

**WYROK**  
**z dnia 6 maja 2016 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Krzysztof Wasilewski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2016 roku przez wykonawcę: **Vendi Servis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej: „SIWZ”, przez: dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, sytuacji finansowej i ekonomicznej oraz potencjału technicznego, a także nakazuje modyfikację opisu przedmiotu zamówienia poprzez jednoznaczne wskazanie czy po zakończeniu realizacji zamówienia, przejęci pracownicy będą podlegali przekazaniu zwrotnemu do zamawiającego albo przekazaniu dalszemu do kolejnego wykonawcy.  
W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu**, i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez: wykonawcę **Vendi Servis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od zamawiającego – **Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu** na rzecz wykonawcy **Vendi Servis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**,

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Elblągu**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu [zwany dalej: „zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – w trybie przetargu nieograniczonego - na realizację zadania pn.: *Świadczenie usługi w zakresie kompleksowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Wojewódzkim Szpitalu Zespolonym w Elblągu z jednoczesną dystrybucją posiłków, prowadzeniem stołówki, dzierżawą i modernizacją pomieszczeń oraz przejęciem pracowników w trybie art. 23<sup>1</sup> Kodeksu Pracy*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ], zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2016/S 071-124538 w dniu 12 kwietnia 2016 roku. Także, w dniu 12 kwietnia 2016 roku zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia [zwaną dalej: „SIWZ”].

W dniu 22 kwietnia 2016 roku wykonawca Vendi Servis Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi [zwany dalej: „odwołującym”] wniósł odwołanie wobec treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 43 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie terminu składania ofert krótszego niż 40 dni oraz zaniechanie wskazania przyczyny skrócenia terminu składania ofert;
2. art. 142 ust. 5 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe określenie przez zamawiającego w treści SIWZ oraz Załącznika nr 16 do SIWZ postanowień o zmianie wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach, o których mowa w niniejszym przepisie, polegające na narzuceniu wykonawcy niezmienności cen przez okres 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy, ograniczeniu wysokości dopuszczalnej waloryzacji do wysokości wskaźnika inflacji, dopuszczeniu waloryzacji jedynie raz w roku oraz uzależnieniu waloryzacji od zgody zamawiającego, w sytuacji gdy zgodnie z niniejszym przepisem waloryzacja wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach, o których mowa w niniejszym przepisie, następuje automatycznie, a nowa wysokość

wynagrodzenia powinna obowiązywać od dnia wejścia w życie odpowiednich przepisów (od tego dnia wzrastają koszty wykonawcy);

3. art. 22 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie opisanie w ogłoszeniu o zamówieniu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

4. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie opisanie w SIWZ warunków uzyskania przez wykonawcę zgody zamawiającego na prowadzenie działalności gastronomicznej w postaci przygotowania, sprzedaży i wydania posiłków w szpitalu lub poza szpitalem oraz terminu podjęcia przez zamawiającego decyzji w sprawie wyrażenia zgody;

5. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 23<sup>1</sup> Kodeksu pracy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedstawienia wszelkich informacji cenotwórczych, tj. informacji dotyczących warunków zatrudnienia pracowników mających podlegać przejściu w trybie art. 23<sup>1</sup> Kodeksu pracy oraz informacji o tym, czy przejści pracownicy zostaną zwrotnie przejści przez zamawiającego, albo przekazani do kolejnego wykonawcy, w przypadku wygaśnięcia lub rozwiązania umowy;

6. art. 29 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1 i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przesłanek rozwiązania przez zamawiającego umowy, a więc przyznania zamawiającemu nadmiernej swobody do rozwiązania umowy, w szczególności w kontekście zobowiązania wykonawcy do nieodpłatnego przekazania zamawiającemu wszelkiego sprzętu i urządzeń służących realizacji zamówienia oraz nakładów poczynionych w związku z modernizacją pomieszczeń, po wygaśnięciu umowy lub jej rozwiązaniu przez zamawiającego.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. modyfikację terminu składania ofert, określonego w pkt IV.3.3) ogłoszenia o zamówieniu poprzez jego wydłużenie do dni 40;

2. wykreślenie § 9 ust. 5 Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy);

3. zmianę § 9 ust 6 Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy) oraz pkt 3.7 SIWZ poprzez nadanie im brzmienia:

„Wynagrodzenie wykonawcy ulega zmianie w przypadku zmiany:

a) stawki podatku od towarów i usług - w odniesieniu do niezrealizowanej części zamówienia, poprzez zmianę wysokości brutto wynagrodzenia, przy założeniu niezmienności wynagrodzenia netto; zmiana wchodzi w życie z dniem wejścia w życie przepisów wprowadzających zmianę stawki podatku od towarów i usług;

b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę —

w odniesieniu do niezrealizowanej części zamówienia\* poprzez zmianę wysokości netto wynagrodzenia i wynagrodzenia brutto wyliczonego w oparciu o nową kwotę wynagrodzenia netto; zmiana wchodzi w życie z dniem wejścia w życie przepisów wprowadzających zmianę, jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, co zobowiązany jest on wykazać, także w przypadku obniżenia tych kosztów; zmiana wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić jedynie w przypadku zmiany wynagrodzenia osób zatrudnionych u Wykonawcy w oparciu o umowę o pracę, które bezpośrednio wykonują zamówienie;

c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne — w odniesieniu do niezrealizowanej części zamówienia, poprzez zmianę wysokości netto wynagrodzenia i wynagrodzenia brutto wyliczonego w oparciu o nową kwotę wynagrodzenia netto; zmiana wchodzi w życie z dniem wejścia w życie przepisów wprowadzających zmianę, jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, co zobowiązany jest on wykazać, także w przypadku obniżenia tych kosztów.”;

4. wykreślenia § 9 ust. 12 Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy) oraz pkt 3.13 SIWZ;

5. nakazanie zamawiającemu dokonania w ogłoszeniu o zamówieniu określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, sytuacji finansowej i ekonomicznej oraz potencjału technicznego;

6. modyfikację § 13 ust. 3 Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy) poprzez nadanie mu brzmienia:

