

Sygn. akt: KIO 732/11

**WYROK**  
z dnia 18 kwietnia 2011 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 07.04.2011 r. przez wykonawcę **Krystian Walczak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ORCHIDEA Krystian Walczak, ul. Smolika 45, 91-357 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 16, 00-564 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług w zakresie zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w RP” (znak 20/BL/OŚRODKI/PN/11)

przy udziale wykonawcy **APLAUZ Spółka z o.o., ul. Improwizacji 7, 01-992 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ poprzez eliminację z tego opisu zapisów odnoszących się do miejsc położenia ośrodków (obiektów) i tym samym miejsca świadczenia usługi oraz zapisu odnoszącego się do odległości położenia ośrodka (obiektu) i tym samym miejsca świadczenia usługi w pewnej odległości od siedziby Zamawiającego, jak również nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ oraz Istotnych postanowień umowy stanowiących załączniki 8 i 8a do SIWZ w sposób określony w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia,

2. kosztami postępowania w wysokości 17 212,00 (słownie: siedemnaście tysięcy dwieście dwanaście złotych i zero groszy) obciąża **Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 16, 00-564 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **Krystian Walczak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ORCHIDEA Krystian Walczak, ul. Smolika 45, 91-357 Łódź,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **17 212 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dwieście dwanaście złotych i zero groszy) przez **Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 16, 00-564 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu i noclegu pełnomocników oraz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:**

.....

**U z a s a d n i e**  
**do wyroku z dnia 18 kwietnia 2011 r. w sprawie KIO 732/11**

Zamawiający – Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 16, 00-564 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w RP” (znak 20/BL/OŚRODKI/PN/11).

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

W dniu 29.03.2011 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 01.04.2011 r. Nr ogłoszenia 2011/S 64-104038.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **29.03.2011 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej.

W dniu **01.04.2011 r.** Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia.

W dniu **01.04.2011 r.** Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej. Odwołanie wniesione do Prezesa KIO w dniu **07.04.2011 r.** podpisane przez Krystiana Walczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ośrodek „Orchidea” Krystian Walczak.

Przedmiotem odwołania jest czynność Zamawiającego polegająca na sporządzeniu SIWZ w zakresie wszystkich sześciu zadań częściowych, a w szczególności na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych oraz przepisy ustawy Kodeks cywilny.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

I. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

- naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców postuluje się kryterium położenia ośrodka dla uchodźców w opisie przedmiotu zamówienia w zadaniach

częściowych nr 1, 2, 3, 4, 5, 6 w celu zawężenia kręgu podmiotów mogących wziąć udział w przetargu i wyeliminowania określonych ośrodków z rynku;

- naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia w zadaniach częściowych nr 1,2, 3, 6 konkretnych miejscowości, w których mają znajdować się ośrodki ubiegające się o udzielenie im zamówienia, w sytuacji gdy w tych miejscowościach w rzeczywistości znajduje się tylko po jednym ośrodku startującym w przetargach;

- naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia w zadaniach częściowych nr 4, 5 województw lubelskiego i mazowieckiego jako miejsc, w których mają być położone ośrodki dla cudzoziemców, przy jednoczesnym wyłączeniu z tego z obszaru określonych miejscowości tj. odpowiednio Lublina i Łukowa oraz Warszawy;

- naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców posłużenie się kryterium miejsca położenia ośrodka w celu uniemożliwienia swobodnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców z terenu całego kraju, a w konsekwencji poprzez wyeliminowanie w rzeczywistości konkurencji na rynku zakwaterowania cudzoziemców;

- naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców konkretnych przedmiotów zamówienia i konkretnych wykonawców na skutek posłużenia się w opisie przedmiotu zamówienia kryterium miejsca pochodzenia przedmiotu zamówienia oraz takiego określenia miejsc pochodzenia przedmiotów zamówienia w poszczególnych zadaniach częściowych, że nie jest możliwe przypadkowe złożenie ofert w ramach jednego zadania częściowego przez więcej, niż jednego wykonawcę z którym Zamawiający chce zawrzeć umowę w wyniku przeprowadzenia przetargu;

II. Naruszenie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez:

- naruszające uczciwą konkurencję posłużenie się przy opisie przedmiotu zamówienia kryterium miejsca położenia ośrodka, czyli w istocie kryterium miejsca pochodzenia przedmiotu zamówienia celem wyeliminowania szeregu wykonawców z ubiegania się o udzielenia zamówienia i doprowadzenie tym samym do zawężenia kręgu podmiotów do jednego wykonawcy na każde zamówienie częściowe;

- naruszające uczciwą konkurencję wprowadzenie do SIWZ oraz w stanowiących do niej załącznik nr 8 i załącznik nr 8a w zakresie wszystkich sześciu zadań częściowych Istotnych postanowień umowy, które zawierają postanowienia pozwalające Zamawiającemu na swobodne zmiany dotyczące ilości osób kierowanych do ośrodków dla cudzoziemców, a w szczególności nie gwarantujące skierowania minimalnej ilości osób i zapłaty należnego wynagrodzenia liczonego zawsze od co najmniej minimalnej ilości osób;

III. Naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

- niejednoznaczne określenie w SIWZ oraz w stanowiących do niej załącznik nr 8 i załącznik nr 8a w zakresie wszystkich sześciu zadań częściowych Istotnych postanowień umowy, przedmiotu zamówienia w zakresie ilości cudzoziemców dla których Wykonawcy mają zapewnić zakwaterowanie i wyżywienie, a w szczególności poprzez wprowadzenie zapisów pozwalających Zamawiającemu na nie skierowanie minimalnej ilości osób i nie zobowiązujących Zamawiającego do zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia od minimalnej ilości osób;

IV. Naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp poprzez:

- zabronione przez ten przepis posłużenie się miejscem pochodzenia przedmiotu zamówienia w opisie przedmiotu zamówienia we wszystkich sześciu zadaniach częściowych;

V. Naruszenie art. 353l ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. nr 16 poz. 93) poprzez:

- zawarcie w SIWZ oraz stanowiących do niej załącznik nr 8 i załącznik nr 8a w zakresie wszystkich sześciu zadań częściowych Istotnych postanowień umowy, które są sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego na skutek wprowadzenia w nich zapisów naruszających zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na określeniu SIWZ, a w szczególności na określeniu przedmiotu zamówienia we wszystkich zamówienia częściowych. W tym w szczególności wniósł o:

a) zobowiązanie zamawiającego Urzędu do Spraw Cudzoziemców do złożenia w Krajowej Izbie Odwoławczej akt postępowania prowadzonych w trybie zamówień publicznych pod numerami referencyjnymi 38/BDG-H/OŚRODKI 2/PN/10, i przeprowadzenie dowodu ze znajdujących się w tych aktach dokumentów, a w szczególności złożonych ofert oraz protokołów z dokonania czynności otwarcia ofert i wyboru ofert na okoliczność tego ile ośrodków, w których mogą być zakwaterowani cudzoziemcy jest prowadzonych w następujących miejscowościach: Łuków, Lublin, Warszawa, Białystok, a także w województwach lubelskim i mazowieckim, a także na okoliczność tego, które ośrodki wygrywały w ostatnich latach przetargi i jak były oceniane ich oferty;

b) zobowiązania zamawiającego Urzędu do Spraw Cudzoziemców do złożenia w Krajowej Izbie Odwoławczej akt wszystkich postępowania prowadzonych w trybie zamówień publicznych w przedmiocie udzielenia zamówienia na zakwaterowanie cudzoziemców w okresie ostatnich 6 lat celem przeprowadzenia dowodu ze znajdujących się w nich dokumentów, a w szczególności złożonych ofert oraz protokołów z dokonania czynności otwarcia ofert i wyboru

ofert, odpisów z Krajowego Rejestru Sądowego na okoliczność tego, jakie podmioty brały udział w przetargach na zakwaterowanie cudzoziemców, jaka była i jest ich struktura własnościowa, składy organów tych podmiotów, których podmiotów oferty były wybierane przez Urząd do Spraw Cudzoziemców.

