

**WYROK**

**z dnia 2 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2013 r. przez wykonawcę: **Zofia S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Pralnia Zofia S., ul. Szkolna 1B, 62-030 Luboń** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. J. Strusia z Zakładem Opiekuńczo Lecznicznym SP ZOZ, ul. Szwajcarska 3, 61-285 Poznań,**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z wytycznymi podanymi w uzasadnieniu niniejszego wyroku,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. J. Strusia z Zakładem Opiekuńczo Lecznicznym SP ZOZ, ul. Szwajcarska 3, 61-285 Poznań, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Zofia S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Pralnia Zofia S., ul. Szkolna 1B, 62-030 Luboń** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. J. Strusia z Zakładem Opiekuńczo Lecznicznym SP ZOZ, ul. Szwajcarska 3, 61-285 Poznań** na rzecz wykonawcy: **Zofia S. prowadząca działalność gospodarczą**

**pod firmą Pralnia Zofia S., ul. Szkolna 1B, 62-030 Luboń** stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu 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 **Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. J. Strusia z Zakładem Opiekuńczo Leczniczym SP ZOZ z siedzibą w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „świadczenie usługi w zakresie prania bielizny szpitalnej na rzecz Wielospecjalistycznego Szpitala Miejskiego przy ul. Szwajcarskiej 3 w Poznaniu wraz z wynajmem pomieszczeń i dzierżawą urządzeń — wyposażenia pralni”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 174-300840 w dniu 07.09.2013 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opublikowana w dniu 8 września 2013 r.

Wykonawca, Zofia S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Pralnia Zofia S. z siedzibą w Luboniu, wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”). Odwołująca zarzuciła naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907), zwanej dalej Pzp:

- art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 4 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez wadliwe opisanie warunków udziału w postępowaniu oraz wadliwy opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, które ograniczają zasadę uczciwej konkurencji i nie są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia;
- art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez niewłaściwą wykładnię i zastosowanie;
- art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp, poprzez określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a jednocześnie „sam w sobie” stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy. Czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5 art. 15 ww. ustawy, może polegać w szczególności (a z czym mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu) na: 1) ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy; 2) stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty

trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym;

- art. 36 ust. 1 pkt 3, 5, 16 Pzp, poprzez wadliwe sporządzenie siwz w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, opisu sposobu obliczenia ceny, istotnych dla stron postanowień, które wprowadzone zostaną do treści zawieranej umowy (wzoru umowy) w sprawie zamówienia publicznego albowiem zamawiający wymaga aby wykonawca zawarł z nim umowę na takich warunkach;

- art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 w zw. z art. 2 ust. 5 oraz art. 2 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez wadliwy opis kryteriów którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej jak również sposobu oceny ofert i sposobu obliczenia ceny oferty;

- art. 41 pkt 4, 7, 9 Pzp, poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu oraz opisu oceny spełnienia tych warunków (por. uwagi do punktu 6), a także wadliwy opis kryteriów oceny ofert i ich znaczenia (por. uwagi do punktu 7);

- art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania albowiem do czasu obowiązywania kwestionowanych zapisów jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

- art. 353<sup>1</sup> k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp, przez bezprawne wprowadzenie do projektu umowy warunków nieekwiwalentnych dla stron umowy, tj. abuzywnych, niezgodnych z przepisami ogólnymi k.c., a w konsekwencji z ustawą Pzp;

- art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 Pzp, poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;

- art. 17 ust. 1 pkt 1 i 3 oraz ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 168);

- art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Odwołująca podniosła, że działania zamawiającego polegające na wadliwym sporządzeniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uniemożliwiają odwołującemu udział w przetargu i jednocześnie stanowią bezprawne preferowanie pewnych wykonawców z naruszeniem zasady równości i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co pozwoli na przywrócenie uczciwej konkurencji, w sposób opisany poniżej.

### Zarzut wadliwego opisania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający zapisał w siwz, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. Dla uznania, że wykonawca spełnia ww. warunek zamawiający żąda wykazania, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał z należytą starannością, co najmniej dwa zamówienia polegające na usłudze prania na rzecz jednostek służby zdrowia przez okres, co najmniej 12 miesięcy każde, przy miesięcznym przerobie minimum 44.000 kg bielizny szpitalnej. Wymagane zamówienia muszą być realizowane na rzecz różnych jednostek służby zdrowia.

Zdaniem odwołującego warunek ten jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W tym przypadku mamy do czynienia z usługami o charakterze ciągłym, a opis przedmiotu zamówienia pozwala ustalić (por. załącznik nr 1 do SIWZ), że miesięczny wolumen bielizny i odzieży przeznaczonych do prania to 43,3 tys. kg, co jest wynikiem podzielenia 520 000 kg prania rocznie przez 12 miesięcy. Tym samym zamawiający postawił warunek obowiązku wykazania się doświadczeniem w ilościach wyższych niż ta na jaką opiewa przedmiot zamówienia (w skali miesiąca). Wystarczającym byłoby, gdyby warunek nakazywał wykonawcy wykazanie się doświadczeniem w usłudze prania o mniejszym wolumenie, np. 1/3 tej wartości, tj. 15 tys. kg miesięcznie. Usługa prania to czynność polegająca na stale powtarzanych kompleksie tych samych czynności, tak więc nie ma istotnego znaczenia czy wykonawca pierze 15 czy 40 tys. kg miesięcznie. Ponadto doświadczenie w branży pralniczej pokazuje, że ilość 15 tys. kg to średnie wielkości przerobów miesięcznych większości szpitali w Polsce. Odwołujący wskazał, że Szpital Wielospecjalistyczny w Poznaniu powstał z połączenia dwóch szpitali, dlatego jest największym szpitalem w Wielkopolsce i nigdzie poza nim nie można zrealizować usługi o tym wolumenie prania.

Nadto stwierdzenie, że pranie ma być wykonywane na rzecz jednostek służby zdrowia jest nieostre i powoduje, że na etapie oceny ofert zamawiający będzie miał dyskrecyjną władzę wykluczenia wykonawców z postępowania z powołaniem na tę nieostrą kategorię. Dodatkowo sprawę komplikuje wzajemne krzyżowanie się terminów, że pranie ma być wykonywane „na rzecz jednostek służby zdrowia”, ale wolumenu kilogramów dotyczy już inne pojęcie - „bielizna szpitalna”. Czy bowiem internaty szkół medycznych lub hotele dla pielęgniarek na terenie szpitala lub hotele dla rodzin pacjentów przy szpitalach są jednostkami służby zdrowia, a bielizna tam wykorzystywana jest bielizną szpitalną? Czy publiczne lub prywatne domy pomocy społecznej, przeznaczone na pobyt dzienny lub stały w którym przebywają osoby w wieku starszym, leżące lub hospicja, izby wytrzeźwień podlegają zaliczeniu na poczet spełnienia warunku? Zamawiający nie zastosował definicji legalnej zawartej np. we wskazanym akcie prawnym.

Zdaniem odwołującego zamawiający winien raczej zapisać w warunku jakie procesy technologiczne (takie jak pranie i dezynfekcja) winno się stosować w czasie świadczenia usługi aby spełnić warunek doświadczenia, które są charakterystyczne dla prania bielizny i odzieży mającej kontakt z materiałem skażonym.

Całkowicie absurdalne jest wymaganie, aby dwie usługi nie mogły być świadczone na rzecz tego samego zamawiającego, które nie ma uzasadnienia merytorycznego, a jedynie ogranicza konkurencję.