„Zamawiający wydaje w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, o którym mowa w ust 2, decyzję w sprawie wyrażenia zgody na prowadzenie przez Wykonawcę działalności gastronomicznej w postaci przygotowania, sprzedaży i wydania posiłków w szpitalu lub poza szpitalem. Zgoda na prowadzenie działalności gastronomicznej w postaci przygotowania, sprzedaży i wydania posiłków w szpitalu lub poza szpitalem jest wydawana obligatoryjnie, w przypadku gdy miesięczna ilość wydawanych posiłków na rzecz podmiotów zewnętrznych nie przekroczy..... miesięcznej ilości planowanych do wydania posiłków na rzecz Zamawiającego.”;

7. nakazanie zamawiającemu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez jednoznaczne i wyczerpujące opisanie wszystkich kosztów związanych z realizacją usługi, w szczególności poprzez przedstawienie wysokości wynagrodzeń pracowników podlegających przejęciu, innych uprawnień tych pracowników związanych z realizacją stosunku pracy, podania informacji czy pracownicy objęci są zbiorowym układem oraz przedstawienia dokumentów układów zbiorowych pracy, którymi objęci są pracownicy;

8. nakazanie zamawiającemu modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez jednoznaczne wskazanie czy po zakończeniu realizacji zamówienia, przejęci pracownicy będą podlegali przekazaniu zwrotnemu do zamawiającego albo przekazaniu dalszemu do kolejnego wykonawcy;

9. modyfikację § 11 ust. 1 Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy) poprzez nadanie mu brzmienia:

„1. Zamawiającemu przysługuje prawo do rozwiązania umowy w każdym czasie w przypadku:

a) utraty przez Wykonawcę uprawnień koniecznych do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie świadczonej usługi,

b) stwierdzenia przez organy kontroli uprawnione do kontroli przestrzegania przepisów sanitarno-epidemiologicznych zaniedbań, które uniemożliwiają realizację zamówienia publicznego;

c) stwierdzenia przez Zamawiającego naruszenia postanowień umowy, tj.:

- co najmniej trzykrotnego w miesiącu kalendarzowym nieusunięcia w terminie 1 godziny od dnia chwili ich zgłoszenia przez Zamawiającego uchybień polegających na braku posiłków lub różnicy w liczbie lub rodzaju diet/posiłków dostarczonych do oddziałów szpitalnych Zamawiającego, dostarczenia posiłku niepełnego lub o zaniżonej gramaturze lub o zaniżonej temperaturze,
- nieusunięcia w terminie 1 dnia od chwili zgłoszenia przez Zamawiającego uchybień związanych z nieprawidłowym procesem przygotowania posiłków, powstałych z winy Wykonawcy,
- nieusunięcia w terminie 3 dni od chwili ich zgłoszenia przez Zamawiającego uchybień związanych z przestrzeganiem reżimu sanitarno-epidemiologicznego w pomieszczeniach kuchennych, powstałych z winy Wykonawcy,
- nieusunięcia w terminie wskazanym przez organ uprawniony do kontroli uchybień stwierdzonych przez ten organ z winy Wykonawcy”.

W trakcie posiedzenia rozprawy w dniu 4 maja 2016 roku odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutu, określonego w pkt 1 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 43 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ustalenie terminu składania ofert krótszego niż 40 dni oraz zaniechanie wskazania przyczyny skrócenia terminu składania ofert.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego*, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp (termin trzydniowy od dnia otrzymania kopii odwołania na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego) żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazaną przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności ogłoszenie o zamówieniu i treść SIWZ.

Ponadto, Izba uwzględniła oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie podczas rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów i podtrzymanych na rozprawie (za wyjątkiem zarzutu nr 1, który został cofnięty przez odwołującego w trakcie rozprawy) – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Zarzut nr 2**, tj. zarzut naruszenia art. 142 ust. 5 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe określenie przez zamawiającego w treści SIWZ oraz Załączniku nr 16 do SIWZ postanowień o zmianie wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach, o których mowa w niniejszym przepisie, polegające na narzuceniu wykonawcy niezmienności cen przez okres 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy, ograniczeniu wysokości dopuszczalnej waloryzacji do wysokości wskaźnika inflacji, dopuszczeniu waloryzacji jedynie raz w roku oraz uzależnieniu waloryzacji od zgody zamawiającego, w sytuacji gdy zgodnie z niniejszym przepisem waloryzacja wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach, o których mowa w niniejszym przepisie, następuje automatycznie, a nowa wysokość wynagrodzenia powinna obowiązywać od dnia wejścia w życie odpowiednich przepisów (od tego dnia wzrastają koszty wykonawcy) - **zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ramach powyższego zarzutu odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. wykreślenia § 9 ust. 5 Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy);

2. zmianę § 9 ust 6 Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy) oraz pkt 3.7 SIWZ poprzez nadanie im brzmienia:

„Wynagrodzenie wykonawcy ulega zmianie w przypadku zmiany:

c) stawki podatku od towarów i usług - w odniesieniu do niezrealizowanej części zamówienia, poprzez zmianę wysokości brutto wynagrodzenia, przy założeniu niezmienności wynagrodzenia netto; zmiana wchodzi w życie z dniem wejścia w życie przepisów wprowadzających zmianę stawki podatku od towarów i usług;

d) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę — w odniesieniu do niezrealizowanej części zamówienia\* poprzez zmianę wysokości netto wynagrodzenia i wynagrodzenia brutto wyliczonego w oparciu o nową kwotę wynagrodzenia netto; zmiana wchodzi w życie z dniem wejścia w życie przepisów wprowadzających zmianę, jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, co zobowiązany jest on wykazać, także w przypadku obniżenia tych kosztów; zmiana wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić jedynie w przypadku zmiany wynagrodzenia osób zatrudnionych u Wykonawcy w oparciu o umowę o pracę, które bezpośrednio wykonują zamówienie;

c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne — w odniesieniu do niezrealizowanej części zamówienia, poprzez zmianę wysokości netto wynagrodzenia i wynagrodzenia brutto wyliczonego w oparciu o nową kwotę wynagrodzenia netto; zmiana wchodzi w życie z dniem wejścia w życie przepisów wprowadzających zmianę, jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, co zobowiązany jest on wykazać, także w przypadku obniżenia tych kosztów.”;

3. wykreślenia § 9 ust. 12 Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy) oraz pkt 3.13 SIWZ.

Wskazać należy, że § 9 ust. 5, 6 i 12 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 16 do SIWZ, w brzmieniu nadanym przez zamawiającego stanowi, iż:

*„5. W okresie obowiązywania niniejszej umowy wynagrodzenie Wykonawcy może ulec zmianie po upływie pierwszych 18 miesięcy od daty jej zawarcia. Po tym okresie Wykonawcy przysługuje prawo do zwiększenia kwoty wynagrodzenia maksymalnie o wskaźnik wzrostu inflacji rok do roku za miesiąc poprzedzający wprowadzenie zmian, nie częściej niż raz na rok.*

*6. Strony dopuszczają zmiany treści umowy czasowe i trwałe w trakcie jej obowiązywania w przypadku zmiany:*

*a) stawki podatku od towarów i usług – wynagrodzenie wykonawcy w odniesieniu do niezrealizowanej części zamówienia zmienia się stosownie do ceny brutto*



wynikającej z nowej stawki począwszy od dnia wejścia w życie przepisów wprowadzających zmianę, przy czym w przypadku wzrostu wynagrodzenia wykonawcy jest on zobowiązany wykazać wpływ zmiany na koszty wykonania zamówienia;

- b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę - wynagrodzenie wykonawcy w odniesieniu do niezrealizowanej części zamówienia zmienia się począwszy od dnia wejścia w życie przepisów wprowadzających zmianę, jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, co zobowiązany jest on wykazać, także w przypadku obniżenia tych kosztów; zmiana wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić jedynie w przypadku zmiany wynagrodzenia osób zatrudnionych u Wykonawcy w oparciu o umowę o pracę, które bezpośrednio wykonują zamówienie;
- c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – wynagrodzenie wykonawcy w odniesieniu do niezrealizowanej części zamówienia zmienia się począwszy od dnia wejścia w życie przepisów wprowadzających zmianę, jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, co zobowiązany jest on wykazać, także w przypadku obniżenia tych kosztów.

12. W przypadku udokumentowanych zmian, o których mowa w ust. 6 i 11 zostaną one uzgodnione i po zaakceptowaniu przez Zamawiającego wprowadzone aneksem do umowy.”.

Ponadto, w § 9 w ust. 7 - 10 zamawiający określił, iż:

- „7. W razie wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 6 w trakcie okresu rozliczeniowego Wykonawca wystawi fakturę uwzględniającą dwie różne stawki wynagrodzenia.
- 8. Roszczenia Wykonawcy o dokonanie zmian w umowie opisanych w ust. 6 wygasa, jeżeli nie zostanie zgłoszone łącznie z wykazem wpływu zmiany na koszty wykonania zamówienia w terminie 30 dni od wejścia w życie przepisów wprowadzających zmiany.
- 9. Zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w razie zajścia okoliczności wymienionych w ust. 6 zostaną wprowadzone aneksem do umowy, przy czym zamawiającemu przysługuje prawo rozwiązania umowy za 30- dniowym pisemnym wypowiedzeniem, jeżeli w wyniku zmian opisanych w ust. 6 wynagrodzenie Wykonawcy wzrośnie o

więcej niż 5% w odniesieniu do niezrealizowanej części zamówienia, a do zakończenia umowy pozostaje okres dłuższy niż 6 miesięcy.

10. W terminie 5 dni od daty zawarcia umowy Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia szczegółowej kalkulacji tj. koszty wynagrodzenia oraz wysokość składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne pod rygorem nie uznania przez Zamawiającego zasadnych roszczeń zmiany wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 6”.

W ramach ww. zarzutu odwołujący podnosił, że w związku z faktem, że okres realizacji zamówienia publicznego przekracza 12 miesięcy, zamawiający był zobligowany, zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, do określenia w projekcie umowy zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, przy czym zamawiający określił zasady zmian wysokości wynagrodzenia w pkt 3.7 - 3.14 SIWZ oraz w § 9 ust. 5 - 12 Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy). Zdaniem odwołującego postanowienia SIWZ naruszają przepis art. 142 ust. 5 Pzp. Odwołujący wskazał, że § 9 ust. 5 Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy) przewiduje, że waloryzacja wynagrodzenia będzie możliwa dopiero „po upływie 18 miesięcy od daty jej zawarcia, a po tym okresie wykonawcy przysługuje prawo do zwiększenia kwoty wynagrodzenia maksymalnie o wskaźnik wzrostu inflacji rok do roku za miesiąc poprzedzający wprowadzenie zmian, nie częściej niż raz na rok”. Odwołujący wskazał również, że postanowienie Załącznika nr 16 do SIWZ ogranicza możliwość zwaloryzowania wynagrodzenia z powodu zmiany przepisów prawa mających wpływ na koszty realizacji zamówienia publicznego, jedynie do zwiększenia wysokości wynagrodzenia o wskaźnik wzrostu inflacji rok do roku za miesiąc poprzedzający wprowadzenie zmian oraz ogranicza możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w ten sposób, że wynagrodzenie może być zwaloryzowane jedynie raz w roku. Następnie odwołujący podniósł, że postanowienie § 9 ust. 6 oraz § 9 ust. 12 Załącznika nr 16 do SIWZ przewiduje, że zmiana treści umowy w przypadku zmiany przepisów wpływających na koszty realizacji zamówienia publicznego nie ma charakteru automatycznego i podlega uzgodnieniu. Zdaniem odwołującego, sformułowania „strony dopuszczają” oraz „zostaną one uzgodnione i po zaakceptowaniu przez Zamawiającego wprowadzone” wskazują na to, że waloryzacja ma charakter fakultatywny, a nie obligatoryjny.

Zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp *Umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:*

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

3) *zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne*  
*- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.*

W ocenie Izby, zamawiający formułując postanowienia § 9 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 16 do SIWZ nie naruszył przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

Przede wszystkim wskazać należy, że podniesienie zarzutu, o którym mowa powyżej, jest konsekwencją błędnej interpretacji postanowień wzoru umowy przez odwołującego. Zamawiający w trakcie rozprawy, wskazał, że postanowienia § 9 ust. 5 i 6 regulują całkowicie odrębne kwestie. Postanowienie § 9 ust. 5 projektu umowy nie obejmuje bowiem okoliczności objętych dyspozycją art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Przepisowi art. 142 ust. 5 ustawy Pzp odpowiada § 9 ust. 6 projektu umowy, zaś w ust. od 7 do 10 i w ust. 2 określono zasady wprowadzania tych zmian w życie.

