

WYROK
z dnia 11 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2013 r. przez wykonawcę **Zakład Sprzątania Wnętrz J..... J..... MOP 83 Sp. z o.o., ul. Szafirowa 7a, 82-310 Gronowo Górne** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4620, ul. Okólna 37, 87-100 Toruń,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę Ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia według wytycznych zawartych w uzasadnieniu do tego wyroku, stanowiącego jego integralną część;
2. kosztami postępowania obciąża **Jednostkę Wojskową 4620, ul. Okólna 37, 87-100 Toruń** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Sprzątania Wnętrz J..... J..... MOP 83 Sp. z o.o., ul. Szafirowa 7a, 82-310 Gronowo Górne** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Jednostki Wojskowej 4620, ul. Okólna 37, 87-100 Toruń** na rzecz wykonawcy **Zakład Sprzątania Wnętrz J..... J..... MOP 83 Sp. z o.o., ul. Szafirowa 7a, 82-310 Gronowo Górne** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Jednostkę Wojskową Nr 4620 z Torunia na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 [ustawa Pzp), którego przedmiotem jest „Usługa kompleksowego utrzymania czystości w obiektach kubaturowych na terenie kompleksów wojskowych w miejscowościach Toruń, Inowrocław, Ciechocinek, Włocławek”. Odwołanie zostało wniesione wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Odwołującego - Zakład Sprzątania Wnętrz "5^ J..... J..... MOP 83 Sp. z o.o. Gronowa Górnego - Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, albowiem:

- 1) zaniechał zamieszczenia w Ogłoszeniu oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania, obligatoryjnych w niniejszym przetargu z uwagi na wartość niniejszego zamówienia, co narusza dyspozycję art. 7, art. 41 ust. 7 i art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 3 ust. 1. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane;
- 2) zaniechał wskazania w Ogłoszeniu obowiązkowych informacji w postaci kwoty wartości szacunkowej całego zamówienia wyrażonej w PLN i kwoty wartości szacunkowej każdej części zamówienia w PLN (tj. Części nr 1-nr 4), co stanowi naruszenie obowiązujących przepisów dot. publikowania ogłoszeń o zamówieniach publicznych w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich;
- 3) opisał w Ogłoszeniu warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia w sposób nadmierny w kontekście oceny możliwości należytego wykonania zamówienia przez wykonawców oraz bezprawne żądanie wykazu jedynie wykonanych usług w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku, co narusza normę prawną wyrażoną w art. 7 i art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia;
- 4) opisał w Ogłoszeniu warunek udziału w postępowaniu w zakresie osób niezbędnych do wykonania niniejszego zamówienia w sposób:
 - a) nadmierny w kontekście oceny możliwości należytego wykonania zamówienia przez wykonawców poprzez odniesienie się w opisie warunku do pojęcia „pracowników”,
 - b) niejednoznaczny poprzez użycie bliżej niesprecyzowanych określeń typu „dysponuje lub posiada odpowiednią liczbę pracowników” oraz

- c) wobec zaniechania opisanego sposobu oceny spełnienia ww. warunków w przypadku składania przez Wykonawcę oferty na więcej niż jedną część zamówienia, a także
 - d) bezprawne żądanie oświadczenia o dysponowaniu/posiadaniu pracowników w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku, co narusza normy prawne zawarte w art.7, art. 22 ust. 3- 5, art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia.
- 5) bezprawnie żąda w rozdz. IX w pkt 3.2 SIWZ, w rozdz. XXI SIWZ oraz w pkt 4 Formularzy ofertowych (zał. nr 3 do SIWZ) nazw i adresów podwykonawców, co narusza normę prawną zawartą w art. 36 ust. 4 ustawy,
- 6) opisał sposób obliczenia ceny oferty w rozdz. XV SIWZ, w Formularzach ofertowych (Załącznik nr 3 do SIWZ) oraz w umowie (Zał. nr 2 do SIWZ) w sposób sprzeczny z ustawą w związku z:
- a) obowiązkiem przedstawienia cen jednostkowych brutto jako podstaw do obliczenia ceny, co:
 - uniemożliwia Zamawiającemu zbadanie ceny oferty na okoliczność obliczenia jej zgodnie z obowiązującymi przepisami, a tym samym dokonania oceny czy oferta nie podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy oraz
 - obarcza ryzykiem obie strony umowy w przypadku zmiany stawki podatku VAT w toku realizacji umowy;
 - b) wprowadzeniem w formularzach ofertowych (zał. nr 3 do SIWZ) oraz w umowie (zał. nr 2 SIWZ) poza cenami jednostkowymi służącymi do wyliczenia ceny oferty i zmniejszania wynagrodzenia, także dodatkowych cen jednostkowych brutto do rozliczenia wartości usługi w przypadku jej niewykonania, które to ceny nie są podstawą do wyliczenia ceny oferty, lecz służą jedynie Zamawiającemu do dwukrotnego karania wykonawcy za niewykonanie usługi (tj. poprzez ww. ceny jednakowe i kary umowne),
- 7) opisał przedmiot zamówienia w SIWZ, w tym w Zał. nr 1 do SIWZ oraz w umowie (zał. nr 2 do SIWZ) w sposób niejednoznaczny poprzez:
- a) wprowadzenie zapisów dot. częstotliwości prac nieprecyzyjnych, używając pojęcia „co najmniej” lub „na zgłoszenie Użytkownika”, a tym samym zmuszając wykonawców do poczynienia pewnych własnych założeń, co do faktycznego zakresu usług objętych zamówieniem, w celu skalkulowania ceny oferty, co prowadzi w efekcie do naruszenia art. 29 ustawy i zasady wyrażonej w art.7 ustawy oraz do złożenia ofert nieporównywalnych w kryterium cenowym (każdy z wykonawców dokona własnych nieporównywalnych ze sobą założeń),
 - b) jednostronne zagwarantowanie sobie nieograniczonych możliwości, co do zmniejszenia powierzchni i wartości umowy, bez określenia w sposób jednoznaczny maksymalnej wielkości ograniczenia przedmiotu zamówienia, ustalając w ten sposób, zgodnie z

zasadą wyrażoną w art. 7 ustawy, wielkość zamówienia, która na pewno będzie zrealizowana,

- 8) wprowadził zapisy we wzorze umowy naruszających zasadę wyrażoną w art. 7 ustawy oraz art. 29, art. 139, art. 140, art. 144 i art. 145 ustawy.

Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie art.7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem:

- 1) art. 41 ust. 7 i art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 3 ust 1 rozporządzenia wobec nie zamieszczenia w treści ogłoszenia o zamówieniu oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania,
- 2) przepisów dot. publikowania ogłoszeń o zamówieniach publicznych w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich wobec nie wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich obowiązkowych informacji w postaci kwoty w PLN wartości szacunkowej całego zamówienia i kwoty wartości szacunkowej w PLN każdej części tego zamówienia (tj. Części nr 1- nr 4),
- 3) art. 22 ust. 4 i 5 oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia ustawy w związku z opisem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz sposobem jego oceny w sposób nadmierny, nieuzasadniony oceną możliwości należytego wykonania niniejszego zamówienia,
- 4) art. 22 ust. 3 - 5, art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w związku z opisem warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób niezbędnych do wykonania niniejszego zamówienia i żądaniem dokumentu potwierdzającego jego spełnienie w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami,
- 5) art. 36 ust. 4 ustawy wobec bezprawnego zażądania w ofercie nazw i adresów podwykonawców,
- 6) art. 36 ust. pkt 12 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy wobec:
 - a) obowiązku przedstawienia w ofercie ceny jednostkowej brutto jako podstawy do wyliczenia ceny oferty oraz rozliczeń w toku realizacji umowy,
 - b) wprowadzenia w formularzach ofertowych (zał. nr 3 do SIWZ) oraz w umowie (zał. nr 2 do SIWZ) cen jednostkowych brutto do rozliczenia wartości usługi w przypadku jej niewykonania, które to ceny nie są podstawą do wyliczenia ceny oferty, a służą jedynie do zmniejszania wynagrodzenia,
- 7) art. 29 ustawy wobec opisanie przedmiotu zamówienia w SIWZ, w tym w Zał. nr 1 do SIWZ, w umowie (zał. nr 2 do SIWZ) oraz w formularzach ofertowych (zał. nr 3 do SIWZ)

w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny oraz dający Zamawiającemu niczym nieograniczone prawo do dowolnego zmniejszenia powierzchni i wartości umowy,
8) art. 29, art. 139, art. 140, art. 144 i art. 145 ustawy w związku z postanowieniami umowy naruszającymi obowiązujące przepisy.

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o wprowadzenie następujących zmian i modyfikacji.

1. w pkt 1) - dokonanie zgodnie z art. 12a ustawy zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu z uwzględnieniem przepisów art. 7, art. 22 ust.3, art. 25 ust.1, art. 41 pkt 7, § 3 ust 1 rozporządzenia poprzez zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu obligatoryjnych w niniejszym przetargu oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania wskazanych w § 3 ust 1 pkt 1-7 rozporządzenia;
2. w pkt 2) - dokonanie zgodnie z art. 12a ustawy zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu z uwzględnieniem przepisów art. 7, art. 32 i art. 34 oraz przepisów oraz dot. publikowania ogłoszeń o zamówieniach publicznych w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich poprzez zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu kwoty w PLN wartości szacunkowej całego zamówienia i kwot w PLN każdej części zamówienia (tj. Części nr 1 - nr 4);
3. w pkt 3) - dokonanie zgodnie z art. 12a i art. 38 ust.4 i 4 a) ustawy zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ w zakresie opisu warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie dokumentu potwierdzającego jego spełnienie poprzez:
 - a. zastąpienie dotychczasowego opisu ww. warunku w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w rozdz. VIII pkt 1.2 SIWZ opisem w następującym brzmieniu: „Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej 2 usługi z których każda polega na utrzymaniu czystości w obiektach kubaturowych świadczonych na rzecz jednego Odbiorcy w ramach której Wykonawca zrealizował usługi utrzymania czystości w obiektach kubaturowych w ilości i czasie trwania wg poniższego zestawienia dla poszczególnych części, i każda potwierdzona jest dowodami, że została wykonana lub jest wykonywana należycie” a w odniesieniu do każdej części wymagał zmniejszenia powierzchni odpowiednio w części nr 1 – do 25.000 m² dziennie, część nr 2 - do 15.000 m² dziennie, część nr 3 - do 500m² dziennie, a do części nr 4 - do 1.400 m² dziennie w nieprzerwanym okresie co najmniej 6 miesięcy. Dalej wniósł (...) W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część zamówienia Wykonawca obowiązany jest wykazać, iż posiada doświadczenie zdobyte poprzez wykonanie lub

wykonywanie w okresie ostatnich 3 lat upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej: - 2 usługi, z których każda polega na utrzymaniu czystości w obiektach kubaturowych świadczonych na rzecz jednego Odbiorcy w ramach której Wykonawca zrealizował usługi utrzymania czystości w obiektach kubaturowych w ilości stanowiącej, co najmniej sumę powierzchni dziennie odpowiednio do części na które składa Wykonawca oferty, w nieprzerwanym okresie co najmniej 6 miesięcy; oraz - po dwie usługi dla każdej oferowanej przez Wykonawcę części, z których każda polega na utrzymaniu czystości w obiektach kubaturowych świadczonych na rzecz jednego Odbiorcy, w ramach której Wykonawca zrealizował usługi utrzymania czystości w obiektach kubaturowych w ilości, co najmniej takiej powierzchni dziennie, jak wymagana odpowiednio do części, na które składa oferty Wykonawca, w nieprzerwanym okresie co najmniej 6 miesięcy. Spełnienie warunku ocenione zostanie na podstawie złożonego oświadczenia i odpowiednich dokumentów wymienionych w rozdziale IX ust. 1 pkt 1.2 SIWZ. ”

b. zastąpienie dotychczasowego dokumentu wskazanego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w rozdz. IX pkt 1.2 SIWZ dokumentem potwierdzającym spełnienie ww. warunku, zgodnym z § 1 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia w następującym brzmieniu: „Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie”

4. w pkt 4) - dokonanie zgodnie z art. 12a i art. 38 ust.4 i 4 a) ustawy zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ dot. opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób niezbędnych do wykonania niniejszego zamówienia oraz w zakresie dokumentu potwierdzającego jego spełnienie poprzez: a) wskazanie w opisie niniejszego warunku odpowiednio dla każdej części zamówienia konkretnej wymaganej liczny osób zdolnymi do wykonania zamówienia, z tym zastrzeżeniem iż Zamawiający nie ma prawa żądać jedynie „pracowników”, b) opisanie sposobu oceny spełnienia ww. warunku w przypadku składania przez Wykonawcę oferty na więcej niż jedną część zamówienia, c) zastąpienie dotychczasowego oświadczenia wskazanego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w rozdz. IX pkt 1.4 SIWZ dokumentem potwierdzającym spełnienie ww. warunku, zgodnym z § 1 ust.1 pkt 7) rozporządzenia w następującym brzmieniu: „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a

- także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami”; lub zrezygnowanie z ww. warunku i dokumentu potwierdzającego jego spełnienie oraz dokonanie stosownej zmiany zapisów umowy w zakresie osób niezbędnych do wykonania niniejszego zamówienia;
5. w pkt 5) - dokonanie zgodnie z art. 38 ust.4 ustawy zmiany SIWZ poprzez zastąpienie dotychczasowych zapisów w rozdz. IX w pkt 3.2 SIWZ, w rozdz. XXI SIWZ oraz w pkt 4 Formularzy ofertowych (Zał. nr 3 do SIWZ) zapisem zgodnym z art. 36 ust. 4 ustawy tj. żądanie w ww. zapisach SIWZ jedynie części zamówienia, której wykonanie Wykonawca powierzy podwykonawcom;
 6. w pkt 6) - dokonanie zgodnie z art. 38 ust.4 ustawy zmiany SIWZ polegającej na: a) zmianie dotychczasowych zapisów w rozdz. XV SIWZ, w Formularzach ofertowych (zał. 3 do SIWZ) oraz w umowie (zał. nr 2 do SIWZ) poprzez wskazanie, iż podstawą do wyliczenia ceny oraz do rozliczeń w toku realizacji umowy są ceny jednostkowe netto; b) wykreśleniu z treści formularzy ofertowych zapisów w brzmieniu: ponadto zgodnie z treścią SIWZ wskazuję/my ceny jednostkowe brutto, które będą służyły Zamawiającemu do rozliczenia wartości usługi w przypadku jej niewykonania” wraz z tabelami wskazującymi ww. ceny jednostkowe;
 7. w pkt 7) - dokonanie zgodnie z art. 38 ust.4 ustawy zmiany w opisie przedmiotu zamówienia poprzez:
 - a) wykreślenie z treści Załącznika nr 1 do SIWZ w odniesieniu do każdej części nr 1 - nr 4 oraz w odniesieniu do każdej częstotliwości słów „co najmniej”;
 - b) doprecyzowanie w Załączniku nr 1 do SIWZ sposób jednoznaczny częstotliwości wykonywania usług „na zgłoszenie Użytkownika” poprzez wskazanie konkretnej liczby częstotliwości usług lub wykreślenie z opisu przedmiotu zamówienia wszystkich usług „na zgłoszenie Użytkownika” oraz dostosowanie w tym zakresie treści protokołu odbioru wykonanych usług (Zał. nr 2 do umowy);
 - c) określenie w SIWZ oraz w umowie w sposób jednoznaczny maksymalnej wielkości ograniczenia przedmiotu zamówienia ustając w ten sposób zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ustawy wielkość zamówienia, która na pewno będzie zrealizowana;
 - d) wykreślenie z treści Załącznika nr 1 do SIWZ w odniesieniu do każdej części nr 1 - nr 4 zapisu w brzmieniu „W przypadku wystąpienia warunków wpływających na zwiększenie stopnia zanieczyszczenia (niekorzystne warunki atmosferyczne, okresowe nasilenie ruchu Użytkowników) Wykonawca musi uwzględnić konieczność zwiększenia częstotliwości sprzątnięcia powierzchni narażonych na wpływ tych warunków (korytarze, klatki schodowe, wejścia do budynków, sale odpraw);
 8. w pkt 8) - dokonanie zgodnie z art. 38 ust.4 ustawy zmiany treści umowy, stanowiącej Załącznik Nr 2 do SIWZ poprzez:

- a) dodanie w § 1 umowy ust. 7 - 9 w następującym brzmieniu: „7. Zakres przedmiotowy umowy nie może ulec zmniejszeniu o więcej niż 20% zakresu wskazanego w ust. 1 niniejszego paragrafu. 8. W przypadku zmniejszenia zakresu przedmiotowego umowy, o którym mowa w ust. 8 niniejszego paragrafu rozliczenie nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe netto wskazane w umowie i faktycznie wykonane usługi. 9. W przypadku naruszenia przez Zamawiającego zakazu zawartego w ust. 7 niniejszego paragrafu Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego oraz naliczenia kary umownej o której mowa w § 6 ust. 3 umowy”.
- b) zastąpienie dotychczasowego zdania wprowadzającego w § 2 ust. 1 umowy zapisem w następującym brzmieniu: „1. Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 przysługuje zapłata w kwocie brutto: (słownie: •), w tym łączna wartość netto w kwocie ...zł oraz podatek od towarów i usług (VAT) w kwocie na dzień składania zł, z czego:
- c) zastąpienie w umowie w pojęcia „ceny jednostkowe brutto” w odpowiedniej formie pojęciem „ceny jednostkowe netto” w odpowiedniej formie;
- d) wykreślenie ust. 4 - 7 w § 2 umowy;
- e) zastąpienie zapisu w § 2 ust. 8 umowy zapisem w następującym brzmieniu: „8. Rozliczenie nastąpi w cyklu miesięcznym w oparciu o faktycznie wykonane usługi na podstawie cen jednostkowych netto wskazanych w ust. 2 i 3 § 2 umowy, z tym, że łączna wartość netto wynagrodzenia zapłaconego Wykonawcy nie może być mniejsza niż 80% łącznej wartości netto wskazanej w ust. 1 § 2 umowy”.
- f) zastąpienie zapisu w § 2 ust. 9 umowy zapisem w następującym brzmieniu: „9. Cena usługi, o której mowa w ust. 1 § 2 umowy obejmuje wszystkie koszty związane z jej realizacją”.
- g) zastąpienie zapisu w § 2 ust. 12 umowy zapisem w następującym brzmieniu: „12. Ceny jednostkowe netto są stałe przez okres obowiązywania umowy”.
- h) dodanie ust. 13 w § 2 umowy w następującym brzmieniu: „13. W przypadku zmiany stawki podatku VAT w toku realizacji niniejszej umowy, kwota wynagrodzenia netto zostanie powiększona o kwotę podatku VAT w stawce obowiązującej na dzień spełnienia świadczenia. Zmiana stawki podatku VAT nie wymaga zmiany Umowy.
- i) zastąpienie zapisu w § 6 umowy (KARY UMOWNE) zapisem w następującym brzmieniu: „1. Strony postanawiają, że obowiązującą formą odszkodowania są kary umowne. 2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości: 1) 10 % wartości netto umowy, określonej w § 2 dla poszczególnych części, w sytuacji gdy Zamawiający odstąpi od umowy w winy Wykonawcy; 2) 0,01 % wartości netto umowy, określonej w § 2 dla poszczególnych części za każdy dzień zwłoki, w przypadku zwłoki w terminie przystąpienia do realizacji usługi, o którym mowa w § 4 umowy. 3) 0,5 %

wynagrodzenia miesięcznego netto odpowiednio do części zamówienia w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w danym miesiącu kalendarzowym. 3. Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 10 % wartości netto umowy, określonej w § 2 dla poszczególnych części, w sytuacji gdy Wykonawca odstąpi od umowy z innych powodów niż określone w art. 145 ustawy lub w przypadku naruszenia przez Zamawiającego zakazu zawartego w § 1 ust. 7 umowy. 4. Strony zastrzegają sobie prawo do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, przewyższającego wysokość kar umownych do rzeczywiście poniesionej szkody. 5. W ustalaniu zasad odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy strony opierać się będą o przepisy Kodeksu Cywilnego (art. 471).

- j) zastąpienie zapisu w ust. 1 § 7 umowy zapisem w następującym brzmieniu: „1. Zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od umowy lub jej części w przypadku rażącego przez Wykonawcę obowiązków umownych i naliczenia kary umownej określonej w § 6 umowy.
- k) zastąpienie zapisu w ust. 3 § 7 umowy zapisem w następującym brzmieniu: „3. Zamawiającemu przysługuje prawo jednostronnego, natychmiastowego odstąpienia od umowy lub jej części w okolicznościach wskazanych w ust. 1 w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odstąpienia od umowy.”;
- l) wykreślenie pkt 3) w § 11 umowy;
- ł) zastąpienie zapisu w ust. 3 § 12 umowy zapisem w następującym brzmieniu: „3. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego nienależytego wykonania czynności wskazanych w umowie, Zamawiający obowiązany jest wezwać Wykonawcę faksem lub emailem do należytego wykonania ww. czynności w wyznaczonym terminie nie krótszym niż 24 godziny licząc od daty przekazania ww. wezwania. Zamawiający przekazuje ww. wezwanie w dniu stwierdzenia nienależytego wykonania czynności wskazanych w umowie. W przypadku nie wystosowania przez Zamawiającego wezwania, o którym mowa wyżej nie stosuje się postanowień umowy dot. umniejszenia/potrącenia i kar umownych”;
- m) wykreślenie ust. 3 w § 13 umowy (przedłużenie terminu wykonania umowy jest zmianą zakresu świadczenia niedopuszczalną w świetle art. 140 ustawy).

Wykonawca stwierdził, że w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w trybie art. 186 ust.2 ustawy Pzp zarzutów przedstawionych w niniejszym odwołaniu Odwołujący żąda na podstawie art. 186 ust. 3 tej ustawy, aby Zamawiający wykonał czynności w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z powyższym wnioskiem (żądaniem), co do

rozstrzygnięcia zawartym w odwołaniu (w pkt 1 - 8). Zaznaczył, że obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie dają możliwości uwzględnienia odwołania w części zarzutów, zgodnie z normą prawną zawartą w art. 186 ust.2 ustawy Pzp. Powołując się na orzecznictwo stwierdził, że zgodnie z orzecznictwem KIO „zarzuty i żądania stanowią dwie odrębne kategorie prawne, z mocy art. 180 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 6) i 7) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Izba przy rozpoznawaniu odwołania związana jest wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp (arg. a contrario). Analogicznie art. 186 ust. 2 zdanie 1 Pzp wskazuje, że oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów, nie odnosi się do sposobu, w jaki Zamawiający zamierza wykonać swoje zobowiązanie, ale do wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania.

W uzasadnieniu zasadności zarzutów podał, co następuje:

Ad.1. Zgodnie z art. 25 ust.1, art. 26 ust.1 ustawy Pzp w związku z § 3 ust. 1 rozporządzenia Zamawiający zobowiązany wskazać w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w SIWZ oświadczenia i dokumenty w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Podał także, że (...) Powyżej „progów unijnych” zamawiający ma obowiązek żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 w zakresie w jakim dokonał ich opisu oraz wszystkich dokumentów wskazywanych w rozporządzeniu na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z powodu istnienia okoliczności o których mowa w art. 24 ust. 1.” Wskazał także na wzór ogłoszenia o zamówieniu pkt III. 4.1 oraz 4.2.), jak i dokumenty potwierdzające niepodleganie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Zaniechanie wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu oświadczeń i dokumentów potwierdzając brak podstaw do wykluczenia stanowi wadę postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Tym samym zarzuty wskazane w pkt 1) odwołania znajdują uzasadnienie w obowiązujących przepisach ustawy i zasługują na uwzględnienie.

Ad.2. Zgodnie z zasadą jawności wyrażoną w art. 8 ustawy wartość szacunkowa zamówienia wyrażona kwotowo w zł musi być zawarta w treści ogłoszenia o zamówieniu, a w przypadku dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych wartość szacunkowa każdej części zamówienia wyrażona kwotowo w zł musi być zawarta w treści ogłoszenia o zamówieniu. Załącznik B pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu unijnym w sposób jednoznaczny zobowiązuje Zamawiającego do wpisania wartości szacunkowej zamówienia liczbowo w walucie, w której zostanie zapłacona cena.

Ad.3. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest opisany w sposób dyskryminujący tj. wykluczający z przetargu wykonawców, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie w zakresie świadczenia niniejszych usług oraz dają rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, co stanowi wadę postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Przede wszystkim opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. „Związany z przedmiotem zamówienia” - opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiego ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Dalej podał, że opis oceny spełniania warunków powinien sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. „Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia,” powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, że wykonawcy niespełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Dalej odnośnie warunku w ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdz. VIII pkt 1.2 SIWZ, podał, że opis warunku ogranicza pole konkurencji wykluczając z przetargu wykonawców, posiadających wiedzę i doświadczenie w zakresie świadczenia usług sprzątnięcia obiektów kubaturowych oraz dających rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia np. wyklucza z przetargu Odwołującego, który posiada wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu przedmiotowych usług, realizując bardzo wiele umów (w tym wieloletnich) na usługi sprzątnięcia obiektów kubaturowych, o łącznej powierzchni znacznie przewyższającej powierzchnie wskazane w ww. warunku. Odwołujący jest podmiotem działającym w skali całej Polski. Zawarte aktualnie umowy dotyczą sprzątnięcia powierzchni różnych rozmiarów i różnej specyfiki: obiekty gastronomiczne, obiekty wojskowe, w tym objęte wyłączeniami jawności i wymagające uprawnień dostępu do informacji niejawnych, administracyjne, handlowe czy usługowe. W ramach wszystkich zawartych umów na terenie kilku województw łączna powierzchnia obiektów kubaturowych utrzymywana przez Odwołującego w czystości w 2013 r. wynosi ponad 470.000 metrów kwadratowych. Pomimo tak dużej skali działalności, tak co do obszaru, jak i sprzątniętej powierzchni i liczby zatrudnianych pracowników, a także pomimo trzydziestoletniego doświadczenia w branży, Odwołujący nie może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie ze względu na warunek, zgodnie z którym całokształt jego wiedzy i doświadczenia pozostają bez znaczenia. Zamawiający może, a nawet powinien wskazać minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, tym niemniej obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem

poszczególnych wykonawców, których nie wolno, w drodze wprowadzania nadmiernych, wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu. Należy sformułowany warunek powinien pozwalać stwierdzić, że dany wykonawca potrafi wykonywać zamówienia określonego rodzaju i w określonej skali. Formułowanie warunków nie może jednak zmierzać do bezpodstawnego uniemożliwienia ubiegania się o dane zamówienie wykonawcy, który potrafi je wykonać. Warunek w aktualnym brzmieniu utrudnia dostęp do niniejszego zamówienia, tym spośród wykonawców, którzy potrafią wykonywać usługi sprzątania powierzchni wewnętrznych i zdobyli w tym zakresie stosowne doświadczenie. Tym samym, utrudnia on uczciwą konkurencję i uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu tym spośród nich, którzy dysponują wiedzą i doświadczeniem wystarczającym dla wykonania prac objętych zakresem zamówienia. Powyższe stanowisko potwierdzają liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. W następnej kolejności wskazał, że usługi sprzątania obiektów kubaturowych są usługami ciągłymi w rozumieniu ustawy, a tym samym niedopuszczalny jest opis warunku zawężający konkurencję jedynie do usług wykonanych. Zgodnie bowiem z dyspozycją § 1 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych zamawiający żąda Wykazu głównych usług wykonanych, a również wykonywanych. Powyższe dowodzi, iż opis ww. warunku narusza fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ustawy oraz dyspozycje wyrażone w art. 22 ust. 4 i 5 ustawy, ograniczając tylko do usług wykonanych.

Ad.4. Warunki udziału w postępowaniu wskazane w art. 22 ust.1 ustawy mają charakter normy blankietowej, a tym samym wymagają zgodnie z art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp jednoznacznego opisu „na miarę” konkretnego postępowania. W tym stanie rzeczy niedopuszczalny jest opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób poprzez użycie sformułowania niejednoznacznego w postaci „Wykonawca dysponuje lub posiada odpowiednią liczbę pracowników”. Odpowiednia liczba dla Zamawiającego to znaczy jaka liczba, ile konkretnie osób ? Tego z opisu ww. warunku nie można odczytać. Tym samym w warunku powinna być wskazana konkretna liczba osób niezbędnych do wykonania zamówienia w każdej części nr 1 - 4. Jednocześnie wskazał, że w opisie warunku Zamawiający bezprawnie posługuje się pojęciem „pracowników”. Zgodnie z obowiązującymi przepisami, pracownikami są osoby zatrudnione na umowę o pracę. Natomiast przepis art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający zatem nie może żądać od wykonawców jedynie dysponowania osobami o określonych kwalifikacjach, czy uprawnieniach, bez konieczności wykazywania faktu zatrudniania ww. osób, na podstawie stałych umów o pracę. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający sprzecznie z obowiązującymi przepisami zażądał w niniejszym przetargu w

celu potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie osób oświadczenia, zamiast dokumentu wskazanego w § 1 ust. 1 pkt 7) rozporządzenia tj. wykazu osób.

Ad.5. Zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Powyższy przepis nie dopuszcza możliwości żądania nazw i adresów podwykonawców na etapie składania oferty. W tym stanie rzeczy zmiana zapisów w rozdz. IX w pkt 3.2 SIWZ, w rozdz. XXI SIWZ oraz w pkt 4 Formularzy ofertowych zgodnie z żądaniem wskazanym w pkt 5) odwołania jest konieczna i w pełni uzasadniona.

Ad.6. Ceny jednostkowe wskazane w formularzach ofertowych oraz w innych dokumentach składających się na SIWZ, w tym w umowie, winny być wskazane jako ceny jednostkowe netto, a nie brutto. Powyższe jest konieczne Zamawiającemu do dokonania weryfikacji oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy tj. zbadania czy oferta nie zawiera błędu w obliczeniach ceny. Tym samym w formularzach ofertowych konieczna jest zmiana polegająca na zastąpieniu „ceny jednostkowej brutto” na „cenę jednostkową netto”. Cena oferty winna być obliczona na podstawie łącznej wartości netto oferty oraz kwoty podatku VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zaznaczył że w toku realizacji umowy zawartej w wyniku niniejszego przetargu może ulec zmianie podatek od towarów i usług (VAT), co winien przewidzieć Zamawiający w niniejszym przetargu. Podatek VAT może wzrosnąć (co jest niekorzystne dla wykonawcy) lub zmaleć (co niekorzystne dla Zamawiającego). W związku z tym konieczne jest rozliczanie umowy w oparciu o ceny jednostkowe netto z dopuszczeniem możliwości wystawienia faktury zgodnie z przepisami w zakresie VAT, po zmianie stawki podatku VAT. Jego zdaniem, całkowicie bezprawne jest wprowadzenie w formularzach ofertowych (zał. nr 3 do SIWZ) oraz w umowie (zał. nr 2 do SIWZ) cen jednostkowych brutto do rozliczenia wartości usługi w przypadku jej niewykonania, które to ceny nie są podstawą do wyliczenia ceny oferty. Te postanowienia formularza ofertowego, zdaniem Odwołującego, w sposób rażący naruszają obowiązujące przepisy, dając Zamawiającemu prawo do dwukrotnego karania wykonawcy za niewykonanie usługi (poprzez ww. ceny jednakowe i kary umowne).

Ad.7. i 8. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje 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. Wykonawca wskazał, że niedopuszczalne jest użycie sformułowania „co najmniej” w treści Załącznika nr 1 do SIWZ w odniesieniu do każdej części nr 1 - nr 4 oraz w odniesieniu do każdej częstotliwości. Zdaniem wykonawcy użycie w częstotliwości usług w

Załączniku nr 1 do SIWZ sformułowania „co najmniej” jest nie tylko nieprecyzyjne, ale co więcej, jest zagrożeniem dla wykonawcy, że Zamawiający w toku realizacji umowy może żądać zwiększenia częstotliwości wykonywania usług, a tym samym zwiększenia zakresu świadczenia. Dalej podał, że użycie w opisie przedmiotu zamówienia sformułowania „co najmniej” uniemożliwia skalkulowanie ceny oferty oraz cen jednostkowych, bez konieczności dokonywania przez wykonawców założeń, co do rzeczywistego zakresu usług wskazanych w Załączniku nr 1 do SIWZ. Zgodnie z orzecznictwem niedopuszczalne jest opisanie przedmiotu zamówienia poprzez użycie sformułowań, które zmuszają wykonawców do poczynienia pewnych nieporównywalnych ze sobą założeń, co w efekcie prowadzi do złożenia ofert nieporównywalnych w kryterium cena, a tym samym do naruszenia zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ustawy. Ten sam problem, jego zdaniem, dotyczy częstotliwości „na zgłoszenie użytkownika”. Co do zasady bowiem nie wiadomo czy w toku realizacji umowy usługi te w ogóle będą wykonywane. Całkowicie bezprawny jest – zdaniem wykonawcy - zapis w Załączniku nr 1 do SIWZ w odniesieniu do każdej części nr 1 - nr 4 w brzmieniu „W przypadku wystąpienia warunków wpływających na zwiększenie stopnia zanieczyszczenia (niekorzystne warunki atmosferyczne, okresowe nasilenie ruchu Użytkowników) Wykonawca musi uwzględnić konieczność zwiększenia sprzątnia powierzchni narażonych na wpływ tych warunków (korytarze, klatki schodowe, wejścia do budynków, sale odpraw)”. W przypadku przewidywania ograniczenia zakresu zamówienia Zamawiający obowiązany jest wskazać w SIWZ oraz w umowie maksymalny zakres zamówienia, którego nie wykona np. w procencie wartości pełnego zakresu zamówienia. Powyższe jest niezbędne w celu określenia ceny oferty i cen jednostkowych niezbędnych do rozliczeń umownych. Oczywistym jest, że inne będą oferowane ceny i ceny jednostkowe dla dużego zamówienia i zupełnie inne dla zamówienia 30-50% mniejszego. W świetle orzecznictwa niedopuszczalnym jest opisywanie zamówienia bez wskazania tej jego części, której realizacja będzie pewna, a nie opcjonalna oraz "Brak zagwarantowania wykonawcy choćby minimalnego świadczenia powoduje możliwość nieuzyskania przez niego choćby minimalnego wynagrodzenia, zaś zrzeczenie się roszczeń z tytułu ograniczenia przedmiotu zamówienia powoduje rezygnację z odszkodowania będącego surogatem wynagrodzenia". Także KIO uznała, że „niedopuszczalną praktyką jest określenie przez Zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że „Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę

zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy". „W świetle ogólnego zakazu dokonywania istotnych zmian umów przewidzenie możliwości zmian i określenie warunków ich dokonania w praktyce oznacza konieczność przewidzenia wszelkich przypadków i okoliczności, które mogą spowodować dokonanie zmian w zawartej umowie. Przewidziane w ogłoszeniu lub w SIWZ przypadki zmiany umowy nie mogą być całkowicie dowolne i pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. Dalej podał, że ceny w ofertach, w tym ceny jednostkowe mają być skalkulowane dokładnie na przedmiot zamówienia opisany w SIWZ, w tym również w umowie. Podkreślił, w powołaniu na art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy w sprawie zamówienia publicznego jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, która została złożona w przetargu. Ponadto zgodnie z art. 140 ust. 3 ustawy umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ. Dodał, że „umowa w sprawach zamówień publicznych co do zakresu świadczenia wykonawcy powinna ściśle odpowiadać treści sporządzonej uprzednio SIWZ i złożonej następnie przez uczestnika przetargu oferty. Nie powinno budzić wątpliwości, że zakres świadczenia wykonawcy, wynikający z umowy nie może być ani szerszy, ani węższy niż jego zobowiązania zawarte w ofercie (ustalenia tego nie zmienia fakt, że ustawodawca w art. 140 ust. 1 Pzp wyraźnie uregulował jedynie konsekwencje wykroczenia przez strony umowy poza przedmiot świadczenia określony w SIWZ). Po wybraniu najkorzystniejszej oferty zamawiający nie jest uprawniony do odstąpienia od zawarcia tak ukształtowanej umowy z wybranym wykonawcą, jeśli nie występuje żadna z przesłanek unieważnienia postępowania." Zdaniem wykonawcy kwestionowane postanowienia specyfikacji, w tym także umowy (zał. nr 2 do SIWZ), w zakresie przewidywanego, niczym nieograniczonego zmniejszenia zakresu i wynagrodzenia wykonawcy nie mogą być w efekcie wykorzystywane do wykreowania zupełnie innego zamówienia niż opisane w SIWZ. Zakaz dokonywania zmian w umowie służy realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zapisanej w art. 7 ustawy. Zmiana umowy, która zaburzałaby równowagę ekonomiczną w szczególności na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia, jest w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i doktryny traktowana jako zmiana niedopuszczalna i wskazująca na chęć udzielenia nowego zamówienia. Wskazał na art. 144 ustawy Pzp, dopuszczający zmiany umowy w stosunku do treści oferty, nakazuje przewidzenie możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określenie warunków zmian. W doktrynie reprezentowany jest pogląd, podzielany przez Izbę, że przewidziane w ogłoszeniu lub specyfikacji przypadki zmiany umowy nie mogą być całkowicie dowolne i pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. W szczególności nie powinny być to

przypadki pozwalające zamawiającemu na dokonywanie zmian uzależnionych tylko od jego chęci i woli". Zaznaczył, że zgodnie z art. 139 ustawy do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym, Zamawiający jako organizator przetargu tworząc wzór umowy jako załącznik do SIWZ winien przestrzegać ww. przepisów ustawy i kc. Niedopuszczalne jest więc wprowadzanie do umowy jedynie zapisów korzystnych dla Zamawiającego i rażąco niekorzystnych dla wykonawcy, które, jak w niniejszym przetargu: 1) przerzucają całe ryzyko gospodarcze kontraktu na wykonawcę, 2) pozwalają Zamawiającemu na dokonywanie zmian uzależnionych tylko od jego chęci i woli, 3) zaburzają równowagę ekonomiczną na korzyść Zamawiającego, 4) zmuszają wykonawcę do zrzeczenia się roszczeń z tytułu ograniczenia przedmiotu zamówienia i rezygnacji z odszkodowania będącego surogatem wynagrodzenia, 5) wprowadzają nieuzasadnione wytrącenia z wynagrodzenia i rażąco wysokie kary umowne dla wykonawcy, 6) nie ustanawiają żadnych kar dla Zamawiającego. Wskazał także, że postanowienia umowy dotyczące odstąpienia od niej przez Zamawiającego naruszają normę prawną zawartą w art. 145 w związku z art. 139 ustawy. Zamawiający nie ma pełnej swobody w odstąpieniu od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zarówno doktryna jak i judykatura prezentują jednolity pogląd, że warunkiem koniecznym do skutecznego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego jest łączne wystąpienie trzech przesłanek zawartych w ww. przepisie, a mianowicie: 1) wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, 2) powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, 3) czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Podkreślił, że ważną przesłanką skutecznego złożenia jednostronnego oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy jest istotna zmiana okoliczności, a po stronie zamawiającego musi występować brak możliwości przewidzenia zmiany okoliczności na etapie podpisywania umowy oraz istnieć realne zagrożenie naruszenia interesu publicznego poprzez dalsze wykonywanie umowy. W tym miejscu podkreślił, że pojęcie interesu publicznego nie może być dowolnie interpretowane i nie może być mylone z interesem Zamawiającego, w „szczególności rozmaitych odcinkowych interesów organów zarządzających nie powinno się utożsamiać automatycznie ze zbiorowym interesem publicznym i nie mogą one usprawiedliwiać odstępowań od ogólnej zasady pacta sunt servanta.” W konkluzji wykonawca stwierdził, że w świetle powyższego konieczna jest zmiana postanowień SIWZ, w tym zwłaszcza załącznika nr 1 do SIWZ oraz umowy (zał. nr 2 do SIWZ) zgodnie z żądaniem zawartym w pkt 7 i 8 odwołania.

Odwołujący stwierdził także, że legitymuje się interesem prawnym do wnoszenia niniejszego odwołania, ponieważ zamierza złożyć ofertę niepodlegającą odrzuceniu, zgodną z obowiązującymi przepisami, oraz uczestniczyć w postępowaniu, które nie jest obarczone wadą postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w pierwszej kolejności stwierdził, że uwzględnia zarzut z pkt 1 oraz pkt 5 i zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp zobowiązuje się w do wykonania czynności polegającej na zmianie ogłoszenia o zamówieniu poprzez zamieszczenie w jego treści obligatoryjnych w niniejszym przetargu oświadczeń i dokumentów, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania wskazanych w § 3 ust. 1 pkt 1 - 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [rozporządzenie w sprawie dokumentów (...)] oraz wykonania czynności, polegającej na zmianie treści SIWZ poprzez zastąpienie dotychczasowych zapisów w rozdziale IX w pkt. 3.2, w rozdziale XXI SIWZ oraz w pkt. 4 formularzy ofertowych (załącznik nr 3 do siwz) zapisem zgodnym z art. 36 ust. 4 ustawy tj. Zamawiający żąda wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. W pozostałym zakresie – jego zdaniem - zarzuty [określone w punktach 2, 3, 4, 6, 7 i 8], nie stanowią naruszenia dyspozycji normy zawartej w art. 192 ust. 2 ustawy i są tylko próbą uzyskania zmian korzystnych dla Odwołującego. W ocenie Zamawiającego świadome wprowadzenie przez Odwołującego żądań, nieznajdujących odzwierciedlenia w naruszeniu przepisów ustawy przy okazji wniesienia odwołania na zarzuty określone w pkt 1 i 5 w powiązaniu z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, jest ewidentnym aktem wywierania wpływu na Zamawiającego za pośrednictwem środków ochrony prawnej, które nie dają Zamawiającemu możliwości uwzględnienia odwołania w części zarzutów.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów z odwołania stwierdził, co następuje:

Oдноśnie zarzutu z pkt 2. - podał, że zgodnie z brzmieniem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, a zgodnie z brzmieniem § 4 ust. 1 pkt 5 i 8 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Odwołujący zobowiązany jest wskazać czynność lub jej zaniechanie, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołujący, nie wskazał w odwołaniu przepisu, którego naruszenia dopuścił się Zamawiający, lecz powołuje się na opinie, które są pomocniczym materiałem analitycznym związanym z praktycznymi problemami prawnymi dotyczącymi jednostkowej sprawy, które przykładowo mogą interpretować przepisy normatywne i wysnuwać skutki prawne wedle danej interpretacji, jedynie w argumentowanym stanie faktycznym, nie zaś sensu largo. Dalej podał, że Zamawiający nie ma ustawowego obowiązku podania szacunkowej wartości zamówienia przed otwarciem

ofert, a tym samym nie mógł dopuścić się zaniechania jej wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu. W szerokim katalogu informacji zawartych w art. 41 ustawy Pzp, które Zamawiający zobowiązany jest wprowadzić do ogłoszenia o zamówieniu nie znajduje się informacja dotycząca wskazania wartości szacunkowej zamówienia. Podał także, że zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 257 z 01.10.2005, [str. 1.] Formularz ogłoszenia zawiera w pkt. II.2 pola do wypełnienia w zakresie wielkości, zakresu oraz wartości szacunkowej zamówienia, która nie jest polem obowiązkowym zarówno w świetle art. 41 ust. 4 ustawy Pzp jak i samej konstrukcji formularza, który nie wymusza na Zamawiającym wskazania wartości w celu publikacji ogłoszenia. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nadal zostały utrzymane zapisy zawarte w pkt 2 druku ZP - PN, stanowiącego załącznik nr 1 do rozporządzenia, na podstawie których upublicznienie wartości szacunkowej zamówienia nie jest konieczne przed otwarciem złożonych w danym postępowaniu ofert.

Odnosnie zarzutu z pkt 3. - podał, że Zamawiający, opisując warunek udziału w postępowaniu w zakresie potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia nie dopuścił się naruszenia art. 7 i art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp oraz § 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów (...), gdyż na potrzeby zamówień publicznych, uczciwą konkurencję należy określić jako działanie w warunkach konkurencji zgodnej z prawem, dobrymi obyczajami i zasadami współżycia społecznego. Obowiązkiem Zamawiającego, jest więc nie tyle samo zachowanie uczciwej konkurencji, ponieważ on sam nie konkuruje z wykonawcami, ale dopilnowania w ramach posiadanych ustawowych uprawnień, aby wykonawcy w postępowaniu postępowali wobec siebie uczciwie. Z zasadą uczciwej konkurencji związana jest nierozzerwalnie zasada równego traktowania wykonawców, której przestrzeganie zależy wyłącznie od Zamawiającego. Równe traktowanie wykonawców oznacza przede wszystkim określanie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert w sposób obiektywny, niefaworyzujący żadnego z wykonawców". Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp nie znajduje potwierdzenia. Dalej podał, że także zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp nie znajduje potwierdzenia, albowiem zgodnie z orzecznictwem KIO, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu narusza art. 7 ust 1 i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia. Przywołany art. 22 ust. 4 ustawy Pzp nakazuje odnosić warunki udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia w sposób adekwatny (verba legis „związany”) i proporcjonalny. Wykonawca stwierdził także, że Zamawiający jest uprawniony do tego, aby ustalić warunki udziału w postępowaniu na wysokim poziomie, o ile jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia, zaznaczając, że opis sposobu oceny

spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza wskazany cel. Warunki powinny być tak skonstruowane, aby żaden z podmiotów zdolnych do wykonania danej umowy o zamówienie publiczne, nie był takiej szansy pozbawiony. Doświadczenie to potwierdza w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania zamówienia określonego (związanego z przedmiotem zamówienia) rodzaju o proporcjonalnej do przedmiotu wielkości. Zamawiający opisując warunek udziału w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wziął pod uwagę przedmiot zamówienia oraz rzeczywistą ilość m² powierzchni przewidzianej do sprzątnięcia. Podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na utrzymaniu czystości w obiektach kubaturowych na terenie kompleksów wojskowych: w Toruniu, o łącznej powierzchni 66.523,11 m², w Inowrocławiu, o łącznej powierzchni 55.575,37 m², w Ciechocinku, o łącznej powierzchni 537,70m² i we Włocławku, o łącznej powierzchni 1.439,00 m². Jego zdaniem, sformułowany warunek udziału jest zgodny z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do niego i tym samym niewykraczającym poza przedmiot zamówienia. Także zarzut naruszenia § 1 pkt 3 rozporządzenia nie znajduje – jego zdaniem - potwierdzenia w świetle postawionego warunku, gdyż Zamawiający sformułował warunek w taki sposób, że nie ogranicza realizacji usługi tylko w zakresie usług wykonanych. Pominięcie kategorii usług, o których pisze Odwołujący, a mianowicie usług dotyczących świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w świetle postawionego przez Zamawiającego warunku udziału nie jest pominięciem. Zamawiający nie zamierza wykluczyć z udziału w postępowaniu Wykonawców, którzy spełnią warunek udziału, w stopniu opisanym przez Zamawiającego lub wyższym i – zgodnie z tym warunkiem - wymaga od wykonawców, Wykazu wykonanych i niekoniecznie zakończonych usług. Zwrócił uwagę, że Zamawiający ogłaszając postępowanie przetargowe podzielił przedmiot zamówienia na 4 części, choć nie miał takiego obowiązku, w ten sposób możliwość udziału w postępowaniu większej liczbie wykonawców. Jego zdaniem wykonawca żąda obniżenia warunków udziału, bo nie jest w stanie sprostać wymaganiom Zamawiającego, co wynika z treści odwołania. Zamawiający zauważył, że żaden inny wykonawca nie wniósł odwołania na warunki udziału, ani też nie przyłączył się do odwołania po stronie Odwołującego, a sam Zamawiający przystając na żądania Odwołującego hipotetycznie naraża siebie na wniesienie odwołania ze strony innych wykonawców, którzy domagać się będą od Zamawiającego obniżenia warunków udziału stosownie do swoich możliwości.

Odnosnie zarzutu z pkt 4. - stwierdził, że opisując warunek udziału w postępowaniu w zakresie osób niezbędnych do wykonania zamówienia Zamawiający nie naruszył art. 7, art. 22 ust. 3 - 5 ustawy Pzp, czy art. 36 ust. 1 pkt 5 tej ustawy oraz § 1 pkt 3 rozporządzenia. Stanowisko Zamawiającego w tej kwestii określone zostało w szczegółowym odniesieniu się

do zarzutu 3, tiret.1. Dalej podał, że używając wyrażenia „dysponuje odpowiednią liczbą pracowników” przy opisie warunku udziału brał pod uwagę obiektywizm podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem i stopniem złożoności. Liczba osób określona, jako „odpowiednia” jest potwierdzeniem, że Zamawiający nie ingeruje w ilość osób, które będą realizowały przedmiot zamówienia, a wykonawca poprzez złożenie oświadczenia, spełni wymaganie. Dokument (oświadczenie, będące załącznikiem nr 8 do SIWZ), którego Zamawiający żąda na potwierdzenie spełniania warunku udziału jest rozszerzeniem standardowego oświadczenia wynikającego wprost z art. 44 ustawy, składanego przez Wykonawców obligatoryjnie wraz z ofertą. Zamawiający opisując warunek nie zaniechał opisaną ocenę spełniania warunku udziału w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część. W rozdziale VIII pkt. 1.4. SIWZ jak i w rozdziale IX pkt 1.4. SIWZ Zamawiający zawarł informację, że złożenie oświadczenia, będącego potwierdzeniem spełniania wymagań wymagane jest dla każdej części na którą składana jest oferta. Zamawiający opisując warunek poprzez użycie określenia „pracowników” nie ingerował w formę zatrudnienia osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca. Pracownikiem w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Za pracownika w systemie ubezpieczeń społecznych uważa się bowiem osobę wykonującą pracę na podstawie umowy agencyjnej, umowy - zlecenia lub innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, a także umowy o dzieło, jeżeli umowę taką zawarła z pracodawcą, z którym pozostaje w stosunku pracy (art. 8 ust. 2a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych).

Odnosnie zarzutu z pkt 6 stwierdził, że brak określenia normy prawnej, której naruszenia dopuścił się Zamawiający, nie pozwala Zamawiającemu odnieść się do postawionego zarzutu. Zamawiający do oceny ofert przyjął cenę brutto w myśl art. 2 ust. 1 ustawy, gdzie poprzez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2013 r. poz. 385).

W przypadku zarzutu z pkt 7. - stwierdził, że opisując przedmiot zamówienia nie dopuścił się naruszenia art. 7 i art. 29 ustawy Pzp. Stanowisko Zamawiającego w tej kwestii określone zostało w szczegółowym odniesieniu się do zarzutu 3., tiret. 1. Z kolei zarzut naruszenia art. 29 ustawy Pzp nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym. Zamawiający używając pojęcia „co najmniej” rozumie wykonywanie określonych prac z częstotliwością „nie rzadziej niż (...)”. Dowodzi to, że Zamawiający żąda realizacji usługi z częstotliwością określoną w SIWZ. W myśl powyższych zapisów Wykonawca nie ma obowiązku świadczyć usługi w wymiarze wykraczającym poza częstotliwość określoną w SIWZ. Częstotliwość "sprzątań"

objętych systemem „na zgłoszenie użytkownika” została sprecyzowana przez Zamawiającego w formularzu ofertowym, w kolumnach 3 - 6, w zakresie poszczególnych części. W związku z powyższym Zamawiający nie może zgodzić się z Odwołującym, że oferty złożone będą nieporównywalne wyniku własnych nieporównywalnych ze sobą założeń. Podał również, że Zamawiający nie zagwarantował sobie nieograniczonych możliwości, co do zmniejszenia powierzchni i wartości umowy. Zamawiający dopuścił możliwość zmniejszenia powierzchni, a tym samym proporcjonalnie wartości umowy tylko i wyłącznie w przypadkach niezależnych od Zamawiającego (§ 11 ust. 3 projektu umowy). Takim przypadkiem może być przekazanie budynków objętych niniejszym przetargiem w inny zarząd.

Odnosnie zarzutu z pkt 8. - podał, że brak określenia przez Odwołującego czynności lub zaniechania czynności, której naruszenia dopuścił się Zamawiający, nie pozwala Zamawiającemu odnieść się do postawionego zarzutu.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie wskazanym poniżej.

W odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o których stanowi art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem:

- 1) art. 41 ust. 7 i art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 3 ust 1 rozporządzenia wobec nie zamieszczenia w treści Ogłoszenia o zamówieniu oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania,
- 2) przepisów dotyczących publikowania ogłoszeń o zamówieniach publicznych w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich wobec nie wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich obowiązkowych informacji w postaci kwoty w PLN wartości szacunkowej całego zamówienia i kwoty wartości szacunkowej w PLN każdej części tego zamówienia (tj. części nr 1- nr 4),
- 3) art. 22 ust. 4 i 5 oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia ustawy w związku z opisem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz sposobem jego oceny w sposób nadmierny, nieuzasadniony oceną możliwości należytego wykonania niniejszego zamówienia,
- 4) art. 22 ust. 3 - 5, art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w związku z opisem warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób niezbędnych do

wykonania zamówienia i żądaniem dokumentu, potwierdzającego jego spełnienie w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami, z uwagi na:

- a. nadmierny w kontekście oceny możliwości należytego wykonania zamówienia przez wykonawców poprzez odniesienie się w opisie warunku do pojęcia „pracowników”,
- b. niejednoznaczny poprzez użycie bliżej niesprecyzowanych określeń typu „dysponuje lub posiada odpowiednią liczbę pracowników” oraz
- c. zaniechanie opisanie oceny spełnienia warunków w przypadku składania przez wykonawcę oferty na więcej niż jedną część zamówienia, a także
- d. bezprawne żądanie oświadczenia o dysponowaniu/posiadaniu pracowników w celu potwierdzenie spełnienia ww. warunku, co narusza normy prawne zawarte w art.7, art. 22 ust. 3- 5, art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy oraz § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia.

5) art. 36 ust. 4 ustawy wobec bezprawnego zażądania w ofercie nazw i adresów podwykonawców,

6) art. 36 ust. pkt 12 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy wobec:

- a) obowiązku przedstawienia w ofercie ceny jednostkowej brutto jako podstawy do wyliczenia ceny oferty oraz rozliczeń w toku realizacji umowy,
- b) wprowadzenia w formularzach ofertowych (zał. nr 3 do SIWZ) oraz w umowie (zał. nr 2 do SIWZ) cen jednostkowych brutto do rozliczenia wartości usługi w przypadku jej niewykonania, które to ceny nie są podstawą do wyliczenia ceny oferty, a służą jedynie do zmniejszania wynagrodzenia,

7) art. 29 ustawy wobec opisanie przedmiotu zamówienia w SIWZ, w tym w Zał. nr 1 do SIWZ, w umowie (zał. nr 2 do SIWZ) oraz w formularzach ofertowych (zał. nr 3 do SIWZ) w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny oraz dający Zamawiającemu niczym nieograniczone prawo do dowolnego zmniejszenia powierzchni i wartości umowy z uwagi na:

- a) wprowadzenie nieprecyzyjnych zapisów dotyczących częstotliwości prac, używając pojęcia „co najmniej” lub „na zgłoszenie użytkownika”, a tym samym zmuszając wykonawców do poczynienia pewnych własnych założeń, co do faktycznego zakresu usług objętych zamówieniem, w celu skalkulowania ceny oferty, co prowadzi w efekcie do złożenia ofert nieporównywalnych w kryterium cenowym (każdy z wykonawców dokona własnych nieporównywalnych ze sobą założeń),
- b) jednostronne zagwarantowanie nieograniczonych możliwości, co do zmniejszenia powierzchni i wartości umowy, bez określenia w sposób jednoznaczny maksymalnej wielkości ograniczenia przedmiotu zamówienia,

8) art. 29, art. 139, art. 140, art. 144 i art. 145 ustawy w związku z postanowieniami umowy naruszającymi obowiązujące przepisy.

Rozpoznając odwołanie Izba, miała na uwadze dyrektywę z art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Rozpatrując z kolei podnoszone w nim zarzuty, Izba zobowiązana była uwzględniać dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którą strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą kontradyktoryjności, która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i w myśl tej zasady strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym. Przede wszystkim wykonawca, wobec podnoszonego zasadniczego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany był wykazać w jaki sposób kwestionowane postanowienia, w sytuacji, gdy nie wskazano na naruszenie innych przepisów ustawy Pzp, w szczególności z projektu umowy, powodują naruszenie w tym postępowaniu zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W niniejszej sprawie Izba miała również na uwadze przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym tylko w przypadku zarzutów w całości uwzględnionych, zgodnie z żądaniem wnoszącego odwołanie wykonawcy, następuje umorzenie postępowania. Izba zwraca uwagę, że w odniesieniu do poszczególnych uwzględnionych zarzutów ustawa Pzp nie przewiduje analogicznej instytucji, umożliwiającej np. wprost pozostawienie takich zarzutów bez rozpoznania, szczególnie w sytuacji, kiedy wykonawca nie cofa tych zarzutów uznając, że ich uwzględnienie stanowi dowód na przyznanie przez Zamawiającego ich zasadności oraz potwierdza legitymację materialną wykonawcy, o której stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp, do ich podnoszenia w dacie wnoszenia odwołania.

Izba mając na uwadze powyższe przesłanki oraz okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, w pierwszej kolejności uznała za uzasadniony zarzut z pkt 1 odwołania, dotyczący naruszenia art. 41 ust. 7 i art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 3 ust 1 rozporządzenia wobec braku zamieszczenia w treści ogłoszenia o zamówieniu oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz zarzut z pkt 5 – dotyczący naruszenia art. 36 ust. 4 ustawy Pzp wobec bezprawnego zażądania w ofercie nazw i adresów podwykonawców. Nie wskazanie dokumentów w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz wymaganie podania nazw i adresów podwykonawców niewątpliwie jest niezgodne z powołanymi przepisami i tym samym żądanie wnoszącego odwołanie o uzupełnienie treści Ogłoszenia jak i ograniczenie wobec podwykonawców do podania tylko informacji, co do powierzanej im części zamówienia jest zasadne. Izba, w tym przypadku,

miała na uwadze stanowisko Zamawiającego w przedmiocie uwzględnienia tych zarzutów, jednakże wykonawca na skutek tego oświadczenia nie wycofał zarzutów, a ponadto Zamawiający wraz z oświadczeniem nie wprowadził skutecznie zmian – odpowiednio - do Ogłoszenia i specyfikacji. Na marginesie Izba zauważa, że – na gruncie ustawy Pzp - takie częściowe uwzględnienie zarzutów nie zobowiązuje zamawiającego do dokonania czynności zgodnie z żądaniem wykonawcy, a cofnięcie przez wykonawcę zarzutu, może powodować w przyszłości brak możliwości ich skutecznego podnoszenia w kolejnym odwołaniu.

Podlega również uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 i 5 oraz § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia ustawy [z pkt 3] w związku z opisem warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz sposobem jego wykonywania, z uwagi na jego literalne brzmienie, z którego wynika ograniczenie usług tylko do wykonanych zamówień. W tym przypadku przepisy rozporządzenia jednoznacznie stanowią o usługach wykonanych oraz usługach wykonywanych, co odnosi się do świadczeń ciągłych bądź okresowych. Zatem, takie zawężenie, jak w spornym warunku, stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp, a po złożeniu ofert skutkowałoby w konsekwencji koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, albowiem postępowanie dotknięte byłoby niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Z kolei złożenie oferty z wykazem usług, obejmującym tylko świadczenie [wykonywanie] usług ciągłych lub okresowych, mogłoby prowadzić do uznania braku spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, a nawet wykluczenie takiego wykonawcy – w przypadku braku możliwości powołania się na zakończone już usługi - z postępowania. Izba w tym przypadku uznała, że twierdzenia Zamawiającego, niewątpliwie racjonalne, nie znajdują jednakże uzasadnienia, w stanie faktycznym sprawy i w literalnym opisie wymagania.

Za zasadny Izba uznała także zarzut, dotyczący naruszenia art. 22 ust. 3 - 5, art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia [pkt 4 lit. a], z uwagi na odniesienie się w opisie warunku do pojęcia „pracowników.” W tym przypadku Izba stwierdza, że ustawa Pzp jak również przepisy rozporządzenia posługują się pojęciem osób zdolnych do wykonania zamówienia. Co prawda w tytule pkt 1.4 specyfikacji oraz w pkt 1.4 Ogłoszenia użyto pojęcia „osób zdolnych do wykonania zamówienia”, jednakże w treści warunku posłużono się pojęciem „pracownika.” Mając na uwadze stanowisko Zamawiającego, Izba przyznaje, że w art. 8 ust. 2a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych posłużono się pojęciem pracownika, jednakże Izba zwraca uwagę, że w tej samej ustawie w art. 6 rozróżnia się pracowników od innych osób zatrudnionych na podstawie umowy zlecenia, czy umów o dzieło. Dalej Izba stwierdza, że także pracownikiem w rozumieniu Kodeksu pracy jest m.in. – zważywszy na prace przewidywane do wykonywania – osoba zatrudniona na

podstawie umowy o pracę. Tym samym – w okolicznościach faktycznych i prawnych niniejszej sprawy brak wyjaśnienia tego pojęcia w Ogłoszeniu jak i specyfikacji pozwalałby Zamawiającemu na etapie oceny ofert na zbyt szerokie pole interpretacji, co - zdaniem Izby - na gruncie ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

Podlega także uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 29 ust.1 ustawy Pzp w związku z art. 144 tej ustawy [pkt 8] wobec postanowień §11 pkt 3 projektu umowy związany z możliwością zmniejszenia powierzchni i wartości umowy. Zgodnie z art. 140 ust.1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy z umowy powinien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, które to zobowiązanie ustalane jest na podstawie opisanego przedmiotu zamówienia w specyfikacji, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności podane w ofercie. Z kolei ustawa Pzp zezwalając w art. 144 na wprowadzenie zmian do umowy wymaga jednocześnie, aby przewidując możliwość takiej zmiany i podając o tym informację w Ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji, Zamawiający określił warunki takiej zmiany. W tym przypadku, takie warunki nie zostały określone, albowiem Zamawiający powołał się wyłącznie na okoliczności nieznane w chwili zawarcia umowy i niezależne od Zamawiającego. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający skonkretyzował jedną z takich okoliczności, wskazując na możliwość „przekazania budynków objętych niniejszym przetargiem w inny zarząd”. Izba zwraca uwagę, że w przedmiocie zamówienia wskazano na zróżnicowane powierzchnie i wyłączenie chociażby jednej z większych powierzchni może niewątpliwie powodować nadmiernie duże ryzyko po stronie wykonawcy. Ta odpowiedź może także sugerować przekazanie wszystkich obiektów w zarząd innemu podmiotowi. Tym samym, zdaniem Izby, postanowienie z pkt 3 § 11 należało uznać za naruszające przepis art. 144 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie zarzuty podlegają oddaleniu.

Odnosnie zarzutu z pkt 2 Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że brak informacji o wartości szacunkowej zamówienia w Ogłoszeniu o zamówieniu nie narusza przepisów ustawy Pzp. Izba zauważa, że także Odwołujący nie przypisał tej okoliczności naruszenia żadnego przepisu ustawy Pzp. Tak jak słusznie stwierdził Zamawiający zgodnie z brzmieniem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie tej ustawy. Zawartość Ogłoszenia określa art. 41 ustawy Pzp, a formularz kierowany do publikacji w Dz. U. WE sporną informację w tej części traktuje jako fakultatywną.

Także oddaleniu podlega zarzut z pkt 3 [rozdział VIII pkt 1.2. specyfikacji], albowiem zdaniem Izby - w świetle argumentacji wykonawcy – kwestionowanie tego warunku oraz żądane zmiany zmierzają do uzyskania zmian korzystnych dla Odwołującego. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że opisując warunek udziału w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia brał pod uwagę przedmiot zamówienia oraz rzeczywistą ilość m² powierzchni przewidzianą do sprzątnięcia, a także zróżnicowaną lokalizację obiektów. W tym przypadku przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na utrzymaniu czystości w obiektach kubaturowych na terenie kompleksów wojskowych w Toruniu, o łącznej powierzchni 66.523,11 m², w Inowrocławiu, o łącznej powierzchni 55.575,37 m², w Ciechocinku, o łącznej powierzchni 537,70m², we Włocławku, o łącznej powierzchni 1439,00m², o które to zamówienie każdy z wykonawców może ubiegać się w każdej części oraz łącznie. Wykonawca, żądając obniżenia powierzchni o ca' 2/3 z wymaganych [w części 1 o 40 tys. m², a w części 2 - o 35 tys. m²] oraz modyfikując warunek nie wykazał, że tak istotne obniżenie powierzchni, przy założeniu ubiegania się o zamówienie w każdej z nich przez wykonawcę, doświadczenie wykonawcy gwarantuje należyte wykonanie zamówienia i, że ustalony warunek jest nadmierny. Tym samym brak jest podstaw kwestionowania stanowiska Zamawiającego, co do jego obiektywizmu przy ustalaniu tego warunku podyktowanego specyfiką zamówienia, jego zakresem i stopniem złożoności.

W przypadku zarzutu z pkt 4 odwołania Izba stwierdza, że na gruncie ustawy Pzp oświadczenie, bez jednoczesnego wymagania Wykazu osób, jest możliwym do żądania dokumentem i tak sformułowane wymaganie nie narusza wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp - art. 7, art. 22 ust. 3-5 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz § 1 pkt 3 rozporządzenia. Także nie stanowi takiego naruszenia użyte przy opisie warunku wyrażenie „dysponuje odpowiednią liczbą pracowników”. Zamawiający może bowiem, o ile uznaje to za zasadne, nie ingerować w ilość osób, które będą realizowały przedmiot zamówienia i tym samym wykonawca składając oświadczenia o wymaganej treści, spełni wymaganie specyfikacji. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że w tym postępowaniu Zamawiający nie zaniechał opisaną ocenę spełniania warunku udziału w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną część. Taki opis zawiera pkt 1.4 w rozdziale VIII i w rozdziale IX specyfikacji, w którym podano, że złożenie oświadczenia, dla potwierdzenia warunku wymagane jest dla każdej części na którą składana jest oferta.

W zakresie zarzutu z pkt 6, dotyczącego wymaganych cen jednostkowych brutto, Izba przede wszystkim stwierdza, że stosowny opis obliczenia ceny został podany w specyfikacji w rozdziale XV. Zdaniem Izby, opis ten nie narusza art. 36 ust.1pkt 12 ustawy Pzp, a tym

bardziej art. 89 ust.1 pkt 6 tej ustawy. Zgodnie z tym opisem Zamawiający do oceny ofert przyjął cenę brutto w myśl art. 2 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2013 r. poz. 385), w myśl którego ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę i w tej cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towarów (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Na gruncie ustawy Pzp taką definicję stosuje się do wszystkich rodzajów zamówień [dostaw, usług i robót budowlanych], które są umowami w sprawie zamówienia publicznego. Zatem z definicji ceny wynika, że cena w procedurze zamówienia publicznego to wartość uwzględniająca podatek VAT (jeżeli istnieje obowiązek podatkowy), zwana popularnie ceną brutto i co do zasady dla porównania i oceny ofert zamawiający powinien przyjmować cenę uwzględniającą podatek VAT i tym samym takie działanie nie uchybia przepisom ustawy Pzp. Także Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący braku uwzględnienia ewentualnych zmian stawek podatku VAT, albowiem na gruncie ustawy Pzp żaden z przepisów ustawy Pzp nie sprzeciwia się takiemu postanowieniu, w tym wskazany art. 36 ust.1 pkt 12 tej ustawy.

W zakresie zarzutu 7 lit a) w części, dotyczącej częstotliwości sprzątnia, z uwagi na użycie pojęcia - „co najmniej” oraz „na zgłoszenie użytkownika” Izba stwierdza, że pierwsze z pojęć stanowi, o minimalnej częstotliwości wykonywania usługi nie rzadziej niż dwa razy np. w tygodniu. To oznacza, że Zamawiający może żądać po zawarciu umowy realizacji usługi tylko z taką częstotliwością określoną w specyfikacji. Zatem wykonawca realizując usługę nie będzie miał obowiązku świadczyć usługi w wymiarze wykraczającym poza częstotliwość w określonej w siwz, z wyjątkiem szczególnych okoliczności wskazanych w Opisie przedmiotu zamówienia [pkt 7.7.] takich jak niekorzystne warunki atmosferyczne oraz okresowe nasilenie ruchu użytkowników. W tym przypadku wykonawca dokonując wyceny, powinien także ryzyka uwzględniać w cenie oferty, mając na uwadze funkcje, jakie spełnia dany obiekt i realną możliwość stopnia zwiększenia zanieczyszczenia w danym obiekcie. Także, w ocenie Izby, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia z użyciem pojęcia „na zgłoszenie użytkownika” sprecyzował w Opisie przedmiotu zamówienia częstotliwość „sprzątań” objętych tym systemem, w którym wskazano nr obiektu oraz powierzchnię i częstotliwość wykonania usługi. Nie podlega także uwzględnieniu zarzut [z pkt 7 lit b) naruszenia art. 29 ustawy Pzp wobec opisanego przedmiotu zamówienia w specyfikacji, w tym w załączniku nr 1 oraz w umowie – załącznik nr 2, a także w formularzach ofertowych (załącznik nr 3) w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny oraz dający Zamawiającemu niczym nieograniczone prawo do dowolnego zmniejszenia powierzchni i wartości umowy. W tym przypadku Izba

uwzględniła zarzut związany z naruszeniem art. 144 ustawy Pzp, nakazując wskazanie podstaw zmiany zakresu zamówienia. Tym samym żądanie zmiany, co do wskazania w umowie gwarantowanej części zamówienia, w okolicznościach faktycznych tej sprawy nie mogą podlegać uwzględnieniu.

W zakresie zarzutu z pkt 8, związanego z kwestionowanymi postanowieniami projektu umowy, Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że w tym przypadku wykonawca ogólnie wskazał na naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp oraz art. 29, art. 139, art. 144 i art. 145 tej ustawy. Żądając z kolei wprowadzenia zmian wykonawca nie wskazuje, naruszenia których z wymienionych przepisów ustawy Pzp dotyczy żądana zmiana. Izba, mając na uwadze tak ustalony stan faktyczny i prawny, stwierdza, że zarzuty podnoszone do § 1 oraz § 2 nie mogą być kwalifikowane jako naruszenie przepisów ustawy Pzp. Przede wszystkim każdy z wykonawców w sposób jednakowy uzyskał informację o zasadach rozliczania umowy i o podstawach cen jednostkowych bez możliwości zmiany stawki podatku VAT. Tym samym ta okoliczność, bez uprzedniego wskazania przepisów prawa, których naruszeniem miałyby skutkować dane postanowienie, nie można kwalifikować, jako naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów. Tak jak Izba wskazała powyżej tylko zarzut dotyczący naruszenia art. 144 ustawy Pzp w związku z brakiem określenia warunków zmiany umowy zasługiwał na uwzględnienie. Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia art. 145 ustawy Pzp, wobec wskazanych innych okoliczności, uzasadniających odstąpienie przez Zamawiającego od tej umowy. Izba w szczególności stwierdza, że odstąpienie od umowy jest jednostronną czynnością prawną zastrzeżoną na gruncie przepisów kodeksu cywilnego przede wszystkim dla przypadków nienależytego jej wykonywania przez zobowiązanego. Wskazany przepis z ustawy Pzp [art. 145] jest przepisem szczególnym dotyczącym wyłącznie umów w sprawach zamówień publicznych, który to przepis przyznaje zamawiającemu, w celu ochrony interesu publicznego, prawo do odstąpienia od umowy, gdy realizacja świadczeń objętych umową stała się zbędna. Jednakże dla zastosowania tego przepisu wymagane jest łączne spełnienie warunków, a mianowicie musi być to skutkiem zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy i takie odstąpienie jest możliwe wyłącznie w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach, a skutkiem zastosowania tego przepisu jest możliwość żądania przez wykonawcę wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy. Odnośnie kar umownych przewidzianych w umowie Odwołujący kwestionując te postanowienia oraz żądając ich zastąpienie postanowieniami wskazanymi w odwołaniu nie wskazał, w jaki sposób skutkiem tych postanowień naruszone zostały przepisy ustawy Pzp, a w szczególności wskazana przez niego naczelna zasada równego traktowania

wykonawców i uczciwej konkurencji. Zdaniem Izby, instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia. Ocena tej instytucji pod kątem samej racjonalności oraz wysokości i przesłanek zastosowania następuje bowiem na etapie realizacji umowy. Wówczas zastosowanie tych postanowień może powodować naruszenie art. 5 kodeksu cywilnego, w przypadku nadużycia przez zamawiającego tego prawa, a to w konsekwencji spowoduje możliwość zastosowania art. 484 § 2 ustawy Kodeks cywilny (miarkowanie wysokości kary umownej), który to przepis w związku z art. 5 kc. stanowi podstawy normatywne kontroli działań zamawiającego przez sąd powszechny. Tym samym żądania Odwołującego, nie mogą prowadzić do uwzględnienia zarzutów i do wyeliminowania tej instytucji z projektu umowy lub jej „miarkowania” według propozycji wykonawcy. „Miarkowanie” naliczonych kar umownych jest realizowane – jak podano - przez sąd powszechny w ramach procesu cywilnego i jest wynikiem zastosowania tej instytucji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Izba zatem, mając na uwadze względy systemowe, nie może de facto wkraczać w cywilnoprawne relacje uczestników rynku i obrotu gospodarczego i ingerować w swobodę kontraktowania, w sytuacji, gdy rola kontrolującego tych stosunków, została przypisana sądom powszechnym. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że na gruncie Prawa zamówień publicznych – tak jak wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie - dochodzi do swoistego rodzaju ograniczenia zasady swobody umów (art. 353 (1) kodeksu cywilnego, co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego zamawiający – na gruncie ustawy Pzp - może przenieść odpowiedzialność na wykonawców, nie naruszając tym samym zasady swobody umów. Każdy wykonawca zatem składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i kalkulując cenę ofertową odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy. Zdaniem Izby błędem jest utożsamianie przez wykonawcę podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie bowiem od tego, jak dużo ryzyk zostanie przypisane wykonawcy w umowie, to ten wykonawca dokonuje ich wyceny i ujmuje dodatkowy koszt z tego tytułu w cenie oferty, a zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez wykonawcę cenę, ponosząc nawet nadmierne koszty przerzuconych na wykonawcę ryzyk.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec powyższych ustaleń wymagane jest wprowadzenie następujących uzupełnień i modyfikacji [zmian] odpowiednio w Ogłoszeniu jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a mianowicie Zamawiający jest zobowiązany dokonać:

- 1) zmiany treści Ogłoszenia o zamówienia i jego uzupełnienie o oświadczenia i dokumenty, potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania;
- 2) zmiany warunku odnośnie wiedzy i doświadczenia - w Ogłoszeniu oraz w rozdziale VIII.1.2 specyfikacji – i uzupełnić ten warunek także o usługi wykonywane ciągle lub okresowo oraz wprowadzić stosowną zmianę do wzoru formularzy ustalonych, jako załączniki w specyfikacji;
- 3) zmiany warunku odnośnie wiedzy i doświadczenia - w Ogłoszeniu oraz w rozdziale VIII.1.2 specyfikacji – i zdefiniować pojęcie „pracownik” lub zastąpić - pojęciem „osób zdolnych do wykonania zamówienia”;
- 4) zmiany postanowienia w rozdziale IX pkt 3.2 i w rozdziale XXI specyfikacji oraz w formularzu ofertowym w jego pkt 4 i wykreślić wymaganie odnośnie nazw i adresów podwykonawców;
- 5) określenia zgodnie z art. 144 ustawy Pzp, w specyfikacji i odpowiednio w § 11 pkt 3 wzoru umowy, warunków zmniejszenia powierzchni i wartości umowy, bądź skreślenie tego punktu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 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).

.....