Przepis art. 22 ust. 4 Pzp nakazujący proporcjonalność warunku do przedmiotu zamówienia nie stanowi nakazu wymagania „takiej samej usługi co do ilości” lecz takiej usługi, która pozwoli wykazać konieczne doświadczenie (tożsamość przedmiotowa — materialna). Jeżeli zatem zamawiający w warunku opíše jakiego rodzaju procesy technologiczne prania wymaga od wykonawców aby wykazali się doświadczeniem, to całkowicie nielogiczne jest mnożenie wolumenu kilogramów.

Odwołujący wskazał także, że niniejsze postępowanie obejmuje także wynajem pomieszczeń i dzierżawę pralni, ergo zamawiający nie może się obawiać, że wykonawca nie będzie posiadał wystarczająco miejsca lub wystarczającej ilości maszyn dla realizacji zadanego wolumenu, gdyż wszystko to, co konieczne do wykonania usługi, oddaje wykonawcy w tym przetargu. W obliczu tego faktu dopuszczalna powinna być także możliwość łączenia usług (wolumenów kilogramów prania) celem wykazania warunku doświadczenia z różnych usług wykonywanych na rzecz tego samego lub różnych zamawiających w zadanym okresie czasu, tj. ostatnich 3 lat liczonych przed terminem składania ofert.

Odwołujący wniósł o zmianę zapisu warunku, w następujący sposób:

„Dla uznania, że wykonawca spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający żąda by wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonał z należytą starannością, co najmniej dwa (lub więcej) zamówienia polegające na usłudze prania (przez co należy rozumieć pranie i dezynfekcję bielizny i odzieży mającej kontakt z materiałem skażonym) przez okres, co najmniej 12 miesięcy każde, przy łącznym miesięcznym przerobie minimum 15.000 kg bielizny i odzieży. Wymagane zamówienia mogą być realizowane na rzecz różnych zamawiających, a wolumeny poszczególnych zamówień sumują się, przy czym każde z łączonych zamówień (umów) winno być wykonywane przez okres 12 miesięcy”,  
ewentualnie:

„wykonawca spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie wykonał z należytą starannością, co najmniej

jedno zamówienia (usługę) w zakresie prania (przez co należy rozumieć pranie i dezynfekcję bielizny i odzieży mającej kontakt z materiałem skażonym) wraz z wynajmem pomieszczeń i dzierżawą urządzeń - wyposażenia pralni, przez okres co 12 miesięcy przy łącznym miesięcznym przerobie minimum 15.000 kg bielizny i odzieży”.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp.

Zamawiający zastrzył wymaganie w punkcie 5 rozdziału XI SIWZ w stosunku do brzmienia art. 26 ust. 2b Pzp o tzw. zależność pomiędzy udzieleniem potencjału, a podwykonawstwem części czy całości przedmiotu zamówienia. Z przepisu art. 26 ust. 2b nie wynika zasada, iż podmiot udzielający potencjału ma bezwzględny obowiązek być jednocześnie podwykonawcą realizującym całość czy część przedmiotu zamówienia. Tym samym wykładnia art. 26 ust. 2b dokonana przez zamawiającego, jest zapisem contra legem i jako sprzeczny z prawem lub mający na celu jego obejście nie powinien się ostać. Odwołujący wniósł o wykreślenie ww. pkt 5 rozdziału XI SIWZ.

Zarzut wadliwego opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję:

Zamawiający dokonał opisu, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję w miejscu, w którym nie pozwala on skalkulować cenę oferty.

A. Jednym z obowiązków nałożonych na wykonawcę jest skalkulowanie w cenie oferty przejęcia obecnych pracowników pralni zamawiającego w trybie art. 23(1) kodeksu pracy, o czym mowa w ppkt 18 pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ) oraz w §10 projektu umowy na pranie (załącznik nr 3 do SIWZ). Obowiązek ten nie został zapisany w sposób poprawny, gdyż zamawiający nie podał jakichkolwiek informacji w tym przedmiocie. Zamawiający nie ujawnił ilu to będzie pracowników ani też na jakich warunkach pracy i płacy aktualnie pozostają zatrudnieni w szpitalu. Zamawiający w ust. 2 paragrafu 10 (odpowiednio ppkt 18 pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ) zapisał jednak, że przejęcie pracowników nastąpi na zasadach gwarantujących zatrudnienie na niezmiennych warunkach przez okres nie krótszy niż 12 miesięcy. Taki sposób sporządzenia SIWZ nie pozwala wykonawcom oszacować racjonalnie ryzyka finansowego, osobowego, związanego z kontraktem, a oczywistym jest, że wpływ na cenę usługi będą miały koszty utrzymania personelu i składowe tych kosztów, tj. (wynagrodzenie, nabycie uprawnień do dodatków, nagród, świadczeń dodatkowych niefinansowych etc.).

Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ, poprzez dokładne określenie liczby (listy) osób stanowiących przedmiot przejęcia w trybie art. 23 (1) k.p. i podanie pełnej informacji odnośnie ich warunków pracy i płacy.

B. Kolejny zarzut w przedmiocie opisu przedmiotu zamówienia dotyczy braku zdefiniowania ścisłych terminów, w jakich wykonawca zobowiązany będzie dostarczać

bieliznę czystą do magazynu zamawiającego, o czym mowa w ppkt 4 pkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ. Zamawiający wskazał jedynie, że godziny te ustalone zostaną po podpisaniu umowy. Zatem dopiero po podpisaniu umowy wykonawcy będą mieli wiedzę, czy będą „fizycznie” zmuszeni dokonywać transportu bielizny do zamawiającego dwa razy czy też w ramach jednego transportu. Można mieć realne obawy, że w razie nierównego dostępu do informacji o godzinach, jakich w przyszłości będzie wymagał zamawiający dla realizacji usługi, różni wykonawcy mają różne szanse na skalkulowanie ofert, nie koniecznie porównywalnych, co narusza zasadę równości. Odwołujący zauważył przy tym, że zamawiający w ppkt 3 pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ zdefiniował dokładny przedział czasowy, w którym wykonawca jest zobowiązany do odbioru brudnej bielizny (por. godziny od 07.00 do 08.00). Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o skonkretyzowanie godzin dostawy bielizny do zamawiającego poprzez wskazanie konkretnych godzin, co pozwoli oszacować koszty dostawy.

C. Odwołujący zakwestionował także zapis z ppkt 17 pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ (pierwszy tiret), że zamawiający ma „prawo do kontroli dokumentów księgowych” zakupu środków piorących i dezynfekujących. Zamawiający powinien mieć prawo kontroli jakości wykonywanej usługi, poprzez kontrolę wykonanych cykli prania i ewentualnie dokumentów, które dokumentują ich przebieg lub dozowanie środków, jak również kontrolę dostarczanej do niego bielizny i odzieży. Kontrola dokumentów księgowych stawia zamawiającego ponad inne organy kontroli „państwowej” albowiem szpital będzie mógł dokonywać kontroli nie tylko przedmiotu zamówienia (por. tiret drugi, tiret trzeci) ale także sposobu finansowania zakupów, źródeł zaopatrzenia etc. Odwołujący wniósł o wykreślenie tego zapisu (tiret 1 ppkt 17 pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ) jako pozbawionego podstawy prawnej, nadmiernego i nie związanego z przedmiotem zamówienia.

D. Odwołujący zakwestionował także zapis pkt 3 załącznika nr 1 do SIWZ, w którym zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek uiszczania na jego rzecz ryczałtu za obsługę urządzeń technicznych oraz materiały eksploatacyjne w określonych kwotach. Zamawiający narzucił w ten sposób wykonawcy z jakiego „źródła” będzie on pozyskiwał usługi serwisowe. Nadto z tego lakonicznego zapisu SIWZ nie wynika, co będzie świadczył ów serwis. Stwierdzenie „obsługa urządzeń” jest określeniem nieostrym. Nie wymienia się jakie czynności obsługowe przynależą dla jakiej maszyny, nie zapisane zostało - co kryje się pod pojęciem „urządzeń technicznych do obsługi pralni”, czy wszystkie urządzenia czy niektóre. Wątpliwość ta jest tym bardziej uprawdopodobniona, gdyż w ppkt 17 pkt 2 ww. załącznika zamawiający zastrzegł sobie kontrolę wglądu do dokumentów potwierdzających przeprowadzanie serwisów, przeglądów etc. Wolą zamawiającego było uzyskanie nienależnego mu świadczenia.

Tak samo zamawiający narzucił obowiązek uiszczania na jego rzecz kosztów z tytułu



eksploatacji dźwigów na podstawie wystawianych faktur, niemniej nie podał jakiego rodzaju są to szacunkowe kwoty, chociażby za poprzedni rok eksploatacyjny.

Odwołujący wniósł o wykreślenie obligu zamawiania usług „obsługowych” u zamawiającego za zapłatą ryczałtu i pozwolenie wykonawcy na pozyskanie tych usług u swoich serwisantów, oraz wniósł o skonkretyzowanie kwoty z tytułu kosztów eksploatacyjnych dźwigów.

Obecna treść SIWZ w powyższym zakresie pozwala uznać, że zamawiający dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, opisanych w pkt 5 podniesionych zarzutów (wyliczonych w petitum pisma).

E. Odwołujący zakwestionował treść pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ, tj. wysokość czynszu dzierżawnego urządzeń wyposażenia pralni w kwocie 421.533,64 zł, która jest wygórowana i nie ma nic wspólnego z zasadą ekwiwalencji i uczciwości wzajemnych świadczeń stron. Co prawda w załączniku nr 10 do SIWZ, stanowiącym jednocześnie załącznik nr 3 do umowy prania, podano wykaz urządzeń wraz z określeniem wysokości czynszu za poszczególne urządzenia, niemniej wysokość stawki czynszu dzierżawnego tych poszczególnych urządzeń jest w sposób nieusprawiedliwiony zawyżona.

Odwołujący wskazał większość pozycji, których całkowita wartość rynkowa określona przez zamawiającego jest równa kwocie odpowiadającej od półtora miesiąca do trzykrotności czynszu dzierżawnego. Dotyczy to zarówno pozycji o małej wartości jak i dużej. Takie pozycje jak np.: poz. Nr 1 waga - wartość rynkowa 320 złotych, czynsz dzierżawny 203 złotych miesięcznie, poz. Nr 107 pralnic — wirówka wartość rynkowa 63 tys. złotych czynsz miesięczny 27 złotych!, pozycja 116 prasowalnica, wartość rynkowa 86 tys. wysokość czynszu w miesiącu 22 tys. złotych, pozycja 117 składarka wartość 34 tys. złotych, czynsz miesięczny 14 tys., poz. 133 dezynfektor kocy, wartość rynkowa 78 tys. złotych, czynsz miesięczny 33 tys. (każdorazowa przez okres pełnych 36 miesięcy). Oznacza to, że czynsz dzierżawny za wagę o wartości 320 zł wyniesie przez okres trwania zamówienia kwotę 7.308 zł, a za dezynfektor kocy o wartości 78 tys. czynsz wyniesie jeden milion sto osiemdziesiąt osiem tysięcy złotych.

Z podliczenia załącznika nr 10 do SIWZ dokonanego przez zamawiającego wynika, iż wysokość czynszu dzierżawnego opiewa na kwotę 342 710,28 zł. W przywołanym opisie dzierżawa urządzeń ma wynosić natomiast 421.533, 64 zł miesięcznie przez 36 miesięcy świadczenia usługi. Po pierwsze, nie wiadomo skąd wynikają różnice pomiędzy obiema wartościami z dwóch dokumentów oraz dlaczego zamawiający żąda czynszu dzierżawnego w wysokości, która po półtora do trzech miesięcy konsumuje wartość rynkową sprzętu. Czynsz dzierżawy winien być ekwiwalentny do przedmiotu zamówienia, nie może natomiast stanowić źródła bezpodstawnego wzbogacenia zamawiającego.

Odwołujący wniósł o obniżenie czynszu dzierżawnego do kwoty ekwiwalentnej do wartości

rzeczy, która rozłoży korzyści uzyskiwane przez zamawiającego w sposób odpowiedni i równy do czasu okresu dzierżawy (tj. okresu, na jaki udzielone zostanie zamówienie).

Zarzut wadliwego opisu kryteriów oceny i sposobu oceny ofert oraz sposobu obliczenia ceny oferty.

Zamawiający w rozdziale XXII SIWZ zapisał, że kryterium oceny oferty będzie cena prania 1 kg bielizny z VAT. W ocenie odwołującego zamawiający powinien wprowadzić kryterium cena w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 i pkt 5 Pzp, w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.), tj. porównywać ceny za świadczenie usługi za cały okres zamówienia tj. okres 36 miesięcy świadczenia usługi zgodny z zakresem jaki wynika z opisu przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo w rozdziale XX SIWZ zamawiający dokonał opisu sposobu obliczenia ceny – w cenę kilograma prania należy ująć zarówno czynsz dzierżawny za urządzenia, jak i czynsz najmu pomieszczeń. W ocenie odwołującego koszty prania, czynszu dzierżawnego i koszty najmu pomieszczeń powinny być wydzielone, a nie „wrzucone” do wartości kilograma prania, gdyż konkretne ilości kilogramów wypranej bielizny i odzieży stanowiące podstawę wystawienia faktury w każdym miesiącu wynikają w dużej mierze z przyczyn losowych, natomiast koszty dzierżawy i czynszu najmu są stałe w każdym miesiącu przez cały okres realizacji zamówienia. Tym samym zakres „deformacji rzeczywistości” (deformacji na linii koszty — zyski a więc i sposobu kalkulacji oferty) wynikający na tym tle jest różny w różnych miesiącach trwania umowy (realizacji zamówienia).

Odwołujący wniósł o zmianę kryterium oceny ofert z ceny za jeden kilogram prania - na cenę oferty, przy czym sposób jej wyliczenia winien uwzględniać wszystkie elementy rodzajowe przedmiotu zamówienia.

Zarzut bezprawnego wprowadzenia do projektu umowy warunków nieekwiwalentnych dla stron umowy, tj. abuzywnych, niezgodnych z przepisami ogólnymi k.c., a w konsekwencji z ustawą Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podważył zapis projektu umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ - postanowienia § 9 dotyczącego prawa zamawiającego do odstąpienia od umowy. Zdaniem odwołującego analiza w szczególności ust. 2 pkt 1, 2 6 skazuje wykonawcę na dyktat zamawiającego. Niedopuszczalne jest, aby np. trzykrotna reklamacja dotycząca rozprutego szwa bielizny lub przetarcia na przynieszczonej przez zamawiającego odzieży pozwalała na wypowiedzenie umowy na pranie, dzierżawę urządzeń, najem powierzchni wraz z przejętymi pracownikami etc.

Ponadto zapisane w projekcie zwykłe „opóźnienie (nawet nie zwłoka) w odbiorze bielizny” pozwala zamawiającemu „wyrzucić” wykonawcę z zamówienia z całym rygorem wykluczenia go z innych postępowań w przyszłości (z tytułu chociażby zapłaty przypisanych z tego tytułu kar umownych). Zapisy te są za daleko idące.

Odwołujący zakwestionował także wysokość kar umownych opisanych w § 5 projektu umowy. Ich wysokość przy danym sposobie obliczenia ceny oferty będzie wynosiła kilkadziesiąt tysięcy złotych za każde zdarzenie, np. niezawinione opóźnienie w odbiorze brudnej bielizny nawet chociażby o przysłowiowe 5 min. Zważyć należy, że kara wyliczona zostaje od całości wartości brutto umowy (za okres 36 miesięcy), przy czym w cenie każdego kilograma muszą być wliczone koszty dzierżawy, najmu pomieszczeń, przejęcia personelu etc. Tym samym baza naliczenia kary nie ma nic wspólnego z causa stanowiącą podstawę przypisania ewentualnej odpowiedzialności wykonawcy. Jako bezskuteczną i naruszającą zasady współżycia społecznego należy uznać praktykę, która z tytułu kar umownych pozwoliłaby zamawiającemu poczynić sobie źródło bezpodstawnego wzbogacenia.

Zgodnie z zapisem §1 ust. 7 projektu umowy na pranie, iż wykonawca oświadcza, (ergo zrzeka się) jakichkolwiek roszczeń wobec zamawiającego w przypadku objęcia zamówieniami zamawiającego mniejszej ilości przedmiotu umowy, jeżeli zmniejszenie nie przekroczy 30% ogólnej ceny umowy brutto. Wg wiedzy odwołującego aktualnie ilość rzeczywiście pranej bielizny i odzieży u zamawiającego oscyluje wokół progu 70% ilości „zamawianych kilogramów prania” w ramach obecnego przetargu. Natomiast kary umowne, jakie zamierza stosować zamawiający będą naliczane od wartości maksymalnej.

Odwołujący wniósł o modyfikację tych zapisów: po pierwsze - w każdym przypadku zamiany okoliczności opisanej w projekcie umowy jako opóźnienie na zwłoka, po drugie - ograniczenia kar umownych za każde zdarzenie w wartości kwotowej w wysokości ~ 200 do 500 zł, a także urealnienie kar z tytułu odstąpienia od umowy do wartości nie przekraczających 50 tysięcy złotych. Odwołujący wskazał, że w przypadku wyrządzenia zamawiającemu szkody, w § 5 ust. 3 projektu umowy na pranie zamawiający zastrzegł sobie prawo dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych do pełnej ich wysokości.

Odwołujący zażądał również wykreślenia zakwestionowanych zapisów o prawie odstąpienia od umowy w punktach (okolicznościach) przywołanych powyżej.

Odwołujący zakwestionował zapis § 9 ust. 4, gdyż z jego brzmienia wynika, że kary umowne podlegają kumulacji, co powoduje, że właściwie nie istnieje jakakolwiek granica odpowiedzialności wykonawcy, to z kolei pociąga za sobą ten skutek, że wykonawcy nie są w stanie oszacować „ryzyka gospodarczego” zamówienia, co przekłada się na cenę oferty. Z ww. zapisu wynika także, że kary umowne z § 5 ust. 1 dotyczą nawet sytuacji, gdy umowa zostaje rozwiązana z jakichkolwiek przyczyn, czyli także tych, które nie są zawinione przez wykonawcę, np. likwidacja wykonawcy, która jeżeli nie jest zawiniona pociąga za sobą następczy skutek utraty możliwości wykonania zobowiązania. Odwołujący zażądał wykreślenia zapisu § 9 ust. 4 projektu umowy na pranie.

Odwołujący zakwestionował postanowienie § 4 ust. 9 projektu umowy na pranie, który

stanowi, że wysokość wynagrodzenia nie ulegnie zmianie w okresie obowiązywania umowy. Odwołujący nie zgodził się jednak ze słowami „z zastrzeżeniem § 1 ust. 5”, w którym mowa jest o tzw. wykonywaniu usługi w pralni zapasowej na okoliczność awarii lub innego zdarzenia losowego. Zamawiający jednak wymaga, aby pralnia zapasowa spełniała dokładnie te same wymogi co pralnia podstawowa. Dlaczego zatem zamawiający chce korygować ewentualnie z tego tytułu wynagrodzenie wykonawcy i w jaki sposób dokona. Nie pozwala to oszacować przedmiotu zamówienia i sporządzić prawidłowej oferty. Odwołujący wniósł o wykreślenie tego zapisu.

Odwołujący zakwestionował treść § 4 ust. 1 projektu umowy dzierżawy stanowiącej załącznik nr 1 do umowy na pranie, że wykonawca zobowiązany jest do bieżącego uzupełniania w całości brakującego wyposażenia lub sprzętu do wykonania usługi. Po pierwsze nie wynika z tego zapisu jakiego sprzętu i wyposażenia dotyczy, czy takiego który uległ np. zniszczeniu przez wykonawcę w wyniku jego niewłaściwego użytkowania, czy także takiego, który uległ całkowitemu zużyciu eksploatacyjnemu. W tym samym paragrafie w pkt 6 ust. 1 wprowadzono co prawda zasadę, że „po zakończeniu dzierżawy zwrot rzeczy następuje w stanie niepogorszonym za wyjątkiem zużycia będącego następstwem prawidłowego używania”, lecz skorelowanie obu zapisów w obrębie jednego paragrafu pozostawia szerokie pole wątpliwości. Czy zatem niejednoznaczny zapis - „bieżące uzupełnianie brakującego wyposażenia” nie doprowadzi do sytuacji, że normalne zużycie rzeczy np. na kilka miesięcy przed upływem okresu zamówienia spowoduje konieczność jej uzupełnienia na nową, a potem jej pozostawienia zamawiającemu w stanie jaki, wynika z jej używania przez tych zaledwie kilka miesięcy do końca okresu dzierżawy, co mógłby sugerować zapis pkt 1 ust. 1 paragrafu 4. Celem usunięcia tych wątpliwości i doprowadzenia do stanu zgodnego z prawem odwołujący zażądał jego wykreślenia.

Podstawową wadą takiej umowy jest: niezachowanie w niej równości stron, naruszenie przepisów k.c., a w konsekwencji przywołanych przepisów ustawy Pzp, dokonanie przez zamawiającego błędnej interpretacji przepisów k.c., tj. zasady swobody umów określonej w art. 353<sup>1</sup> k.c. Strony układające stosunek prawny wg własnego uznania, muszą pamiętać, że treść i cel umowy nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie i wreszcie oraz zasadom współżycia społecznego. Nie ulega wątpliwości, że zapisy takie naruszają zasady współżycia społecznego. W świetle art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k.c. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 k.c., który stanowi, że „nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”. Zamawiający nie może swoim postępowaniem wyrządzać szkody drugiej stronie stosunku prawnego, tj. wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że brak modyfikacji SIWZ pociąga za sobą skutek w postaci obowiązku unieważnienia postępowania albowiem niemożliwe jest zachowanie zasady równości i uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu i złożenie porównywalnych ofert.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. Na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego opisu warunku wiedzy i doświadczenia wyjaśnił, że średnia miesięcznie ilość prania objęta przedmiotem zamówienia to 43,3 tys. kg. Zdaniem zamawiającego ilość na poziomie 44 tys.kg. jest proporcjonalna w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż w poszczególnych miesiącach ilości te nie są równe - wahają się zarówno w górę, jak i w dół. Użyte w treści warunku pojęcie „jednostki służby zdrowia” oznacza - szpitale, co wynika z brzmienia warunku czytanego w całości, natomiast pojęcie „bielizna szpitalna” zostało skonkretyzowane w pkt.1.16 OPZ (załącznik nr1 do SIWZ). Wymóg wykonania usług prania bielizny na rzecz dwóch różnych zamawiających potwierdza większą wiedzę i doświadczenie niż wykonywanie usług na rzecz jednego tego samego zamawiającego

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b zamawiający uznał za niezasadny, gdyż uczestnictwo w wykonaniu zamówienia wskazane w postanowieniu SIWZ nie jest równoznaczne z ograniczeniem tego uczestnictwa do podwykonawstwa. Zamawiający wyjaśnił, że dopuścił w SIWZ możliwość uczestnictwa podmiotów udostępniających swój potencjał również w innych dopuszczalnych formach.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego godzin dostawy czystej bielizny zamawiający wskazał, że konkretne terminy zostaną uzgodnione z wykonawcą, mogą to być terminy w ramach godzin odbioru bielizny brudnej.

Zamawiający wyjaśnił, że prawo wglądu do dokumentów księgowych ma na celu zapewnienie kontroli w zakresie rodzajów wykorzystywanych środków do wykonywania usługi, w szczególności stosowanych do prania bielizny z oddziału zakaźnego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego stawek czynszu za dzierżawę urządzeń zamawiający wyjaśnił, iż wynikają one z Uchwały Rady Miasta Poznania nr XIX/248/VI/2011 z dnia 18 października 2011 r. w sprawie określenia zasad zbywania, oddania w dzierżawę, najmu, użytkowania oraz użyczania aktywów trwałych Samodzielnych Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej. Zamawiający nie ma zatem wpływu na ich wysokość oraz nie ma swobody w określaniu tych zasad, w szczególności zapisanych w § 9 w związku z § 6 i 7 ww. Uchwały. Przepis § 7 ust. 2 Uchwały Rady Miasta ma zastosowanie do urządzeń będących przedmiotem dzierżawy w niniejszym postępowaniu. Zamawiający wyjaśnia, że uzyskał zgodę Prezydenta Miasta na stosowanie tych stawek w przetargu.

W zakresie kryterium oceny ofert podał, że kryterium ceny za 1kg pranej bielizny szpitalnej jest zgodne z kryterium określonym w ogłoszeniu „najniższa cena”. Nie ma w tym

zakresie sprzeczności, ponieważ cena jednostkowa stanowi podstawę do wyliczenia ceny oferty. Oczywiście jest również, że w cenie oferty tak, jak w cenie jednostkowej za kilogram, muszą być ujęte wszystkie koszty, składające się na wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zapisy dotyczące kar umownych są zdaniem zamawiającego prawidłowo sformułowane. Wyjaśnia, że zgodnie z § 5 pkt.1-3 kary naliczane będą w stosunku do wartości partii bielizny lub wartości przedmiotu opóźnienia, a nie wartości całego przedmiotu zamówienia. Kara za odstąpienie od umowy będzie nalicza od niezrealizowanej części umowy brutto w momencie odstąpienia, co w pełni odzwierciedlać ma stan realizacji umowy i ewentualnie ponoszone przez zamawiającego starty z tego tytułu. Zamawiający przewidział kary za „inne naruszenia warunków umowy” naliczane od wartości umowy brutto, co ma zmobilizować wykonawcę do przestrzegania jej warunków.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego przyjęcia pracowników zamawiający wyjaśnił, iż będzie ono dotyczyło ok. 19 osób, których lista będzie stanowiła załącznik do umowy. Przyznaje, iż w specyfikacji nie ma informacji odnośnie tych osób oraz ich warunków pracy i płacy. Zamawiający wyjaśnił, że na etapie specyfikacji nie mógł dokładnie określić kosztów obsługi technicznej. Natomiast w § 4 ust. 9 wzoru umowy na dzierżawę zaszła omyłka - w miejsce § 1 ust. 5 powinno być wpisane: § 1 ust.7. Wskazał, że § 4 ust. 1 wzoru umowy dotyczy wszelkiego braku sprzętu i wyposażenia. Zdaniem zamawiającego kary umowne przewidziane w umowie są adekwatne i nie wygórowane.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialno-prawną do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, jako wykonawca zainteresowany ubieganiem się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Z uwagi na dyspozycję tego przepisu, Izba nie rozpoznawała zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu, a podniesione dopiero na rozprawie, tj. zarzutu dotyczącego rozbieżności w opisie kryterium oceny ofert zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także zarzutu dotyczącego wątpliwości co do uwzględnienia przez zamawiającego w wartości zamówienia

wartości zamówień uzupełniających.

Izba nie rozpoznawała zarzutów naruszenia przepisów art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), dotyczących popełnienia przez zamawiającego czynów nieuczciwej konkurencji, które to zarzuty powinny zostać podniesione i rozpoznane w trybie przewidzianym ww. ustawą.

Izba nie rozpoznawała także zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 1 i 3 oraz ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 168), jako że nie jest powołana do orzekania w powyższym zakresie.

#### Zarzut wadliwego opisanego warunków udziału w postępowaniu.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 4 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tego warunku, który ogranicza zasadę uczciwej konkurencji i nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający dokonał w siwz (rozdział X pkt 1.2) i ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.2.3) opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonali z należytą starannością, co najmniej dwa zamówienia polegające na usłudze prania na rzecz jednostek służby zdrowia przez okres, co najmniej 12 miesięcy każde, przy miesięcznym przerobie minimum 44.000 kg bielizny szpitalnej. Wymagane zamówienia muszą być realizowane na rzecz różnych jednostek służby zdrowia.

Izba uznała, że warunek ten jest nadmierny, a tym samym nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ), przewidywana ilość (miesięcznie) bielizny i odzieży przeznaczona do prania w ramach przedmiotowego zamówienia wynosi 43,3 tys. kg. Nie ma zatem wątpliwości, że zamawiający wskazując w opisie warunku wymagania dotyczące przerobu 44 tys. kg opisał warunek wykazania się doświadczeniem w ilościach wyższych niż stanowiące przedmiot zamówienia (średnio w skali miesiąca). Biorąc dodatkowo pod uwagę okoliczność, że zamawiający zastrzegł w projekcie umowy możliwość niewykonania ok 30 % zakresu przedmiotu zamówienia, Izba uznała, że wykonawcy, którzy wykonali co najmniej dwa zamówienia obejmujące przerób na poziomie 70% przedmiotu niniejszego zamówienia są w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie w sposób należyty. Warunek w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia powinien zatem dotyczyć przerobu w ramach usługi prania na poziomie maksymalnym 70% zakresu przedmiotu zamówienia. Izba zważyła także,

jakie ilości przerobu (prania) wykonywane są średnio na rzecz szpitali na tym terenie – na podstawie rejestrów z Ksiąg rejestrowych, przedłożonych przez odwołującego na rozprawie. Zamawiający nie zaprzeczył w tym zakresie twierdzeniom odwołującego i nie przedstawił żadnej argumentacji co do możliwości wykazania spełniania warunku udziału w brzmieniu określonym w ogłoszeniu i SIWZ przez więcej niż jednego wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą na tym terenie, co wykazywał odwołujący.

Izba uznała ponadto, że wielkość przerobu (ilości kg pranej bielizny) w celu wykazania spełniania warunku może być osiągnięta niezależnie od tego, czy usługi były wykonywane na rzecz jednego, czy też kilku zamawiających. Doświadczenie płynące ze świadczenia usług prania określonych wielkości wagowych bielizny, jest w obu przypadkach tożsame, wynikające z umiejętności właściwego zarządzania pralnią i prawidłowej realizacji tych usług. W tym zakresie obowiązkiem zamawiającego jest otwarcie postępowania na konkurencję, gdyż ograniczenie dostępu do zamówienia, poprzez różnicowanie doświadczenia w tym zakresie jest nieuzasadnione. Podkreślić także należy, że wykonywanie usługi prania bielizny szpitalnej często jest wykonywane w okresie dłuższym niż 12 miesięcy, podobnie jak w przypadku niniejszego zamówienia (36 miesięcy), co w sposób nieuzasadniony w ocenie Izby dyskwalifikowałoby wykonawcę z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Izby zamawiający jest zobowiązany także do sprecyzowania pojęcia „jednostki służby zdrowia”, użytego w treści ww. warunku. Jeśli zamiarem zamawiającego było użycie tego pojęcia w znaczeniu – szpitale, jak zamawiający twierdził na rozprawie, to należy w specyfikacji i w ogłoszeniu o zamówieniu – wprost użyć takiego określenia w opisie warunku. Użycie pojęcia szerszego w tym miejscu może prowadzić do rozbieżności interpretacji treści warunku na etapie oceny jego spełnienia, co w ocenie Izby należy wyeliminować już na etapie formułowania specyfikacji.

Zdaniem Izby pojęcie „bielizna szpitalna” zakwestionowane w odwołaniu jest zrozumiałe, zwłaszcza gdy chodzi o usługi wykonane na rzecz szpitali. Należy przyjąć interpretację tego pojęcia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem.

Izba wskazuje, że opis warunku udziału w postępowaniu musi być jednoznaczny, nie może powodować swobody przy jego interpretacji, co zachwiałoby zasadą uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Im precyzyjniej jest opisany warunek udziału w postępowaniu, tym mniej wątpliwości może wystąpić przy ocenie spełniania tego warunku.

Na marginesie Izba wskazuje, że poniekąd słuszne jest stanowisko odwołującego, że zamawiający winien w ramach warunku doświadczenia raczej badać doświadczenie wykonawców w realizacji pewnych procesów technologicznych (pranie i dezynfekcja),



stosowanych w ramach świadczenia usługi prania, które są charakterystyczne dla prania bielizny i odzieży mającej kontakt z materiałem skażonym. Jednakże, jeśli warunek dotyczy realizacji usług na rzecz szpitali, to oczywiste staje się, jakie procesy technologiczne w ramach tych usług wchodzi w ich zakres. Są to procesy adekwatne do przedmiotu zamówienia, a zatem ich szczegółowe opisywanie w ramach warunku w tym przypadku nie jest konieczne.

Przepis art. 22 ust. 4 Pzp, nakazuje, aby zamawiający przy opisie warunku zachował proporcjonalność wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że ilość przerobu prania można ograniczyć do 1/3 przedmiotu niniejszego zamówienia. W ocenie Izby umiejętność wykonania usługi na poziomie 1/3 ilości zamawianej nie jest równoznaczna z umiejętnością prawidłowego wykonania usługi w ilości trzykrotnie wyższej. Zatem obniżenie tego progu do poziomu wskazanego przez odwołującego jest w ocenie Izby nieuzasadnione z punktu widzenia umiejętności pozwalających na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby zaproponowana przez odwołującego treść warunku obejmująca doświadczenie wykonawcy w wykonywaniu omawianych usług wraz z dzierżawą pralni w sposób nieuzasadniony ograniczałaby konkurencję, dlatego Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego w tym zakresie. Izba uznała, że wykonywanie usługi na własnym sprzęcie lub na sprzęcie dzierżawionym niczym się nie różni, a wobec tego nie może mieć znaczenia przy kwalifikacji wykonawców do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Konsekwentnie do zmiany treści SIWZ w zakresie opisu omówionego powyżej warunku udziału w postępowaniu, zamawiający jest zobowiązany do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

#### Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez zastrzone wymaganie w punkcie 5 rozdziału XI SIWZ w stosunku do jego brzmienia o zależność pomiędzy udzieleniem potencjału, a podwykonawstwem części czy całości przedmiotu zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2b Pzp stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Zamawiający zawarł w SIWZ wymaganie (rozdział XI pkt 5) dotyczące uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w związku udostępnieniem na rzecz wykonawcy

potencjału technicznego. Z treści ww. postanowienia SIWZ nie wynika, że zamawiający wymaga bezwzględnie udziału ww. podmiotu w wykonywaniu zamówienia wyłącznie w charakterze podwykonawcy. Stwierdzenia „zaangażowanie podmiotu w wykonanie zamówienia” oraz „uczestnictwo podmiotu w wykonaniu zamówienia” nie są tożsame z wymaganiem podwykonawstwa. Pojęcia powyższe w ocenie Izby zostały użyte w sposób odpowiadający brzmieniu art. 26 ust. 2b Pzp, w szczególności w celu wykazania, że wykonawca będzie dysponował w sposób realny udostępnionymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia.

Zarzut wadliwego opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1, 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, zamawiający zobowiązany jest dokonać opisu przedmiotu zamówienia sposobem jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie Izby zamawiający przewidując w SIWZ przejęcie przez wykonawcę w ramach realizacji zamówienia obecnych pracowników pralni zamawiającego w trybie art. 23<sup>1</sup> kodeksu pracy, o czym mowa w pkt 2 ppkt 18 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ) oraz w §10 projektu umowy na pranie (załącznik nr 3 do SIWZ), nie dopełnił wymagań, określonych w ww. przepisie. Zamawiający w SIWZ nie określił liczby ww. pracowników oraz nie zawarł jakiegokolwiek opisu warunków pracy i płacy ww. osób, koniecznej do skalkulowania kosztów w tym zakresie w cenie oferty, wymagając przy tym zachowania przez wykonawcę dotychczasowych warunków pracy i płacy. Zamawiający przyznał powyższe okoliczności na rozprawie.

Izba uznała, że w powyższym zakresie zamawiający jest zobowiązany dokonać zmiany treści SIWZ, poprzez określenie przewidywanej liczby osób stanowiących przedmiot przejęcia w trybie art. 23<sup>1</sup> k.p. i podanie pełnej informacji odnośnie ich dotychczasowych warunków pracy i płacy, których niezmiennosc ma być zagwarantowana przez wykonawcę. Nie ma żadnych wątpliwości, że są to informacje istotne i niezbędne do prawidłowego skalkulowania ceny oferty, a zatem niezbędne na etapie opracowania oferty, a nie na etapie podpisania umowy, jak założył zamawiający.

Izba uznała także za zasadny zarzut braku zdefiniowania w SIWZ terminów, w jakich wykonawca zobowiązany jest dostarczać bieliznę czystą do magazynu zamawiającego, o czym mowa w ppkt 4 pkt 1 załącznika nr 1 do SIWZ. Zamawiający jest zobowiązany podać te terminy w SIWZ z uwzględnieniem własnych potrzeb lub też wprost pozostawić w tym zakresie dowolność wykonawcy, jeśli z punktu widzenia zamawiającego nie mają one dla zamawiającego istotnego znaczenia. Z pewnością całkowity brak w SIWZ powyższych informacji utrudnia w znacznym stopniu przygotowanie oferty, z uwzględnieniem rzeczywistych kosztów, które będą ponoszone przez wykonawcę w tym zakresie przy realizacji zamówienia. Ponadto, skoro zamawiający w pkt 2 ppkt 3 załącznika nr 1 do SIWZ zdefiniował przedział czasowy, w którym wykonawca jest zobowiązany do odbioru brudnej bielizny (godziny od 07.00 do 08.00), to możliwe zdaniem Izby jest również ustalenie przez zamawiającego przedziałów czasowych na dostawę bielizny czystej, uwzględniających potrzeby zamawiającego w tym zakresie.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut dotyczący postanowienia w pkt 2 ppkt 17 załącznika nr 1 do SIWZ (tiret pierwsze) przewidującego prawo zamawiającego do kontroli dokumentów zakupu środków piorących i dezynfekujących. Kontrola ww. dokumentów ma na celu kontrolę procesów technologicznych wykonywanej usługi. Jest uzasadniona z punktu widzenia obowiązku korzystania przez wykonawcę ze środków określonych w ramach wykonywania umowy, zgodnie z listą stanowiącą załącznik do tej umowy. Jak wynika z brzmienia pełnej treści ww. postanowienia, jest to kontrola przewidziana wyłącznie na potrzeby „kontroli procesu prania oraz prawidłowości funkcjonowania pralni zgodnie z umową”, a nie w celach związanych z kontrolą prowadzonej przez wykonawcę księgowości. Izba stwierdziła, że postanowienie zawarte w tiret pierwszym pkt 2 ppkt 17 załącznika nr 1 do SIWZ jest związane z przedmiotem zamówienia i ma na celu zapewnienie prawidłowości realizacji zamówienia.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący zapisu zawartego w pkt 3 załącznika nr 1 do SIWZ, który nakłada na wykonawcę obowiązek uiszczania na rzecz zamawiającego opłat ryczałtowych za obsługę urządzeń technicznych oraz materiały eksploatacyjne w określonych kwotach. Postanowienia powyższe zostało sformułowane w sposób nieograniczający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i dotyczy wszystkich urządzeń technicznych obsługujących pralnię. Izba wzięła pod uwagę, że skoro właścicielem ww. rzeczy jest zamawiający, to uprawnione jest zastrzeżenie dotyczące wykonywania serwisu tych urządzeń przez podmioty, z którymi zamawiający współpracuje. W pkt 2 ppkt 17 ww. załącznika zamawiający zastrzegł sobie prawo wglądu do dokumentów potwierdzających przeprowadzanie serwisów, przeglądów itd., mające na celu zapewnienie prawidłowego funkcjonowania wydierżawianych na rzecz wykonawcy urządzeń.

Izba uznała natomiast, że zamawiający jest zobowiązany także, podobnie jak w

przypadku pozostałych urządzeń, do określenia w SIWZ kosztów z tytułu eksploatacji dźwigów. Zamawiający jest zobowiązany oszacować te koszty w oparciu o dotychczas ponoszone koszty eksploatacyjne, np. za poprzedni rok eksploatacyjny.

Izba stwierdziła, że treść pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ, tj. wysokość czynszu dzierżawnego za urządzenia wyposażenia pralni w kwocie 421.533,64 zł (brutto) została określona przez zamawiającego na podstawie uchwały nr XIX/248/VI/2011 z dnia 18 października 2011 r. Rady Miasta Poznania, zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy dzierżawy. W załączniku nr 10 do SIWZ, stanowiącym jednocześnie załącznik nr 3 do umowy prania, został zawarty wykaz urządzeń wraz z określeniem wysokości czynszu za poszczególne urządzenia. Wysokość stawki czynszu dzierżawnego tych urządzeń została obliczona w oparciu o postanowienia ww. przepisów uchwały. Kwota czynszu stanowi koszt, który powinien przez wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie skalkulowany w jednakowy sposób w cenie oferty. Wysokość określonych stawek czynszu nie podlega bezpośredniej decyzji zamawiającego. Na marginesie tylko Izba zauważa, że wysokość skalkulowanych stawek czynszu dzierżawnego za urządzenia pralni może faktycznie budzić wątpliwości w odniesieniu do cen rynkowych oraz racjonalności zwłaszcza, że koszty te zostaną wliczone przez wykonawców w cenę usługi, za którą zapłaci ostatecznie zamawiający. Kwestie te nie podlegają jednak rozpoznaniu przez Izbę, która jest uprawniona do orzekania wyłącznie w zakresie naruszenia przepisów ustawy Pzp.

#### Zarzut wadliwego opisu kryteriów i sposobu oceny ofert oraz sposobu obliczenia ceny oferty.

Zamawiający w rozdziale XXII SIWZ postanowił, że w przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert, o wadze 100% stanowi cena prania 1 kg bielizny z VAT. W ocenie Izby porównanie ofert w oparciu o ceny jednostkowe nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp. W cenie oferty, a zatem w cenie kilograma prania powinny być ujęte wszystkie koszty realizacji usługi, a zatem także koszty dzierżawy urządzeń oraz najmu pomieszczeń. Cena jednostkowa jako kryterium oceny ofert może stanowić podstawę do porównania ofert, skoro według tej ceny nastąpi de facto rozliczenie wykonania przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby opisany w rozdziale XX SIWZ sposób obliczenia ceny jest prawidłowy. Odwołujący nie wykazał, że taki sposób obliczenia ceny oferty uniemożliwia prawidłową kalkulację i przygotowanie oferty. Izba nie stwierdziła w powyższym zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 w zw. z art. 2 ust. 5 oraz art. 2 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 41 pkt 9 Pzp, poprzez zamieszczenie w SIWZ i ogłoszeniu wadliwego opisu sposobu obliczenia ceny oraz wadliwego opisu kryteriów oceny ofert i ich znaczenia.

#### Zarzut bezprawnego wprowadzenia do projektu umowy warunków nieekwiwalentnych dla stron umowy, tj. abuzywnych, niezgodnych z przepisami ogólnymi k.c., a w konsekwencji z ustawą Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu kwestionowanych w odwołaniu postanowień zawartych we wzorze

umowy – pranie (załącznik nr 3 do SIWZ) oraz wzorze umowy dzierżawy (załącznik nr 4 do SIWZ) Izba rozpoznała powyższy zarzut w kontekście naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, stwierdzając częściową jego zasadność, co wskazano poniżej.

W zakresie postanowienia § 9 ust. 2 pkt 1, 2, 6 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, Izba stwierdziła, że prawo zamawiającego do rozwiązania umowy zagwarantowane w przypadku 3-krotnego opóźnienia w odbiorze brudnej bielizny, w dostarczeniu czystej bielizny lub 3-krotnej reklamacji jakościowej na wykonany przedmiot umowy lub też stwierdzenia nieprawidłowości podczas przeprowadzanych kontroli należy uznać za uzasadnione. W szczególności Izba wzięła pod uwagę specyfikę i charakter przedmiotu zamówienia służący zabezpieczeniu interesu publicznego w postaci świadczenia przez zamawiającego usług leczniczych i ochrony zdrowia pacjentów. Zauważyć przy tym równocześnie należy, że postanowienie dotyczące stwierdzonych nieprawidłowości podczas przeprowadzanych kontroli nie jest jednoznaczne i precyzyjne. Z pewnością nie chodzi w tym przypadku o wszelkie możliwe nieprawidłowości, a jedynie nieprawidłowości istotne dla prawidłowego wykonywania usługi, a tym samym dla funkcjonowania szpitala. Izba uznała wobec powyższego, że zamawiający jest zobowiązany wyszczególnić bądź w jednoznaczny sposób doprecyzować w § 9 ust. 2 pkt 6, jakie nieprawidłowości lub jakie kategorie nieprawidłowości w trakcie kontroli mogą stanowić podstawę do rozwiązania umowy przez zamawiającego.

Wskazana przez zamawiającego wysokość kar umownych opisanych w § 5 ust. 1 pkt 1 ww. projektu umowy zakwestionowana przez odwołującego została w ocenie Izby prawidłowo przewidziana w wysokości 0,2% wartości brutto danej partii za każdy dzień opóźnienia. Nie potwierdziło się w tym zakresie twierdzenie odwołującego, stanowiące podstawę zarzutu, iż kara umowna w takim przypadku wyliczona zostanie od całości wartości brutto umowy, tj. wszystkich kilogramów prania 3 x 520 000 tys. kilogramów rocznie, tj. sumarycznie od 1.560.000 kg czyli od wartości całkowitej (za cały okres 36 miesięcy).

Kary umowne przewidziane w § 5 ust. 1 pkt 2 ww. projektu umowy – za inne naruszenie obowiązków wynikających z umowy – w wysokości 0,2% wartości umowy brutto za każde zdarzenie – zostały określone zdaniem Izby w sposób nieprecyzyjny. Zamawiający nie określił jednoznacznie pojęcia „inne naruszenia obowiązków” wobec czego należało uznać, że wysokość kar umownych za jakiegokolwiek naruszenie obowiązków naliczana w stosunku do całej wartości przedmiotu zamówienia jest wygórowana i nieuzasadniona. Zamawiający nie przedstawił na rozprawie wyjaśnienia w powyższym zakresie. W tych okolicznościach Izba uznała, że zamawiający ma obowiązek doprecyzować pojęcie „innych naruszeń” oraz odpowiednio do kategorii naruszeń ustalić racjonalne wysokości kar umownych.