Postanowienie § 9 ust. 5 Załącznika nr 16 do SIWZ (wzór umowy), stanowiące, iż: *„W okresie obowiązywania niniejszej umowy wynagrodzenie Wykonawcy może ulec zmianie po upływie pierwszych 18 miesięcy od daty jej zawarcia. Po tym okresie Wykonawcy przysługuje prawo do zwiększenia kwoty wynagrodzenia maksymalnie o wskaźnik wzrostu inflacji rok do roku za miesiąc poprzedzający wprowadzenie zmian, nie częściej niż raz na rok.”*, dotyczy dodatkowej możliwości zwiększenia wynagrodzenia w przypadku wzrostu inflacji i tylko tej sytuacji dotyczą przewidziane przez zamawiającego ograniczenia czasowe i kwotowe. Natomiast postanowienie to nie odnosi się do zmian wynagrodzenia wynikającego ze zmian normatywnych dotyczących stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, czy zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. W związku z powyższym w tym zakresie należało uznać zarzut za bezzasadny. Na marginesie należy stwierdzić, że nie ma potrzeby dodatkowego doprecyzowania postanowień wzoru umowy w tym zakresie, na co wskazywał odwołujący podczas rozprawy. To, że § 9 ust. 5 i 6 określają całkowicie odrębne i niezależne podstawy zmiany wynagrodzenia, wynika zarówno z brzmienia tych postanowień, jak i następnich, gdzie choćby w ust. 8 określono zasady zgłaszania roszczeń o dokonanie zmian w umowie opisanych w ust. 6.

Co do kwestii uzgodnienia zmian to należy uznać, że w tym zakresie jest to postanowienie uzasadnione, skoro wykonawca ma przedstawić wpływ zmian na koszty wykonania zamówienia. Zamawiający, powinien mieć możliwość weryfikacji kalkulacji przedstawionej przez wykonawcę, co też zresztą odwołujący przyznał w trakcie rozprawy i w tym zakresie kwestie te podlegają uzgodnieniu. Dodatkowo, określenie trybu

wprowadzenia tych zmian, tj. w drodze aneksu do umowy, zdaniem składu orzekającego Izby, nie stoi w sprzeczności z przepisem art. 142 ust. 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba uznała, że zarzut, o którym mowa powyżej, nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut nr 3**, tj. zarzut naruszenia art. 22 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie opisanie w ogłoszeniu o zamówieniu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - **zarzut zasługuje na uwzględnienie.**

W ramach powyższego zarzutu odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu dokonania w ogłoszeniu o zamówieniu określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, sytuacji finansowej i ekonomicznej oraz potencjału technicznego.

Odwołujący podnosił, że zaniechanie zawarcia przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i doświadczenia stanowi naruszenie przepisu art. 22 ust. 3 Pzp, który przewiduje konieczność zamieszczania w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stwierdził, że zawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu jedynie wykazu żądanych dokumentów w celu wykazania spełnienia warunków, które nie zostały w ogłoszeniu o zamówieniu opisane, jest niezgodne z treścią w/w przepisu.

W sekcji III ogłoszenia o zamówieniu – *Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym*, w pkt III.2.2) – *Zdolność ekonomiczna i finansowa* zamawiający podał: *„Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: Zamawiający żąda dokumentu: (...). W tym miejscu zamawiający określił jedynie wymagane dokumenty i pouczył o tym, że nie wykazanie w sposób wystarczający potwierdzenia spełnienia w/w warunku spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Nadto, wskazał, że: „Opis sposobu oceny spełnienia warunku został przedstawiony przez Zamawiającego w pkt 5.1.1 SIWZ”.*

Z kolei w pkt III.2.3) *Kwalifikacje techniczne* ppkt II Zamawiający podał: *„W celu oceny spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału dot. wiedzy i doświadczenia Zamawiający żąda (...). Analogicznie do opisanej powyżej sytuacji, w tym miejscu zamawiający określił jedynie wymagane dokumenty i pouczył o tym, że nie wykazanie w sposób wystarczający potwierdzenia spełnienia w/w warunku spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania*

w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Nadto, wskazał, że: „Opis sposobu oceny spełnienia warunku został przedstawiony przez Zamawiającego w pkt 5.1.2 SIWZ”.

W SIWZ w pkt 5.1.1. zamawiający określił, że: „W celu oceny spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawca wykaże, że posiada własne środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie większej lub równej niż 500 000,00 zł.

Sposób dokonania oceny spełnienia warunku: jeżeli po podstawieniu w miejsce wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej odpowiedniej wielkości zawartej w informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej okaże się, że otrzymamy zdanie prawdziwe, to „ocenimy”, że wykonawca spełnia warunek.

Zamawiający dokona oceny spełniania w/w warunku na podstawie dokumentów załączonych do oferty zgodnie z wymogiem punktu 6.1. SIWZ.”.

Pkt 5.1.2. SIWZ: „W celu oceny spełnienia przez Wykonawcę warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca wykaże wykonanie/wykonywanie co najmniej jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia tj. dotyczącej żywienia zbiorowego pacjentów w szpitalu w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy, polegającej na przygotowaniu i dystrybucji całodziennego wyżywienia pacjentów. Szpital, w którym była/jest wykonywana usługa musi mieć zarejestrowane minimum 550 łóżek, a roczna wartość realizowanej usługi żywienia w tym szpitalu jest nie mniejsza niż 2.600.000- zł brutto.

Sposób dokonania oceny spełnienia warunku: jeżeli po podstawieniu w miejsce ilości i wielkości (porównanie danych) wykonanych usług odpowiedniej wielkości zawartej w wykazie okaże się, że otrzymamy zdanie prawdziwe, potwierdzone także dowodami należytego wykonania usług to „ocenimy”, że wykonawca spełnia warunek.

Zamawiający dokona oceny spełniania w/w warunku na podstawie dokumentów załączonych do oferty zgodnie z wymogiem pkt. 6.2 SIWZ.”.

Zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji.

Natomiast przepis art. 41 ust. 7 ustawy Pzp stanowi, iż: Ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust. 1, zawiera co najmniej: warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Tymczasem, w niniejszej sprawie, jak słusznie wskazał odwołujący, zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu zawarł jedynie wykaz żądanych przez niego dokumentów w celu wykazania spełnienia warunków. Same zaś warunki udziału w postępowaniu

dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz posiadania wiedzy i doświadczenia zostały skonkretyzowane dopiero w treści SIWZ, również w treści SIWZ został zawarty opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu zawierały jedynie odesłania do poszczególnych punktów SIWZ w tym zakresie. Taki sposób sformułowania treści ogłoszenia o zamówieniu należy uznać za sprzeczny z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp i art. 41 ust. 7 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 10 maja 2012 r. (sygn. akt: KIO/KD 45/12) wskazała, że: „Co do naruszenia art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7 oraz art. 11 ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez niezamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych, na stronie internetowej oraz w siedzibie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia w postępowaniu Izba potwierdziła ustalenia dokonane przez Prezesa UZP. Okoliczność braku zamieszczenia opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w ogłoszeniach o zamówieniu była potwierdzona także przez samego Zamawiającego. W treści zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa UZP podniósł on, że powyższy brak dotyczy tylko jednego z elementów ogłoszenia, który i tak został zamieszczony w SIWZ. Podkreślić należy, że właśnie okoliczność określenia przez Zamawiającego pewnego szczególnego warunku udziału w postępowaniu w treści SIWZ, a brak jego wskazania w treści ogłoszenia o zamówieniu stanowi o naruszeniu wskazanych przez Prezesa UZP przepisów ustawy P.z.p.”.

Nie ulega zatem wątpliwości, że zamawiający naruszył w tym zakresie wskazane powyżej przepisy ustawy Pzp. Dodatkowo, podnieść należy, że skład orzekający Izby w niniejszej sprawie, nie podziela stanowiska zamawiającego, że naruszenie przepisów ustawy Pzp w tym zakresie nie miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut, o którym mowa powyżej, zasługuje na uwzględnienie, a w konsekwencji nakazała zamawiającemu w sentencji wyroku zmianę postanowień ogłoszenia o zamówieniu przez dokonanie w ogłoszeniu o zamówieniu określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, sytuacji finansowej i ekonomicznej oraz potencjału technicznego.

**Zarzut nr 4**, tj. zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie opisanie w SIWZ warunków uzyskania przez wykonawcę zgody zamawiającego na prowadzenie działalności gastronomicznej w postaci przygotowania, sprzedaży i wydania posiłków w szpitalu lub poza szpitalem oraz terminu podjęcia przez zamawiającego decyzji w sprawie wyrażenia zgody - **zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ramach powyższego zarzutu odwołujący wnosił o: modyfikację § 13 ust. 3 Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy) poprzez nadanie mu brzmienia:

*„Zamawiający wydaje w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, o którym mowa w ust 2, decyzję w sprawie wyrażenia zgody na prowadzenie przez Wykonawcę działalności gastronomicznej w postaci przygotowania, sprzedaży i wydania posiłków w szpitalu lub poza szpitalem. Zgoda na prowadzenie działalności gastronomicznej w postaci przygotowania, sprzedaży i wydania posiłków w szpitalu lub poza szpitalem jest wydawana obligatoryjnie, w przypadku gdy miesięczna ilość wydawanych posiłków na rzecz podmiotów zewnętrznych nie przekroczy... miesięcznej ilości planowanych do wydania posiłków na rzecz Zamawiającego.”.*

Obecne brzmienie § 13 ust. 3 Załącznika nr 16 do SIWZ jest następujące: *„Wykonawca musi uzyskać pisemną zgodę Zamawiającego na realizację działalności, o której mowa w ust. 1.”*, zaś § 13 ust. 1 określa, iż: *„Zamawiający zgodnie z zapisami SIWZ, Załącznikiem nr 3 dopuszcza możliwość prowadzenia przez Wykonawcę działalności gastronomicznej w postaci przygotowania, sprzedaży i wydawania posiłków w szpitalu lub poza szpitalem z zastrzeżeniem postanowień ust. 2, 3 oraz 4 niniejszego paragrafu. Zamawiający zastrzega, że powyższa działalność nie może w jakikolwiek negatywny sposób wpływać na realizację przedmiotu umowy z Zamawiającym.”.*

Odwołujący w ramach ww. zarzutu podnosił, że w postanowieniu § 13 Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy) zamawiający przewidział możliwość prowadzenia przez wykonawcę działalności gastronomicznej w postaci przygotowania, sprzedaży i wydania posiłków w szpitalu lub poza szpitalem, jednakże zaniechał określenia warunków wydania zgody na prowadzenie przez wykonawcę działalności gastronomicznej w postaci przygotowania, sprzedaży i wydania posiłków w szpitalu lub poza szpitalem, jak również nie wskazał terminu, w jakim zamawiający winien podjąć decyzję o wyrażeniu bądź nie wyrażeniu zgody. Zdaniem odwołującego, postanowienia § 13 Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy) nie opisują w sposób jednoznaczny i wyczerpujący uprawnień wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, zaś postępowanie zamawiającego nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z kolei przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Stwierdzić należy, że kwestia warunków uzyskania przez wykonawcę zgody zamawiającego na prowadzenie dodatkowej działalności gastronomicznej, nie objętej przedmiotem zamówienia, a której dotyczy § 13 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 16 do SIWZ, jak również kwestia terminu, w jakim zamawiający winien podjąć decyzję o wyrażeniu bądź nie wyrażeniu zgody na prowadzenie takiej działalności nie dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji brak opisanie w SIWZ warunków uzyskania przez wykonawcę zgody zamawiającego na prowadzenie takiej działalności oraz brak wskazania terminu podjęcia przez zamawiającego decyzji w sprawie wyrażenia zgody, nie może stanowić naruszenia powołanego przez odwołującego przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. W żaden sposób nie narusza również przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Te same zasady dotyczą bowiem wszystkich potencjalnych wykonawców.

Tym samym, Izba uznała, że zarzut, o którym mowa powyżej, nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut nr 5**, tj. zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 23<sup>1</sup> Kodeksu pracy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechania przedstawienia wszelkich informacji cenotwórczych, tj. informacji dotyczących warunków zatrudnienia pracowników mających podlegać przejęciu w trybie art. 23<sup>1</sup> Kodeksu pracy oraz informacji o tym, czy przejęci pracownicy zostaną zwrotnie przejęci przez zamawiającego, albo przekazani do kolejnego wykonawcy, w przypadku wygaśnięcia lub rozwiązania umowy - **zarzut częściowo zasługuje na uwzględnienie.**

W ramach powyższego zarzutu odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- a) modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez jednoznaczne i wyczerpujące opisanie wszystkich kosztów związanych z realizacją usługi, w szczególności poprzez przedstawienie wysokości wynagrodzeń pracowników podlegających przejęciu, innych uprawnień tych pracowników związanych z realizacją stosunku pracy, podania informacji czy pracownicy objęci są zbiorowym układem oraz przedstawienia dokumentów układów zbiorowych pracy, którymi objęci są pracownicy;
- b) modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez jednoznaczne wskazanie czy po zakończeniu realizacji zamówienia, przejęci pracownicy będą podlegali przekazaniu zwrotnemu do Zamawiającego albo przekazaniu dalszemu do kolejnego wykonawcy.

Odwołujący w ramach ww. zarzutu podnosił, iż zamawiający zaniechał przedstawienia wszystkich informacji cenotwórczych związanych z realizacją zamówienia. Wskazał, że zgodnie z pkt II. 1.5) oraz pkt III. 1.4) ogłoszenia o zamówieniu wykonawca jest zobowiązany do przejęcia pracowników w trybie art. 23<sup>1</sup> Kodeksu pracy od poprzedniego



wykonawcy. Podobne zobowiązanie przewiduje postanowienie § 3 ust. 1.6 Załącznika nr 16 do SIWZ, które również odsyła do Załącznika nr 7 do SIWZ, mającego zawierać szczegółowe informacje związane z realizacją tego zobowiązania. Odwołujący podnosił, że Załącznik nr 7 do SIWZ zawiera jedynie informację o ilości przejmowanych pracowników, zaś zamawiający zaniechał ustalenia i zawarcia w SIWZ szczegółowych informacji dotyczących warunków zatrudnienia przejmowanych pracowników (nie jest bowiem znana wysokość wynagrodzenia pracowników mających podlegać przejęciu, ani inne uprawnienia tych pracowników, w tym w szczególności uprawnienia urlopowe, związane z niepełnosprawnością, chorobą, macierzyństwem czy działalnością w organizacjach związkowych). Odwołujący zauważył też, że SIWZ nie zawiera informacji, o tym czy pracownicy mający podlegać przejęciu są objęci układem zbiorowym, a zgodnie z art. 241<sup>8</sup> § 1 Kodeksu pracy pracodawca przejmujący zobowiązany jest do przestrzegania w okresie 1 roku układu zbiorowego, który obowiązywał u pracodawcy przekazującego.

Dodatkowo, odwołujący podał, że zamawiający nie wskazał, czy po zakończeniu realizacji usługi przez wykonawcę również będzie wymagał od kolejnego wykonawcy przejęcia pracowników wykonawcy, a zatem wykonawca przystępując do postępowania przetargowego i godząc się na przejęcie pracowników dotychczasowego wykonawcy nie ma pewności, że po zakończeniu realizacji usługi zamawiający albo inny wykonawca przejmą od niego pracowników związanych z realizacją usługi.

Przepis art. 23<sup>1</sup> ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku Kodeks pracy (j.t. Dz.U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm.) stanowi, iż:

*§ 1. W razie przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę staje się on z mocy prawa stroną w dotychczasowych stosunkach pracy, z zastrzeżeniem przepisów § 5.*

*§ 2. Za zobowiązania wynikające ze stosunku pracy, powstałe przed przejściem części zakładu pracy na innego pracodawcę, dotychczasowy i nowy pracodawca odpowiadają solidarnie.*

*§ 3. Jeżeli u pracodawców, o których mowa w § 1, nie działają zakładowe organizacje związkowe, dotychczasowy i nowy pracodawca informują na piśmie swoich pracowników o przewidywanym terminie przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę, jego przyczynach, prawnych, ekonomicznych oraz socjalnych skutkach dla pracowników, a także zamierzonych działaniach dotyczących warunków zatrudnienia pracowników, w szczególności warunków pracy, płacy i przekwalifikowania; przekazanie informacji powinno nastąpić co najmniej na 30 dni przed przewidywanym terminem przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę.*

*§ 4. W terminie 2 miesięcy od przejścia zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę, pracownik może bez wypowiedzenia, za siedmiodniowym uprzedzeniem,*

*rozwiązać stosunek pracy. Rozwiązanie stosunku pracy w tym trybie powoduje dla pracownika skutki, jakie przepisy prawa pracy wiążą z rozwiązaniem stosunku pracy przez pracodawcę za wypowiedzeniem.*

*§ 5. Pracodawca, z dniem przejęcia zakładu pracy lub jego części, jest obowiązany zaproponować nowe warunki pracy i płacy pracownikom świadczącym dotychczas pracę na innej podstawie niż umowa o pracę oraz wskazać termin, nie krótszy niż 7 dni, do którego pracownicy mogą złożyć oświadczenie o przyjęciu lub odmowie przyjęcia proponowanych warunków. W razie niezgodnienia nowych warunków pracy i płacy dotychczasowy stosunek pracy rozwiązuje się z upływem okresu równego okresowi wypowiedzenia, liczonego od dnia, w którym pracownik złożył oświadczenie o odmowie przyjęcia proponowanych warunków, lub od dnia, do którego mógł złożyć takie oświadczenie. Przepis § 4 zdanie drugie stosuje się odpowiednio.*

*§ 6. Przejście zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę nie może stanowić przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie przez pracodawcę stosunku pracy.*

W pierwszej kolejności należy podnieść, że Załącznik Nr 7 do SIWZ zawiera dość szczegółowe informacje, dotyczące kadry, która ma zostać przejęta od dotychczasowego wykonawcy. Załącznik nr 7 do SIWZ określa bowiem liczbę i wiek pracowników, których wykonawca wygrywający przetarg jest zobowiązany przejąć (40), wskazuje ile osób jest zatrudnionych w ramach umowy na czas nieokreślony, a ile na czas określony, zawiera określenie stanowisk zajmowanych przez te osoby, określenie wynagrodzenia brutto poszczególnych pracowników z uwzględnieniem kosztów pracodawcy, termin ważności badań lekarskich, uwzględnia informację dotyczącą daty nabycia uprawnień emerytalnych. Ponadto, ww. Załącznik zawiera informację: ile osób przebywało na zwolnieniach lekarskich w okresie ostatnich 12 miesięcy, ile wynosiła łączna liczba dni zwolnienia dla tych pracowników (z dodatkową informacją odnośnie dni pobierania świadczenia rehabilitacyjnego i zasiłku macierzyńskiego), jak również zawiera informację, że żadna z osób nie korzystała z dopłaty socjalnej do wypoczynku letniego, ani żadna z osób nie należy do związków zawodowych. Z powyższego wynika, że Załącznik Nr 7 do SIWZ określa niemal wszystkie informacje, których brak zarzucał odwołujący, w ramach okoliczności uzasadniających podnoszony zarzut, za wyjątkiem informacji, czy pracownicy, mający podlegać przejęciu są objęci układem zbiorowym pracy. Dopiero w trakcie rozprawy odwołujący podnosił, że nie wystarczy podanie jedynie kwoty brutto obowiązującej u poprzedniego pracodawcy oraz, że pełna informacja powinna zawierać również informacje dotyczące wysokości premii, dodatków, nagród jubileuszowych. Także, dopiero w trakcie rozprawy podnosił, że nie wystarczy podanie informacji o zwolnieniach lekarskich za 2015 rok, bowiem konieczna jest aktualna informacja o tym, czy osoby przebywają

na długotrwałych zwolnieniach lekarskich. Zważyć należy, że te okoliczności, które nie zostały ujęte w treści samego odwołania, a zostały przedstawione dopiero na rozprawie (co zostało wskazane powyżej) należy uznać, za rozszerzenie podstaw faktycznych zarzutu.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, informacja przedstawiona przez zamawiającego, jest wystarczająca do oszacowania kosztów związanych z przygotowaniem rzetelnej oferty. Należy też wskazać, że sytuacja związana z zatrudnieniem pracowników jest dynamiczna. Działalność wykonawcy w tym zakresie powinna uwzględniać pewne ryzyko gospodarcze, wpisujące się w sposób nierozzerwalny w prowadzenie działalności gospodarczej.

Wobec powyższego Izba uznała, że w tym zakresie zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Natomiast, Izba uznała zarzut za uzasadniony w części, w której odwołujący domagał się modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez jednoznaczne wskazanie czy po zakończeniu realizacji zamówienia, przejęci pracownicy będą podlegali przekazaniu zwrotnemu do zamawiającego albo przekazaniu dalszemu do kolejnego wykonawcy. Z aktualnego opisu przedmiotu zamówienia taka informacja nie wynika, a ma ona zasadnicze znaczenie dla wykonawcy, który jest zobowiązany do przejęcia pracowników od poprzedniego wykonawcy. Słusznie wskazywał odwołujący, że informacja ta ma istotne znaczenie dla oszacowania kosztów, choćby kosztów związanych z rozwiązaniem stosunku pracy, w sytuacji, gdy pracownicy nie będą podlegać przekazaniu zwrotnemu do zamawiającego albo przekazaniu dalszemu do kolejnego wykonawcy.

Wobec powyższego Izba w sentencji nakazała zamawiającemu modyfikację opisu przedmiotu zamówienia poprzez jednoznaczne wskazanie czy po zakończeniu realizacji zamówienia, przejęci pracownicy będą podlegali przekazaniu zwrotnemu do zamawiającego albo przekazaniu dalszemu do kolejnego wykonawcy.

**Zarzut nr 6**, tj. zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 144 ust. 1 i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przesłanek rozwiązania przez zamawiającego umowy, a więc przyznania zamawiającemu nadmiernej swobody do rozwiązania umowy, w szczególności w kontekście zobowiązania wykonawcy do nieodpłatnego przekazania zamawiającemu wszelkiego sprzętu i urządzeń służących realizacji zamówienia oraz nakładów poczynionych w związku z modernizacją pomieszczeń, po wygaśnięciu umowy lub jej rozwiązaniu przez zamawiającego – **zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ramach powyższego zarzutu odwołujący wnosił o: modyfikację § 11 ust. 1 Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy), którego aktualne brzmienie jest następujące:

- „1. Zamawiającemu przysługuje prawo do rozwiązania umowy w każdym czasie w przypadku:*
- a) Naruszenia przez Wykonawcę warunków umowy, w tym realizacji umowy niezgodnie z postanowieniami SIWZ wraz z załącznikami.*
  - b) Utraty przez Wykonawcę uprawnień koniecznych do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie świadczonej usługi.*
  - c) Rażącego zaniedbania w zakresie przepisów sanitarno-epidemiologicznych potwierdzonych przez zewnętrznego rzeczoznawcę lub podmiot zewnętrzny upoważniony z racji prawa do kontroli i oceny przestrzegania przez Wykonawcę przepisów w obszarze całego przedmiotu zamówienia.*
- 2. W przypadku rozwiązania umowy z przyczyn, o których mowa w ust. 1 Wykonawcy nie przysługują względem Zamawiającego jakiejkolwiek roszczenia finansowe związane z dokonaną przez Wykonawcę modernizacją, doposażeniem lub innymi poniesionymi nakładami finansowymi”.*

W ramach ww. zarzutu odwołujący podnosił m.in., że sytuacje opisane w § 11 ust. 1 pkt a) i c) Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy) są nieprecyzyjne. Pkt a) przyznaje zamawiającemu uprawnienie do rozwiązania umowy w każdym czasie, w przypadku jakiejkolwiek, nawet najbardziej błahej, niezgodności w realizacji zamówienia z postanowieniami SIWZ. Z kolei pkt c) przyznaje zamawiającemu uprawnienie do rozwiązania umowy w przypadku stwierdzenia przez zewnętrznego rzeczoznawcę lub podmiot zewnętrzny uprawniony z racji prawa do kontroli i oceny przestrzegania przepisów rażącego zaniedbania w zakresie przepisów sanitarno-epidemiologicznych. Ponadto, odwołujący stwierdził, że postanowienia umowy przewidujące możliwość skrócenia okresu, na jaki umowa została zawarta powinny jednoznacznie i wyczerpująco wskazywać warunki, których spełnienie może prowadzić do rozwiązania umowy. W jego ocenie postanowienia Załącznika nr 16 do SIWZ (projekt umowy) mogą prowadzić do uzyskania przez zamawiającego nieuzasadnionego wzbogacenia, bowiem brak określenia jednoznacznych i wyczerpujących przesłanek rozwiązania umowy przez zamawiającego umożliwi mu bezpłatne przejęcie wszelkich urządzeń i sprzętów służących do realizacji zamówienia, w tym również tych, które zostały wprowadzone do pomieszczeń kuchennych przez wykonawcę.

Powyżej była już przywołana treść przepisów art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wobec czego należy jedynie wskazać na brzmienie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, którego naruszenie zarzuca zamawiającemu odwołujący, a zgodnie z którym: *Zakazuje się istotnych*

zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Należy stwierdzić, że opisane przez odwołującego okoliczności, stanowiące uzasadnienie podniesionego zarzutu, w żaden sposób nie wskazują na naruszenie przez zamawiającego dyspozycji powołanych przez odwołującego przepisów, tj.: art. 29 ust. 1, art. 144 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2012 r., wydanym w sprawach o sygn. akt: KIO 229/12 KIO 238/12 KIO 239/12 KIO 242/12 KIO 245/12 KIO 247/12, w którym Izba wyraziła pogląd, iż: „*Nadto, nie stanowią przedmiotowe postanowienia wzoru umowy opisu przedmiotu zamówienia, do którego zastosowanie znajduje przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, ale są przedmiotem zobowiązania umownego. W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, czy też w konsekwencji art. 7 Pzp, którego uszczegółowieniem jest art. 29 Pzp. Wskazanie tylko i wyłącznie art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 Pzp, jest także niewystarczające, w szczególności bez powiązania naruszenia z przepisami ius cogens KC. Po drugie, względem postanowień § 10 ust 8 w Załączniku nr 10 (Wzór Umowy) do SIWZ należy zauważyć, że one także nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, do którego zastosowanie znajduje przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, ale są przedmiotem zobowiązania umownego. (wyrok KIO z dnia 04.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1876/09, sygn. akt: KIO/UZP 1881/09, KIO/UZP 1883/09). Odwołujący w kontekście sformułowanego zarzutu przywołał tylko i wyłącznie przepisy Pzp, w żaden sposób nie odniósł się do przepisów ius cogens KC, w odróżnieniu od pozostałych Wykonawców, którzy złożyli odwołania podlegające łącznemu rozpoznaniu, odnoszące się w zakresie zarzutów dotyczących postanowień umowy do KC poprzez art. 139 ust.1 Pzp. W tym kontekście należy wskazać, że: „Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunku umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art. 58 i art. 353<sup>1</sup> Kc.” (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10). W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, czy też w konsekwencji art. 7 Pzp, którego uszczegółowieniem jest art. 29 Pzp. Należy bowiem zauważyć: „że brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia*

przepisu art. 29 ust.1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, którego uszczegółowieniem jest art. 29 ust. 1, ponieważ do sposobu formułowania postanowień preambuły nie mają w ogóle zastosowania rygory właściwe dla opisu przedmiotu zamówienia, określone w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wynika to z faktu, że ustawa Prawo zamówień publicznych wyraźnie odróżnia „opis przedmiotu zamówienia” od „wzoru umowy”, którego częścią jest preambuła. Jak bowiem wskazuje literalne brzmienie art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 ustawy Pzp, na specyfikację istotnych warunków zamówienia składa się w szczególności zarówno „opis przedmiotu zamówienia”, jak i „wzór umowy”. Jeżeli zatem ustawodawca rozróżnia „opis przedmiotu zamówienia” od „wzoru umowy”, to nie można traktować ich jednakowo i przyjąć, że ustawodawca, posługując się w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zwrotem „opis przedmiotu zamówienia” miał na myśli także „wzór umowy”. Innym pojęciem, zwrotom, czy sformułowaniom użytym w akcie prawnym należy bowiem przypisywać odmienne znaczenie.” (wyrok KIO z dnia 04.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1876/09, sygn. akt: KIO/UZP 1881/09, KIO/UZP 1883/09). Wskazanie, zaś tylko i wyłącznie art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 Pzp, jest także niewystarczające, w szczególności bez powiązania naruszenia z przepisami *ius cogens* KC.

Po trzecie, względem postanowień § 10 ust. 4 w Załączniku nr 10 (Wzór Umowy) do SIWZ, Izba wskazuje, że także w tym wypadku nie stanowią one opisu przedmiotu zamówienia, do którego zastosowanie znajduje przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, ale są przedmiotem zobowiązania umownego *sensu stricte*, oddalając zarzut.”

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy stwierdzić należy przede wszystkim, że postanowienia projektu umowy, dotyczące podstaw rozwiązania umowy przez zmwawiającego nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, lecz są przedmiotem zobowiązania umownego, określającego prawa i obowiązki obu stron umowy. Zatem, nie znajduje do nich zastosowania przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i w tym zakresie nie można stwierdzić naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przez takie a nie inne ukształtowanie podstaw do rozwiązania umowy. Tego rodzaju postanowienia umowy o zamówienie publiczne mogłyby podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności z przepisami regulującymi stosunku umowne danego typu o charakterze *iuris cogentis*, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi wynikającymi z przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (j.t. Dz. U. z 2016 r., poz. 380 z późn. zm.), co wynika też z powołanego powyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Natomiast, odwołujący nie podniósł takiego zarzutu.

Również nie można przypisać zamawiającemu naruszenia przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, który statuuje zakaz istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, czy naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, skoro tak ukształtowane podstawy

rozwiązania umowy są jednakowe dla wszystkich wykonawców, którzy ubiegać się będą o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji, Izba uznała, że zarzut, o którym mowa powyżej, nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

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

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, zgodnie ze złożonym na rozprawie rachunkiem.

**Przewodniczący:** .....