

Sygn. akt: KIO 329/14

WYROK
z dnia 6 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2014 r. przez wykonawcę **Vendi Servis Sp. z o. o., 91-204 Łódź, ul. Traktorowa 126**, w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Repty” Górnośląskie Centrum Rehabilitacji im. gen. Jerzego Ziętka, 42-604 Tarnowskie Góry, ul. Śniadeckiego 1**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NIRO Sp. z o.o. (lider), ORIN Sp. z o.o. oraz Niropirim Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera: 59-300 Lublin, ul. Ścinawska 37**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
przy udziale wykonawcy **Impel Catering „Company” Sp. z o. o. Sp. k., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Vendi Servis Sp. z o. o., 91-204 Łódź, ul. Traktorowa 126** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Vendi Servis Sp. z o. o., 91-204 Łódź, ul. Traktorowa 126** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Odwołującego – **Vendi Servis Sp. z o. o., 91-204 Łódź, ul. Traktorowa 126**, na rzecz Zamawiającego - **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej „Repty” Górnośląskie Centrum Rehabilitacji im. gen. Jerzego Ziętka, 42-604 Tarnowskie Góry, ul. Śniadeckiego 1**, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Repty” Górnośląskie Centrum Rehabilitacji z siedzibą w Tarnowskich Górach prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest kompleksowe świadczenie usługi żywienia zbiorowego wraz z dzierżawą pomieszczeń Działu Żywienia SP ZOZ „Repty” GCRŚ

W dniu 20 lutego 2014 r., wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także, jako „SIWZ”] odwołanie złożył wykonawca Vendi Servis Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej także jako „Pzp”] poprzez prowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji,
- 2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób określony w tym przepisie,
- 3) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 4) art. 38 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania. W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż zamawiający dokonując w dniu 10 lutego 2014 r., modyfikacji treści SIWZ zaniechał podania szczegółowych informacji, które niezbędne są do obliczenia zmiany ceny oferty spowodowanej wprowadzoną zmianą. W szczególności zaniechano:

- 1) udostępnienia regulaminu wynagradzania,
- 2) udostępnienia regulaminu pracy,
- 3) podania terminu ważności badań lekarskich,
- 4) udzielenia informacji czy podane w załączniku nr 11 do SIWZ koszty wynagrodzeń zawierają ZUS pracodawcy,
- 5) udostępnienia informacji czy, z jakich przyczyn, od kiedy oraz ile osób przebywa na długotrwałych zwolnieniach lekarskich,
- 6) udostępnienia informacji czy wśród zatrudnionych osób są osoby niepełnosprawne a jeśli tak, to które i z jakim stopniem niepełnosprawności,
- 7) udostępnienia informacji czy u obecnego pracodawcy funkcjonuje Zakładowy Fundusz Świadczeń Socjalnych a jeśli tak, to na jakich warunkach,

- 8) udostępnienia informacji czy u obecnego pracodawcy funkcjonuje układ zbiorowy a jeżeli tak, to jaka jest jego treść,
- 9) udostępnienia informacji czy i jakie odprawy emerytalne należy uwzględnić w cenie oferty.

W ocenie odwołującego wprowadzona modyfikacja pociągała za sobą zmianę kosztów świadczenia usługi o kwotę niemożliwą do ustalenia a Odwołujący zmuszony był do obliczenia ceny w oparciu o hipotetyczne ryzyka. Zdaniem odwołującego Jedynym wykonawcą, który posiadał pełną informację o kosztach świadczenia usługi był wykonawca obecnie realizujący zamówienie. Uznać zatem należy, że każda ze złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert obejmuje inny przedmiot zamówienia. Tylko bowiem obecny wykonawca założył koszty wykonania kolejnej usługi żywienia w oparciu o istniejący stan faktyczny - tj. rzeczywiste składniki wynagrodzeń pracowników. Wszyscy pozostali wykonawcy musieli przyjąć w zaoferowanych cenach hipotetyczne koszty świadczenia przedmiotowej usługi.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej „Repty” Górnośląskie Centrum Rehabilitacji z siedzibą w Tarnowskich Górach prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest kompleksowe świadczenie usługi żywienia zbiorowego wraz z dzierżawą pomieszczeń Działu Żywienia SP ZOZ „Repty” GCRŚ

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 stycznia 2014 r., pod numerem 2014/S 019-029685.

Zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ pkt V otrzymał brzmienie „Wymagania dotyczące personelu Wykonawcy oraz obowiązek przejęcia pracowników”. Punkt ten nie zawierał postanowień dotyczących przejęcia pracowników.

W dniu 10 lutego 2014 r., Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w ten sposób, iż w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt V dodał pkt V.2. o treści:

„V.2. Obowiązek przejęcia pracowników w trybie art. 23¹ kodeksu pracy.

Wykonawca zobowiązany będzie do przejęcia na zasadach art. 23¹ Kodeksu pracy 34 pracowników zatrudnionych przy świadczeniu usługi w pełnym wymiarze czasu pracy u obecnego Wykonawcy na czas nieokreślony. Informacja na temat pracowników przewidzianych do przejęcia stanowi załącznik nr 11 do SIWZ.”

