dla Wykonawców, dotyczące sposobu realizacji zamówienia. Powyższe informacje nie stanowią regulacji pomiędzy Wykonawcą a osobami, które będą realizowały poszczególne zadania, a więc wykonywały czynności sprzątnia. W punkcie 10 pod tabelą, stanowiącą załącznik nr 1a do wzoru umowy, wskazano, że czas pracy personelu sprzątnającego będzie uzgadniany indywidualnie przez wykonawcę z naczelnikami urzędów pocztowych (...). Z powyższego wynika, że zapisy SIWZ dotyczą wyłącznie relacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. To Wykonawca będzie zlecał poszczególne zadania osobom, z którymi jest związany poprzez umowy. Z powyższych postanowień nie wynika, aby na ich podstawie miała powstać jakakolwiek relacja pomiędzy Zamawiającym a tymi osobami. Zamawiający nie jest uprawniony do wchodzenia w regulacje pomiędzy wykonawcami a osobami zatrudnionymi (niezależnie od podstawy prawnej tego zatrudnienia) przez wykonawców. Postanowienia określone w treści specyfikacji dotyczą bowiem regulacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, nie zaś osobami, które tę usługę będą wykonywały (zatrudnianymi przez wykonawcę).

Oświadczenia Zamawiającego złożone w trakcie rozprawy, jak również dokonana modyfikacja treści SIWZ potwierdza, że nie było celem Zamawiającego postawienie wymagania dotyczące zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie postawił zatem wymagania zatrudnienia przez Wykonawcę pracowników na podstawie umowy o pracę. Tak sformułowana treść SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu nie narusza przepisów postępowania.

Odwołujący nie przywołał żadnego przepisu, który miałby naruszyć Zamawiający nie wprowadzając wymagania zatrudnienia przez Wykonawcę pracowników na podstawie umowy o pracę. Brak jest w obowiązujących przepisach wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Przywoływane w treści odwołania postanowienia czy stwierdzenia dotyczące regulacji Dyrektywy, wytycznych Organizacji Narodów Zjednoczonych, są ogólne i nie odnoszą się bezpośrednio w swej treści do wymagań związanych z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę. Izba może badać naruszenie przez Zamawiającego obowiązujących przepisów, nie zaś przepisów niewprowadzonych lub zawierających jedynie niewiążące zalecenia.

Odwołujący w treści odwołania odnosił się do dyspozycji art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Artykuł ten stanowi, że Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności.

W przepisie tym zawarte jest uprawnienie, ale nie obowiązek Zamawiającego do wprowadzenia takiego wymogu. Jednakże nawet gdyby Zamawiający zamierzał wprowadzić taki wymóg, to ustawa zawiera w tym zakresie ograniczenie polegające na tym, że postawienie wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę możliwe jest tylko w przypadkach, gdy jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem czynności, które mają być wykonywane przez osoby zawierające umowę o pracę. Postawienie tego wymogu zależy od uznania Zamawiającego, ale nawet w przypadku, gdyby Zamawiający zamierzał ten wymóg wprowadzić, to jego wprowadzenie nie jest pozostawione wyłącznie uznaniu Zamawiającego, lecz musi być uzasadnione przedmiotem lub charakterem czynności, jakie mają być wykonywane przez osoby, co do których postawiony został wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Zamawiający nie naruszył zatem art. 29 ust. 4 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba zaliczyła załączoną do odwołania Ekspertyzę Biegłego Sądowego z dnia 24 października 2015 r. jako stanowisko strony. Odwołujący nie sformułował wniosku

dowodowego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Forma i treść ekspertyzy wskazują, że została ona sporządzona na zlecenie Odwołującego, co w konsekwencji nie przesądza, że stwierdzenia w niej zawarte mają walor opinii biegłego sądowego. Nie sposób zatem przyznać jej waloru takiego dowodu w rozpoznawanej sprawie. Stanowisko wyrażone w tej ekspertyzie mają walor taki sam, jak przedstawione w odwołaniu stanowisko Odwołującego.

Nadto Izba oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań p. J. S. K., która sporządziła Ekspertyzę Biegłego Sądowego z dnia 24 października 2015 r. Dokonanie oceny podnoszonych w niniejszej sprawie okoliczności nie wymaga posiadania wiadomości specjalnych, którymi dysponuje biegły sądowy i które mógłby przekazać w trakcie przesłuchania. Stąd też w ocenie Izby zbędne byłoby przeprowadzenie dowodu z zeznań wnioskowanego przez Odwołującego świadka. Nadto Izba uznała, że powołanie tego dowodu prowadziłoby jedynie do przewlekłości postępowania. Zgromadzony materiał dowodowy stanowi wystarczającą podstawę do oceny zarzutów, które sprowadzają się do interpretacji odpowiednich postanowień SIWZ. Zeznanie świadków (a tak należy w niniejszej sprawie potraktować osobę p. J. S. K., pomimo, że jest ona wpisana na listę biegłych sądowych) w tym zakresie są więc bezprzedmiotowe.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....