

Sygn. akt: KIO 1650/16

POSTANOWIENIE
z dnia 15 września 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron, w Warszawie, w dniu 15 września 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2016 roku przez wykonawcę DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Mińsku Mazowieckim

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz Hospital System Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- wykonawcy „IZAN+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Siedlcach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Mińsku Mazowieckim prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Kompleksowe utrzymanie czystości i transportu wewnętrznego w obiektach SPZOZ w Mińsku Mazowieckim”

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dniu 15 lipca 2016 roku pod numerem 2016/S 135-243536.

5 września 2016 roku wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby odwołanie złożone przez wykonawcę DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy wobec czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, zapisów umowy dotyczących podwykonawstwa oraz zaniechania odpowiedzi na zadane pytania i załączenia niezbędnych dokumentów do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia mających wpływ na kalkulację oferty, tj. od postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- naruszenie art. 38 ust. 1 ustawy przez zaniechanie udzielenia merytorycznej odpowiedzi na złożone w postępowaniu pytania, przez co Zamawiający uniemożliwił Wykonawcom złożenie rzetelnie skalkulowanych ofert;
- naruszenie art. 36a ust. 1 ustawy przez wprowadzenie ograniczenia podwykonawstwa,
- naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust 1 i 2 ustawy w zw. z art. 23¹ ustawy Kodeks pracy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący za pomocą niedostatecznie dokładnych i niezrozumiałych określeń oraz w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie i skalkulowanie oferty, tj. poprzez wadliwy opis przedmiotu zamówienia; Wykonawcy z treści SIWZ nie mogą bowiem uzyskać informacji pozwalających im na przygotowanie oferty w taki sposób, aby uzyskać ofertę jak najbardziej korzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania:

- modyfikacje treści SIWZ przez wprowadzenie postanowienia : *Wykonawca może powierzyć wykonanie części niniejszego zamówienia podwykonawcom. W takim przypadku zobowiązany jest do: wykazania w formularzu ofertowym części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz do podania nazw (firm) podwykonawców,*
- wykreślenie z pkt 6 postanowień umowy: Zamawiający dopuszcza wykonanie umowy przez podwykonawców w zakresie:
 - 6.1.1 *dbałości o tereny zewnętrzne,*
 - 6.1.2 *mycie okien.*
- załączenie do SIWZ niezbędnych danych dotyczących przejęcia pracowników w trybie art. 23¹ ustawy Kodeks pracy, lub udzielenie odpowiedzi na pytania zadane Zamawiającemu w dniu 21 lipca 2016r. odnoszące się do przejęcia pracowników w trybie art. 23¹ ustawy Kodeks pracy.

Zamawiający zamieścił informację o wniesieniu odwołania na swojej stronie internetowej w dniu 5 września 2016 roku.

W dniu 7 września 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Clar System S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz Hospital System Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego – Izba dopuściła wykonawcę do postępowania odwoławczego.

W dniu 7 września 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy „IZAN+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – Izba dopuściła wykonawcę do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła:

Na podstawie przesłanej do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej kserokopii dokumentacji, co jest zgodne z twierdzeniami zawartymi w treści odwołania, Zamawiający w dniu 26 sierpnia 2016 roku udzielił wyjaśnień do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i na stronie 27 odpowiedział na pytanie:

Czy Zamawiający dopuści podwykonawstwo także na inne zakresy przedmiotowego zamówienia, a nie tylko na „ dbałość o tereny zewnętrzne ” i „ mycie okien ”? Na str. 4 SIWZ Zamawiający podaje: „ wykonawca może powierzyć wykonanie części niniejszego zamówienia podwykonawcom zgodnie z zapisami wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ. W takim przypadku zobowiązany jest do: wykazania w formularzu ofertowym części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz do podania nazw (firm) podwykonawców” nie zawężając zakresu, zaś w umowie (zał. 10) pojawia się jedynie ww. mycie okien i dbałość o tereny zewnętrzne

Odp.: Zgodnie z zapisami SIWZ i projektem umowy.

W postanowieniach SWIZ i projekcie umowy Zamawiający wskazał:

W części III – opis przedmiotu zamówienia pkt 6: *Informacja na temat możliwości powierzenia przez wykonawcę wykonania części zamówienia podwykonawcom:*

Wykonawca może powierzyć wykonanie części niniejszego zamówienia podwykonawcom zgodnie z zapisami wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ. W takim przypadku zobowiązany jest do: wykazania w formularzu ofertowym części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz do podania nazw (firm) podwykonawców

W załączniku nr 10 do SWIZ – umowa (wzór) Zamawiający podał:

6. Podwykonawcy.

6.1. Zamawiający dopuszcza wykonanie umowy przez podwykonawców w zakresie:

6.1.1. dbałości o tereny zewnętrzne,

6.1.2. mycie okien.