Zamawiający uzupełnił również treść SIWZ poprzez dodanie załącznika nr 11. Załącznik zawierał:

- 1) datę urodzenia pracownika,
- 2) staż pracy ogółem oraz u obecnego Wykonawcy,
- 3) rodzaj umowy o pracę,
- 4) zajmowane stanowisko,
- 5) przysługujący wymiar urlopu w tym również ilość dni urlopu zaległego,
- 6) koszty osobowe,
- 7) informację na temat ważności badań lekarskich,
- 8) informację ile osób w trakcie trwania kontraktu znajdzie się w 4 letnim okresie ochronnym wynikającym z art. 39 Kodeksu pracy,
- 9) informację czy w regulaminie pracy dotychczasowego wykonawcy przewidziana jest wypłata nagród jubileuszowych, w jakiej wysokości i w jakim terminie,
- 10) informację na temat zaległości dotychczasowego pracodawcy w uregulowaniu należności przysługujących pracownikom ze stosunku pracy,
- 11) informację na temat posiadania przez pracowników książeczek zdrowia oraz spełniania minimum sanitarnego,
- 12) informację o tym, że regulamin wynagradzania i pracy zostanie udostępniony kolejnemu wykonawcy.

Termin składania ofert z dnia 12 lutego 2014 r., został przedłużony do dnia 18 lutego 2014 r.

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Konsorcjum firm w składzie: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód, IZAN + Sp. z o. o. oraz Vendi Servis Sp. z o. o. na kwotę – 8.116.294,40 zł brutto,
- 2) Impel Catering „Company” Sp. z o. o. Sp. k. na kwotę 8.143.761,60 zł brutto,
- 3) Konsorcjum firm w składzie: NIRO Sp. z o. o., NIROPRIM Sp. z o. o. oraz „ORIN” Sp. z o. o. na kwotę 7.990.206,34 zł brutto.

W dniu 20 lutego 2014 r., wobec postanowień SIWZ wprowadzonych modyfikacją z dnia 10 lutego 2014 r., odwołanie złożył wykonawca Vendi Servis Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w dniu 21 lutego 2014 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm w składzie: NIRO Sp. z o. o., NIROPRIM Sp. z o. o. oraz „ORIN” Sp. z o. o., stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje

przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Impel Catering „Company” Sp. z o. o. Sp. k. stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia Stron i Przystępującego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów, Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. W ocenie Izby opisu przedmiotu zamówienia został sporządzony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z uwzględnieniem wszystkich niezbędnych okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Bezspornie Zamawiający dokonując modyfikacji treści SIWZ uzupełnił ją o załącznik nr 11, który zdaniem Izby zawierał wszystkie niezbędne informacje pozwalające profesjonalście na uwzględnienie w cenie oferty kosztów przejścia 34 pracowników w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy. Podnoszony przez Odwołującego brak np. danych dotyczących absencji pracowników z uwagi na zwolnienia w tym zwolnienia długoterminowe czy przykładowo brak informacji, jaki jest termin ważności badań lekarskich posiadanych przez przejmowanych pracowników zdaniem Izby nie może przesądzać o zasadności podnoszonych zarzutów dotyczących sporządzenia przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Jak słusznie wskazywał Przystępujący dane dotyczące dotychczasowej absencji pracowników mają walor historyczny i mogą w każdej chwili ulec zmianie. Również w zakresie ewentualnych kosztów związanych ze skierowaniem pracownika na badania lekarskie, zasadnym jest stanowisko Przystępującego, iż każdy wykonawca, jako profesjonalista winien uwzględniać ewentualne zmiany stanu faktycznego, co do zachorowań pracowników i związaną z tym koniecznością ponowienia badań w okresie realizacji usługi. Nie sposób zgodzić się również z Odwołującym, iż przedmiot zamówienia został opisany w sposób, który mógłby utrudniać

uczciwą konkurencją. W ocenie Izby w SIWZ zawarte zostały dane niezbędne do obliczenia ceny oferty. Fakt, iż obowiązkiem przejęcia objęci zostali pracownicy świadczący przedmiotową usługę zatrudnieni przez podmiot aktualnie ją wykonujący nie stawia tego pomiotu w bardziej preferencyjnej sytuacji niż innych potencjalnych wykonawców gdyż wszystkie dane istotne z punktu widzenia oszacowania ceny oferty znalazły się w SIWZ w tym informacje potrzebne do ustalenia kosztów przejęcia 34 pracowników zawarte w załączniku nr 11 do SIWZ. W ocenie Izby naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp wystąpi i będzie mogło być stwierdzone, tylko wtedy, gdy wystąpią i wykazane zostaną konkretne braki w kompletności lub jasności opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiające poprawne przygotowanie oferty. Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, iż Przystępujący, jako podmiot obecnie świadczący usługę był w sytuacji uprzywilejowanej Izba wskazuje, iż zarzut preferowania przez zamawiającego wykonawcy, który wcześniej świadczył usługę, nie może opierać się wyłącznie na fakcie posiadania przez tego wykonawcę bardziej szczegółowej wiedzy, którą nabył w trakcie świadczenia tej usługi. Konieczne byłoby wykazanie lub przynajmniej uprawdopodobnienie, że zamawiający nie podał w SIWZ konkretnych informacji, których brak uniemożliwia innemu wykonawcy przygotowanie prawidłowej oferty. W ocenie Izby takich okoliczności nie wykazano a o tym, iż SIWZ zawierała wszystkie niezbędne informacje umożliwiające przygotowanie prawidłowej oferty świadczy choćby fakt, iż Odwołujący w konsorcjum z innymi podmiotami złożył ważną ofertę. Izba wskazuje, iż choć przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, a wystarczające jest udowodnienie możliwości takiego naruszenia, a więc jego prawdopodobieństwa, to osłabienie "celu dowodowego" nie oznacza jednak braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje. Niewątpliwie powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane, czego Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie uczynił.

Za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 38 ust. 6 ustawy Pzp. Należy mieć na uwadze, iż pierwotnie termin składania ofert został wyznaczony na dzień 12 lutego 2014 r., a po modyfikacji treści SIWZ dokonanej w dniu 10 lutego br. przedłużony został do dnia 18 lutego 2014 r. co czyni przedmiotowy zarzut bezzasadnym.

Mając na względzie powyższe Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: