

WYROK

z dnia 20 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2011 r. przez wykonawcę **PHU "HOLLYWOOD" A. Konieczkowski, R. Konieczkowska spółka jawna, 09-200 Sierpc, ul. Bojanowska 2a** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy, 85-094 Bydgoszcz, ul. M. Skłodowskiej-Curie 9.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Szpitalowi Uniwersyteckiemu nr 1 im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy, 85-094 Bydgoszcz, ul. M. Skłodowskiej-Curie 9** zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez:
 - wykreślenie w pkt. 3.7 wymogu świadczenia usługi prania zgodnie z wymogami normy ISO 9001 w zakresie wypożyczania bielizny dla jednostek służby zdrowia i branży medycznej,
 - wykreślenie w załączniku Nr 11 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w opisie fartucha chirurgicznego (zielonego) wielorazowego użytku przeznaczonego do zabiegów wysokiego ryzyka parametru odporności na przenikanie cieczy min. 900 cm H₂O

2. kosztami postępowania obciąża **Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy, 85-094 Bydgoszcz, ul. M. Skłodowskiej-Curie 9** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PHU "HOLLYWOOD" A. Konieczkowski, R. Konieczkowska spółka jawna, 09-200 Sierpc, ul. Bojanowska 2a** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Szpitala Uniwersyteckiego nr 1 im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy, 85-094 Bydgoszcz, ul. M. Skłodowskiej-Curie 9** na rzecz **PHU "HOLLYWOOD" A. Konieczkowski, R. Konieczkowska spółka jawna, 09-200 Sierpc, ul. Bojanowska 2a** kwotę **17 000 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Uniwersytecki Nr 1 im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na kompleksową usługę prania wraz z transportem bielizny ogólnoszpitalnej, operacyjnej i roboczej dzierżawionej oraz bielizny ogólnoszpitalnej będącej własnością zamawiającego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 7 lipca 2011 roku wykonawca przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „HOLLYWOOD” A. Konieczkowski, R. Konieczkowska Spółka Jawna w Sierpcu (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) dotyczące:

- 1) opisu przedmiotu zamówienia - zawarte w rozdz. 3;
- 2) wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu - zawarte w rozdz. 7 pkt 7.1 c,
- 3) wymagań w odniesieniu do dzierżawionej bielizny pościelowej oraz wymagań w odniesieniu do dzierżawionej bielizny operacyjnej - zawarte w załączniku nr 9 i załączniku nr 11 do SIWZ,
- 4) głównych postanowień umowy - zawarte w § 2 zał. Nr 14 do SIWZ.

podnosząc następujące zarzuty naruszenia:

- 1) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wyrażające się niejednoznacznym i niewyczerpującym opisem przedmiotu zamówienia, bez uwzględnienia w nim wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
- 2) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wyrażające się w opisie przedmiotu zamówienia, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję,
- 3) art. 29 ust. 3 ustawy Pzp wyrażające się w opisie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych mimo, że nie jest to uzasadnione specyfiką zamówienia oraz Zamawiający może opisać przedmiot za pomocą dostatecznie dokładnych określeń oraz bez wskazania wyrazów „lub równoważny”,
- 4) art. 14 i 139 ustawy Pzp w zw. z art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.) [dalej K.c] w zw. z art. 353' K.c. i art. 473 § 1 K.c, art. 487 K.c. i art. 484 § 2 K.c,
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wyrażające się w przygotowaniu SIWZ w zakresie kwestionowanych postanowień w sposób nie zapewniający zachowania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) wykreślenia w pkt 3.3. SIWZ sformułowania „typu T-BT 1315”, które jest znakiem towarowym firmy DATAMARS z/s w Youngstown, USA, charakteryzującym tag (chip) z rodziny produktów „ORION”,
- 2) zmiany wymagań ustanowionych dla chipów w pkt 3.3. na cechy techniczne i jakościowe nieutrudniające uczciwej konkurencji, w szczególności:
 - a) wykreślenia wymogu odnoszącego się do wagi chipu lub dopuszczenia tolerancji wymaganej gramatury chipów +/- 7% (od 0,78 do 0,88 g),
 - b) dopuszczenia równoważnego do wszywania sposobu mocowania chipów np. wgrzewania metodą wulkanizacyjną,
 - c) wykreślenia wymogu o konieczności zgodności chipów z normą ISO DIS11785, która to norma dotyczy znakowania zwierząt i nie jest związana z przedmiotem zamówienia jakim jest świadczenie usług pralniczych,
- 3) zmiany:
 - a) postanowień pkt 3.4. SIWZ poprzez jednoznaczne określenie rodzaju i ilości asortymentu, który będzie oznakowany tagami, a w odniesieniu do asortymentu, który stanowi własność Zamawiającego i będzie odsprzedany Wykonawcy — dodatkowo określenie ceny odkupienia oraz
 - b) postanowień zawartych w § 2 ust. 1 lit. e) zał. Nr 14 do SIWZ, poprzez jednoznaczne wskazanie rodzaju, ilości oraz ceny odzieży i bielizny stanowiącej własność Zamawiającego, która będzie sprzedana Wykonawcy przez Zamawiającego oraz oznakowana tagami,
 - c) zmiany postanowień zawartych w § 2 ust. 1 lit. f) zał. Nr 14 do SIWZ, poprzez jednoznaczne wskazanie rodzaju i ilości odzieży i bielizny wydzierżawianej Zamawiającemu, ewentualnie ustalenie zasad określania dodatkowego wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji, gdy zmiana takiej ilości nastąpi po zawarciu umowy,
- 4) wykreślenia wymogu określonego w pkt 3.6 SIWZ prowadzenia prania w zwalidowanym procesie oraz załączenia do oferty raportu walidacji,
- 5) wykreślenia w pkt 3.7. wymogu świadczenia usługi prania zgodnej z wymaganiami normy PN EN ISO 13485, która jest normą dotyczącą wyrobów medycznych i nie dotyczy świadczenia usług prania oraz konieczności świadczenia usług prania zgodnie z wymaganiami normy ISO 9001 w zakresie wypożyczania bielizny dla jednostek służby zdrowia i branży medycznej,
- 6) zmiany pkt 3.13. SIWZ oraz postanowień zawartych w § 2 ust. 1 lit. n) zał. Nr 14 do SIWZ, poprzez wprowadzenie do nich zapisu o zapłacie Wykonawcy przez Zamawiającego kwoty pokrywającej koszt bielizny oraz jej oznakowania tagiem, w sytuacji, gdy skażenie bielizny nie będzie wynikać z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,