W odpowiedzi na pytanie (str.28 pisma z dnia 26 sierpnia 2016 roku):

Czy wraz z przejściem usługi wykonawca przejmie pracowników w trybie art. 23? KP? Jeżeli tak, to prosimy o odpowiedź na następujące pytania.

1. Na podstawie jakiego rodzaju umowy o pracę są zatrudnieni przejmowani pracownicy? Ile osób i do kiedy ma zawarte umowy o pracę na czas określony / na zastępstwo?

2. Ile osób przebywa na długich zwolnieniach lekarskich (powyżej 30 dni) i do kiedy?

3. Czy wśród osób przewidzianych do przejścia są osoby przebywające na urlopach macierzyńskich, wychowawczych, bezpłatnych, świadczeniach rehabilitacyjnych? Jeśli tak to ile osób i do kiedy?

4. Prosimy o podanie terminów ważności badań lekarskich (dat do kiedy) poszczególnych pracowników przewidzianych do przejścia.

5. Prosimy o jednoznaczne wskazanie czy w stosunku do przejmowanych pracowników zastosowanie ma Regulamin Wynagradzania czy Układ Zbiorowy pracy.
6. Prosimy o przesłanie kopii wszystkich aktualnych Regulaminów, Układu Pracy, postanowień (w tym Regulaminu Pracy, Wynagradzania, Układu Zbiorowego pracy, Regulaminu Zakładowego Funduszu Świadczeń Socjalnych, Regulaminu Funduszu mającego zastosowanie w stosunku do osób niepełnosprawnych) mających zastosowanie w stosunku do przejmowanych pracowników. Jedynie dogłębna analiza tych dokumentów pozwoli na prawidłowe skalkulowanie kosztów wynagrodzeń pracowników podlegających przejęciu,
7. W jakich systemach czasu pracy zatrudnieni są poszczególni pracownicy?
8. Prosimy o wskazanie ilu pracowników z przewidzianych do przekazania kolejnemu wykonawcy jest byłymi pracownikami Zamawiającego.
9. Czy Zamawiający zobowiązuje się do przejęcia pracowników w przypadku rozwiązania lub zakończenia kontraktu?
10. Czy przejmowanym pracownikom przysługuje uprawnienie do dodatkowego wynagrodzenia rocznego wynikającego z ustawy z dnia 12.12.1997r. o dodatkowym wynagrodzeniu rocznym dla pracowników jednostek sfery budżetowej (Dz. U. nr 160, poz. 1080 z późn. zm-)?
11. Czy z tytułu ewentualnych zaległości wynikających z ustawy z dnia 12.12.1997r. o dodatkowym wynagrodzeniu rocznym dla pracowników jednostek sfery budżetowej (Dz. U. nr 160, poz. 1080 z późn. zm.) Zamawiający bądź obecny wykonawca wypłacił wszystkie wymagane kwoty?
12. Czy przejmowanym pracownikom przysługuje uprawnienie do podwyżki wynagrodzenia na podstawie ustawy z dnia 22,07,2006r. o przekazaniu środków finansowych świadczeniodawcom na wzrost wynagrodzeń (Dz. U. nr 149 poz. 1076)?
13. W jakiej wysokości przysługują poszczególnym pracownikom podwyżki na podstawie ustawy z dnia 22.07.2006r. o przekazaniu środków finansowych świadczeniodawcom na wzrost wynagrodzeń (Dz. U, nr 149, poz. 1076)?
14. Czy pracownikom wypłacone zostały wszystkie wymagane kwoty z tytułu podwyżek na podstawie ustawy z dnia 22,07,2006r. o przekazaniu środków finansowych świadczeniodawcom na wzrost wynagrodzeń (Dz. U. nr 149* poz. 1076)?
15. Czy pracownikom wypowiedziano warunki umów o pracę w części dotyczącej wynagrodzenia? Jeśli tak, to które składniki wynagrodzeń zostały zmienione?
16. Czy w stosunku do Zamawiającego toczą się postępowania sądowe wszczęte przez pracowników przewidzianych do przejęcia? Jeśli tak, prosimy o podanie wykazu spraw ze

wskazaniem wartości przedmiotu sporu, roszczenia pracowników i etapu, na którym Znajduje się sprawa.

17. Czy istnieją jakiegokolwiek porozumienie, umowa, pakiet socjalny zawarty ze związkami zawodowymi, w którym pracodawca zobowiązał się do jakichkolwiek gwarancji w zakresie zatrudnienia pracowników lub wysokości ich wynagrodzeń* także w przypadku przejęcia tychże pracowników przez następnego pracodawcę? Czy pracownicy są objęci jakimikolwiek gwarancjami uniemożliwiającymi nowemu pracodawcy modyfikację treści ich stosunków pracy?

18. Czy na dzień przejęcia będą jakiegokolwiek nieuregulowane zobowiązania w stosunku do przekazywanych pracowników? Jeśli tak* z jakiego tytułu i w jakiej kwocie?