Odwołujący wskazał, iż nie ma dostępu do dokumentacji dotyczących wcześniej prowadzonych postępowania w przedmiocie zamówienia na zapewnienie zakwaterowania cudzoziemców na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Złożone w tym zakresie wnioski dowodowe mają na celu uzyskanie od Zamawiającego dokumentacji, która jest niezbędna do oceny jakie, ile i gdzie położonych ośrodków bierze udział w przetargach, a także jakie były ich wyniki oraz relacje własnościowe pomiędzy tymi podmiotami. Konieczne w tym zakresie jest sprawdzenie odpisów z Krajowego Rejestru Sądowego, aby ustalić kto był właścicielami tych podmiotów, a także kto sprawował funkcje organów zarządzających.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp ma na celu takie ukształtowanie procesu udzielenia zamówienia finansowanego ze środków publicznych, aby w jak najszerszym zakresie zostały zrealizowane zasady uczciwej konkurencji oraz równości przedsiębiorców (wykonawców). Poszanowanie tych dwóch zasad zapewnia maksymalnie efektywne i racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. W dalszej części podniósł, iż przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że cyt: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie przedsiębiorców”. Ponadto wskazał, iż zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, natomiast art. 29 ust. 2 stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. W art. 29 ust. 3 ustawodawca zawarł zakaz posługiwania się przy opisie przedmiotu zamówienia jego miejscem pochodzenia.

W ocenie Odwołującego na Zamawiającym ciąży obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Umożliwienie szerokiemu kręgowi przedsiębiorców uczestniczenia w grze sił na rynku stanowi fundament normalnej, zdrowej gospodarki rynkowej. Wszelkiego rodzaju działania prowadzące do ograniczenia tego kręgu należy ocenić negatywnie, nie tylko w świetle zapisów ustawy Pzp, lecz także przepisów Konstytucji RP.

W dalszej części podniósł, iż w momencie przystąpienia Polski do Unii Europejskiej zasady te nabrały dodatkowego znaczenia, gdyż stosowane są nie tylko do wykonawców krajowych, ale także zapewniają przestrzeganie odpowiednich regulacji dyrektyw oraz przepisów traktatowych. Przez uczciwą konkurencję należy rozumieć rywalizację przedsiębiorców prowadzoną na rynku zgodnie z przepisami oraz dobrymi obyczajami.

Posiłkowo dla ustalenia kręgu zachowań będących nieuczciwą konkurencją, można posłużyć się przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W orzecznictwie i piśmiennictwie powstałym na gruncie tej ustawy poprzez dobre obyczaje zwykło się rozumieć: „dobro wspólne”, „interes publiczny”, „rację stanu”, „dobre zwyczaje”. W ocenie Odwoływającego pozwala to na stwierdzenie, że przez uczciwą konkurencję trzeba rozumieć działalność prowadzoną na podstawie przepisów prawa z poszanowaniem dobrych zwyczajów, zmierzająca do urzeczywistnienia w maksymalnie szerokim zakresie interesu publicznego, w tym i interesu podatników wyrażającego się w maksymalnie efektywnym i racjonalnym wydatkowaniu środków publicznych.

Zasada równego traktowania wykonawców sprowadza się do jednakowego traktowania wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości.

Zdaniem Odwoływającego jedną z najistotniejszych czynności dokonywanych przez Zamawiającego w celu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. Oprócz tego, że stanowi on podstawowy element Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jest niezbędny do prawidłowego oszacowania wartości zamówienia i w związku z tym do wyboru przez Zamawiającego procedury uproszczonej, pełnej lub zaostrożonej. W jego ocenie szczególne znaczenie dla respektowania obu omówionych wyżej, a najbardziej elementarnych zasad tej dziedziny prawa, jaką są zamówienia publiczne, ma właściwe określenie opisu przedmiotu zamówienia i warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. „Na etapie ich określania przez zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. W zakresie przedmiotu zamówienia takie ograniczenie, nieuzasadnione celem udzielania zamówienia, może polegać na wskazaniu wąskiej grupy (bądź jednego) produktów lub usług, (w Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata komentarz LEX 2010 Komentarz do art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX,2010,wyd. IV.)

Podniósł również, iż zgodnie z poglądem wyrażonym przez Wojciecha Bartonia jedną z postaci naruszenia zasady równego traktowania wykonawców będzie celowa eliminacja wykonawców przez zamawiającego i doprowadzenie do sytuacji, w których tylko jeden z nich weźmie udział w postępowaniu. (Bartoń Wojciech artykuł opublikowany w Zam.Pvib.Dor.2008.5.36 Kryteria oceny ofert dotyczące właściwości wykonawcy. Teza nr 2 94492/2)

Ustosunkowując się do zawartego przez Zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia Odwoływający wskazał, że jest wystarczające dla przyjęcia, iż nastąpiły

nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia samo zaistnienie jedynie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji. Powoduje to, że przy opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. W ocenie Odwołującego powyższe stanowisko jest powszechnie przyjęte w doktrynie prawa zamówień publicznych. Pogląd ten reprezentuje m.in. Kowalczyk Aldona w artykule opublikowanym w Zam.Pub.Dor.2010.7.44 Unieważnienie postępowania. (Teza nr 5 119332/5). Jak zostało wskazane w treści odwołania kolejnym autorem, który podziela to zapatrywanie jest Józef Edmund Nowicki (w artykule opublikowanym w Zam.Pub.Dor.2008.7.26 Opis przedmiotu zamówienia. Teza nr 5 94520/5). Jak wskazał Odwołujący powołany wyżej autor stwierdził w przytoczonej publikacji, że: „Opisując przedmiot zamówienia w taki sposób, że tylko jeden wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie, Zamawiający narusza zasadę uczciwej konkurencji, określoną w art. 7 ust. 1 [Prawa zamówień publicznych] i skonkretyzowaną, co do przedmiotu zamówienia w art. 29 ust. 2 Pzp. [...]”.

Odwołujący podniósł, iż dla zobrazowania tego, że jest to stanowisko powszechne i nie wywołujące wątpliwości przytoczył także pogląd Ireneusza Krześnickiego, który w tezie zawartej w opublikowanym w Rzeczpospolitej artykule wskazał, że: „Z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy zamawiający określi warunki udziału w postępowaniu tak, że będzie je mógł spełnić tylko jeden wykonawca lub gdy będzie stawiał określonych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców.” (Krześnicki Ireneusz Rzeczposp. PCD.2005.7.7 Kłopot z interesem prawnym. Teza nr 1 48734/1).

W ocenie Odwołującego jest to zapatrywanie jak najbardziej trafne, trudno przecież mówić o poszanowaniu zasady uczciwej konkurencji i zasady równości wykonawców w przypadku, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez Zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt. W przypadku niniejszego postępowania tak wadliwie określonym przedmiotem zamówienia jest ośrodek położony w określonej miejscowości lub w określonym województwie (tu Zamawiający wyłącza określone miasta z zadań częściowych). W realiach przedmiotowej sprawy, w ocenie Odwołującego, Zamawiający uchybił obu powołanym przez mnie wyżej zasadom określając w poszczególnych zadaniach częściowych województwa i miejscowości, w których mają zostać zlokalizowane ośrodki, w jakich zostaną zakwaterowani uchodźcy. Zamawiający, który na przestrzeni ostatnich lat wielokrotnie przeprowadzał przetargi w tym samym przedmiocie, wie gdzie na terenie Polski znajdują się ośrodki, które ubiegają się o udzielenie im zamówienia. Zna dokładną ich ilość i położenie. Wskazując w opisie przedmiotu zawartym w SIWZ na położenie ośrodka, jako jeden z



elementów opisu przedmiotu w poszczególnych zadaniach częściowych Zamawiający w istocie dokonuje wyboru, z którymi ośrodkami chce podpisać umowy, przy czym, zdaniem Odwołującego, jest to wybór oderwany od tego, jakie ceny zostaną zamieszczone w złożonych ofertach przez te ośrodki, a także od tego jakie warunki prezentują sobą ośrodki.

W zadaniach częściowych nr 1, 2, 3 i 6 Zamawiający wskazuje konkretne miasta, w których mają znajdować się ośrodki dla cudzoziemców, natomiast w zadaniach częściowych nr 4 i 5 Zamawiający wskazuje na konkretne województwa, w których mają się znajdować ośrodki dla cudzoziemców, przy czym w tym zakresie Zamawiający wyłącza z pod potencjalnych lokalizacji na obszarze województw mazowieckiego i lubelskiego miejscowości, które określił w zadaniach częściowych nr 1, 2, 3 i 6.

Odwołujący jako przykład wskazał lokalizację ośrodka w ramach zadania częściowego nr 3, tj. Łuków. Jest to miasto, które liczy około 31-32 tysięcy mieszkańców. Znajduje się w nim jeden ośrodek startujący w przetargach, co wynika z dokumentacji dotyczącej przetargów na zakwaterowanie cudzoziemców z lat poprzednich. Zamawiający wskazując w zadaniu częściowym nr 3, że ma to być ośrodek zlokalizowany w Łukowie tak naprawdę określił przedmiot zamówienia w ten sposób, że chodzi o usługę, którą miałyby wykonać Polonia sp. j. ul Al. Kościuszki 29. 21-400 Łuków

W dalszej części odwołania zostało wskazane, że w opisach zadań częściowych nr 4 i 5 Zamawiający określił lokalizację ośrodków dla cudzoziemców, jako województwo lubelskie (zadanie częściowe nr 4) za wyjątkiem Łukowa (zadanie częściowe nr 3) i Lublina (zadanie częściowe nr 2) oraz województwo mazowieckie (zadanie częściowe nr 5) za wyjątkiem Warszawy (zadanie nr 6).

Zamawiający chciał w ten sposób uniknąć sytuacji, w której mogłoby się zdarzyć, że ośrodki, którym chce powierzyć wykonanie przedmiotu zamówienia złożyłyby ofertę w ramach tego samego zadania. W województwie lubelskim znajduje się bowiem ośrodek położony w Lublinie Hotel Pumis ul. Wrońska 5d. który skutecznie startuje od lat w przetargach na zakwaterowanie przedsiębiorców.

Zdaniem Odwołującego podobnie wygląda sytuacja, jeżeli chodzi o województwo mazowieckie. Znajdują się w nim dwa ośrodki. Jeden z nich w dzielnicy Targówek położony jest w Warszawie, zaś drugi Moszna położony jest w Brwinowie.

W przypadku Białegostoku znajduje się w nim jeden ośrodek Białostockie Przedsiębiorstwo Usług Socjalnych Sp. z o. o.

W wyniku zastosowania zakwestionowanego przez Odwołującego opisu przedmiotu zamówienia doszło, zdaniem tego ostatniego, do znaczącego ograniczenia kręgu podmiotów, które mogłyby ubiegać się o udzielenie im zamówienia, a w rzeczywistości została wyeliminowana wszelka konkurencja. Zamawiający doprowadził do sytuacji, w ocenie Odwołującego, gdy na każde z zadań częściowych zostanie złożona tylko jedna oferta. W tej

sytuacji nie będzie miała znaczenia cena zawarta w złożonych ofertach, ani też warunki w nich panujące. Dojdzie do tego, że Urząd do Spraw Cudzoziemców zapłaci wyższe stawki, niż te które wynikają z cen rynkowych. W wyniku tego dojdzie do naruszenia interesu publicznego wyrażającego się w maksymalnie efektywnym i racjonalnym gospodarowaniu środkami publicznymi.

W jego ocenie sformułowany w ten sposób opis przedmiotu zamówienia eliminuje również z udziałów w przetargu podmioty, które wygrały przetarg w 2010 r. m.in. ośrodek, który prowadzi. W przetargu przeprowadzonym w 2010 r. mój ośrodek uzyskał najwyższą ocenę, jeżeli chodzi o warunki zapewniane cudzoziemcom. Jego nota to było 99,1 na 100 możliwych do uzyskania punktów. Sytuacja, gdy za pomocą pozornie obiektywnych kryteriów jakimi jest lokalizacja ośrodka eliminowany z udziału w przetargu jest ośrodek dysponujący według mojej wiedzy najlepszymi warunkami bytowymi uważam za niedopuszczalną i stanowiącą wyraz nagannych praktyk ze strony Zamawiającego.

Długość okresu na jaki mają zostać zawarta umowy ze zwycięzcami przetargu, którego dotyczy złożone przez Odwołującego odwołanie sprawi, że konkurencja na rynku ośrodków zapewniających zakwaterowanie cudzoziemców ubiegającym się o przyznanie im azylu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej zostanie w sposób trwały zniszczona. Żaden z przedsiębiorców nie będzie mógł pozwolić sobie na czekanie przez cztery lata na kolejny przetarg w którym mógłby wziąć udział, gdyż do tego czasu zbankrutuje. Ośrodki położone w innych miejscowościach i województwach będą zmuszone zmienić profil swojej działalności. Nie będą one po upływie czterech lat gotowe do startu w nowym przetargu ze względu chociażby na potencjalne przebudowy i dostosowania ośrodków do nowej działalności. Na rynku pozostaną jedynie podmioty wybrane przez Urząd do Spraw Cudzoziemców.

Jak zostało wskazane w dalszej części odwołania praktyki tego rodzaju zostały przez doktrynę prawa zamówień publicznych uznane za niedopuszczalne. Dla przykładu wskażę na poglądy wypowiedziane przez dwójkę autorów.

W ocenie Odwołującego trafnie zważył w swoim artykule Grzegorz Mazurek, że: „Utrudnienie uczciwej konkurencji [...], to odebranie szansy na start w danym przetargu większości podmiotów występujących na danym rynku (i nie chodzi tutaj o rynek globalny ani nawet europejski, ale o rynki regionalne). W takim przypadku wystarczyłoby więc uprawdopodobnić, że większość z wykonawców występujących na danym rynku nie może wziąć udziału w postępowaniu z powodu wygórowanych żądań zamawiającego. " (Grzegorz Mazurek w artykule opublikowanym w M.Zam.Pub.2009.6.35 Opis przedmiotu zamówienia - problemy dowodowe. Teza nr 1 101172/1)

Jak wskazał Odwołujący negatywnie w zakresie zawężania kręgu potencjalnych wykonawców do podmiotów z wąskiego ściśle określonego obszaru wypowiedziała się również Małgorzata Sieradzka. W glosie do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 3 lutego 2009 r. sygn.

akt KIO/UZP 91/09 autorka skonstatowała, że cyt: „Niedopuszczalne jest również opisanie przedmiotu zamówienia tylko przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia”. (Małgorzata Sieradzka glosa LEX/el 2010 Glosa do wyroku KIO z dnia 3 lutego 2009 r., KIO/UZP 91/09. Teza nr 1 112650/1).

W ocenie Odwołującego wątpliwości co do zgodności z prawem budzą również postanowienia dotyczące ilości cudzoziemców, jacy mieliby być zakwaterowani u wykonawców. Zamawiający posługuje się w tym zakresie w SIWZ oraz stanowiących do niej załączniki 8 i 8a Istotnych postanowieniach umowy zwrotami „od” i „do”, lecz jednocześnie co wymaga podkreślenia zastrzega sobie możliwość kierowania mniejszej liczby cudzoziemców. Zapis ten utrudnia konkurencję, gdyż uniemożliwia wykonawcom kalkulację cen za usługę, gdyż ci nie są w stanie dokładnie policzyć ponoszonych wydatków, a także osiągniętych wpływów. Od swobodnego uznania Zamawiającego będzie zależało ilu cudzoziemców i do których ośrodków będzie kierowanych. Godzi to w zasadę pewności stosunku prawnego i stanowi naruszenie zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Istota stosunku cywilnoprawnego polega na równości jego stron. Przyznanie jednej z jego stron prawa do swobodnego kształtowania jego treści w sposób absolutnie dowolny i zależny tak naprawdę od jej kaprysu należy uznać za niedopuszczalne. Zdaniem Odwołującego powoduje to również, że zasadne jest postawienie Zamawiającemu zarzutu niezgodności SIWZ oraz stanowiących do niej załączniki nr 8 i 8a Istotnych postanowień umowy z art. 3531 Kodeksu cywilnego. Powołany przepis stanowi, że 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 cywilnego. Jak wskazałem we wcześniejszych akapitach niniejszego odwołania zapisy tego rodzaju będą sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego. Jak zostało wskazane w dalszej części odwołania zgodnie z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego czynność prawna (umowa) sprzeczna z ustawą jest nieważna. Art. 58 § 3 Kodeksu cywilnego stanowi, że jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

W realiach przedmiotowej sprawy, w ocenie Odwołującego, nieważność dotyczyłaby postanowień określających przedmiot wzajemnych świadczeń stron, a więc essentialia negotii umowy (elementów przedmiotowo istotnych). Z treści SIWZ oraz umieszczonego w załączniku nr 8 i 8a tytułu cyt: „Istotne postanowienia umowy” wynika, że dla Zamawiającego wprowadzenie tego rodzaju postanowień jest niezmiernie ważne. Dąży on bowiem do bycia „panem stosunku prawnego” i posiadania możliwości swobodnego decydowania o zakresie świadczeń i tego do czego wykonawcy będą zobowiązani. Pozwala to na przyjęcie w ocenie strony skarżącej, że zawarta w wyniku przeprowadzonego przetargu umowa byłaby nieważna.

Przepisy prawa zamówień publicznych nakazują sformułowanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny i jednoznaczny. Wprowadzając tego rodzaju zapisy pozwalające zmieniać ilość zamówionych świadczeń Zamawiający doprowadza do sytuacji, gdy w istocie przedmiot świadczenia nie będzie jasny dla wykonawcy, bowiem ten nie będzie wiedział ilu cudzoziemcom ma zapewnić zakwaterowanie i wyżywienie, a w konsekwencji jakie będzie mu się należało wynagrodzenie.

Tymczasem przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Podkreślenia wymaga to, że ustawodawca wprowadził zakaz takiego opisywania przedmiotu, który „mógłby utrudniać”, a nie „utrudnia”. Oznacza to, w ocenie Odwołującego, że ustawodawca wprowadza zakaz takiego opisywania przedmiotu zamówienia, który mógłby choćby potencjalnie wprowadzać utrudnienia w uczciwej konkurencji. Zabronione jest zatem stwarzanie nawet hipotetycznego zagrożenia dla uczciwej konkurencji. Powyższy pogląd jest powszechnie przyjęty w nauce tej dziedziny prawa, jaką jest prawo zamówień publicznych. Jedynie dla przykładu można wskazać na poglądy wyrażone przez Jarosława Balcewicza i Radosława Pruszowskiego. Jarosław Balcewicz stwierdził, że cyt: „Należy opisywać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.” (Jarosław Balcewicz w artykule opublikowanym w M.Zam.Pub.2010.1.42 Dostawy i usługi w systemie zamówień publicznych po zmianach. Teza nr 1109915/1). Radosław Pruszowski zajął natomiast stanowisko, że cyt: „Przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp [ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych] nie daje podstaw do odstąpienia przez zamawiającego od wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia z podaniem jego ilości nawet wówczas, gdy jego zapotrzebowanie jest trudno przewidywalne. (Pruszowski Radosław w artykule opublikowanym w Zam.Pub.Dor.2010.2.9 Zamówienia "nieprzewidywalne". Teza nr 8 112277/8)

W ocenie Odwołującego jest rzeczą oczywistą, że postanowienia zawarte w SIWZ oraz stanowiących do niej załączniki nr 8 i 8a Istotnych postanowieniach umowy, które pozwalają Zamawiającemu dowolnie zmieniać ilość cudzoziemców, którzy będą kierowani do ośrodków wykonawców utrudniają uczciwą konkurencję. Skierowanie mniejszej ilości pozostawione jest subiektywnej decyzji zamawiającego. Brak jest bowiem zapisu, który byłby podstawą do zastosowania rozwiązania polegającego na tym, że, w sytuacji mniejszej ilości cudzoziemców byłiby oni proporcjonalnie kierowani w mniejszej ilości do wszystkich ośrodków. Na gruncie istniejących zapisów jest to pozostawione swobodnemu uznaniu Zamawiającego, który mógłby do niektórych ośrodków kierować komplet cudzoziemców, a do innych mniejszą ich ilość.

W rezultacie zastosowania tego rodzaju postanowień, wykonawca ubiegający się o udzielenie mu zamówienia, nie ma możliwości precyzyjnego i dokładnego skalkulowania oferty, którą będzie składał w postępowaniu przetargowym, gdyż nie wie ilu cudzoziemców ostatecznie będzie zakwaterowanych w jego ośrodku. Powoduje to, że nie może on dokładnie rozłożyć i policzyć kosztów działalności.

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zostają przez to postawieni w sytuacji, gdzie nie mogąc dokładnie skalkulować kosztów prowadzenia ośrodków muszą z góry założyć, że w rzeczywistości liczba cudzoziemców byłaby mniejsza, co doprowadzi do składania ofert wyższych w zakresie ceny za świadczone usługi, niż te które mogłyby zostać złożone w przypadku wprowadzenia zapisów gwarantujących zapłatę wynagrodzenia od stałej minimalnej ilości cudzoziemców. Cena jest jednym z dwóch określonych przez Zamawiającego kryteriów wyboru ofert. W konsekwencji wszelkiego rodzaju postanowienia, które uniemożliwiają jej swobodne kształtowanie przez rynek należy ocenić negatywnie.

Odwołujący stoi zatem na stanowisko, że nawet jeżeli przyjąć, iż zakwestionowane postanowienia są zgodne z art. 3531 k.c, to nie są one dopuszczalne na gruncie art. 29 § 1 i art. 29 § 2 ustawy prawo zamówień publicznych.

Podsumowując złożone odwołanie Odwołujący wskazał, że w przypadku przeprowadzenia przetargu na zakwestionowanych przeze mnie warunkach dojdzie do sytuacji, gdy na każde z poszczególnych zadań częściowych zostanie złożona jedna oferta. W realiach przedmiotowej sprawy w ogóle nie można mówić o istnieniu konkurencji na rynku, gdyż ta zostanie wyeliminowana. Ustawa Pzp wyraźnie wskazuje, że ograniczenie konkurencji jest wyjątkiem od generalnej reguły i może mieć miejsce tylko w przypadkach określonych przez prawo zamówień publicznych i np. podaje zamkniętą listę okoliczności, w których zamawiający może zastosować niekonkurencyjny tryb z wolnej ręki.

W ocenie Odwołującego w przypadku niniejszej sprawy brak jest takich okoliczności. Cudzoziemcy mają zapewnione zakwaterowanie i wyżywienie. Przykładowo można wskazać, że w marcu 2011 Zamawiający zawarł umowy z ośrodkami w Lublinie i Białymstoku. Podważa to jego twierdzenia o zmniejszającej się ilości cudzoziemców. Odwołujący zwrócił również uwagę na to, że w pismach i dokumentacji dotyczącej wcześniej przeprowadzonych przetargów znajdują się dokumenty, w których Zamawiający wskazuje, że celowym jest większe rozproszenie ośrodków dla uchodźców po całym terenie Polski.

W dniu 11.04.2011 r. swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca APLAUZ Spółka z o.o. i wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Na etapie rozprawy Odwołujący przedłożył pismo z dnia 14.04.2011 r. zawierające wnioski dowodowe oraz rozszerzenie argumentacji zawartej w odwołaniu.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu w treści SIWZ opisu przedmiotu zamówienia.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z każdym z odwołań, stanowisk Przystępującego i Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, iż na skutek określenia w opisie przedmiotu zamówienia miejsca położenia obiektów, a tym samym miejsca świadczenia usługi nie jest w stanie sprostać wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ. Powyższe nie zostało skutecznie podważone w toku rozprawy przez Zamawiającego. Tym samym, w ocenie Izby, w obecnym brzmieniu SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący wykazał, iż nie jest w stanie przystąpić do udziału w postępowaniu. Wobec powyższego w przypadku uwzględnienia odwołania, oraz uwzględnienia zarzutów i żądań zawartych w rozpoznawanym odwołaniu, jak również w przypadku nakazania Zamawiającemu modyfikacji postanowień postanowień SIWZ w zakresie miejsca położenia obiektu, a tym samym miejsca świadczenia usługi Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem skutecznie przystąpił po stronie Odwołującego działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca APLAUZ Spółka z o.o.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Izba dopuściła również dowody wnioskowane przez strony w toku rozprawy oraz wnioskowane w treści wniesionego odwołania.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego, sformułowanego w toku rozprawy, o pominięciu zawnioskowanych przez Odwołującego dowodów z dokumentacji prowadzonych przez Zamawiającego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących tożsamego przedmiotu zamówienia. Izba wskazuje, iż zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 2 ustawy Pzp dotyczący równego traktowania wykonawców oraz zachowanie uczciwej konkurencji winien być rozpatrywany w określonych realiach rynkowych. Wobec powyższego analiza zakresu podmiotowego wykonawców uczestniczących w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, obejmujących tożsamy przedmiot zamówienia, nie jest okolicznością pozbawioną znaczenia dla wykazania naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 29 ust. 2 ustawy Pzp w kontekście zarzutu, który dotyczy opisu przedmiotu zamówienia.