- 7) zmiany postanowienia określonego w drugim zdaniu pkt 7.1. e) SIWZ „wykonał nie więcej niż trzy usługi” na „wykonał co najmniej trzy usługi” oraz zwrotu „o łącznej wartości 1.000.000,00 zł” na zapis: „o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł”,
- 8) wykreślenia wymagań dotyczących rodzaju tkaniny i jej składu w odniesieniu do dzierzawionej bielizny pościelowej zawartych w załączniku nr 9 do SIWZ oraz wykreślenia wymagań dotyczących rodzaju tkaniny i jej składu w odniesieniu do dzierzawionej bielizny operacyjnej nie barierowej (komplety odzież)? jednego dnia, serwety oraz prześcieradła operacyjne i fartuchy operacyjne) zawartych w zał. Nr 11 do SIWZ (str. 34),
- 9) zmiany postanowień zawartych w § 2 ust. 1 lit. c) zał. Nr 14 do SIWZ, na następujący: „Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości wartości brakującej odzieży i bielizny wraz z oznakowaniem - gdy brakująca odzież i bielizna stanowiąc będzie własność Wykonawcy oraz ich brak będzie następstwem okoliczności za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający”,
- 10) zmiany postanowień zawartych w § 4 ust. 8 zał. Nr 14 do SIWZ, poprzez ustalenie prawa Wykonawcy do naliczania odsetek za opóźnienia w płatnościach ze strony Zamawiającego w wysokości ustawowej, a nie jak określił to Zamawiający - 4,33 % w stosunku rocznym,
- 11) wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia oraz zał. Nr 15 do SIWZ (Główne postanowienia umowy) minimalnego okresu na wprowadzenie bielizny i odzieży dzierzawionej, oznakowanie odzieży i bielizny chipami, wdrożenie radiowego systemu odczytu chipów i systemu komputerowego on-line ewidencji wykonywanych usług, wynoszącego co najmniej trzy miesiące licząc od daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, zasadą obowiązująca zamawiającego jest zakaz opisywania przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów i pochodzenia. Uchylenie tego zakazu możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu opisując przedmiot zamówienia posłużył się znakiem towarowym w zakresie typu tagu, jakim każdy Wykonawca po uzyskaniu zamówienia publicznego będzie musiał oznakowywać bieliznę i odzież. Wskazany w SIWZ typ T-BT 1315 stanowi znak towarów) firmy DATAMARS z/s w Youngstown, USA i charakteryzuje tag (chip) z rodziny produktów „ORION” (dowód: nota katalogowa tagu T-BT1315 HT "ORION" wraz z tłumaczeniem na język polski).

W zakresie żądań zmiany wymagań ustanowionych dla chipów w pkt 3.3. na cechy techniczne i jakościowe nieutrudniające uczciwej konkurencji, w szczególności:

- a) wykreślenia wymogu odnoszącego się do wagi chipu lub dopuszczenia tolerancji wymaganej gramatury) chipów +/- 7% (od 0,78 do 0,88 g),
 - b) dopuszczenia równoważnego do wszywania sposobu mocowania chipów np. wgrzewania,
 - c) wykreślenia wymogu o konieczności zgodności chipów z normą ISO DIS11785, która to norma dotyczy znakowania zwierząt i nie jest związana z przedmiotem zamówienia jakim jest świadczenie usług pralniczych,
- odwołujący się stwierdził, że podane przez zamawiającego cechy techniczne i jakościowe chipów odnoszą się do chipów typu T-BT 1315, a więc prowadzą do dyskryminacji pośredniej.

W zakresie żądanie zmiany:

- a) postanowień pkt 3.4. SIWZ poprzez jednoznaczne określenie rodzaju i ilości asortymentu, który będzie oznakowany tagami, a w odniesieniu do asortymentu, który stanowi własność Zamawiającego i będzie odsprzedany Wykonawcy — dodatkowo określenie ceny odkupienia oraz
 - b) postanowień zawartych w § 2 ust. 1 lit. e) zał. Nr 14 do SIWZ, poprzez jednoznaczne wskazanie rodzaju, ilości oraz ceny odzieży i bielizny stanowiącej własność Zamawiającego, która będzie sprzedana Wykonawcy przez Zamawiającego oraz oznakowana tagami,
 - c) zmiany postanowień zawartych w § 2 ust. 1 lit. f) zał. Nr 14 do SIWZ, poprzez jednoznaczne wskazanie rodzaju i ilości odzieży i bielizny wdzierżawianej Zamawiającemu, ewentualnie ustalenie zasad określania dodatkowego wynagrodzenia Wykonawcy w sytuacji gdy zmiana takiej ilości nastąpi po zawarciu umowy,
- odwołujący się stwierdził, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie odwołującego się opis przedmiotu zamówienia nie pozwala na przygotowanie oferty i obliczenie oceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Brak jednoznacznego określenia rodzaju i ilości asortymentu, który będzie oznakowany tagami, a w odniesieniu do asortymentu, który stanowi własność zamawiającego i będzie odsprzedany wykonawcy — dodatkowo określenie ceny jego odkupienia utrudnia określenie rentowności zamówienia. Wykonawca winien mieć pewność co do zakresu świadczonych przez niego usług, a w sytuacji, gdy będzie zobowiązany do odkupienia asortymentu wskazywanego przez Zamawiającego - znać cenę jego odkupu. Trwałość stosunku prawnego powstałego wskutek przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, w wyznaczonych ramach co do zakresu zamówienia jest wartością

samoistną, rzutującą między innymi na proponowaną przez wykonawców cenę. Niepewność co do zakresu świadczenia powoduje bowiem niepewność co do zasad kalkulacji, a więc i wysokości jej ceny. Wiedza na temat wielkości zamówienia pozwala na dokonanie prawidłowej kalkulacji uwzględniającej zwrot poniesionych przez Wykonawcę kosztów (kosztów, które wykonawcy poniosą praktycznie przed rozpoczęciem świadczenia usługi).

Przygotowując ofertę wykonawca musi wiedzieć jaki asortyment będący własnością zamawiającego i, w szczególności, w jakiej ilości będzie oznakowany chipami. Powyższe informacje są niezbędne do celów prawidłowego skalkulowania kosztów i ustalenia ceny ofertowej. Ponadto zamawiający wymaga, aby wskazany przez zamawiającego asortyment został przez Wykonawcę odkupiony (§ 2 ust. 1 lit. e) zał. Nr 14 do SIWZ). Nie jest możliwe skalkulowanie ceny ofertowej nie wiedząc ile i jaki rodzaj asortymentu, a w szczególności po jakiej cenie, będzie zobowiązany wykonawca nabyć od zamawiającego. Z kolei w § 2 ust. 1 lit. f) zał. Nr 14 do SIWZ, zamawiający ustalił, iż ilość i asortyment odzieży i bielizny wydierżawianej przez wykonawcę będzie ustalana „według jego uznania”. Stosowanie tego typu określeń powoduje, iż wykonawca nie może skalkulować rzetelnie ceny ofertowej.

Powyższe zaniechania zamawiającego stanowią naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i prowadzą do naruszenia zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie żądania wykreślenia wymogu określonego w pkt 3.6 SIWZ prowadzenia prania w zwalidowanym procesie oraz załączenia do oferty raportu walidacji odwołujący się podniósł, że świadczenie usług pralniczych dla zakładów opieki zdrowotnej wymaga przestrzegania i znajomości przez wykonawców następujących przepisów prawa: rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 02.02.2011 r. w sprawie wymagań jakim powinny odpowiadać pod względem fachowym i sanitarnym pomieszczenia i urządzenia zakładu opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 31 Poz. 158), rozporządzenia Ministra Infrastruktur- z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 175, poz. 690), rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26.09.1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz. U. Nr 129, poz. 844), rozporządzenia Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 11.09.1996 r. w sprawie czynników rakotwórczych środowisku pracy (Dz. U. Nr 121, poz. 571), ustawy o substancjach i preparatach chemicznych z dnia 11.01.2001 r. (Dz. U. Nr 11, poz. 84 z późn. zm.), rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 11.07.2002 r. w sprawie kryteriów i sposobów klasyfikacji substancji i preparatów chemicznych (Dz. U. Nr 140, poz. 1172), rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 27.04.2000 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w pralniach i farbiarniach (Dz. U. Nr 40, poz. 469).

Żaden przepis prawa nie nakłada na wykonawców świadczących usługi pralnicze obowiązku prowadzenia prania w walidowanym procesie.

Natomiast rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2006 r. (Dz. U. Nr 213, poz. 1568), na które to Zamawiający powołuje się w pkt 7.1.b siwz żądając przedstawienia opinii sanitarnej wydanej przez właściwego Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w oparciu o przeprowadzone w pralni kontrole, potwierdzającej spełnienie wymogów tegoż rozporządzenia określa, iż pralnia wykonawcy świadczącego usługi pralnicze dla szpitali musi być wyposażona w maszyny pralnicze wyposażone w automatyczne systemy dozujące środki piorące i dezynfekcyjne oraz w urządzenia kontrolujące parametry procesu prania i dezynfekcji. Załączenie do oferty, zgodnie z żądaniem zamawiającego, stosownej opinii sanitarnej potwierdzającej, że pralnia wykonawcy spełnia wymogi cytowanego rozporządzenia, a tym samym posiada automatyczne systemy dozowania i kontroli parametrów daje zamawiającemu pewność, że procesy prania i dezynfekcji będą stabilne i powtarzalne. Odwołujący wskazał ponadto, iż posiada wdrożony systemu zarządzania jakością ISO 9001 w zakresie kompleksowych usług prania, dezynfekcji i renowacji wyrobów tekstylnych wraz z transportem, co dodatkowo pewność tą wzmacnia.

Ustalenie nadmiernych i nie nieuzasadnionych obiektywnymi potrzebami zamawiającego wymagań przedmiotowych negatywnie wpływa na konkurencyjność przetargu i stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący się stwierdził, że nie ma żadnego uzasadnienia żądanie zamawiającego aby usługa prania była świadczona zgodnie z wymaganiami normy PN EN ISO 13485.

Po pierwsze, przywołana norma dotyczy wyrobów medycznych, a więc jest wymogiem niezwiązanym z przedmiotem zamówienia. Wykonawca w ramach przyszłej umowy nie będzie produkował i prowadził sprzedaży jakichkolwiek wyrobów medycznych.

Po drugie, wystarczające zabezpieczenie interesów zamawiającego w zakresie gwarancji najwyższej jakości świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia, a więc obejmujących kompleksową usługę prania wraz z transportem bielizny ogólnoszpitalnej, operacyjnej, roboczej dzierżawionej oraz bielizny ogólnoszpitalnej będącej własnością zamawiającego, stanowi wymóg świadczenia usług prania zgodnie z wymaganiami normy ISO 9001 oraz obowiązek posiadania aktualnej opinii sanitarnej wydanej przez Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego potwierdzającej spełnianie przez pralnię Wykonawcy wymogów dotyczących bezpieczeństwa i ochrony zdrowia zgodnie z wymogami sanitarno-higienicznymi na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 27. 04. 2000 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w pralniach i farbiarniach (Dz. U. Nr 40, poz. 469) oraz rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 10 listopada 2006 r. w sprawie wymagań, jakim powinny odpowiadać pod względem fachowym i sanitarnym pomieszczenia i urządzenia zakładów opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 231, poz. 1568, z późn. zm.) [aktualnie

rozporządzenia Ministra Zdrowia z 02.02.2011 r. (Dz. U. Nr 31 Poz. 158)], który to wymóg określił Zamawiający w pkt 7 ppkt 7.1. lit. b) SIWZ.

Wymóg świadczenia usługi prania zgodnie z wymaganiami normy PN EN ISO 13485 negatywnie wpływa na konkurencyjność przetargu (walidacja w zakresie wyrobów medycznych nie jest z zasady dokonywana przez podmioty świadczące usługi pralnicze), a w sytuacji, gdy wymóg ten jest nadmierny w zakresie obiektywnych potrzeb zamawiającego - utrudnia uczciwa konkurencję (a więc narusza art, 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Nie jest również uzasadnione żądanie, aby usługa prania była świadczona zgodnie z normą ISO 9001 w zakresie wypożyczania bielizny dla jednostek służby zdrowia. Zamawiający w pkt 3.7. SIWZ twierdzi, iż świadczenie usług prania, zgodnie z wymaganiami przywołanej normy w zakresie wypożyczania bielizny zapewnia, że dezynfekcja i pranie są wykonywane w nadzorowanych procesach. Odwołujący odbiera ww. twierdzenie jako określające potrzebę zamawiającego, która winna być zaspokojona w ramach przyszłego świadczenia. W tym zakresie należy stwierdzić, iż potrzeba ta (t.j. zapewnienie, że dezynfekcja i pranie są wykonywane w nadzorowanych procesach) jest w pełni zaspokajana poprzez świadczenie usługi prania zgodnie z normą ISO 9001 w zakresie kompleksowych usług prania i dezynfekcji, z całą pewnością natomiast nie zapewnia zaspokojenia takiej potrzeby świadczenie usług prania zgodnie z normą ISO 9001 w zakresie wypożyczania bielizny. Dodatkowo potwierdzenie zaspokojenia takiej potrzeby znaleźć może zamawiający w aktualnej opinii sanitarnej wydanej przez Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego, wymaganej w pkt 7 ppkt 7.1. lit. b) SIWZ.

Określanie nieproporcjonalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, t.j. nieuzasadnionych obiektywnymi potrzebami zamawiającego, niezwiązanych z przedmiotem oraz dublowanych poprzez obowiązek wykazywania na kilka sposobów potwierdzenia tego samego aspektu przedmiotowego stoi w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i prowadzi do naruszenia art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w pkt 3.13. oraz w § 2 ust. 1 lit. n) zał. Nr 14 do SIWZ określa zasady postępowania w przypadku wystąpienia skażenia bielizny. Analizując całokształt wymagań zawartych w SIWZ należy stwierdzić, iż nawet w przypadku, gdy skażenie będzie następstwem okoliczności za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności (np. przypadek skażenia wypranej i dostarczonej zgodnie z umową odzieży na oddziale szpitalnym, lub kradzież odzieży i zafałszowanie tego zdarzenia poprzez wpisanie jej do protokołu asortymentu rzekomo przekazanego do firmy utylizacyjnej) całą odpowiedzialność finansową za te zdarzenia ponosić będzie wykonawca. Powyższe twierdzenie odwołujący oparł na:

- 1) braku jakichkolwiek zapisów w SIWZ o zapłacie wykonawcy przez zamawiającego kwoty pokrywającej koszt bielizny oraz jej oznakowania tagiem, w sytuacji, gdy skażenie bielizny nie będzie wynikać z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy;

2) wskazaniu w § 2 ust. 1 lit. c) zał. Nr 14 do SIWZ obowiązku współdziałania wykonawcy z zamawiającym w zakresie analizowania w odstępach tygodniowych stanów przekazanej odzieży i bielizny w celu ustalenia ewentualnych braków oraz zobowiązania w takim przypadku (stwierdzenia braków) do zapłaty kary umownej w wysokości 5% wartości brutto miesięcznego wynagrodzenia umownego oraz zapisów § 2 ust. 1 lit. e) zał. Nr 14 do SIWZ (zobowiązującego wykonawcę do nabywania odzieży i bielizny według wskazań zamawiającego), § 2 ust. 1 lit. f) zał. Nr 14 do SIWZ (zobowiązującego wykonawcę do wydzierżawiania zamawiającemu odzieży i bielizny w ilości i asortymencie oznaczonym przez zamawiającego według jego uznania.

Obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353' K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Konsekwencją ułożenia stosunku prawnego z przekroczeniem zasady swobody umów jest bezwzględna nieważność czynności prawnej na podstawie art. 58 k.c. Stosownie do art. 473 § 1 K.c.: „Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.” Należy jednakże zauważyć, iż dłużnik na podstawie art. 473 K.c. nie może przejąć na siebie odpowiedzialności za okoliczności dotyczące wierzyciela. Sporządzenie przez zamawiającego wzoru umowy (zał. Nr 14 - główne postanowienia umowy), zgodnie z którego postanowieniami nie ponosi on odpowiedzialności finansowej za stwierdzone braki w asortymencie odzieży i bielizny wady, gdy skażenie bielizny nie będzie wynikać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy stanowi de facto obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością finansową za nienależyte wykonanie obowiązków wynikających z umowy przez zamawiającego i jako takie jest sprzeczne z art. 473 § 1 K.c. W konsekwencji postanowienia umowy należy uznać za sprzeczne z ustawą, a tym samym nieważne na podstawie art. 58 K.c. w zw. z art. 353' K.c. i art. 473 § 1 K.c.

Zdaniem odwołującego, zaskarżone postanowienia wzoru umowy naruszają art. 14 i art. 139 ustawy Pzp w związku z art. 58 K.c. w zw. z art. 353' K.c. i art. 473 § 1 K.c.

Odwołujący się stwierdził, że nie jest uzasadnione ograniczanie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawcom mogącym wykazać wykonanie więcej niż trzy usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącej przedmiot zamówienia. Nie ma również racji ustalenie, iż łączna wartość wykazywanych usług musi wynosić

dokładnie 1.000.000,00 zł. Należy ponadto zwrócić uwagę na sprzeczność postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia (pkt 6 ppkt 6.2. lit. b) SIWZ), a treścią zawartą w pkt 7 pkt 7.1. lit. e) SIWZ - opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku nie określa ani liczby usług, ani ich łącznej wartości, tymczasem wymagania te pojawiają się w opisie zawartości wymaganego wykazu zrealizowanych usług.

Brak pewności co do treści wymagań zamawiającego, jak również oceny ich spełniania powoduje, iż postępowanie przetargowe nie jest prowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Interpretacja opisów oceny dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu winna być dokonywana z zastosowaniem wykładni gramatycznej, co oznacza, iż ich treść musi być jednoznaczna, sporządzona w taki sposób aby każdy z wykonawców mógł ocenić przed przystąpieniem do udziału w postępowaniu, czy dane wymagania spełnia. Tym zasadam opis dokonany przez zamawiającego nic sprostował. Sporny zapis SIWZ wskazuje, zdaniem odwołującego, na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jak również art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

Odwołujący się stwierdził, że z załączniku nr 9 do SIWZ zamawiający określił, że wydzierżawiana bielizna pościelowa winna być wykonana z tkaniny elanobawełnianej o składzie 50% bawełna i 50% poliester.

W ocenie odwołującego się nie ma żadnego uzasadnienia dla określenia takich wymagań.

Po pierwsze, zgodnie z postanowieniami normy PN-84/P-84543, określającej wymogi dotyczące szpitalnej bielizny pościelowej, dopuszcza się jej wykonanie jedynie z tkanin bawełnianych i bawełniano - lnianych (nie przewiduje natomiast dla bielizny pościelowej szpitalnej tkaniny w postaci elanobawełny). Niezrozumiałe jest zatem uniemożliwienie wykonawcom zaoferowanie bielizny pościelowej zgodnie z Polską Normą.

Po drugie, bielizna pościelowa, zgodnie z wymaganiami SIWZ, ma być wydzierżawiona zamawiającemu a koszt dzierżawy ujęty ma być w cenie ofertowej. Powyższe oznacza, iż nawet w sytuacji, gdyby dostarczona przez wykonawcę do wydzierżawienia bielizna pościelowa była darta codziennie, to na wykonawcy spoczywałby ciężar zapewnienia dostarczenia nowej bielizny w ramach umówionego wynagrodzenia.

Po trzecie, odwołujący stwierdził, iż kwestionowane wymagania uniemożliwiają mu zaoferowanie bielizny pościelowej o wyższej jakości, a więc niezaprzeczalnie równoważnej do tej z elanobawełny. Wykonawca stosuje bieliznę pościelową szpitalną wykonaną w 100% z tkaniny bawełnianej. Tkanina ta posiada napis identyfikujący właściciela konfekcji wykonany metodą wtkania w strukturę tkaniny. Tkanina jest zgodna z normą ENV 14237:2002 „Tekstyliia w systemie ochrony zdrowia” co jest potwierdzone certyfikatem

wydanym przez notyfikowane laboratorium oraz spełnia wymagania humanoekologiczne dla wyrobów z bezpośrednim kontakcie ze skórą Óko-Tex Standard 100 potwierdzone stosownym certyfikatem wydanym przez upoważnione laboratorium.

Certyfikat Óko-Tex Standard 100 daje Zamawiającemu pewność, że dzierżawiona bielizna nie będzie powodowała reakcji alergicznych u pacjentów i personelu oraz nie będzie zawierała niedozwolonych stężeń formaldehydu, pestycydów, chlorofenoli, przenośników chloroorganicznych, biocydów, związków cynoorganicznych, metali ciężkich, barwników azowych mogących odszczepiać kancerogenne aryloaminy i barwników alergizujących.

Narzucenie wszystkim wykonawcom obowiązku wydzierżawiania bielizny pościelowej z tkaniny elanobawełnianej bez dopuszczenia tkanin równoważnych, w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencyjność przetargu, a ponadto faworyzuje tych wykonawców, którzy dysponują bielizną z tkaniny elanobawełnianej. Powoduje to uszczerbek u wykonawców, którzy bielizny z takiej tkaniny nie posiadają, a więc zobowiązani będą do ponoszenia nieuzasadnionych kosztów ich zakupu dla celów wywiązania się z zobowiązań umownych.

Nie ma również żadnego uzasadnienia, aby dzierżawiona bielizna operacyjna określona w zał. Nr 11 do SIWZ (fartuch chirurgiczny niskiego ryzyka, fartuch chirurgiczny wysokiego ryzyka oraz komplety operacyjne bluza plus spodnie) była wykonana z tkaniny o parametrach wskazanych przez zamawiającego. Wymagania dla ww. bielizny określone zostały w normie PN EN 13795 1:3. Zatem w celu nie ograniczania uczciwej konkurencji zamawiający powinien dopuścić odzież operacyjną wykonaną z tkanin równoważnych o innych parametrach odpowiadających i spełniających wymagania normy PN EN 13795 1:3.

W ocenie odwołującego się z uwagi na okoliczność, iż to wykonawca na swój koszt ma zapewniać codzienne dostawy czystej bielizny pościelowej oraz czystej bielizny operacyjnej, należy usunąć sporne zapisy z treści SIWZ. Omawiane ograniczenie narusza art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w § 2 ust. 1 lit. c) zał. Nr 14 do SIWZ przenosi pełną odpowiedzialność finansową na wykonawcę za zdarzenia skutkujące wystąpieniem braków w asortymencie bielizny i odzieży, w tym te leżące po stronie zamawiającego (np. gdy skażenie wypranej i dostarczonej zgodnie z umową odzieży nastąpi na oddziale szpitalnym, lub w sytuacji kradzieży odzieży i zafałszowania tego zdarzenia poprzez wpisanie jej do protokołu asortymentu rzekomo przekazanego do firmy utylizacyjnej). Powyższe twierdzenie odwołujący opiera na:

- 1) braku jakichkolwiek zapisów w SIWZ o zapłacie wykonawcy przez zamawiającego kwoty pokrywającej koszt bielizny oraz jej oznakowania tagiem, w sytuacji, gdy skażenie bielizny nie będzie wynikać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;

2) wskazaniu w § 2 ust. 1 lit. c) zał. Nr 14 do SIWZ obowiązku współdziałania wykonawcy z zamawiającym w zakresie analizowania w odstępach tygodniowych stanów przekazanej odzieży i bielizny w celu ustalenia ewentualnych braków oraz zobowiązania w takim przypadku (stwierdzenia braków) do zapłaty kary umownej w wysokości 5% wartości brutto miesięcznego wynagrodzenia umownego oraz zapisów § 2 ust. 1 lit. c) zał. Nr 14 do SIWZ (zobowiązującego wykonawcę do nabywania odzieży i bielizny według wskazań Zamawiającego), § 2 ust. 1 lit. f) zał. Nr 14 do SIWZ (zobowiązującego wykonawcę do wydzierżawiania zamawiającemu odzieży i bielizny w ilości i asortymencie oznaczonym przez zamawiającego według jego uznania.

Odwołujący się podniósł, że zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Konsekwencją ułożenia stosunku prawnego z przekroczeniem zasady swobody umów jest bezwzględna nieważność czynności prawnej na podstawie art. 58 k.c. Stosownie do art. 473 § 1 K.c.: „Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.” Należy jednakże zauważyć, iż dłużnik na podstawie art. 473 K.c. nie może przejąć na siebie odpowiedzialności za okoliczności dotyczące wierzyciela. Sporządzenie przez Zamawiającego wzoru umowy (zał. Nr 14 - główne postanowienia umowy), zgodnie z którego postanowieniami nie ponosi on odpowiedzialności finansowej za stwierdzone braki w asortymencie odzieży i bielizny wady, gdy skażenie bielizny nie będzie wynikać z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy stanowi de facto obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością finansową za nienależyte wykonanie obowiązków wynikających z umowy przez zamawiającego i jako takie jest sprzeczne z art. 473 § 1 K.c. W konsekwencji postanowienia umowy należy uznać za sprzeczne z ustawą, a tym samym nieważne na podstawie art. 58 K.c. w zw. z art. 353¹ K.c. i art. 473 § 1 K.c.

Reasumując, zdaniem Odwołującego, zaskarżone postanowienia wzoru umowy naruszają art. 14 i art. 139 ustawy Pzp w związku z art. 58 K.c. w zw. z art. 353¹ K.c. i art. 473 § 1 K.c.

Również wysokość kary umownej określona w wysokości 5% miesięcznego wynagrodzenia bez względu na to jaki zostanie stwierdzony brak w asortymencie (np. 1 chusta chirurgiczna) ustalona została na rażąco zawyżonym poziomie.

Zgodnie z art. 483 § 1 K.c, w umowie można zastrzec, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nie należytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Istota kary umownej polega na tym, iż zastępuje ona odszkodowanie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Nie jest przy tym ważna wysokość szkody jaką poniesie

zamawiający w związku z nie wywiązywaniem się wykonawcy z zobowiązania, albowiem zgodnie z art. 484 § 1 K.c. ustalona kara umowna należy się wierzycielowi bez względu na wysokość szkody. Wystarczające jest zatem udowodnienie choćby minimalnej szkody, a wówczas zamawiający może dochodzić kary umownej w ustalonej wysokości, choćby ta wysokość wielokrotnie przewyższała rzeczywistą szkodę.

Odwołujący zwraca szczególną uwagę na fakt, iż instytucję kary umownej osłabia zapis art. 484 § 2 K.c, który stanowi, że podmiot zobowiązany do zapłaty kary umownej może żądać jej zmniejszenia w przypadkach gdy zobowiązanie zostało wykonane w znacznej części, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Należy przyjąć, że kara umowna jest rażąco wygórowana w przypadku gdy szkoda jest znikoma, a kara bardzo wysoka, skutkiem czego zachodzi między nimi rażąca dysproporcja. Z taką sytuacją mamy zdaniem odwołującego się do czynienia w przedmiotowej sprawie. Ustalona wysokość kary umownej (5% miesięcznego wynagrodzenia) jest nieproporcjonalna do wysokości rzeczywistej szkody, jaką może ponieść zamawiający w związku ze zdarzeniem określonym w § 2 ust. 1 lit c zał. Nr 14 do SIWZ. W praktyce świadczenia usług pralniczych stanowiących przedmiot zamówienia może sporadycznie (mimo dołożenia należytej staranności) zdarzyć się przypadek braku (nieprzywiezienia z pralni) np. serwety operacyjnej. W takim przypadku, zgodnie z kwestionowanym zapisem, zamawiający będzie uprawniony do żądania zapłaty kary umownej w wysokości 5% umownego wynagrodzenia miesięcznego.