19. Ilu pracowników nabędzie uprawnień do odpraw emerytalnych w trakcie trwania kontraktu? Prosimy o podanie ilości osób w rozbiciu na poszczególne lata oraz wysokości przysługujących odpraw.

20. Ilu pracowników nabędzie uprawnień do nagród jubileuszowych w trakcie trwania kontraktu? Prosimy o podanie ilości osób w rozbiciu na poszczególne lata oraz wysokość przysługujących nagród.

21. Ile osób ze wskazanych do przejęcia jest członkami związków zawodowych (jakich)? Jakie funkcje te osoby pełnią w Związkach?

22. Prosimy o przedstawienie wykazu wykorzystania urlopów za rok 2015 t. na poszczególnego pracownika z uwzględnieniem dodatkowych urlopów przysługujących pracownikom w związku z orzeczeniem o niepełnosprawności

23. Prosimy o podanie wysokości wynagrodzeń zasadniczych brutto poszczególnych pracowników przewidzianych do przejęcia, kosztów ZUS pracodawcy, premii, dodatków do wynagrodzeń.

24. Czy w związku z koniecznością przejęcia pracowników na podst. Art. 237 KP nowy Wykonawca przez i po zakończeniu okresu gwarancyjnego będzie mógł zmienić warunki pracy oraz miejsce pracy pracownikowi?

25. Prosimy o wyszczególnienie osób, które obecnie znajdują się w wieku ochronnym /przedemerytalnym?

26. Prosimy o wyszczególnienie osób, które zatrudnione są z orzeczoną stopniem niepełnosprawności wraz z określeniem jego rodzaju?

27. Prosimy o podanie zapisów znajdujących się w umowach o pracę pracowników dedykowanych do przejęcia, dotyczących dodatków do wynagrodzeń np. premia regulaminowa, dodatek stażowych, dodatek funkcyjny, dodatek negocjacyjny itp.?

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Pracownicy odpowiedzialni za usługę sprzątnia zostali przekazani w 2013 roku na podstawie art. 23¹ KP i obecnie nie są naszymi pracownikami. Zamawiający nie posiada informacji kadrowo płacowych na temat pracowników zatrudnianych przez obecnego Wykonawcę.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy
Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku
(Dz. U. z 2015 poz. 2164 ze zm; dalej „ustawy”)

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej informacje stanowiące podstawę do wniesienia odwołania - postanowienia dotyczące zakresu podwykonawstwa jak również niewskazanie w opisie przedmiotu zamówienia żadnych informacji na temat przejęcia pracowników - znane były Odwołującemu od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i publikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego, tj. od dnia 15 lipca 2016 roku. Tym samym zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy termin na wniesienie odwołania w zakresie postanowień dotyczących podwykonawstwa jak również niewskazanie w opisie przedmiotu zamówienia żadnych informacji na temat przejęcia pracowników mijał w dniu 25 lipca 2016 roku. Izba podkreśla, że udzielone odpowiedzi przez Zamawiającego nie spowodowały zmiany postanowień SWIZ w zakresie postanowień dotyczących podwykonawstwa jak również nie wprowadziły żadnych zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu wskazywanego przejęcia pracowników w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy.

Jeżeli Odwołujący chciał kwestionować dopuszczony przez Zamawiającego zakres pełnomocnictwa oraz opis przedmiotu zamówienia winien był to uczynić w czasie określonym ustawą. Termin na wnoszenie środka ochrony prawnej w zakresie postanowień zawartych w dokumentacji postępowania nie zostaje przywrócony w wyniku złożenia wcześniej do Zamawiającego wniosków (pytań). Odwołanie, w terminie w jakim zostało złożone, mogłoby zostać skutecznie złożone jedynie wtedy, gdy Zamawiający zmieniłby treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w wyniku udzielonych wyjaśnień. W związku z brakiem postanowień zmieniających Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia – brak zmiany zakresu podwykonawstwa oraz niewprowadzanie do dokumentacji jakichkolwiek

informacji na temat przejęcia pracowników w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy – upłynął termin na wniesienie odwołania.

Izba podkreśla, że argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu zarzutów odwołania nakierowana jest na wykazanie wadliwości zawartych w dokumentacji postępowania kwestionowanych postanowień, tym samym w ocenie Izby zarzuty odwołania nakierowane są na postawienia dokumentacji, i nie sposób inaczej tego rozumieć, bowiem nie uległo zmianie nic w postanowieniach dokumentacji, co kwestionowane jest przez Odwołującego. Podniesienie zarzutu naruszenia art. 38 ust. 1 ustawy skierowane jest w swym faktycznym uzasadnieniu w zasadzie przeciwko brzmieniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, której postanowienia wcześniej były przedmiotem udzielonych wyjaśnień i co najważniejsze nie zmieniły swej treści.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy oraz w oparciu o przepisy § 3 ust. 1 i § 5 ust. 3 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:.....