W związku z rozszerzeniem podstaw faktycznych zarzutów w przedłożonym przez Odwołującego w toku rozprawy piśmie procesowym z dnia 14.04.2011 r. o zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp odnoszące się do zapisów SIWZ dotyczące warunków, jakie musi spełnić ośrodek (ilość kondygnacji, wymogów dotyczących kuchni elektrycznych) Izba pozostawiła powyższe zarzuty bez rozpoznania. Izba wskazuje, na co zwrócił również uwagę w toku rozprawy Zamawiający, iż zarzuty te nie zostały podniesione w odwołaniu. Ponadto należy wskazać, iż rozszerzenie na etapie rozprawy zarzutów zawartych w odwołaniu o nowe podstawy faktyczne powoduje *de facto* podniesienie nowych zarzutów, gdyż o ich istnieniu decydują dwa czynniki – przepis, który w ocenie odwołującego został naruszony przez zamawiającego oraz sposób jego naruszenia, tj. czynność lub zaniechanie, które stanowi podstawę faktyczną zarzutu. Wskazanie jedynie przepisu, który został przez

zamawiającego naruszony nie przesądza o istnieniu zarzutu, gdyż ten winien być wynikiem działania lub zaniechania zamawiającego. Powyższe wynika z normy prawnej wyrażonej w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje, iż odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy (...). Powyższe wskazuje, iż zarzut zawarty w odwołaniu sformułowany jest wobec określonej czynności lub zaniechania czynności, które to działanie lub zaniechanie należy odnieść do konkretnego przepisu ustawy Pzp. Zatem biorąc pod uwagę treść normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz art. 29 ust. 3 ustawy Pzp – poprzez posłużenie się w opisie przedmiotu kryterium położenia ośrodka (części 1, 2, 3,4 ,5, oraz 6), wskazanie konkretnych miejscowości (części 1,2, 3, oraz 6), wskazania województw w których mają znajdować się ośrodki przy jednoczesnym wyłączeniu z tego obszaru określonych miejscowości, tj. Lublina, Łukowa oraz Warszawy (część 4 oraz 5) oraz posłużenie się miejscem pochodzenia przedmiotu zamówienia we wszystkich zadaniach częściowych w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego.

Po drugie Izba ustaliła, że w dniu **01.04.2011 r.** Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej SIWZ.

Zamawiający w pkt 3 SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” w ppkt 3.3 wskazał, iż dopuszcza składanie ofert częściowych, gdzie część (zadanie) stanowi:

1. Świadczenie usług zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców w ośrodku nr 1. Liczba miejsc w ośrodku minimum 120. Obiekt usytuowany w granicach administracyjnych Białegostoku;
2. Świadczenie usług zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców w ośrodku nr 2. Liczba miejsc w ośrodku minimum 120. Obiekt usytuowany w granicach administracyjnych Lublina;



3. Świadczenie usług zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców w ośrodku nr 3. Liczba miejsc w ośrodku minimum 120. Obiekt usytuowany w granicach administracyjnych Łukowa;
4. Świadczenie usług zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców w ośrodku nr 4. Liczba miejsc w ośrodku minimum 120. Obiekt usytuowany na terenie województwa lubelskiego z wyłączeniem obiektów usytuowanych w granicach administracyjnych Łukowa i Lublina;
5. Świadczenie usług zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców w ośrodku nr 5. Liczba miejsc w ośrodku minimum 120. Obiekt usytuowany na terenie województwa mazowieckiego z wyłączeniem obiektów usytuowanych w granicach administracyjnych Warszawy;
6. Świadczenie usług zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców w ośrodku nr 6. Liczba miejsc w ośrodku minimum 100. Obiekt usytuowany w granicach administracyjnych Warszawy – ośrodek dla samotnych kobiet z dziećmi.

Ponadto na str. 2 SIWZ pod tabelą zawierającą opis poszczególnych części Zamawiający wskazał, iż obiekty, w których mają być świadczone usługi nie mogą się znajdować w odległości większej niż 200 kilometrów od siedziby Zamawiającego.

Na str. 3 SIWZ w ppkt 3.5. Zamawiający zawarł następujący zapis: „Zgodnie z art. 83 ust. 3 ustawy Pzp jeden Wykonawca może złożyć maksymalnie jedną ofertę na jedną z części zamówienia. W przypadku, gdy Wykonawca złoży ofertę na więcej niż 1 część zamówienia, Zamawiający, na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzuci ofertę w całości”.

Wobec powyższego ustalenia wymaga, czy wskazanie przez Odwołującego na naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp na skutek określenia miejsca świadczenia usługi (położenia obiektów – ośrodków) stanowi przesłankę do uwzględnienia przedmiotowego odwołania. W ocenie Izby miejsce realizacji przedmiotu zamówienia mieści się w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, a więc podlega m. in. dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który wyraża normę prawną stanowiącą doprecyzowanie i uszczegółowienie norm prawnych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – jednakże tylko w odniesieniu do czynności zamawiającego obejmujących dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Norma prawna wyrażona w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zawiera się niejako w wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadach udzielania zamówień publicznych. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez dookreślenie miejsca realizacji usługi wchodzi bowiem w zakres czynności przygotowawczych, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamówienia publiczne są istotnym elementem rynku, zaś w odniesieniu do przedmiotu niniejszego postępowania wyczerpują one w całości popyt na dane typy usług (specjalistyczne usługi zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców). Ponadto określenie warunków udziału w postępowaniu oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia i zasad jego realizacji determinuje krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia

publicznego prowadzące, tym samym, do rozszerzenia lub ograniczenia podmiotów zdolnych do jego realizacji.

Nie ulega wątpliwości, iż sposób opisu miejsca położenia ośrodka dla poszczególnych części ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, jak również wpływa na sposób spełnienia świadczenia na pozostałe części zamówienia. Wszakże Zamawiający określił, iż w zakresie części nr 2, 3 oraz 6 obiekt winien być usytuowany odpowiednio w granicach administracyjnych Lublina, Łukowa oraz Warszawy, zaś w zakresie części 4 na terenie województwa lubelskiego z wyłączeniem Łukowa i Lublina a w zakresie części nr 5 na terenie województwa mazowieckiego z wyłączeniem miasta stołecznego Warszawy. Biorąc pod uwagę argumentację Zamawiającego odnoszącą się do specjalistycznego charakteru usługi wymagającego od wykonawców doświadczenia należy uznać, iż nie jest trudne ustalenie, którzy wykonawcy są w stanie złożyć oferty na poszczególne części zamówienia. Izba w odniesieniu do powyższego podziela argumentację Odwołującego i Przystępującego, iż terytorialne eliminowanie sprawdzonych ośrodków prowadzonych przez doświadczonych wykonawców jest działaniem nieracjonalnym z punktu widzenia zaprezentowanych na etapie rozprawy przez Zamawiającego celów. Wszakże Zamawiający wskazał na etapie rozprawy, iż będąc zmuszonym do rezygnacji z części ośrodków wybrał te położone na terenach lepiej przygotowanych do obsługi cudzoziemców, kierując się również ekonomiką związaną z transportem osób do ośrodków. Wskazał również, że na tych terenach do obsługi cudzoziemców lepiej przygotowane są służby mundurowe, jednostki samorządu terytorialnego oraz organizacje pozarządowe. Izba wskazuje, co podniósł również na etapie rozprawy Odwołujący, iż Zamawiający nie wykazał, jak również nie uprawdopodobnił istnienia wspomnianych wyżej okoliczności uzasadniających terytorialne ograniczenie realizacji usługi. Powyższemu przeczy także rezygnacja przez Zamawiającego ze sprawdzonych ośrodków, w tym ośrodka prowadzonego przez Odwołującego i Przystępującego.

Ponadto, w ocenie Izby, w kontekście argumentu dotyczącego kosztów transportu należy wskazać, iż nieracjonalny zdaje się podział zamówienia na części, z których trzy obejmują miasta Łuków, Lublin oraz Warszawę (część nr 2, 3 oraz 6), zaś część nr 4 obejmuje województwo lubelskie z wyłączeniem Łukowa i Lublina, zaś część nr 5 województwo mazowieckie z wyłączeniem Warszawy. Należy również podnieść, że trudno racjonalnie wytłumaczyć wyodrębnienie części dla samego Łukowa. Podnoszony przez Zamawiającego argument, że w tym mieście współpraca sięga 1996 roku jest bezprzedmiotowy, gdyż na terenie województwa lubelskiego, co potwierdził w toku rozprawy Przystępujący przy milczącej aprobacie Zamawiającego, istnieją 3 prywatne ośrodki, które w przypadku wyodrębnienia części jedynie dla tego województwa, bez wyłączenia miast Łukowa i Lublina, mogłyby w postępowaniu złożyć konkurencyjne oferty.

Jak zostało wskazane przez Odwołującego, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, ośrodek prowadzony przez Odwołującego uzyskał najlepsze w Polsce noty. Tym samym eliminacja takiego ośrodka, tylko i wyłącznie ze względu na jego położenie, jest działaniem pozbawionym uzasadnienia przy uwzględnieniu specyfiki usługi i ograniczonego kręgu wykonawców.

Izba podziela w całości pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 984/08) w treści którego skład orzekający Izby przywołał orzeczenie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r. (sygn. akt II Ca 693/05). W powyższych orzeczeniach został wyrażony pogląd, że w przypadku określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający powinien wykazać, że wyłącznie produkty o parametrach granicznych wyznaczonych w specyfikacji umożliwiają mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie przez odwołującego w takiej sytuacji utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Zostało tam również wskazane, iż zamawiający powinien skutecznie udowodnić, że więcej niż jeden produkt spełnia parametry graniczne wyznaczone w specyfikacji. W ocenie Izby rozpatrującej niniejsze odwołanie powyższe argumenty odnoszą się również do przedmiotowego stanu faktycznego, tj. terytorialnego ograniczenia miejsca świadczenia usług, gdyż zapisy te należy uznać za analogiczne do parametrów granicznych dotyczących przedmiotu dostawy.

Wobec powyższego Izba wskazuje, iż określenie przez Zamawiającego w postępowaniu bez uzasadnienia miejsca realizacji przedmiotu zamówienia, przy uwzględnieniu specyfiki przedmiotu zamówienia oraz obowiązujących na danym rynku reguł związanych z realizacją tego typu zamówień może w sposób bezpośredni prowadzić do naruszenia jednej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp i tym samym do naruszenia powyższych norm prawnych. Zdaniem Izby powyższa okoliczność została przez Odwołującego uprawdopodobniona. Jak słusznie wskazał Odwołujący w toku rozprawy miejsce świadczenia tego rodzaju usługi znajduje się poza jej zakresem przedmiotowym, tj. nie ma wpływu na możliwość świadczenia oraz jego jakość. To gdzie wykonawca zapewni zakwaterowanie i wyżywienie osób przebywających w ośrodkach nie było przedmiotem tak szczegółowego ograniczenia ze strony Zamawiającego w prowadzonych dotychczas postępowaniach. W dotychczasowych postępowaniach Zamawiający ograniczał się jedynie do wskazania województw, w tym mazowieckiego, podlaskiego, lubelskiego, warmińsko-mazurskiego, kujawsko-pomorskiego, śląskiego oraz świętokrzyskiego. Na powyższe wskazują dowody przywołane przez Odwołującego w postaci dokumentacji prowadzonych przez Zamawiającego postępowań na usługi zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemców. Dopiero w niniejszym postępowaniu Zamawiający wskazuje na

konkretne miejscowości (Białystok, Lublin, Warszawa), w tym Łuków, który jest miastem małej wielkości liczącym około 31.000 mieszkańców. Trudno jest uzasadnić, jaką przewagą dysponuje ten ośrodek wśród innych na terenie województwa lubelskiego, że Zamawiający podjął decyzję o wyodrębnieniu z przedmiotu zamówienia osobnej części dla tego miasta.

Biorąc pod uwagę powyższe terytorialne ograniczenie przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez wyłączenie określonych ośrodków miejskich z obszaru województwa i ujęcie tychże miast w odrębnych częściach przy uwzględnieniu specyficznego charakteru usługi, w ocenie Izby, ogranicza konkurencję już i tak zawężoną do zaledwie kilku wykonawców. Wyeliminowanie pewnych ośrodków powoduje, iż to nie zaoferowane w postępowaniu ceny zdecydują komu Zamawiający udzieli zamówienia, lecz opis przedmiotu zamówienia. Powyższe działanie ma swoje miejsce na etapie poprzedzającym składanie ofert czyniąc z opisu przedmiotu zamówienia *de facto quasi* warunek udziału w postępowaniu.

Izba w niniejszym składzie co do zasady nie kwestionuje prawa podmiotów zamawiających do określenia miejsca realizacji usługi, jednakże powyższa okoliczność winna uwzględniać jej specyfikę, istniejące realia rynkowe oraz potencjalnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu. W istniejących okolicznościach Zamawiający winien uwzględnić powyższe elementy aby nie doprowadzić do sytuacji, w której dochodzi do zawężenia kręgu wykonawców poprzez nieuzasadnione w obiektywny sposób zapisy SIWZ. Ograniczenie miejsca realizacji tego typu usług winno być działaniem uzasadnionym. Niewątpliwie miejsce świadczenia tego typu usługi jest tym elementem opisu przedmiotu zamówienia, który wskazuje na pochodzenie tego przedmiotu, a więc zgodnie z treścią art. 29 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Tego rodzaju ograniczenie jest niedopuszczalne, z wyjątkiem sytuacji gdy jest ono uzasadnione szczególnymi i obiektywnymi okolicznościami. Jednakże, w ocenie Izby, w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie wykazał, iż takie okoliczności zachodzą.

Na szczególną uwagę zasługuje okoliczność, iż mniejsze zapotrzebowanie na miejsca zakwaterowania, co jak wskazał Zamawiający w toku rozprawy, jest wynikiem zmniejszającej się liczby cudzoziemców, winno być realizowane poprzez zmniejszenie liczny części zamówienia oraz zakresu przedmiotowego usługi (mniejsza ilość miejsc w ośrodkach), a nie poprzez terytorialną eliminację pewnych obszarów, a tym samym określonych ośrodków prowadzonych przez określonych wykonawców. Wszakże Zamawiający wymaga w SIWZ prawa do dysponowania obiektem, co wskazuje iż wykonawcy, których ośrodki znajdują się na terenach określonych w opisie przedmiotu zamówienia znajdują się na uprzywilejowanej pozycji. Rezygnacja z części ośrodków, jak wskazał Zamawiający w toku rozprawy, stanowi eliminację określonych wykonawców i jest całkowicie nieadekwatna do celu jaki Zamawiający chciał osiągnąć, tj. zmniejszenia zakresu przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę argument Zamawiającego, że wskazane miejsca dotyczą położenia ośrodków a nie siedziby wykonawców należy wskazać, iż Zamawiający w tak specyficznej usłudze oraz przy nieznacznej ilości wykonawców winien wziąć pod uwagę przy formułowaniu postanowień SIWZ istniejącą infrastrukturę, w szczególności jeżeli swoją argumentację oparł w przeważającej mierze na aspektach związanych z doświadczeniem, infrastrukturą, zasobami kadrowymi oraz panującymi na określonych terenach stosunkami społecznymi.