Kary umowne przewidziane w § 5 ust. 1 pkt 3 ww. projektu umowy, dotyczące

odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – w wysokości 10% od pozostałej do wykonania wartości umowy nie są w ocenie Izby wygórowane - zostały przewidziane nie od całej wartości zamówienia, jak twierdził odwołujący, ale od wartości niezrealizowanej części umowy brutto.

Izba nie stwierdziła nieprawidłowości postanowienia zawartego w § 1 ust. 7 ww. projektu umowy, wskazującego, iż wykonawca oświadcza, że nie będzie dochodził roszczeń wobec zamawiającego w przypadku objęcia zamówieniami zamawiającego mniejszej ilości przedmiotu umowy, jeżeli zmniejszenie nie przekroczy 30% ogólnej ceny umowy brutto. Postanowienie to ma na celu zapewnienie racjonalności wydatkowanych przez zamawiającego środków publicznych. Zważyć należy jednocześnie, że odwołujący nie wykazał, że aktualnie ilość rzeczywiście pranej bielizny i odzieży u zamawiającego oscyluje wokół progu 70% ilości „zamawianych kilogramów prania” w ramach obecnego przetargu i już na tym etapie jest wiadomo, że przewidywana przez zamawiającego wielkość przedmiotu zamówienia jest nierealna.

Kary umowne służą zabezpieczeniu prawidłowej realizacji zobowiązań wykonawcy – pełnią rolę gwarancyjną w przedmiotowym postępowaniu z wyjątkiem przypadków wskazanych w niniejszym uzasadnieniu wyroku. Z punktu widzenia zadań realizowanych przez zamawiającego w zakresie zabezpieczenia usług leczniczych i ochrony zdrowia mają na celu zabezpieczenie interesu publicznego. Dlatego kary umowne powinny zabezpieczać możliwie najskuteczniej realizację usług, które są niezbędne dla ochrony zdrowia pacjentów. Z tego względu również uzasadnione jest ustalenie kar umownych za opóźnienie, a nie zwłokę w realizowaniu poszczególnych obowiązków przez wykonawcę, co wykonawca powinien skalkulować w cenie oferty.

Postanowienie zawarte w § 9 ust. 4, z brzmienia którego wynika, że kary umowne podlegają kumulacji, nie jest sprzeczne z przepisami k.c., a granicą odpowiedzialności z tego tytułu, wbrew twierdzeniom odwołującego, jest prawidłowe i precyzyjne ustalenie katalogu naruszeń powodujących naliczenie określonych kar umownych.

W odniesieniu do postanowienia § 4 ust. 9 projektu umowy na pranie, który stanowi, że wysokość wynagrodzenia nie ulegnie zmianie w okresie obowiązywania umowy, Izba stwierdziła, że sformułowanie „z zastrzeżeniem §1 ust. 5” jest wynikiem omyłki pisarskiej, jak przyznał sam zamawiający w toku rozprawy. Zamawiający powinien poprawić tę omyłkę w ramach nakazanej w niniejszym wyroku zmiany treści specyfikacji.

Zarzut dotyczący treści § 4 ust. 1 projektu umowy dzierżawy stanowiącego, iż wykonawca zobowiązany jest do bieżącego uzupełniania w całości brakującego wyposażenia lub sprzętu do wykonania usługi na własny koszt – w ocenie Izby zasługuje na uwzględnienie. Postanowienie to wskazuje na brak skorelowania opisanego w nim obowiązku wykonawcy z opłatą dzierżawy za sprzęt techniczny wliczoną w cenę

jednostkową usługi oraz określenia czyją własnością zakupiony przez wykonawcę sprzęt pozostaje po zakończeniu umowy. Postanowienie to dotyczyć może sprzętu, który uległ np. zniszczeniu przez wykonawcę w wyniku jego niewłaściwego użytkowania oraz takiego, który uległ całkowitemu zużyciu na skutek prawidłowej eksploatacji. W tym samym paragrafie w ust. 1 pkt 6 zamawiający wprowadził zasadę, że „po zakończeniu dzierżawy zwrot rzeczy następuje w stanie niepogorszonym za wyjątkiem zużycia będącego następstwem prawidłowego używania”. Kwestia wzajemnego rozliczenia pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą z tytułu umowy w omawianym zakresie pozostawia wiele wątpliwości, które zamawiający jest zobowiązany usunąć, poprzez zmianę i w szczególności doprecyzowanie ww. postanowienia umowy.

W ocenie Izby w kontekście rozpoznanych zarzutów dotyczących treści postanowień umownych nie jest uzasadniony zarzut niezachowania w umowie równości stron lub też naruszenia wyrażonej m. in. w art. 353<sup>1</sup> k.c. zasady swobody zawierania umów, czy też naruszenia art. 5 k.c., który ustala obiektywne przesłanki naruszenia prawa podmiotowego.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie cywilnym jest zasada swobody umów określona w art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego. Swoboda stron w określaniu stosunku zobowiązaniowego nie jest absolutna, doznaje ona ograniczenia w taki sposób, że treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku, ustawą ani zasadami współżycia społecznego. Prawo zamówień publicznych wprowadza ograniczenia swobody umów, bowiem już na etapie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest określić istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach. Zatem to do zamawiającego należy określenie warunków umowy. W ocenie Izby, zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes zamawiającego, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla zamawiającego poważnymi konsekwencjami. Na uwagę w tym miejscu zasługuje glosa do wyroku WSA z dnia 21 stycznia 2004 r., I SA/Łd 128/03, w której stwierdzono, że „Nie każde różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów prawnych stanowi naruszenie zasady równości, a także że właśnie ze względu na tę zasadę różnicowanie jest dopuszczalne, zwłaszcza gdy służy ważnym celom społecznym i gospodarczym”. Bezpodstawne, w ocenie Izby, są w tych okolicznościach zarzuty odwołującego, iż omówione powyżej postanowienia mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia zamawiającego. W ocenie Izby, omawiane kary umowne nie są wygórowane.

Nie ma zatem podstaw do uznania, że zakwestionowane w odwołaniu postanowienia stanowią nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 k.c.

Izba uznała, iż kary przewidziane w umowie mają na celu jedynie zdyscyplinowanie wykonawcy do terminowego wykonania przedmiotu umowy i nie zostały ustalone na poziomie uzasadniającym stwierdzenie rażącego naruszenia równowagi stron. Także z uwagi na szczególny charakter przedmiotu zamówienia - niezwykle istotny z punktu widzenia zabezpieczenia interesu publicznego, Izba uznała, że wysokość oznaczonych kar umownych jest stosowna do celu, któremu kary mają służyć, tj. zabezpieczeniu zarówno interesów zamawiającego, jak i w tym przypadku - interesu publicznego, poprzez zdyscyplinowanie wykonawcy do prawidłowego wykonywania umowy. Jak wskazano w uchwale Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96) interesem publicznym są korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

W konsekwencji uwzględnionych zarzutów Izba stwierdziła naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, poprzez sformułowanie SIWZ w sposób ograniczający uczciwą konkurencję w odniesieniu do postanowień ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o których mowa powyżej.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.), poprzez ograniczenie wolności działalności gospodarczej w wyniku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania z powodu wadliwości treści SIWZ i ogłoszenia w zakresie podniesionym w odwołaniu. Podkreślić należy, że odwołujący nie żądał unieważnienia postępowania, ale wyłącznie nakazania zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.



O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 ust 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....