Powyższe czynności naruszają art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 484 § 2 K.c, co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Kwestionowany wymóg z pewnością wpływa negatywnie na konkurencyjność przetargu, a zamawiający nie ma słusznej przyczyny, aby taki zapis utrzymać. Adekwatna kara umowna do sytuacji opisanych w § 2 ust. 1 lit. c) zał. Nr 14 do SIWZ winna, zdaniem odwołującego się, odpowiadać wartości brakującej odzieży i bielizny wraz z oznakowaniem.

Konsekwencją ułożenia stosunku prawnego z przekroczeniem zasady swobody umów jest bezwzględna nieważność czynności prawnej na podstawie art. 58 k.c. W konsekwencji kwestionowane postanowienia umowy należy również uznać za sprzeczne z ustawą i zasadami współżycia społecznego, a tym samym nieważne na podstawie art. 58 K.c. w zw. z art. 353' K.c. i art. 473 § 1 K.c. Dodatkowo zatem, zdaniem odwołującego się, zaskarżone postanowienia wzoru umowy naruszają art. 14 i art. 139 ustawy Pzp w związku z art. 58 K.c. w zw. z art. 353' K.c.

W zakresie żądania zmiany postanowień zawartych w § 4 ust. 8 zał. Nr 14 do SIWZ, poprzez ustalenie prawa wykonawcy do naliczania odsetek za opóźnienia w płatnościach ze strony zamawiającego w wysokości ustawowej, a nic jak określił to zamawiający - 4,33 % w stosunku rocznym:

Zamawiający w kwestionowanej części zał. Nr 14 do SIWZ jednostronnie narzucił wykonawcy procent odsetek za opóźnienia w płatnościach. W ocenie odwołującego działanie takie stanowi naruszenie art. 14 i art. 139 ustawy Pzp w związku z art. 353' K.c. i art. 58 K.c. Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353' K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Konsekwencją ułożenia stosunku prawnego z przekroczeniem zasady swobody umów jest bezwzględna nieważność czynności prawnej na podstawie art. 58 K.c.

W myśl art. 481 K.c. jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Mimo, iż w treści § 2 cyt. przepisu ustalono, że odsetki są należne w wysokości ustawowej, jeżeli stopa odsetek za opóźnienie nie była z góry oznaczona, to należy zauważyć, iż zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. Nr 139, poz. 1323, z późn. zm.), jeżeli strony w umowie przewidziały termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, wierzyciel może żądać odsetek ustawowych za okres począwszy od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu dłużnikowi faktury lub rachunku -do dnia zapłaty-, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego. Nie ulega wątpliwości, iż przedmiotowe zamówienie publiczne podlega rygorom ww. ustawy. Powyższe potwierdza zarówno fakt, iż stronami przyszłej umowy w sprawie zamówienia będą podmioty określone w art. 3 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r., jak również okoliczność, braku wyłączenia przedmiotowego zamówienia w art. 4 tejże ustawy. Zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w zał. Nr 14 byłaby zatem umową w zakresie postanowień określonych w § 4 ust. 8 bezwzględnie nieważna na podstawie art. 58 K.c. (czynność prawna sprzeczna z ustawą).

Odwołujący się podniósł, że zamawiający wskazał w pkt 5 SIWZ, iż termin wykonania zamówienia wynosi 36 miesięcy od dnia określonego w umowie. Tymczasem w załączniku nr 14 do SIWZ (główne postanowienia umowy) w żadnym paragrafie nie określony został dzień, w którym ma nastąpić rozpoczęcie wykonania zamówienia.

Dla celów wykonania przedmiotu zamówienia niezbędne jest podjęcie czynności przygotowawczych dotyczących zakupu bielizny i odzieży przeznaczonej do wdzierżawienia, a w szczególności związanych z oznakowaniem bielizny i odzieży chipami (zarówno tej przeznaczonej do wdzierżawienia), jak również tej stanowiącej własność Zamawiającego, a także zakupu chipów i wdrożenie u zamawiającego radiowego systemu odczytu chipów oraz komputerowego systemu ewidencji bielizny i odzieży. Ze względu na to, iż wybór oferty najkorzystniejszej nie rodzi jeszcze powstania zobowiązania umownego

między zamawiającym, a wykonawcą, czynności te mogą być podjęte po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie odwołującego się na wykonanie ww. czynności niezbędne jest minimum trzy miesiące czasu. Wyznaczenie krótszego terminu na rozpoczęcie świadczenia usług, w ocenie odwołującego, istotnie będzie godzić w zasadę uczciwej konkurencji zawartą w art. 7 ustawy Pzp, przede wszystkim uniemożliwiając innym wykonawcom niż ci, którzy już posiadają oznakowaną bieliznę i odzież, należyte wykonanie umowy. Wadliwe wyznaczenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług zmusza wykonawców składających oferty do wzięcia pod uwagę, przy określaniu wysokości oferty, kosztów ewentualnych kar umownych. Ponadto działanie polegające na wyznaczeniu zbyt krótkiego terminu na rozpoczęcie świadczenia usługi, poprzez wykluczenie swobodnej konkurencji, uniemożliwi w praktyce zamawiającemu obniżenie kosztów zawieranej umowy (zamawiający faktycznie ogranicza ilość ofert, które zostaną złożone w tym postępowaniu).

Obowiązkiem Zamawiającego jest wskazanie w SIWZ daty rozpoczęcia świadczenia usług zgodnie z wymaganiami SIWZ z uwzględnieniem okresu niezbędnego na wdrożenie ww. czynności przygotowawczych. Wskazanie takie nie może przy tym nastąpić poprzez podanie konkretnej daty kalendarzowej, a poprzez zapis typu: „rozpoczęcie świadczenia usług stanowiących przedmiot umowy nastąpi nie później niż po upływie trzech miesięcy licząc od daty zawarcia umowy”. Brak określenia tak istotnej informacji, jak termin rozpoczęcia świadczenia usług stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż powoduje, że wykonawca nie otrzymuje od zamawiającego wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Działanie zamawiającego pozbawia wykonawców wiedzy na temat okresu, jakim będą dysponować na przygotowanie się do rozpoczęcia świadczenia usług. Poza tym analiza treści SIWZ prowadzić może do wniosku, iż świadczenie usług może być wymagane przez zamawiającego (w przypadku braku określenia daty rozpoczęcia) natychmiast po zawarciu umowy, a więc rodzić konsekwencje wynikające ze skutków niewykonania zobowiązań, a co za tym idzie narażać będzie wykonawcę na ryzyko zapłaty kar umownych. Z tych względów należy stwierdzić, iż zaniechanie zamawiającego prowadzi do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Brak ustalenia daty rozpoczęcia wykonywania usług może również prowadzić do sporów i niejasności na etapie podpisywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 lipca 2011 roku, złożonej do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2011 roku odwołujący się poinformował o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołującego się oraz modyfikacji SIWZ w zakresie:

- 1) Żądania wykreślenia w pkt. 3.3 SIWZ sformułowania „typu T-BT 1315”, które jest znakiem towarowym firmy DATAMARS z/s w Youngtown USA, charakteryzującym Tag (chip) z rodziny produktów „ORION” (pkt 1 odwołania)
- 2) Zmiany wymagań ustanowionych dla chipów pkt 3.3 na cechy techniczne i jakościowe nieutrudniające uczciwej konkurencji, w szczególności:
 - a) wykreślenia wymogu odnoszącego się do wagi chipu lub dopuszczenia tolerancji wymaganej gramatury chipów +/- 7% (od 0,78 do 0,88 g),
 - b) dopuszczenia równoważnego do wszywania sposobu mocowania chipów np. wgrzewania metodą wulkanizacyjną,
 - c) wykreślenia wymogu o konieczności zgodności chipów z normą ISO DIS11785, która to norma dotyczy znakowania zwierząt i nie jest związana z przedmiotem zamówienia, jakim jest świadczenie usług pralniczych (pkt 2 a, b, c odwołania),
- 3) Zmiany:
 - a) Postanowień pkt 3.4 SIWZ poprzez jednoznaczne określenie rodzaju i ilości asortymentu, który będzie oznakowany tagami, a w odniesieniu do asortymentu, który stanowi własność zamawiającego i będzie odsprzedany wykonawcy – dodatkowo określenie ceny odkupienia oraz:
 - b) Postanowień zawartych w § 2 ust. 1 lit. e zał. Nr 14 do SIWZ poprzez jednoznaczne wskazanie rodzaju, ilości oraz ceny odzieży i bielizny stanowiącej własność zamawiającego, która będzie sprzedawana wykonawcy przez zamawiającego oraz oznakowana tagami,
 - c) Zmiany postanowień zawartych w § 2 ust. 1 lit. f zał. Nr 14 do SIWZ poprzez jednoznaczne wskazanie rodzaju i ilości odzieży i bielizny wydierżawianej zamawiającemu, ewentualnie ustalenie zasad określania dodatkowego wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy zmiana takiej ilości nastąpi po zawarciu umowy (pkt 3 a, b, c odwołania),
- 4) Wykreślenia w pkt. 3.7 wymogu świadczenia usługi prania zgodnej z wymaganiami normy PN EN ISO 13485, która jest normą dotyczącą wymogów medycznych i nie dotyczy świadczenia usługi prania oraz konieczności świadczenia usług prania zgodnie z wymogami normy ISO 9001 w zakresie wypożyczania bielizny dla jednostek służby zdrowia i branży medycznej (pkt 5 odwołania),

- 5) Wykreślenia wymagań dotyczących rodzaju tkaniny i jej składu w odniesieniu do dzierżawionej bielizny pościelowej zawartych w załączniku nr 9 do SIWZ oraz wykreślenia wymagań dotyczących rodzaju tkaniny i jej składu w odniesieniu do dzierżawionej bielizny operacyjnej nie barierowej (komplety odzieży jednego dnia, serwety oraz prześcieradła operacyjne i fartuchy operacyjne) zawartych w zał. Nr 11 do SIWZ (pkt 8 odwołania),
- 6) Zmiany postanowień zawartych w § 4 ust. 8 zał. Nr 14 do SIWZ poprzez ustalenie prawa wykonawcy do naliczania odsetek za opóźnienie w płatnościach ze strony zamawiającego w wysokości ustawowej, a nie jak określił to zamawiający – 4,33% w stosunku rocznym (pkt 10 odwołania).

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający poinformował o częściowym uwzględnieniu zarzutu odwołującego się oraz o modyfikacji SIWZ w zakresie zmiany postanowienia określonego w drugim zdaniu pkt 7.1 e SIWZ „wykonał nie więcej niż trzy usługi” na „wykonał co najmniej trzy usługi” oraz zwrotu „o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł” (pkt 7 odwołania) – polegającej na modyfikacji treści SIWZ w pkt. 7.1.e zwrotu „wykonał nie więcej niż trzy usługi” na zapis „wykonał bądź wykonywał nie więcej niż trzy usługi” oraz „o łącznej wartości 1.000.000,00 zł” na zapis: „o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł”. Ponadto zamawiający zmodyfikował pkt 6 ppkt 6.2 lit. b SIWZ dotyczący opisu sposobu oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia o liczbę usług oraz ich łączną wartość zgodnie z wymaganiami wykazu zrealizowanych usług.

Jednocześnie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie:

- 1) Żądania wykreślenia wymogu określonego w pkt 3.6 SIWZ prowadzenia prania w walidowanym procesie oraz załączenia do oferty raportu walidacji (pkt 4 odwołania),
- 2) Żądania zmiany pkt 3.13 SIWZ oraz postanowień zawartych w § 2 ust. 1 lit. n zał. Nr 14 do SIWZ poprzez wprowadzenie do nich zapisu o zapłacie wykonawcy przez zamawiającego kwoty pokrywającej koszt bielizny oraz jej oznakowania Tagiem w sytuacji, gdy skażenie bielizny nie będzie wynikać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (pkt 6 odwołania),
- 3) Żądania zmiany postanowień zawartych w § 2 ust. 1 lit. c zał. Nr 14 do SIWZ na następujący: „Zamawiający zapłaci wykonawcy karę umowną w wysokości wartości brakującej odzieży i bielizny wraz z oznakowaniem – gdy brakująca odzież i bielizna stanowiąc będzie własność wykonawcy oraz ich brak będzie następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający” (pkt 9 odwołania),

- 4) Żądania zmiany postanowienia określonego w drugim zdaniu pkt 7.1 e SIWZ „wykonał nie więcej niż trzy usługi” (pkt 7 odwołania)
- 5) Żądania wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia oraz zał. Nr 15 do SIWZ (Główne postanowienia umowy) minimalnego okresu na wprowadzenie bielizny i odzieży dzierżawionej, oznakowanie odzieży i bielizny chipami, wdrożenie radiowego systemu odczytu chipów i systemu komputerowego on-line ewidencji wykonywanych usług, wynoszącego co najmniej trzy miesiące licząc od daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (pkt 11 odwołania).

Zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób opisany w odpowiedzi na odwołanie za wyjątkiem wykreślenia w pkt. 3.7 SIWZ wymogu świadczenia usług prania zgodnie z wymogami normy ISO 9001 w zakresie wypożyczania bielizny dla jednostek służby zdrowia i branży medycznej oraz w załączniku nr 11 do SIWZ w opisie fartucha chirurgicznego (zielonego) wielorazowego użytku przeznaczonego do zabiegów wysokiego ryzyka – parametru odporności na przenikanie cieczy min. 900 cm H₂O. Na rozprawie przyznał, że modyfikacji SIWZ w tym zakresie nie dokonał przez pomyłkę, ale jego zamiarem było zmodyfikowanie również i tej części SIWZ i modyfikacji tej dokona.

Odwołujący się na rozprawie cofnął zarzuty dotyczące postanowienia zdania drugiego pkt 7.1 e SIWZ tj. żądanie nr 7 odwołania oraz zarzut dotyczący wymogu pkt 3.6 specyfikacji - prowadzenia pracy w walidowanym procesie oraz załączenia do oferty raportu walidacji (pkt 4 odwołania).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w części żądania wykreślenia w pkt. 3.7 wymogu świadczenia usługi prania zgodnie z wymogami normy ISO 9001 w zakresie wypożyczania bielizny dla jednostek służby zdrowia i branży medycznej oraz wykreślenia w załączniku Nr 11 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w opisie fartucha chirurgicznego (zielonego) wielorazowego użytku przeznaczonego do zabiegów wysokiego ryzyka parametru odporności na przenikanie cieczy min. 900 cm H₂O.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że wobec uwzględnienia części zarzutów przez zamawiającego i dokonania przed rozpoczęciem rozprawy modyfikacji istotnych warunków

zamówienia, w uwzględnionym i zmodyfikowanym zakresie nie ma sporu pomiędzy stronami. Tym samym orzekanie w tym zakresie stało się bezprzedmiotowe.

W zakresie zarzutów i żądań uwzględnionych przez Izbę Izba zaniechała przeprowadzenia postępowania dowodowego z uwagi na fakt, że zamawiający przyznał słuszność stanowisku odwołującego się w tym zakresie i oświadczył, że brak modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia spowodowany był jedynie przez pomyłkę. W ocenie Izby przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, a zatem prowadzenie w tym zakresie postępowania dowodowego Izba uznała za zbędne.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 14 i art. 139 ustawy Pzp w związku z art. 58 K.c. w związku z art. 353¹ K.c. i art. 473 § 1 K.c. i nie uwzględniła:

- żądania zmiany pkt. 3.13 SIWZ oraz postanowień zawartych w § 2 ust. 1 lit. n załącznika nr 14 do SIWZ poprzez wprowadzenie do nich zapisu o zapłacie wykonawcy przez zamawiającego kwoty pokrywającej koszt bielizny oraz jej oznakowania Tagiem w sytuacji, gdy skażenie bielizny nie będzie wynikać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz

- żądania zmiany postanowień zawartych w § 2 ust. 1 lit. c załącznika nr 14 do SIWZ na: „Zamawiający zapłaci wykonawcy karę umowną w wysokości wartości brakującej odzieży i bielizny wraz z oznakowaniem – gdy brakująca odzież i bielizna stanowiąc będzie własność wykonawcy oraz ich brak będzie następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający”.

Oceniając poszczególne postanowienia siwz Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu. W szczególności Izba nie widzi możliwości narzucania zamawiającemu, w jaki sposób ma być wykonywana jego umowa, bez konkretnych i pewnych podstaw prawnych w tym zakresie.

Zgodnie z art 353¹ K.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrejonalny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to

wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc.

W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność sytuacji, gdy skażenie odzieży i bielizny będzie następstwem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Zgodnie z postanowieniem § 2 ust. 1 lit. c głównych postanowień umowy wykonawca obowiązany będzie do współdziałania z zamawiającym w zakresie analizowania w odstępach tygodniowych stanów przekazanej odzieży i bielizny w celu ustalenia ewentualnych braków. W przypadku stwierdzenia takich braków w danym miesiącu wykonawca zobowiązuje się do naprawy szkody poprzez zapłatę kary umownej na rzecz zamawiającego w kwocie odpowiadającej 5% wartości brutto wynagrodzenia należnego wykonawcy za dany miesiąc, w którym doszło do wystąpienia braków.

Zdaniem Izby zakres odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności wykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, o której mowa w art. 471 K.c. Oznacza to, że w przypadku obciążenia wykonawcy karą umowną może on bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności

Uzupełnienie przepisu art. 471 K.c. zawarte jest w art. 472 K.c. i określa podstawy odpowiedzialności kontraktowej w ten sposób, że zasadniczo dłużnik odpowiada za niezachowanie należytej staranności. Reguły tej nie stosuje się tylko wtedy, gdy co innego wynika z ustawy lub czynności prawnej.

W granicach zakreślonych ramami swobody umów (art. 353¹) strony mają możliwość innego niż to przewiduje art. 472 uregulowania odpowiedzialności dłużnika, jednakże wymaga to oznaczenia odpowiedzialności zaostrażających odpowiedzialność dłużnika (art. 473 § 1 K.c.). W ocenie Izby okoliczności takich nie ma w postanowieniach umowy stanowiących załącznik nr 14 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem przyjąć należy, że wykonawca może doprowadzić do swej ekskulpacji bądź to przez udowodnienie rzeczywistej przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a nadto, że nie uzasadnia ona jego odpowiedzialności, bądź też przez

wykazanie, że przy wykonywaniu zobowiązania dołożył należytej staranności, a więc, że nie doprowadził on do szkody w sposób zawiniony.

Powyższe argumenty znajdują także zastosowanie wobec żądania odwołującego się do ustalenia wysokości kar umownych na innym poziomie niż wskazany przez zamawiającego. Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i żądania wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia oraz zał. Nr 15 do SIWZ (Główne postanowienia umowy) minimalnego okresu na wprowadzenie bielizny i odzieży dzierżawionej, oznakowanie odzieży i bielizny chipami, wdrożenie radiowego systemu odczytu chipów i systemu komputerowego on-line ewidencji wykonywanych usług wynoszącego co najmniej trzy miesiące licząc od daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć.

Odwołujący się podnosząc, że przedmiotu zamówienia nie można zrealizować bez uprzedniego wyznaczenia wykonawcy terminu na przygotowanie się do wykonania umowy bierze pod uwagę jedynie własne możliwości. Z faktu, że odwołujący się nie jest w stanie obecnie sprostać warunkom, na jakich realizowany będzie przedmiot zamówienia, nie można wywodzić, iż na rynku nie ma ani jednego podmiotu, który będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.

Izba stwierdza, że prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. W ocenie Izby żadna ze wskazanych okoliczności nie została przez odwołującego się wykazana w sposób uzasadniający uwzględnienie zarzutu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odstąpienia od zasądzenia od niego kosztów na rzecz odwołującego się z uwagi na brak podstawy prawnej do takiego odstąpienia.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....