Tym samym Izba oceniając w niniejszym postępowaniu odwoławczym, czy doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wzięła pod ocenę fakt, czy określenie miejsca realizacji przedmiotu zamówienia może naruszyć zasady chroniące uczciwą konkurencję oraz wpływać na nierówne traktowanie wykonawców. Mając na względzie fakt, iż każdą z części zamówienia należy uznać za odrębne postępowanie, oraz okoliczność, że Zamawiający dopuścił złożenie oferty przez jednego wykonawcę tylko w zakresie jednej części wskazanie na miejsce świadczenia usługi (położenie ośrodka) w ocenie składu orzekającego wskazywać może na poszczególnych wykonawców. Zamawiający nie wykazał w toku rozprawy, iż w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia oferty może złożyć więcej niż 1 wykonawca. Tym samym zarzut podniesiony przez Odwołującego należy za uprawdopodobniony.

Izba wskazuje, iż uzasadniane przez Zamawiającego zmniejszeniem się ilości cudzoziemców wymagających zapewnienia zakwaterowania może skutkować zmniejszeniem ilości obiektów – ośrodków, a więc części zamówienia lub ilości cudzoziemców przewidzianych do zakwaterowania i wyżywienia. Ograniczenie przez Zamawiającego miejsca świadczenia usługi nie ma żadnego odniesienia do wielkości zamówienia, lecz jedynie może wpływać na wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Tym samym miejsce położenia ośrodków jest okolicznością irrelevantną do zakresu ilościowego usługi, jeżeli ten sam efekt, tj. zmniejszenie zakresu przedmiotowego Zamawiający mógłby uzyskać zmniejszając ilość części, ośrodków lub liczby osób przewidzianych do zakwaterowania i wyżywienia.

Zamawiający nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, iż cel który zamierza osiągnąć może zostać zrealizowany tylko i wyłącznie poprzez wskazanie miejsc świadczenia usługi. Izba w tym zakresie wskazuje, iż z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ wynika, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie sprecyzował żadnych warunków odnoszących się do wiedzy i doświadczenia. Na Zamawiającym każdorazowo ciąży obowiązek obiektywnego opisu przedmiotu zamówienia, z którym sprzężone jest uprawnienie do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający realizację potrzeb Zamawiającego. Jednakże, w ocenie Izby, jeżeli Zamawiający zakładane cele może osiągnąć poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu to formułowanie zapisów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, które ograniczają krąg potencjalnych wykonawców należy uznać za pozbawione uzasadnienia. Na powyższe w szczególności ma

wpływ fakt, iż krąg potencjalnych wykonawców jest ograniczony specyfiką zamówienia, jak również tym, iż w ocenie Izby Przystępujący wykazał, iż na każdą z części zamówienia ofertę może złożyć tylko jeden wykonawca. Nie sposób założyć, iż Zamawiający nie dysponuje wiedzą którzy z wykonawców będą zdolni do złożenia ofert na poszczególne części zamówienia.

Zamawiający argumentując w przedmiocie doświadczenia w pośredni sposób wykazał, iż zamówienie jest skierowane do określonych wykonawców – znanych Zamawiającemu. Jednakże możliwość ograniczenia udziału w postępowaniu do wykonawców posiadających preferowane przez doświadczenie została przez tego ostatniego zrealizowana w pośredni i zarazem niedopuszczalny sposób. Jak wskazał sam Zamawiający przedmiot zamówienia stanowi usługę specyficzną o ograniczonej podaży i popycie. Zatem liczba wykonawców świadczących tego rodzaju usługi i posiadających odpowiednie doświadczenie jest również niewielka. Zdaniem Izby eliminacja pewnych wykonawców poprzez określenie miejsca świadczenia usługi narusza normę prawną wyrażoną w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Ustawa Pzp bowiem celem zagwarantowania udzielenia zamówienia jedynie wykonawcy posiadającemu doświadczenie przewiduje bardziej klarowne mechanizmy, jakimi jest formułowanie w postępowaniu warunków udziału w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednakże w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie skorzystał z powyższej możliwości celem udzielenia zamówienia tylko wykonawcy posiadającemu odpowiednie doświadczenie.

Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę treść art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, jest związana jedynie zarzutami zawartymi w odwołaniu. Izby nie wiążą żądania Odwołującego, a w szczególności sprecyzowane w toku rozprawy żądanie aby SIWZ nie wskazywała dla zamówień częściowych miejsc położenia ośrodków. Jednakże Izba wskazuje, iż Zamawiający dążąc do zagwarantowania aby zamówienia zostało wykonane przez wykonawców mających doświadczenie w realizacji tego typu usług winien posłużyć się, dla zapewnienia tego celu, możliwością jaką daje art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. winien w niniejszym postępowaniu sprecyzować warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Posłużenie się w opisie przedmiotu zamówienia zapisem o lokalizacji ośrodka, z naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w celu zagwarantowania realizacji założenia, jakim jest w ocenie Zamawiającego udzielenie zamówienia wykonawcom posiadającym to doświadczenie i gwarantującym prawidłowe wykonanie usługi wymusza konieczność uwzględnienia żądania Odwołującego w całości. W ocenie Izby cele zakładane przez Zamawiającego mogą być, przy uwzględnieniu specyfiku rynku tego rodzaju usług, zrealizowane poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu, nie zaś poprzez terytorialne ograniczenie miejsca spełnienia świadczenia.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp na skutek ograniczenia terytorialnego miejsca położenia ośrodków, a więc tym samym miejsca spełnienia świadczenia.

II. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i tym samym naruszenia art. 353<sup>1</sup> ustawy Kodeks cywilny – poprzez naruszające uczciwą konkurencję wprowadzenia do SIWZ oraz załącznika nr 8 i 8a do SIWZ (istotnych postanowień umowy), które zawierają postanowienia pozwalające Zamawiającemu na swobodne zmiany dotyczące ilości osób kierowanych do ośrodków dla cudzoziemców, a w szczególności nie gwarantujących skierowania minimalnej ilości osób i zapłaty należnego wynagrodzenia liczonego zawsze od co najmniej minimalnej ilości osób, jak również niejednoznaczne określenie dla wszystkich 6 zadań ilości cudzoziemców dla których wykonawcy mają zapewnić zakwaterowanie i wyżywienie pozwalających Zamawiającemu na nie skierowanie minimalnej ilości osób, które to zapisy są sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego na skutek wprowadzenia w nich zapisów naruszających zasadę równości stron tego stosunku Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 8 do SIWZ (Istotne postanowienia umowy dla zadania częściowego nr 1 – 5) zawarł w § 2 ust. 2 następujący zapis: „Zamawiający przewiduje zakwaterowanie i wyżywienie dla cudzoziemców w ośrodku, o którym mowa w § 1, w granicach 80-120 osób. W przypadkach, gdy liczba cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w RP ulegnie zmniejszeniu lub zwiększeniu Zamawiający zastrzega sobie prawo do kierowania do ośrodka mniejszej niż 80 lub większej niż 120 liczby osób, stosownie do liczby miejsc oferowanych przez wykonawcę”. Ponadto z § 7 ust. 1 załącznika nr 8 do SIWZ wynika, iż: „Wynagrodzenie należne Zleceniobiorcy płatne będzie przez Zleceniodawcę co 10 dni na podstawie oryginalnych faktur wystawianych na adres: Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 16, 00-564 Warszawa”. W § 7 ust. 2 ww. załącznika zostało wskazane, że: „Do faktury należy dołączyć listę osób korzystających z usług w poszczególnych dniach okresu rozliczeniowego, potwierdzoną przez upoważnionego pracownika Zleceniodawcy”.

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 8a do SIWZ Istotne postanowienia umowy dla zadania częściowego nr 6) zawarł w § 2 ust. 2, iż: „Zamawiający przewiduje zakwaterowanie i wyżywienie dla cudzoziemców w ośrodku, o którym mowa w § 1, w granicach 60-100 osób. W przypadkach, gdy liczba cudzoziemców ubiegających się o

nadanie statusu uchodźcy w RP ulegnie zmniejszeniu lub zwiększeniu Zamawiający zastrzega sobie prawo do kierowania do ośrodka mniejszej niż 60 lub większej niż 100 liczby osób, stosownie do liczby miejsc oferowanych przez wykonawcę”. Ponadto z § 7 ust. 1 załącznika nr 8 do SIWZ wynika, iż: „Wynagrodzenie należne Zleceniobiorcy płatne będzie przez Zleceniodawcę co 10 dni na podstawie oryginalnych faktur wystawianych na adres: Urząd do Spraw Cudzoziemców, ul. Koszykowa 16, 00-564 Warszawa”. W § 7 ust. 2 ww. załącznika zostało wskazane, że: „Do faktury należy dołączyć listę osób korzystających z usług w poszczególnych dniach okresu rozliczeniowego, potwierdzoną przez upoważnionego pracownika Zleceniodawcy”.

Po trzecie Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt 3.7.3. SIWZ zawartym w rozdziale 3 (opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający wskazał, iż: „Budynek musi być przeznaczony w całości na zakwaterowanie cudzoziemców”. W pkt 6.5. SIWZ (Inne dokumenty) Zamawiający w tabeli w poz. 4 zażądał od wykonawców oświadczenia wskazującego, że oferowany obiekt przeznaczony jest na cele związane z kwaterowaniem cudzoziemców w całości – załącznik nr 5 do SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, iż zapisy § 2 ust. 2 załącznika nr 8 i 8a do SIWZ wskazują, wbrew twierdzeniom Zamawiającego podniesionym w toku rozprawy, że to Zamawiający decyduje o kierowaniu cudzoziemców do poszczególnych ośrodków.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba ustaliła, iż ilość przebywających na terenie kraju osób, które winny zostać skierowane do ośrodków dla cudzoziemców jest okolicznością niezależną od Zamawiającego jak również Odwołującego. Jednakże liczna kierowanych cudzoziemców do poszczególnych ośrodków leży w kognicji Zamawiającego. Tym samym, przy tak sformułowanych zapisach umowy, potrzeba zagwarantowania zakwaterowania i wyżywienia stanowi, od momentu udzielenia zamówienia, wyłączne ryzyko wykonawcy, któremu tego zamówienia udzielono. Biorąc pod uwagę zawarty w SIWZ wymóg aby obiekt został w całości przeznaczony na potrzeby cudzoziemców wyklucza to możliwości prowadzenia jednocześnie działalności związanej z zapewnieniem zakwaterowania i wyżywienia cudzoziemcom, jak również innej działalności komercyjnej, tj. działalności hotelarskiej, prowadzenia pensjonatu, motelu lub schroniska dla młodzieży. Na możliwości wykorzystania jednego ośrodka w innym celu stoją zapisy SIWZ nakazujące wykorzystanie ośrodka w całości na pobyt cudzoziemców.

Wobec powyższego Izba wskazuje, iż Zamawiający w całości ryzyko związane z ilością cudzoziemców wymagających na terenie RP zakwaterowania i wyżywienia przerzucił na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Na powyższe wpływ na



również fakt, iż to Zamawiający decyduje arbitralnie o ilości cudzoziemców kierowanych do poszczególnych ośrodków.

W ocenie Izby norma prawna wyrażona w art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny nie stoi na przeszkodzie faktycznej nierówności stron stosunku zobowiązaniowego. Na powyższe wskazał w orzeczeniu z dnia 18 marca 2008 r. Sąd Najwyższy (sygn. akt IV CSK 478/07), w którym zostało wskazane, że: „Z wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron”.

Należy jednak wskazać, iż umowa o udzielenie zamówienia publicznego jest umową adhezyjną, co oznacza że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego akceptuje jej postanowienia składając w postępowaniu ofertę. Jediną formą zmiany jej postanowień jest kierowanie do zamawiającego wniosków oraz zapytań na podstawie art. 38 ustawy Pzp. Wykonawcy nie mają jednak żadnego faktycznego wpływu na treść umowy, tym bardziej nie mogą oni wymusić zmiany jej postanowień. Zatem jedyną formą kontroli zgodności postanowień projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego pozostaje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny 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. Izba wskazuje, iż w celu wykazania naruszenia powyższej normy Odwołujący winien wykazać, iż treść umowy lub cel sprzeciwia się właściwości stosunku zobowiązaniowego, ustawie lub zasadom współżycia społecznego.

Odwołujący wskazał w treści odwołania, iż w realiach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie określił minimalnej ilości cudzoziemców jak ma zostać skierowana do poszczególnych ośrodków, nie zagwarantował zapłaty wynagrodzenia za minimalną ilość i zagwarantował sobie prawo do możliwości kierowania mniejszej liczny cudzoziemców niż określona szacunkowo. Wskazał on również, że zapisy te godzą w zasadę pewności stosunku prawnego i stanowią naruszenie zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego, zaś przyznanie jednej ze stron prawa do swobodnego kształtowania jego treści w sposób absolutnie dowolny i zależny od jej kaprysu uznać należy za niedopuszczalny. Zdaniem Odwołującego na podstawie art. 58 § 1 ustawy Kodeks cywilny nieważnością istotnych postanowień przyszłej umowy (załącznik nr 8 i 8a do SIWZ) może dotyczyć postanowień określających przedmiot wzajemnych świadczeń stron, a więc

essentialia negotii tejże umowy. Niezgodności z ustawą Odwołujący upatruje w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wskazując, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mają możliwości precyzyjnego skalkulowania ceny, gdyż nie mają wiedzy jaka ilość cudzoziemców zostanie na etapie realizacji usługi faktycznie skierowana do ośrodka.

Izba wskazuje, iż w wyżej przytoczonym orzeczeniu z dnia 18 marca 2008 r. Sądu Najwyższego (sygn. akt IV CSK 478/07), zostało wskazane, że: „Obiektywnie niekorzystna dla jednej strony treść umowy zasługiwać będzie na negatywną ocenę moralną, a w konsekwencji prowadzić do uznania umowy za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego w sytuacji, gdy do takiego ukształtowania stosunków umownych, który jest dla niej w sposób widoczny krzywdzący, doszło przy świadomym lub tylko spowodowanym niedbalstwem, wykorzystaniu przez drugą stronę swojej silniejszej pozycji. Umowa zawarta przez stronę działającą pod presją faktycznej przewagi kontrahenta nie może być, bowiem uznana za wyraz w pełni swobodnej i rozważnie podjętej przez nią decyzji”.

W ocenie Izby wskazane przez Odwołującego okoliczności (opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ w połączeniu z zapisami istotnych postanowień umowy odnoszącymi się do sposobu płatności wynagrodzenia oraz decydowania o obsadzie poszczególnych ośrodków) mogą skutkować uznaniem, iż została w niniejszym postępowaniu naruszona norma prawna wyrażona w art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w związku z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Jak wynika z treści art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych (...) stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W tej materii ustawa Pzp nie zawiera odrębnych postanowień, zatem znajduje tu zastosowanie w pełni art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Zamawiający w toku rozprawy nie odniósł się do twierdzeń Odwołującego dotyczących powyższego zarzutu.

Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę treść przyszłej umowy, w tym w szczególności zapisy dotyczące możliwości zmniejszenia osób kierowanych do poszczególnych ośrodków przy całkowitej swobodzie Zamawiającego w zakresie decydowania o tej ilości, jak również przy uwzględnieniu, że płatności będą dokonywane przez Zamawiającego za faktycznie wykonaną usługę w ocenie Izby doszło w niniejszym postępowaniu do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny przy uwzględnieniu treści art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę żądanie Odwołującego, doprecyzowane w toku rozprawy, że załączniki nr 8 i 8a do SIWZ winny wskazywać minimalną ilość cudzoziemców dla każdej

części zamówienia za którą Zamawiający dokona płatności, niezależnie od tego ilu cudzoziemców zostanie skierowanych do poszczególnych ośrodków Izba wskazuje, iż Zamawiający winien wprowadzić powyższy zapis uwzględniający to żądanie lub też alternatywnie zagwarantować wykonawcom stałą opłatę za gotowość ośrodka do przyjęcia określonej liczby osób. Tego rodzaju zapisy umożliwią wykonawcą prawidłowe skalkulowanie ceny jak również zagwarantują równomierne rozłożenie ryzyka pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami, którym Zamawiający udzieli zamówienia

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz stwierdzenie naruszenia art. 29 ust. 1, 2 oraz 3 ustawy Pzp, jak również art. 353<sup>1</sup> ustawy Kodeks cywilny powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

**Przewodniczący:**

.....